



**T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA ÜST HAKKI

Doktora Tezi

ALPER IŞIKAL

İstanbul, 2023



**T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA ÜST HAKKI

Doktora Tezi

ALPER İŞİKAL

DANIŞMAN: PROF. DR. FULYA ERLÜLE

İstanbul, 2023

ÖZET

Ülkemizde genellikle hukuki ve ekonomik riskleri daha az olduğu için, arsa malikleri ile yatırımcılar üst hakkı sözleşmesi yerine arazi alım satım sözleşmesi yapmayı veya aynı gerekçelerle kat karşılığı inşaat sözleşmesi veya hasılat paylaşımı sözleşmesi yapmayı tercih etmektedirler. Bundan dolayı da özel hukuk kişileri arasında uygulamada üst hakkına nadiren rastlanmaktadır. Genellikle taşınmaz maliki olarak bir tarafın kamu idaresi, diğer tarafın da özel hukuk kişisi yatırımcı hallerde taraflar arasında üst hakkı sözleşmeleri yapıldığına tanık olunmaktadır.

Biz bu çalışmamızda temelde üst hakkını ele alacağız. Ancak özellikle üst hakkı sözleşmelerinin bir tarafının kamu idaresi olması halinde taraflar arasındaki ilişkinin hususiyet arz eden yönlerini de inceleyeceğiz.

Kamu Hukuku mevzuatında düzenlenen üst hakkı hükümleri ile Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen üst hakkı hükümleri arasında çelişen durumlar mevcuttur.

Kamu hukuku mevzuatında, üst hakkı ile ilgili olarak, Türk Medeni Kanunu'na uygun şekilde bir genel hukuki düzenleme yapılması uygun olur. Bu hususta bizim tavsiyemiz; üst hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren tüm kamu mevzuatına, yüklü taşınmaz malikinin ve üst hakkı sahibinin Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen haklara sahip olduğu şeklinde açıklayıcı ek bir madde eklenmesidir.

ANAHTAR KELİMELER

Üst Hakkı, Üst Hakkı Sahibi, Üst Hakkı Sözleşmesi, Üst Hakkının Sona Ermesi, Yüklü Taşınmaz, Yüklü Taşınmaz Maliki, Taşınmaz Mal, İnşaat, Yapı

SUMMARY

Because of the legal and economic risks are generally less in our country, land owners and investors prefer to make a land purchase and sale contract or for the same reasons a construction contract in return for flat or revenue sharing contract instead of a right of construction contract. For this reason, the right of construction is rarely encountered in practice among private law persons. Generally, it is witnessed that the right of construction agreements is made between the parties, in cases where one party as the real estate owner is the public administration and the other party is the private legal person investor.

In this study, we will basically cover the right of construction. However, we will also examine the special aspects of the relationship between the parties, especially if one party of the right of construction agreements is the public administration.

There are conflicting situations between the provisions of the right of construction regulated in the Public Law legislation and the provisions of the right of construction regulated in the Turkish Civil Code.

In the public law legislation, it would be appropriate to make a general legal arrangement in accordance with the Turkish Civil Code regarding the right of construction. Our recommendation in this regard; to add an additional explanatory article to all public legislation containing the regulations regarding the right of construction, stating that the owner of the loaded immovable and the owner of the right of construction have the rights specified in the Turkish Civil Code.

KEY WORDS

Right of Construction, Owner of the Right of Construction, Right of Construction Agreement, End of Right of Construction, Loaded Immovable, Owner of the Loaded Immovable, Immovable Property, Real Estate, Building

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
I. Konunun Takdimi	1
II. Terminoloji	2
III. Çalışma Planı	4
BİRİNCİ BÖLÜM	5
ÜST HAKKI	5
I. Üst Hakkı Kavramı, Birleşme İlkesi ve Üst Hakkının Tarihsel Gelişimi	5
A. Üst Hakkı Kavramı.....	5
B. Birleşme İlkesi.....	6
C. Üst Hakkının Tarihsel Gelişimi.....	9
1. Roma Hukukunda Üst Hakkı.....	9
2. Osmanlı Hukukunda Üst Hakkı.....	10
3. 743 Sayılı Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Üst Hakkı.....	12
II. Üst Hakkının Amacı ve Faydaları ile Üst Hakkı ile İlgili Olumsuz Eleştiriler	17
A. Üst Hakkının Amacı ve Faydaları.....	17
1. Üst Hakkının Üst Hakkı Sahibine Katkıları.....	17
2. Üst Hakkının Taşınmaz Malikine Katkıları.....	18
3. Üst Hakkının Ekonomik Hayata Katkıları.....	19
B. Üst Hakkına İlişkin Olumsuz Eleştiriler.....	20
III. Üst Hakkının Konusu, Tesis Edilebileceği ve Edilemeyeceği Yerler, Üst Hakkının Hukuki Niteliği ve Üst Hakkı Çeşitleri	21
A. Üst Hakkının Konusu.....	21
1. Üst Hakkının Maddi Olarak Konusu.....	21
a. Yapı.....	21
b. Taşınmaz.....	24
2. Üst Hakkının Tesis Edilebileceği Taşınmazlar.....	25
a. Arazi.....	25
b. Tapuya Taşınmaz Olarak Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar.....	27

3. Üzerinde Üst Hakkının Tesis Edilemeyeceği Yerler.....	30
a. Kat Mülkiyeti.....	30
b. Ağaçlar ve Ormanlar	32
B. Üst Hakkının Hukuki Niteliği	34
1. Mülkiyet Görüşü.....	34
2. Sınırlı Ayni Hak Görüşü	34
C. Üst Hakkının Çeşitleri	37
1. Şahısla Kaim Üst Hakkı	37
2. Şahsa Bağlı (=Şahıs Lehine Kurulan) Üst Hakkı.....	38
3. Bağımsız Üst Hakkı	38
a. Bağımsız ve Süreli Üst Hakkı.....	41
b. Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkı.....	43
4. Eşyaya Bağlı (Taşınmaz Lehine Kurulan) Üst Hakkı	45
IV. Üst Hakkının Diğer Haklar ve Hukuki Kavramlar ile Karşılaştırması.	46
A. Genel Olarak	46
B. Üst Hakkı ve Taşkın Yapı.....	47
C. Üst Hakkı ve Mecra İrtifakı	49
D. Üst Hakkı ve Kaynak Hakkı.....	51
E. Üst Hakkı ve İntifa Hakkı	52
F. Üst Hakkı ile Rehin Hakları.....	53
G. Üst Hakkı ve Kat Mülkiyeti	54
H. Üst Hakkı ve Taşınmaz Yüğü	55
İ. Üst Hakkı ve Kira Sözleşmesi.....	56
İKİNCİ BÖLÜM.....	58
ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİ VE ÜST HAKKININ KAZANILMASI	58
I. Üst Hakkı Sözleşmesi	58
A. Üst Hakkı Sözleşmesinin Tarafları.....	58
1. Üst Hakkı Tesis Etme Borçlusu	58
2. Üst Hakkı Sahibi	58
B. Üst Hakkı Sözleşmesinin Şekli	59
C. Üst Hakkı Sözleşmesinin İçeriği	61
D. Üst Hakkı Sözleşmesinde Eşyaya Bağlı Borçlar, Nispi Borçlar ve Üst Hakkı Sözleşmesinin Ayni Etkisi.....	65
E. Üst Hakkı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	71
II. Üst Hakkının Kazanılması.....	73

A. Genel Olarak	73
B. Üst Hakkının Tescil ile (Tesisen) Kazanılması	74
1. Üst Hakkının Tescil ile Kazanılmasının Hukuki Sebebi.....	74
2. Üst Hakkının Tapu Siciline Tescili.....	75
C. Üst Hakkının Tescil Dışında Kazanılması	76
1. Miras	76
2. Cebri İcra	77
3. Mahkeme Kararı.....	77
4. Kamulaştırma	78
5. İşgal	78
6. Zamanaşımı	79
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	81
TÜRK MEDENİ KANUNU DIŞINDA ÜST HAKKINA YER VEREN KAMU HUKUKU MEVZUATI VE KAMU HUKUKU MEVZUATINA DAYALI OLARAK KURULAN ÜST HAKKI.....	81
I. Genel Olarak	81
II. Türk Medeni Kanunu Dışında Üst Hakkına Yer Veren Kamu Hukuku Mevzuatı.....	85
A. Genel Olarak.....	85
B. 12.03.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile Bu Kanuna Dayanılarak Çıkarılan 21.07.2006 Tarihli ve 26235 Sayılı Resmi Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik	85
1. 12.03.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu Kapsamında Üst Hakkı.....	86
2. 21.07.2006 Tarihli ve 26235 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik Kapsamında Üst Hakkı	88
a. Hak Tesisinin Karşılığı Sorunu.....	88
b. “Kesin Tahsis” Düzenlemesi.....	89
C. 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ile Bu Kanuna Dayanılarak Çıkarılan 19.06.2007 Tarihli ve 26557 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik	90
1. 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamında Üst Hakkı 90	
2. 19.06.2007 Tarihli ve 26557 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik Kapsamında Üst Hakkı	91
D. 08.06.1994 Tarihli ve 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun Kapsamında Üst Hakkı Tesisleri.....	92

E. 17.07.2004 Tarihli ve 5225 Sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu ile Bu Kanuna Dayanılarak Çıkarılan 20.10.2005 Tarihli ve 25972 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullandırılması Hakkında Yönetmelik.....	93
1. 17.07.2004 Tarihli ve 5225 Sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu Kapsamında Üst Hakkı	93
2. 20.10.2005 Tarihli ve 25972 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullandırılması Hakkında Yönetmelik Kapsamında Üst Hakkı	94
F. Kamu-Özel Ortaklığı Çerçevesinde 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı 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	95
III. Kamu Hukukuna Dayalı olarak Akdedilen Üst Hakkı Sözleşmelerinin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi	97
A. Üst Hakkı Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları.....	97
B. Kamu Hukukuna Dayalı olarak Akdedilen Üst Hakkı Sözleşmelerinin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi.....	98
IV. Kamu Mevzuatına Dayalı Olarak Akdedilen Üst Hakkı Sözleşmelerinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklarda Yargı Yolu.....	103
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	108
ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ, ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONA ERMENİN SONUÇLARI.....	108
I. Üst Hakkı Sözleşmesinin Hükümleri	108
A. Üst Hakkı Sahibinin ve Yüklü Taşınmaz Malikinin Hakları ve Borçları.....	108
1. Üst Hakkı Sahibinin Hakları	109
2. Üst Hakkı Sahibinin Borçları	110
3. Yüklü Taşınmaz Malikinin Hakları	112
4. Yüklü Taşınmaz Malikinin Borçları	113
B. Üst Hakkı İradının Güvencesi Olarak Taşınmaz Malikinin Üst Hakkı Sahibinden İpotek Tesis Edilmesini Talep Hakkı.....	114
C. Üst Hakkının Süresinden Önce Devredilmesini Talep Hakkı	116
1. Üst Hakkının Süresinden Önce Devri Talebinin Şekli.....	119
2. Üst Hakkının Süresinden Önce Devredilmesini Talep Hakkının Hangi Üst Hakkı Türlerinde Uygulanabileceği Hususu.....	119
3. Üst Hakkı Sahibinin Kusurunun Aranmaması	120
4. Süresinden Önce Üst Hakkının Taşınmaz Malikine Devir Talebinin Şartları	120
a. Üst Hakkı Sahibinin, Üst Hakkından Doğan Yetkilerinin Sınırını Ağır Şekilde Aşmış Olması veya Sözleşmeden Doğan Borçlarına Önemli Ölçüde Aykırı Hareket Etmesi..	121

(1) Üst Hakkı Bedelinin veya İradının Ödenmemesi Halinin, Taşınmaz Malikine Süresinden Önce Devir Talep Etme Hakkı Sağlayıp Sağlamayacağı Hususu.....	122
(2) Üst Hakkı Bedelinin Ödenmemesi Halinde Taşınmaz Malikinın Türk Borçlar Kanunu Bakımından Hakları.....	123
(a) Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Zararın Tazmini	124
(b) Bedel Borcunun İfasından ve Gecikme Tazminatı İsteme Hakkından Vazgeçilerek Borcun İfa Edilmemesinden Doğan Zararın Giderilmesini Talep Hakkı	125
b. Üst Hakkı Sahibine Uygun Bir Bedel Ödenmesi	125
5. Taşınmaz Maliki Tarafından Üst Hakkının Süresinden Önce Devrini İsteme Hakkının Kullanılması ve Hakkın Kullanılmasına Bağlanan Sonuçlar	127
a. Üst Hakkının Süresinden Önce Taşınmaz Malikine Dönmesi Halinde Üst Hakkı Sahibinin Üst Hakkı Konusu Taşınmaz Üzerinde Tesis Etmiş Olduğu Diğer Ayni ve Şahsi Hakların Akıbetinin Ne Olacağı Hususu.....	131
b. Taşınmaz Malikinın Borçlar Hukuku Hükümlerine Göre Üst Hakkı Sahibine Karşı Tazminat Davası Açabilmesi ve Bunun Şartları.....	135
D. Sözleşmede Kararlaştırılmışsa Eşyaya Bağlı Borç Konusu Olan Hususlar.....	136
E. Üst Hakkı Sözleşmesinde Nispi Borçlar.....	137
1. Üst Hakkı Sahibinin Karşı Edim Borcu.....	138
a. Üst Hakkı Bedeli.....	138
b. Üst Hakkı Geliri (İradı).....	139
II. Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları	142
A. Üst Hakkının Sona Ermesi.....	142
1. Üst Hakkının Terkinle Sona Ermesi	143
a. Genel Olarak	143
b. Üst Hakkı Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Sona Ermesi.....	146
(1) İrade Bozukluğu Halleri:.....	146
(2) Temerrüt Hallerinde:.....	147
(3) Üst Hakkı Sözleşmesinin İfa İmkânsızlığı ve Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sona Ermesi	149
(4) Üst Hakkı Sözleşmesinin Sözleşmede Belirtilen Haklı Sebeplerle Sona Ermesi.....	153
2. Üst Hakkının Terkin Dışı Sona Erme Halleri.....	155
a. Yüklü veya Hâkim Taşınmazın Kaybı	155
b. Sürenin Sona Ermesi.....	156
c. Mahkeme Kararı	157

d. Kamulaştırma.....	157
e. Üst Hakkı Sahibinin Ölümü.....	158
B. Üst Hakkının Sona Ermesinin Sonuçları.....	158
1. İnşaat Üzerindeki Mülkiyetin Yüklü Taşınmaz Malikine Geçmesi	158
2. Sözleşmede Kararlaştırılmışsa Taşınmaz Malikin Üst Hakkı Sahibine Yapı Karşılığı Uygun Bir Bedel Ödemesi	160
3. Ödenecek Bedelin Üst Hakkı Üzerinde Rehin Hakkı Sahibi Alacaklılara Güvence Teşkil Etmesi.....	162
4. Kararlaştırılan Uygun Bedel İçin İpotek Tesis Edilmesini Talep Hakkı	163
5. Yüklü Taşınmazın Eski Hale Getirilmesi	167
SONUÇ.....	168
KAYNAKÇA	171

KISALTMALAR

AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Article, Artikel
Bak.	: Bakanlık
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cümle
cl.	: Cilt
çev.	: çeviri
DİK	: Devlet İhale Kanunu
E.	: Esas
f.	: fıkra
GİK	: Genel İşlem Koşulları
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
No	: Numara
K.	: Karar
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
Kıs.	: Kısaltılması

KYGTK	: Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu
RG.	: Resmî Gazete
m.	: Madde
Müd.	: Müdürlük
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKM	: Türk Kanunu Medenisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi

Günümüzde gayrimenkul projelerini geliştirmek konusunda en önemli maliyet kalemini arazi maliyetleri oluşturmaktadır. Yatırım maliyetini kısa sürede karşılamak için şehir merkezlerinde getirisi yüksek proje geliştirilmek istenildiğinde, bu arazi maliyeti daha da artmaktadır. Üst hakkı gayrimenkul projelerindeki arazi maliyetini azaltacak hukuki bir çare olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) üst hakkı, 726. maddede ve 826. ile 836. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabı olan "Eşya Hukuku" başlığı altında, birinci kısım, ikinci bölüm, ikinci ayırında "*Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriğı ve Kısıtlamaları*" düzenlenmiştir. TMK m. 718'de taşınmaz mülkiyetinin içeriğinin kapsamı belirlenmiş ve üçüncü alt başlıkta da arazideki yapıların mülkiyetle ilişkisi belirlenmiştir. Bu kapsamda TMK m. 726'da üst hakkının mülkiyet hakkına ilişkin olarak üst arza tabidir kuralının istisnası olarak düzenlendiğini görmekteyiz.

Türk Medeni Kanunu dördüncü kitap, ikinci kısımda ise "*Sınırlı Ayni Haklar*" düzenlenmiştir. Bu başlık altında, birinci bölüm ve ikinci ayırında, TMK m. 794-838'de "*İntifa Hakkı ve Diğer İrtifak Hakları*" düzenlenmiş ve bu ikinci ayırında A başlığında TMK m. 794-822'de "*İntifa Hakkı*", TMK m. 823-825'de B başlığında "*Oturma Hakkı*" ve C başlığı altında da TMK'nın 826. ve 836. maddeleri arasında bir irtifak hakkı olan "*Üst Hakkı*" düzenlenmiştir.

Üst hakkı, Roma Hukuku'ndan beri uygulama alanı bulmuş bir hukuki müessese olup günümüz medeni kanunlarında sınırlı bir ayni hak olarak düzenlenmiştir. Üst hakkı, bir irtifak hakkıdır.

Ülkemizde genellikle hukuki ve ekonomik riskleri daha az olduğu için, arsa malikleri ile yatırımcılar üst hakkı sözleşmesi yerine arazi alım satım sözleşmesi yapmayı veya aynı gerekçelerle kat karşılığı inşaat sözleşmesi veya hasılat paylaşımı sözleşmesi yapmayı tercih etmektedirler. Bundan dolayı da özel hukuk kişileri arasında uygulamada üst hakkına nadiren rastlanmaktadır. Genellikle taşınmaz maliki olarak bir tarafın kamu idaresi, diğer tarafın da özel hukuk kişisi yatırımcı hallerde taraflar arasında üst hakkı sözleşmeleri yapıldığına tanık olunmaktadır.

Biz bu çalışmamızda temelde üst hakkını ele alacağız. Ancak özellikle üst hakkı sözleşmelerinin bir tarafının kamu idaresi olması halinde taraflar arasındaki ilişkinin hususiyet arz eden yönlerini de inceleyeceğiz. Zira üst hakkı sözleşmelerinin hususiyet arz eden bu yönleri bugüne kadar yazılmış tezlerde yeterince incelenmemiştir.

II. Terminoloji

Üst hakkı, 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi m. 652 ve m. 751’de düzenlenmişti. TKM m. 652’de “üst hakkı” terimine yer verilmişken TKM m. 751’de “inşaat hakkı” terimine yer verilmişti. Bu durum, üst hakkına ilişkin farklı terimlerin kullanılmasına neden olmuştu. Gerçekten de üst hakkına ilişkin eserlerde, o dönemde, üst hakkı veya inşaat hakkı ya da yapı hakkı terimleri kullanılmıştır.¹ Bununla birlikte doktrinde Akipek’in de isabetle belirttiği üzere o dönemde yazılan eserlerde daha yaygın olarak kullanılan terim “üst hakkı” terimi olmuştur.²

¹ “İnşaat hakkı” terimi için bkz. Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981, s. 175.; Prof. Dr. Vecdi, Aral, İnşaat (Üst) Hakkı, 1. Basım, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962, s.1.; Mehmet Ünal, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, 1. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 1988, s.1.; Alper Gümüş, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, cl. II, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003, s. 534.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Eklentiler Yapılmış 24. Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, s. 995.

² Bkz. Jale G. Akipek, Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Prof Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan Ankara: Sevinç Matbaası, 1972, s. 31 vd.; Hasan, Ulusan, Yeni Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD., cl. I. 61, S. 1-3, 1987, s. 28. Terminolojideki terim probleminde ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, s. 4.

Bu terim farklılığı 3678 sayılı Kanun ile giderilmiştir.³ Şöyle ki: Bu Kanun'un 16. maddesi ile Türk Kanunu Medenisi'nin 751. maddesinin başlığı değiştirilerek öncelikle terim birliği sağlanmış ve konu "Üst Hakkı" başlığı altında birleştirilmiştir.

22/11/2002 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da "Üst Hakkı" terimine yer verilmiştir. Bu nedenle biz de tezimizde güncel mevzuat olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na paralel olarak "üst hakkı" terimini kullanmayı tercih ettik.

Tezin yazımında tercih edilen diğer bir terim ise üzerinde üst hakkı tesis edilen taşınmaz ve bu taşınmazın malikine ilişkindir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 726. maddesine göre üst hakkına dayanılarak başkasının arazisinin altında ya da üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, üst hakkı (irtifak hakkı) sahibine aittir. TMK m. 726'da "arazi"den bahsediliyorken, üst hakkına ilişkin bir başka hüküm olan TMK m. 826'da "taşınmaz"dan bahsedilmektedir.

Doktrinde Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir ile Gürsoy / Eren / Cansel "arazi maliki" veya "taşınmaz maliki" terimlerini kullanmışlardır⁴. Belirtelim ki üst hakkı sadece arazi üzerine kurulabilen bir hak değildir, başka taşınmazlar üzerinde de üst hakkı tesis edilebilir. Dolayısıyla bizce üzerinde üst hakkının kurulduğu taşınmaza arazi, taşınmazın sahibine de arazi maliki demek isabetli değildir. Aynı hakların sona ermesi hükmünün yer aldığı TMK m. 1026'da "yükü taşınmaz" ve bu taşınmazın sahibine de "yükü taşınmaz maliki" denildiği için, biz bu terimleri kullanmayı tercih ettik.⁵

³ "743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanununun 83'üncü Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine, 3095 Sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna Bir Madde Eklenmesine, 2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun" (RG. 23.11.1990; S: 20704).

⁴ Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 996.; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 948-949.; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ates, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, 2018, s. 705; Ayrıca arazi maliki terimi için Bkz. Gümüş, s. 535.

⁵ Aynı terminoloji için Bkz. Turhan Esener ve Kudret Güven, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 390.; Gümüş, s. 535.; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 5. Basım, Konya: Mimoza Basım, 2013, s. 93.

III. Çalışma Planı

Biz bu çalışmamızın birinci bölümünde; öncelikle üst hakkı kavramını, bu hakkın amacını ve bu hakkın düzenlenme biçimine yönelik olarak yapılan eleştirileri ele alacağız. Bu bölümde daha sonra üst hakkının; tarihsel gelişimini, çeşitlerini, hukuki niteliğini ve konusunu inceleyeceğiz. Bu incelemenin ardından da üst hakkının diğer sınırlı aynı haklardan ve benzeri hukuki kavramlardan farklılıklarını ortaya koyacağız.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, üst hakkı sözleşmesi ile üst hakkının nasıl kazanılabileceğini inceleyeceğiz.

Üçüncü bölümde Türk Medeni Kanunu dışında Türk Hukuku'nda üst hakkının yer aldığı diğer mevzuata değineceğiz. Bu bölümde üst hakkının diğer mevzuat çerçevesinde kazanılması konusunu inceleyeceğiz. Ayrıca bu bölümde, bir tarafı kamu idaresi olan üst hakkına ilişkin uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı yolunun neresi olacağı ve kamu mevzuatına dayalı akdedilen üst hakkı sözleşmelerinin genel işlem koşulları bakımından değerlendirilmesi hususlarını inceleyeceğiz.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde; tarafların üst hakkı sözleşmesinden dolayı ihtilaf yaşayabileceklerini düşündüğümüz konuları inceleyeceğiz. Bu bölümde, üst hakkı tarafların borca aykırı davranışlarını, bunların temel sonuçlarını ve ayrıca üst hakkı ilişkisinin bir tarafının kamu idaresi olması halinde ilgili mevzuat ve idarenin tek tip sözleşmesi karşısında olası diğer sonuçlarını inceleyeceğiz. Ayrıca yine bu bölümde, üst hakkının sona erme halleri ve sona ermenin sonuçlarını inceleyeceğiz. Nihayet tezimizin en sonunda da vardığımız sonuçlara kısaca yer vereceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKI

I. Üst Hakkı Kavramı, Birleşme İlkesi ve Üst Hakkının Tarihsel Gelişimi

A. Üst Hakkı Kavramı

Üst hakkı, TMK m. 726'da ve TMK m. 826-836'da düzenlenmektedir. Üst hakkı TMK m. 726'da da bahsedilmiştir. Üst hakkı sahibi ile yükümlü taşınmaz maliki arasındaki hukuki ilişki ise TMK'nın 826. ve 836. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Üst hakkı, bir kimseye bir başkasının arazisindeki yapının maliki olma yetkisini veren bir irtifak hakkıdır.⁶

Nitekim Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 21.01.2008 tarihli, E: 2007/113277 ve K: 2008/323 sayılı kararında⁷ üst hakkını, sahibine başkasının taşınmazı üstünde veya altında bir yapı inşa etme ya da mevcut bir yapıyı koruyarak bunların maliki olma yetkisini sağlayan bir irtifak hakkı olarak tanımlamış ve böylece üst hakkının muhtevasını ana hatlarıyla çizmiştir.

Üst hakkı, mahiyeti itibarıyla bir irtifak hakkıdır. Ancak bu irtifak hakkı, diğer irtifak haklarından farklı olarak sahibine irtifak hakkına konu olan yapı üzerinde mülkiyet hakkı sağlamaktadır. Zira, taşınmaz mülkiyetinin kapsamı (içeriği) hususunun düzenlendiği TMK m. 718-730 hükümlerinde ve arazideki yapıların durumunun incelendiği TMK m. 722-728 hükümlerinde, bir başkasının taşınmazının altında veya

⁶ Üst hakkı tanımını için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, cl. I: Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 625.; Aral, s.1; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 995.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 704; Esener ve Güven, s. 386.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 948.; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 10. Basım, İzmir: Meta Basım, 2012, s. 369, s. 507.; Müge Erekmekçi Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, 1. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 62.; Barış Demirsatan, Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 1. Basım, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 9.

⁷ "Türk Medeni Kanunu'nun Dördüncü Kitabı "Eşya Hukuku" ana başlığı altında, Birinci Kısımın Birinci Bölümünde "Mülkiyetin Genel Hükümleri", İkinci Bölümde "Taşınmaz Mülkiyeti" düzenlenmiştir. İkinci Bölümün Birinci Ayırımında "Taşınmaz Mülkiyeti", İkinci Ayırımında "Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği ve Kısıtlamalarına" yer verilmiştir. Bu şekilde yapılan düzenleme, üst hakkının eşya hukukundaki yerini ve taşınmaz mülkiyeti ile olan ilişkisini belirleme bakımından önem taşımaktadır." (Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (HD.), 21.01.2008, E: 2007/113277, K: 2008/323.), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (08.10.2018).

üstünde, üst hakkına dayanarak sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin üst hakkı sahibine ait olduğu belirtilmiştir.

TMK m. 726, f. I, üstün arza tâbi olması prensibine istisna getirmekte, üst hakkı, TMK m.718’de belirtilen üstün arza tâbi olması kuralının (*superficies solo cedit*) yani birleşme ilkesinin istisnalardan birini oluşturmaktadır.⁸ Biz de üst hakkını taşınmaz mülkiyetinin kapsamında birleşme ilkesinin bir istisnası olarak tanımlamayı uygun buluyoruz.

B. Birleşme İlkesi

Roma Hukukunda da birleşme ilkesi, “*superficies solo cedit* (üst arza tabidir)” ilkesiyle ifade edilmekteydi⁹ ve bu ilkeye göre, taşınmaz ile sürekli şekilde birleşen ve ona bağlanan her şey, ayrı bir hak konusu olmaktan çıkmaktaydı.¹⁰

Hukukumuzda da arzın maliki olan, bu alan içerisinde kalanların da maliki olur. Arz üzerinde tasarruf edebilen kişi, bunlar üstünde de tasarruf edebilmektedir. Tüm bu anlatılanlar ışığında, arzla birleşen şeylerin hukuki durumu aslında arzın hukukî durumuna bağlıdır sonucu doğmaktadır.

Birleşme ilkesi olarak adlandırılan bu ilke taşınmaz hukukunun en temel ilkelerinden birisidir. Bu ilke TMK. m. 718’de hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümde; arazide geçici değil de temelli kalması maksadıyla yapılan inşaatın TMK m. 684’ te belirtilen bütünleyici parça kuralında belirtilen şartlara tabi olmadan o arazinin mülkiyetine tabi olacağı belirtilmiştir. Doktrinde üst hakkı sahibinin arazi üzerindeki inşaat hakkında mülkiyet hakkının, bütünleyici parça kuralının bir istisnasını oluşturduğu belirtilmektedir.¹¹ Bizce de doktrinde Gürzumar’ın belirttiği gibi üst hakkı;

⁸ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 625.; Aral, s. 29-30.; Esener ve Güven, s. 386.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 948.; Ünal, s. 1.; Gümüş, s. 535.; Ertaş, s. 369-507.; Demirsatan, s. 10.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.703.

⁹ Ünal, s. 21.; Osman Berat Gürzumar, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Kısmen Genişletilmiş 2. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s. 3.; Bülent Tahiroğlu, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, 1. Basım, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981, s. 51.; Özcan Çelebican Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, 3. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 291.

¹⁰ Ünal, s. 46.

¹¹ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 891; Ayan, s.72; Ertaş s. 412.; Gürzumar, s.32

TMK 718/f.2 hükmündeki düzenleme arazi mülkiyeti ile ilgili özel olarak düzenlenmiş olduğundan, bütünleyici parça kuralının değil, birleşme ilkesinin istisnasıdır.¹²

TMK m. 718’de yer alan düzenlemeye göre taşınmazla birlikte sürekli bir şekilde birleşen veya bir taşınmazda bulunan ve temelli kalmak maksadıyla yapılan şeyler, bağımsız bir şey olma niteliğini kaybetmektedir.¹³

Mülkiyet hakkının kapsamı doktrinde mülkiyet hakkının yatay ve dikey kapsamı olarak sınıflandırılmaktadır¹⁴.

Mülkiyet hakkının dikey kapsamına göre malikin, mülkiyet hakkı arzın üzerinde yer alan hava boşluğunu ve altında yer alan toprak tabakasını da kapsamaktadır.¹⁵

TMK m. 718 f. 2’de arazi üzerinde inşa edilen yapıların, dikilen bitkilerin ve kaynakların o arazinin mülkiyetine tabi olduğu; ancak bunun kanuni kısıtlamalarının ve istisnalarının olduğu belirtilmektedir. Gerçekten de bir arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olacağı kuralının bazı istisnaları mevcuttur. Arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olacağı kuralının birinci ve en önemli istisnası, TMK m. 726’da belirtildiği üzere, bir kimseye ait arazideki yapıya, başka bir kişinin “üst hakkına” dayanarak malik olabilmesidir.¹⁶ Bu istisnalardan ikincisi, TMK m. 727’de belirtilen, bir araziden geçen su, elektrik, gaz ve bunun gibi mecraların, bu mecraların işletmelerinin mülkiyetine tabi olmasıdır. Bu istisnalardan üçüncüsü ise TMK m. 725’de belirtilen taşkın inşaat denilen, bir arazideki yapının başkasına ait araziye taşırılması halinde, taşan kısmının yapı malikinin mülkiyetine tabi olması imkanındır.

Birleşme ilkesi, üst hakkının en fazla ilişki içinde bulunduğu ilkelere biridir ve bu iki kavram birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır. Gerçekten de birleşme ilkesine göre binanın mülkiyeti ve arazinin mülkiyeti birbirinden ayrılamaz. Ancak gerek hukuken gerek

¹² Gürzumar s.33.

¹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 540.; Ünal, s. 46.

¹⁴ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 207.; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 409.; Ertaş, s. 356.; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 541-552.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.509-518.

¹⁵ Mustafa Reşit Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. I, 1. Baskı, İstanbul: Arıkan Basım, 2007, s. 818.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 550.; Sirmen, s. 413.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 517.

¹⁶ Birinci Bölüm, IV, B altında yapılan açıklamalara.

ekonomik sebeplerle binanın mülkiyeti ile arazinin mülkiyetinin ayrı kişilere ait olması ihtiyacı vardır. İşte TMK m. 726'daki düzenleme ile bu ihtiyaca cevap verilmiştir. Kanun koyucu bu yaklaşımla, taşınmaz üzerinde ayrı bir kişinin, yapı üzerinde de ayrı bir kişinin mülkiyet hakkı sahibi olunmasına imkân vermiştir.

Üst hakkı tesisi ile yukarıda söz edilen birleşme ilkesinin bir istisnası kurulmakta olup, taşınmaz üzerinde ya da altında yapılacak ya da mevcut olan bir yapının mülkiyetinin, yapının üzerinde bulunduğu taşınmaz ile arasındaki fiziki bağ kopmadığı halde, yapının taşınmaz malın (örneğin arazinin) malikinden başkasına ait olması sağlanmaktadır. Diğer bir deyişle üst hakkı, inşaata, üzerinde inşa edildiği taşınmazdan bağımsız olarak bir kimlik kazandırmaktadır.¹⁷

TMK m. 726'da üst hakkı ifade edilirken taşınmaz mülkiyetinin içeriği ve kısıtlamaları, "arazi" terimi üzerinden yapılmıştır. Taşınmaz terimi, TMK m. 704'te taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak, arazi, bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler şeklinde belirtildiğinden, tezimizin ilerleyen bölümlerinde de bahsedileceği üzere¹⁸ üst hakkı, sadece arazi üzerine değil; bağımsız ve sürekli haklar üzerine de kurulabilir. Ancak TMK m. 726 f. 3, kat mülkiyeti uyarınca oluşturulan bağımsız bölümler üzerinde üst hakkının kurulamayacağını; TMK m. 726 f. 2 de bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bölümleri üzerinde kat mülkiyeti ya da kat irtifakının kurulmasının Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olduğunu belirtmiştir. Yine TMK m. 729 f. 2 hükmü gereğince, ağaçlar ve ormanlar üzerinde üst hakkı kurulamaz.

Üst hakkı kurulduğunda yukarıda da belirttiğimiz üzere, yüklü taşınmaz ile üzerindeki yapının mülkiyeti istisnai olarak birbirinden ayrılır. Ancak bu istisnai durum üst hakkı sona erinceye kadar devam eder. Üst hakkı sona erdiğinde birleşme ilkesinin istisnasını oluşturan durum ortadan kalkacağı için üst hakkı konusu yapının mülkiyeti, taşınmaz mülkiyeti ile birleşir.

¹⁷ Ünal, s. 48.; Gürzumar, s. 32.; Agah Kürşat Karauz, Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi, Medeni Hukuk Monografileri, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s.22 vd.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.705.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 996.

¹⁸ Bkz. Birinci Bölüm, III, A, 2 altında yapılan açıklamalara.

C. Üst Hakkının Tarihsel Gelişimi

1. Roma Hukukunda Üst Hakkı

Her bir hukuk sisteminde üst hakkının (*superficies*) hukuki bir kavram olarak yer almasına kadar geçirdiği süreç birbirinden farklı olmuştur. Roma Hukuku'nda üst hakkının kaynağı tartışmalıdır ve bu hususa ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır.¹⁹

Roma Hukuku'nda da “*superficies solo cedit*” olarak anılan “üst arza tabidir” ilkesi yer almaktaydı.²⁰ Bu prensip uyarınca, Roma Hukuku'nda bir arsa üzerinde yapılan inşaatın mülkiyeti, arazinin sahibine ait olmaktaydı. Eski hukuk dönemi ve Klasik Hukuk döneminde üst hakkı, hukukî bir kavram olarak karşımıza çıkmamaktadır.²¹ İlerleyen dönemlerde ise sosyal ve ekonomik gereksinimlerle birlikte üst hakkı kurumuna rastlanmaya başlanmıştır. Roma'da ilk olarak Klasik dönem sonrasında, başkasına ait bir arazi üzerinde bulunan veya sonradan yapılan yapıyı, belirli bir bedel karşılığında kullanmaya imkân veren üst hakkı ortaya çıkmıştır.

Başkasının malik olduğu bir arazide önceden yer alan ya da sonradan yapılan binanın kullanılması, bilhassa arazinin devri gündeme geldiğinde anlaşmazlıkları ortaya çıkarıyordu. *Ius Civile* kuralları ise bu anlaşmazlıkları çözmek için yeterli değildi.²² Bu anlaşmazlıklar ve çözüme ulaşma konusu yetersiz kalan hukuki sistem, üst hakkı kurumunun ortaya çıkışında büyük bir etkiye sahiptir.

Roma'da devlet ve büyük toprak sahipleri, arazilerin çoğunluğunu elinde tutmaktaydı. Klasik Hukuk döneminden itibaren kamuya ait araziler üzerinde inşaat yapma ve bu inşaatı kullanma hakkı tanınmaya başlandı. Ancak, bu hakkın kullanımı için belirli bir *solarium* “kira bedeli” ödenmesi gerekiyordu. Bu durumun da üst hakkı kurumunun yerleşmesi için bir araç olduğu kabul edilmektedir. Ancak belirtilen bu hak da sahibine tam bir koruma sağlamamaktaydı zira arazinin devri söz konusu olduğunda, yeni malik bu hakkı sona erdirebilmekteydi. Diğer bir deyişle bu hak, sahibini üçüncü

¹⁹ Ünal, s. 20.; Çelebican Karadeniz, 291.

²⁰ Gürzumar, s. 3.; Ünal, s. 21.; Tahiroğlu, s. 51.; Çelebican Karadeniz, s. 291.

²¹ Çelebican Karadeniz, s. 291.

²² Gürzumar, s. 4; Çelebican Karadeniz, s. 292.

kişilere karşı yeterince etkin bir şekilde korumuyor ve hak sahibine sadece nispi bir yetki tanıyordu.

Bu olumsuz durumların önüne geçmek ve etkili bir koruma sağlamak adına Praetor; hak sahibine, hakkın gaspı ve ihlali durumunda üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği “*interdictum de superficie*” yi tanıdı.²³ Böylece *interdictum de superficie* ile bir kişinin belirli bir ücret karşılığında başkasına ait bir arazi üzerindeki binayı kullanmasına ilişkin yetkisi hukuken de tanınmış oldu.²⁴

Klasik sonrası dönemde ise Iustinianus devrinde, bu koruma yetkisi, herkese karşı ileri sürülebilecek nitelikte bir aynî dava vasfında olan (*actio in rem*), “*actio superficie*” olarak anıldı²⁵. Bu durum, üst hakkının bir aynî hakka dönüşmesini ve böylece herkese karşı ileri sürülebilmesini sağladı. Ancak sınırlı aynı hak olan üst hakkının varlığından bahsedebilmek için, başkasının arazisinde yer alan bir binayı kullanan kişiyle, arazi sahibi arasındaki ilişkinin süreklilik arz etmesi, yani daimî bir nitelik taşıması gerekiyordu.²⁶

Roma Hukuku’nda tüm bu gelişmelere rağmen bile üst hakkının aynı haklar içerisinde yer alan hangi türe ilişkin olduğu hususunu netleştirmek mümkün değildir.²⁷

2. Osmanlı Hukukunda Üst Hakkı

Eski hukukumuzda mülkiyet hakkı, unsur, kapsam ve nitelikleri açısından günümüz mülkiyet hakkı ile benzerlik göstermekteydi. Mecelle m. 1194 gereğince, bir arsanın sahibi, bu arsanın hem üstündeki boşluğun hem de toprağın içinin sahibi olarak kabul edilmekteydi ve kural olarak üst arza tabidir ilkesi benimsenmişti. Bununla beraber

²³ Çelebican Karadeniz, s.291 vd; Gürzumar, s. 4.; Ünal, s. 22.; Belgin Erdoğmuş, Roma Eşya Hukuku, 2. Basım, İstanbul: DER Yayınları, 2003, s. 117.; Çelebican Karadeniz, s. 293.

²⁴ Böylece o dönemde malike tanınan davalara ilişkin bütün haklardan üst hakkı sahibinin de yararlanabileceğine ilişkin bkz. Ziya Umur, Roma Hukuku Eşya Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983, s.160.

²⁵ Gürzumar, s. 4.

²⁶ Umur, s.160; Çelebican Karadeniz, s.293; Gürzumar, s. 3 vd; A.Nadi Günel, Roma Hukukunda Üst Hakkı (*Superficies*), DergiPark, 1998, cl. 47, S. 1, s.107-118

²⁷ Kudret Ayiter, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara: AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 174.

Mecelle'nin 1192. maddesinde²⁸ de belirtildiği üzere malik, mülkü üzerinde tasarruf yetkisine sahipti ve üçüncü kişilere ayni veya nispi haklar tanıyabilmekteydi. Diğer bir deyişle mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, tasarruf ve istifade yetkilerini vermekteydi.

Eski hukukumuzda mülkiyet hakkı, ayn (rakabe veya çıplak) mülkiyeti ve menfaat mülkiyeti şeklinde iki unsuru içinde barındırır. Ayn mülkiyeti; eşyanın maddi varlığını ifade etmektedir. Menfaat mülkiyeti ise eşyadan yararlanma yetkisine sahip olmayı tanımlamaktadır.²⁹ Tek bir kişinin hem ayn hem de menfaat mülkiyetine sahip olduğu arazilere “mülk arazi” ismi verilmekteydi ve mülk arazinin sahibi, bu arazisi üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisini haizdi (Mecelle m. 1992-1997)³⁰. Menfaat mülkiyetinin sahibi, menfaat konusunu dilediği gibi kullanıp istifade edebilme hakkına sahipti.

Bu durum taşınmazlar için de geçerliliğini korumaktaydı. Gerçekten de menfaat hakkı sahibi kendisi malik kalarak, arazisinin menfaatini devredebilirdi. Bu durum da İslam Hukuku'nda üst hakkının tesisinin zeminini oluşturmaktadır. Bununla beraber İslam Hukuku'nda “üst hakkı” adı ile anılmakta olan özel bir hak tanımlanmış değildi ve üst hakkını birebir karşılayacak bir hüküm bulunmamaktaydı.³¹ Ancak, o dönemde yerleşmiş olan “Hakk'ut Teali” kavramının, üst hakkının benzeri olarak tezahür ettiği ileri sürülmektedir. Bu hak, sahibine, hakkı tanıyanın sahibi olduğu yapı üzerinde yeni bir yapı inşa etme hakkı tanımaktadır. Bununla beraber Kaşıkçı, o zamanın şartları ile birlikte değerlendirildiğinde, dönemin hukuk sisteminin, üst hakkı kurulmasına engel olmadığını; İslam Hukukunda terimlerin ve kavramların net bir şekilde birbirinden ayrıldığını; “Hakk'ut Teali” kavramının hem üst hakkını hem de kat mülkiyetini ifade etmek maksadıyla kullanılabileceğini ileri sürmüştür³².

²⁸ Mecelle m. 1192: “Herkes mülkünde keyf-e mayeşa tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse, maliki mülkünde istiklal üzere tasarruftan men'eder.” şeklindeki hüküm özel mülkiyetin başkalarının hakkı ile sınırlı olarak kabul edildiğini gösterir.

²⁹ Gürzumar, s. 12 vd; Ünal, s. 20

³⁰ Osman Kaşıkçı, Eski Hukukumuzda Üst Hakkı, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD), 1999, c1. 3. S. 1, 99 (18.10.2018), s. 51.

³¹ Ünal, s. 19.; Gürzumar s. 13.

³² Kaşıkçı, s. 49 vd.; Ünal, s.13; Gürzumar, s.13

3. 743 Sayılı Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Üst Hakkı

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesi ile birlikte eski hukuktaki üst hakkına benzer kavramlar yürürlükten kaldırılmış ve üst hakkı açıkça kabul edilmiştir.

Türk Kanunu Medenisi'nde üst hakkı iki maddede düzenlenmişti.³³ Bunlardan ilki, gayrimenkul mülkiyetinin hükümlerinin düzenlendiği fasılda, arsa üzerine inşaat konusunda yer almaktaydı.

Türk Kanunu Medenisi m. 652 şu şekilde kaleme alınmıştı:

“Bir arsanın veya üstünde yapılan yahut onunla devamlı bir surette birleştirilen inşaat ve imalât tapu siciline irtifak hakkı diye tescil edilmek üzere başka bir malikin mülkü olabilir.

Bir evin muhtelif katları, üst hakkı teşkiline mevzu olamaz.”

Görüldüğü üzere hükmün bu düzenlemesine göre bir arsanın altında veya üstündeki bir inşaat ve imalatın üst hakkı (irtifak hakkı) olarak tapu kütüğüne tescil edilebilmesi mümkün idi. Üst hakkı bu dönemde de birleşme ilkesinin bir istisnasını teşkil etmekteydi.

Türk Kanunu Medenisi'ndeki üst hakkına ilişkin diğer hüküm ise m. 751 idi. Anılan hükmün 1. cümlesi şu şekilde idi:

“Malik, üçüncü şahıs lehine arsasının üstünde veya altında inşaatta bulunmak veya mevcut inşaatı ipka etmek salâhiyetini veren bir irtifak hakkı tesis edebilir.”

Bu hükümle, malikin arsası üstünde veya altında, üçüncü bir şahsa, inşaat yapmak veya mevcut olan yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkını tanıyabileceği kabul edilmişti³⁴.

³³ Ünal, s. 36.; Gürzumar, s. 20.; Gümüş, s. 533.

³⁴ Bu hüküm daha sonra 3678 sayılı Kanun ile şu şekilde değiştirilmiştir: *“Malik, üçüncü kişiye, gayrimenkulünün altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisini veren bir irtifak hakkı kurabilir.”*

Takip eden yıllarda ise ülkedeki nüfus artışı, kentleşme, göç, yatırım ve turizm faaliyetlerinin sonucu olarak, üst hakkı düzenlemeleri yetersiz kalmıştır. Özellikle kamu arazilerinin de kullanılmaya elverişli görülmesi ve değerlendirilmek istenmesi bu hakkın önemini artırmıştır.

1965 yılında ise 743 Sayılı Medeni Kanunu'muzu iktibas ettiğimiz, mehzar İsviçre Medeni Kanunu'nda da üst hakkını düzenleyen hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır.³⁵

Türk Hukuku'nda, bu gelişmelere paralel olarak, Medeni Hukuk alanındaki yeni ihtiyaçlara çözüm arayışı başlanmış ve hazırlanan tasarı, 1971 yılında yayımlanmış fakat kanunlaşmamıştır.

Aradan bir süre geçtikten sonra, Adalet Bakanlığı tarafından yeni bir komisyon kurulmuş ve öntasarı 1984 yılında yayımlanmıştır. Bu öntasarının amaçlarından biri de 1965 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) yapılan değişikliklerden yararlanılmasını sağlamaktır. Fakat bu tasarı da kanunlaşmamıştır.

İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişikliklerin uyarlanabilmesi ve ihtiyacı karşılayamayan bazı Kanun (Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu) hükümlerinin değiştirilebilmesi için çıkarılan ve üst hakkına ilişkin hükümlerin değişikliğinin de yer aldığı Kanun, 14 Kasım 1990 tarihinde kabul edilerek Resmî Gazete'de yayımlandı. Bu Kanun ile Türk Kanunu Medenisi'ne üst hakkına ilişkin birçok hüküm eklendi. Bu hükümler 4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girinceye kadar değişikliğe uğramadan üst hakkının kanuni zeminini oluşturdu.³⁶

Bu yeni hükümlerle öncelikle Türk Kanunu Medenisi'nin 751. maddesi, kenar başlığıyla birlikte değiştirildi. Böylece terim birliği sağlanmış oldu. Zira üst hakkı için Türk Kanunu Medenisi m. 652'de "Üst Hakkı" terimi kullanılmışken m. 751'de "İnşaat Hakkı" terimine yer verilmişti.

³⁵ Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, İsviçre Medeni Kanununun "Sınırlı Ayni Haklar" Bölümünde Yapılan Değişiklikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1981, cl. 45, S. 1-4, 1981, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96064> (15.11.2018), s. 421; Ünal, s.36; Gürzumar, 21; Gümüş, s.534

³⁶ Esener ve Güven, s. 386.; Gümüş, s. 534.

Bu terim değişikliğinin yanı sıra Türk Kanunu Medenisi'nin 751. maddesine a, b, c, d, e, f, g, h, i ve j bentleri eklenmiştir. Bu değişiklikler sonucunda üst hakkı, günümüzdeki üst hakkı hükümlerine yaklaşmıştır. Bu kanun ile şu hususlar sağlanmıştır:

Madde 751'de, üst hakkı en az yirmi yıl için tesis edilmişse, üst hakkının sürekli nitelikte sayılacağı kabul edilmiştir.

Üst hakkının tesisine ilişkin resmi senette yer alması gereken asgari konuların belirlendiği m.751/a' da resmi senette, üst hakkının kapsamı, hükmü, özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutu, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ait hususların bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Üst hakkı sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarının ele alındığı m. 751/b' de de üst hakkı sona erince üzerindeki yapıların malike kalacağı, üst hakkı taşınmaz olarak kayıtlıysa, süre sonunda sayfasının kapatılacağı; bununla birlikte, gayrimenkul olarak kaydedilen üst hakkı üzerindeki rehin hakkı, diğer bütün hak, kısıtlama ve yükümlülüklerin sona ereceği belirtilmiştir.

Madde 751/c' de, yüklü taşınmaz malikinin aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine kalan yapılar için tazminat ödemeyeceği düzenlenmiştir. Eğer tazminat kararlaştırılmışsa, bu tutar, üst hakkı kendilerine rehnedilmiş olan alacaklıların kalan alacaklarının teminatı olacaktır ve bu kişilerin izni olmadıkça üst hakkı sahibine ödenmeyecektir.

Madde 751/c'nin 2. fıkrasında kararlaştırılan bu tazminat ödenmezse, üst hakkı sahibinin veya rehinli alacaklının, ödenecek tazminatın güvencesi olması maksadıyla, terkin edilen üst hakkı yerine ipotek tescilini talep edebileceği belirtilmiştir.

Madde 751/d' de malikin mülkiyetine geçecek yapılar için üst hakkı sahibine bir tazminat ödenmesi kararlaştırılmış ise, tazminatın miktarına ve hesaplanış tarzına, üst hakkı süresinin sonunda yüklü taşınmazın eski haline getirilmesine ilişkin hükümler, resmi senette yer alacaktır ve bu hükümler, üst hakkını ve yükümlü taşınmazı iktisap eden herkes için bağlayıcı olacağı belirtilmiştir.

Madde 751/e ve f'de; üst hakkı sahibinin bu hakkından doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan borçlarını önemli ölçüde ihlal etmesi durumunda, yüklü taşınmaz malikine bir talep hakkı tanınmıştır. Bu durumda, yüklü taşınmaz maliki üst hakkının süresinin bitiminden önce kendisine devrini talep edebilecektir ancak malikin, üst hakkı sahibine, öncelikle bu devir işlemi nedeniyle kendisine kalacak yapılar için uygun bir tazminat ödemesi gerekeceği belirtilmiştir.

Madde 751/h' de malik, üst hakkı karşılığı olarak irad biçiminde borçlanılan edimlerin güvencesi olarak, azamî üç yıllık tutar için, tapu kütüğüne gayrimenkul olarak kayıtlı üst hakkı üzerinde ipotek tesis edilmesini üst hakkı sahibi olan kimseden talep edebileceği belirtilmiştir.

İrad eğer her yıl için eşit miktarlarda belirlenmemişse, bu kanunî ipoteğin tescili iradın eşit olarak dağıtılmasında üç yıla düşecek miktarı için yapılacaktır.

İpotek, üst hakkının süresi içerisinde her zaman tescil edilebilecek ve icra yolu ile satışta terkin olunamayacaktır.

Madde 751/j'de üst hakkı, müstakil bir hak olarak yüz yıldan daha fazla bir süre için kurulamayacak ancak üst hakkı, her zaman kurulması için öngörülen şekle uyularak azamî bir yüz yıl daha uzatılabileceği ancak bu konuda önceden verilen her türlü taahhüdün geçersiz kılındığını belirtilmiştir.

14 Kasım 1990 tarihindeki gelişmelerin ardından 1996 yılında yeni bir komisyon kurulmuştur ve günümüz Medeni Kanun'un ilk tasarısı bu dönemde hazırlanmıştır. Bu tasarı da 1998 yılında yayımlanmıştır.

Tasarıdaki kanuni mal rejimi olan "Paylaşmalı Mal Ayrılığı", Adalet Bakanlığı tarafından "Edinilmiş Mallara Katılma" olarak değiştirilmiş ve böylece Medeni Kanun'un 1999 tasarısı ortaya çıkmıştır. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, işte bu son tasarının metnidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, çağdaş gelişmelerin Türk toplumuna yasal olarak yansımaları için hazırlanmış ve 1 Ocak 2002 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve 4721 sayılı TMK'nın, 743 sayılı Medeni Kanunu'ndan farklı olan hususları şunlardır:

Üst hakkının daimî nitelikte olması için aranan en az yirmi senelik bir süre için kurulmuş olma zorunluluğu, "otuz sene" olarak değiştirilmiştir (TMK m.829)

Mülga Türk Kanunu Medenisi m. 751/a'da resmi senette üst hakkının kapsamı, hükümleri, özellikle yapının konumu, şekli ve niteliği, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ait hususların yer aldığı belirtilmişti. Ayrıca maddede sözleşmenin bu hükümlerinin üst hakkını ve yüklü gayrimenkulü iktisap eden herkesi bağlayacağı düzenlemesine yer verilmişti. Bu düzenleme üst hakkının tüm hükümlerinin herkes için bağlayıcı olduğu anlamına gelebilmekteydi. TMK m. 827'de; üst hakkının tüm hükümlerinin değil de "özellikle" yapının konumu, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme hükümlerinin herkes için bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir.

Mülga Türk Kanunu Medenisi m. 751/c'de yer alan üst hakkı sonunda yüklü taşınmaz malikine kendisine kalacak yapılar için tazminat ödenmesi ibaresi, daha doğru olarak sorumluluk hukukundaki tazminat ile karışmaması için "bedel" olarak değiştirilmiştir (TMK m. 829)

Kanun koyucu ayrıca resmi senette yer alan ve aleni olamayacak üst hakkı sonunda yüklü taşınmaz malikine kalacak yapılar için kararlaştırılabilecek bedel ödenmesi hükmünün üst hakkı ve yüklü taşınmazı iktisap edecek herkes için bağlayıcı olacağını ifade eden mülga Türk Kanunu Medenisi m. 751/d hükmünü, TMK m. 830 ile değiştirerek; bu hususta tapu siciline şerh verilebilme imkanını getirmiştir. Şöyle ki; üst hakkının sona ermesiyle beraber taşınmaz malikine kalacak yapılar için uygun bir bedelin ödenmesi kararlaştırılmışsa, bu bedelin miktarı, hesaplanış biçimi ve bu bedel borcunun kaldırılması ile taşınmazın ilk haline getirtilmesine ilişkin anlaşmaların resmi şekilde düzenlenmesi gerektiği ve tapu kütüğüne şerh verilebileceği eklenmiştir. Şerh verilmesiyle birlikte bu hususlar herkes için bağlayıcı olacaktır.

Türk Kanunu Medenisi m. 652'de, bir arsanın altında veya üstünde yapılan veya onunla süreklilik arz edecek şekilde birleştirilen inşaat ve imalatların mülkiyetinin başka

bir kişiye ait olabileceği hususu düzenlenmişti. TMK m. 726 hükmü ile inşaat ve imalatlar tanımını yerine “yapı kavramı” tercih edilmiştir. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasında bağımsız bölümler üzerinde üst hakkının tesis edilemeyeceği de belirtilmiştir.

II. Üst Hakkının Amacı ve Faydaları ile Üst Hakkı ile İlgili Olumsuz Eleştiriler

Bir önceki başlıkta üst hakkı kavramı ve bu üst hakkı kavramı ile bağlantılı birleşme ilkesi incelenmiştir. Ayrıca üst hakkının tarihsel gelişimi, eski hukuk sistemlerinden günümüze kadar ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Bu kısımda ise üst hakkının amacı, üst hakkının faydaları ve üst hakkı ile ilgili olumsuz eleştiriler ifade edilecektir.

A. Üst Hakkının Amacı ve Faydaları

Üst hakkının geçmişi ve gelişimine ilişkin yapılan incelemelerden de anlaşılacağı üzere, üst hakkı nitelik veya şekil olarak farklı görünümde olsa bile çeşitli hukuk sistemlerinde var olan ve varlığını sürdüren bir haktır. Bu hakkın öneminin artmasının nedenlerinin temelinde, toplum içerisindeki ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar ve değişiklikler yatmaktadır.

Üst hakkının varlık sebebi, gayrimenkul projeleri geliştirilmesine, arazi maliyetinin en aza indirgenmesine ve taşınmaz üzerinde geliştirilen gayrimenkul projesinin belli bir süre sonunda taşınmaz malikine kalmasına imkan verebilmesidir.

Bu hakkın hem hak sahibine hem taşınmaz malikine hem de genel olarak ekonomik hayata son derece önemli katkıları vardır.

Şimdi sırasıyla bu faydaları hakkın ilgisine göre detaylandırabiliriz.

1. Üst Hakkının Üst Hakkı Sahibine Katkıları

Üst hakkı ile hak sahibine, bir taşınmazın (örneğin bir arazinin) mülkiyet hakkına sahip olmaksızın, o taşınmaz üzerinde yapı inşa ederek bu yapının ya da taşınmaz üzerindeki mevcut bir yapının, üst hakkı sona erinceye kadar, maliki olabilme yetkisi

tanınmaktadır.³⁷ Böylece, taşınmazı (örneğin üzerinde inşaat yapılacak araziyi) satın alma gücü olmasa bile inşaat yapabilecek ekonomik duruma sahip olan kişiler ya da bu meblağa sahip olsa bile çeşitli nedenlerle taşınmazı satın almak istemeyen kişiler için yatırım imkânı tanınmaktadır. Üst hakkı sahibi, taşınmazın satın alınması için gereken tutardan daha az bir miktar ile bu yapıyı inşa edebilecek ve böylece ekonomik olarak daha kolay yoldan yatırımını gerçekleştirmiş olacaktır.

Üst hakkı sahibinin taşınmaz bedelini uygun bulsa bile taşınmazı satın almak yönünde bir iradesi yok ise, üst hakkı sahibi, yine üst hakkı tesisi ile taşınmazın mülkiyetini devralmadan yapı inşa edebilme ya da mevcut yapının hak süresince maliki olabilme imkânına sahip olacaktır.

2. Üst Hakkının Taşınmaz Malikine Katkıları

Taşınmaz sahibi, üçüncü kişi lehine üst hakkı tesis ederek taşınmazını değerlendirmekte ve üst hakkı ilişkisinin bitimiyle de hem taşınmazın hem de üzerindeki yapının sahibi olabilme imkanına sahip olabilmektedir. Ayrıca üst hakkı tesisinde mülkiyet hakkının kaybedilmemesi neticesinde, taşınmazın artan değerinin sonraki nesillere aktarılması sağlanmaktadır. Üst hakkının sona ermesi ile taşınmazın üzerindeki yapılar, mülkiyet sahibine dönmektedir. Böylece uzun yıllar sürebilen üst hakkının bitiminde, sonraki nesillerin de yararlanabileceği değerler için, taşınmaz sahibi tarafından üst hakkının sona ermesi neticesinde hem yapının maliki olma hem de bu yapıyı yeniden değerlendirme şansı elde edilmektedir. Taşınmazın mülkiyeti devredilmeden, bir başkası tarafından inşa edilecek yapıların veya mevcut yapıların, üst hakkı süresince muhafaza edilmesi sağlanacak ve üst hakkının sona ermesiyle bu yapıların mülkiyeti taşınmaz malikinin kendisine geçecektir. Üst hakkı sayesinde taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen gayrimenkul projesi, bir kıymet artışı ortaya çıkarmış olacaktır ve taşınmaz maliki bu kıymet artışından yararlanabilecektir.³⁸

³⁷ Peter R. Isler, ve Renato Costantini, Kommentar, Basler, Obligationenrecht II, Helbing Lichtenhahn Verlag Basel, 2011, s. 1104.

³⁸ Selahattin Sulhi Tekinay, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 59.; Esener ve Güven, s. 387.; Gümüş s. 537.; Ertaş s. 518.; Ayan, s. 94. Esener ve Güven, s. 386; Gürzumar, s. 23.

Eğer üst hakkı bir bedel karşılığında tesis edilmişse, taşınmaz malikine maddi bir gelir imkânı da sağlamaktadır.

3. Üst Hakkının Ekonomik Hayata Katkıları

Üst hakkı tesisi ile mülkiyet hakkı tamamen elden çıkmadığı için, bu hakkın ekonomik anlamda da işlevlerinden bahsedilebilir. Özellikle asıl fonksiyonları kamu hizmeti olan kamu idareleri, gayrimenkul ticareti yapma hedefleri olmadığı için, kendi taşınmazları üzerinde bir proje geliştirme imkânları olmamaktadır. Bir an için bir müteahhidin kamu idareleri adına bir inşaat yapabilmesinin düşünülmesi halinde dahi, bu inşaatın ticarileştirilmesi ve işletilmesi gibi kamu hizmeti konuları dışında kalan hususlar da gündeme gelecektir. İşte üst hakkı da özellikle tam bu esnada rol oynamakta ve kamu malı niteliğindeki taşınmazlar için önemli bir işlev üstlenmektedir.³⁹ Kamu malı tanımı ve üst hakkına ilişkin kamu mevzuatı ile ilgili ayrıntılı bilgi, bu hususun incelendiği ikinci bölümde yer almaktadır.⁴⁰ Üst hakkı aracılığıyla, taşınmazın devri gerçekleştirilmeksizin yani mülkiyeti kamu idaresinde kalarak, bu taşınmazların üçüncü kişilere tahsis edilmesi suretiyle değerlendirilmesi sağlanmaktadır. Atıl durumda kalan taşınmazların bu yöntemle faal duruma gelmesi ve değerlendirilmesi üst hakkı sayesinde olabilmektedir.

Konuyu turizm, hastane faaliyetleri çerçevesinde düşünecek olursak, değerli alanların büyük bir kısmının devlete ait olması, bu alanlardan beklenen ölçüde yararlanılmasını; bu alanlara gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından yatırım yapılmasını zorlaştırmakta ve hatta engellemektedir. Üst hakkı ise bu taşınmazların mülkiyetine sahip kişilerde bir değişikliğe gitmeden başka kişilerce çeşitli tesislerin yapılmasını (hastane, eğitim binası, kültür binası vb.) ve bu alanların ekonomiye kazandırılmasını sağlamaktadır.

Üst hakkı sayesinde konut, yol, ofis, otel, alışveriş merkezi, hastane gibi inşaatların yapımı hızlanacak ve bunun sonucu olarak da kentleşme anlamında ülkeye

³⁹ Esener ve Güven, s. 386.; Ünal, s. 7.; Gürzumar, s.23 vd

⁴⁰ Bkz. İkinci Bölüm, II altında yapılan ve Üçüncü Bölüm altında yapılan açıklamalara.

katkıda bulunulacaktır. Bahsedilen katkılara ek olarak, mevcut olan bir yapının üst hakkı marifetiyle muhafaza edilmesi ve iyileştirilmesi de sağlanacaktır.

B. Üst Hakkına İlişkin Olumsuz Eleştiriler

Üst hakkının, ekonomik ve sosyal hayata katkıda bulunan olumlu yönlerinin yanı sıra olumsuz yönleri de mevcuttur. Şöyle ki:

Üst hakkı ile hak sahibine, başkasının taşınmazı altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek imkânı tanındığı için⁴¹ öncelikle, malikin o arazi üzerindeki fiili tasarruf yetkisi kısmen veya tamamen kısıtlanmaktadır. Yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı ilişkisi devam ettiği sürece, bu hakkın getirdiği yükümlülüklerle katlanmakla mükelleftir. Bu durum ayrıca üzerinde üst hakkı kurulmuş bir taşınmazın satım işlemine konu edilme ihtimalini de azalacaktır. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinın taşınmazı üzerindeki tasarruf yetkisi hukuken olmasa da fiilen kısıtlanmış olmaktadır.

En az otuz sene için kurulması gereken sürekli nitelikteki üst hakkı, süresi itibariyle, yüklü taşınmaz malikini, taşınmazından gelir elde edebilmek için, uzun bir bekleme süresine maruz bırakmaktadır. Taşınmaz maliki, sahibi olduğu taşınmaz üzerindeki yapının maliki olabilmek için, uzunca bir dönem beklemek ve bu dönem içerisinde oluşacak özellikle ekonomik değişikliklere de katlanmak zorunda kalacaktır. Yapının bu süre içerisinde kaybedeceği değeri de göz önünde bulundurmak gerekecektir. Dolayısıyla taşınmaz maliki, süre sonunda yüklü taşınmaz üzerindeki yapıların kendisine ait hale gelmesinin avantajını yaşarken, bir yandan da bu işlem için oldukça uzun süreler beklemek zorunda kalacaktır ve üstelik yapılar kendisine ait hale geldiğinde bu yapıların ekonomik ömrü de bir hayli tükenmiş olacaktır. Bu nedenle taşınmaz maliki olan gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, üst hakkı gibi yıllarca sürececek bir ilişkiye girmeyi tercih etmemektedir. Taşınmaz malikleri, üst hakkı yerine, kat karşılığı inşaat veya hasılat paylaşımı gibi daha kısa sürede sonuç alabilecekleri hukuki işlemlere yönelmektedirler.

⁴¹ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 625., Aral, s.1. Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.705.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 996.

Dolayısıyla uygulamada üst hakkı, taşınmaz maliki olan gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri açısından hemen hemen yok denecek kadar az görülmektedir. Uygulamada üst hakkı, neredeyse tamamen, taşınmaz sahibi olan kamu idareleri tarafından tercih edilen bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

III. Üst Hakkının Konusu, Tesis Edilebileceği ve Edilemeyeceği Yerler, Üst Hakkının Hukuki Niteliği ve Üst Hakkı Çeşitleri

A. Üst Hakkının Konusu

1. Üst Hakkının Maddi Olarak Konusu

Türk Medeni Kanunu m. 826/1'e göre bir taşınmaz maliki, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı yani üst hakkı kurabilir. Dolayısıyla üst hakkının maddi olarak konusunun hem "yapı" hem de "taşınmaz" olması gerekir.

a. Yapı

Üst hakkının konusu nihayetinde bir yapıdır. Bu yapı başlangıçta var olan bir yapı olabileceği gibi daha sonra inşa edilecek olan bir yapı da olabilir.

Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 652. maddesinde "inşaat ve imalattan" söz edilirken 751. maddesinde de "yapı"dan söz edilmekte idi. Bu dönemde kanunda bir ifade birliği yoktu. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu bu karışıklığa son vermiş ve bir anlatım birliği sağlamıştır. TMK m. 726'da inşa edilecek bir yapıdan, TMK m. 826'da da mevcut veya inşa edilecek bir yapıdan bahsedilmektedir.

Burada yapı kavramının kapsamına, yüklü taşınmaz üzerine temelli kalmak maksadı olmaksızın yapılan kulübe, baraka ve buna benzer yapıların girip girmediğini tespit etmek gerekir.

TMK m. 728'de belirtilen yapıya hükmün kenar başlığında da belirtildiği şekilde "taşınır yapı" denilmektedir. Taşınır yapının mülkiyeti bulunduğu arazinin mülkiyetine tabi olmayıp, inşa edenin mülkiyetine tabidir ve bunlara taşınır mülkiyetine dair hükümler

uygulanır. Doktrinde de ifade edildiği üzere, bir inşaata taşınır yapı özelliği veren öncelikle onu inşa edenin bu inşaatın geçiciliği hususundaki niyeti ve iradesidir.⁴² Örneğin bir panayır için tahtadan yapılan barakanın, inşaat için kurulan şantiye binasının kalıcı olmak maksadı ile yapılmadığı kabul edilecektir. Bu nedenle taşınır yapı karakteri taşımayan, kalıcı olmak amacı ile yapılan inşaatı, yapı olarak kabul etmek gerekir. Burada akla şu sorular gelmektedir: Örneğin büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapıları yapan kişi, bunları kalıcı olması amacıyla yapmış ise durum ne olacaktır? Bu hafif yapılar yine taşınır yapı kavramına mı dahil olacaktır? Yoksa hafif yapıyı yapanın iradesine bakılarak bu hafif yapılar taşınır yapı olmaktan çıkacak mıdır?

Burada doktrinde⁴³ de isabetle belirtildiği üzere taşınır yapıdan söz edilememesi için yapının kalıcı olması amacıyla yapılmış olmasının dışında, yapının objektif olarak da üzerinde inşa edildiği taşınmazla bağımlı olması gerekir. Bu nedenle TMK m. 728 anlamında, hafif yapıların kalıcı olması amaçlansa da bunların objektif olarak üzerinde inşa edildikleri taşınmazla bağımlı kılınmaları mümkün değildir. Dolayısıyla bu gibi hafif yapıların üst hakkı konu edilebilecek nitelikte yapı sayılmaları mümkün değildir.

Yapıdan maksat sadece binalar değildir; elektrik direkleri, demiryolları TMK m. 718 anlamında birer yapıdır.⁴⁴ Yapının taşınmazın üzerinde ya da altında olması yapı niteliği vasfının tayininde bir fark yaratmaz. Üst hakkı ile yapı arasında bağlantı kurulabilmesi, yapının üst hakkının tesis edileceği taşınmazın altında veya üstünde olmasına bağlıdır.

Üst hakkı konusunun taşınır yapı olup olmayacağı irdelenmelidir. Doktrinde; taşınır yapıların araziye kalıcı bağlantıdan yoksun oldukları için üst hakkına konu olamayacağı belirtilmiştir.⁴⁵ Bizce de; TMK m. 726’da “sürekli kalmak üzere inşa edilen yapılar” ifadesinden hareketle taşınır yapılar araziye kalıcı bağlantıdan yoksun oldukları için üst hakkına konu olamayacağı kabul edilmelidir. Ayrıca TMK m. 728’ de başkasına ait arazi üzerinde kalıcı olması amaçlanmadan yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve

⁴² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 554.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. I, s. 865.; Sirmen, s. 415.; Ertaş, s. 356.; Esener ve Güven, s. 223.

⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.996; Ertaş, Cumalıoğlu ve Serdar, s.553; İpek Yücer Aktürk; Üst Hakkı Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.77; Karauz, s. 45.; Ünal, s. 143.

⁴⁴ Gürzumar, s.110; Ünal, s. 142; Akipek, s.59 ; Aktürk, s.74.

⁴⁵ Kararuz s. 45 dipnot 95’ te belirtilen yazarlar.

benzeri hafif yapılar bunların malikine aittir denilerek bu yapıların taşınır mal hükümlerine tabi olacağı ve tapu kütüğünde gösterilmeyeceği düzenlenmiştir.

Üst hakkı kapsamında olan yapılar, zemine mutlaka fiziksel olarak, doğrudan ya da dolaylı bir biçimde, sabit ve sürekli şekilde tasarlanmış bir bağlantısı olan kalıcı yapılardır. Bir yapının, üzerinde veya altında bulunduğu araziye doğrudan doğruya değil de dolaylı olarak bağlı olduğu hallerle durum tartışmalıdır.

Bu hususta doktrinde iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre⁴⁶, üst hakkına konu olan yapıların üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazla doğrudan bağlantısı bulunması zorunlu değildir, taşkın yapı ve mecra hakkı hallerinde mecra araziye temas etmesine veya taşkın inşaatın sarkan kısmının arazi üzerine düşmesine gerek olmadığı hallerde olduğu gibi dolaylı bağlılık yeterlidir. Doktrindeki diğer görüşe⁴⁷ göre ise; üst hakkı ancak üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmaza doğrudan bağlı olan yapılarda söz konusu olur. Çünkü, taşınmaza doğrudan bağlı olmayıp, diğer başka bir taşınmaza bağlı olan yapıların, işlev olarak bağımsız olmaları mümkün değildir.

Bizce de bu kanun koyucunun taşkın inşaat ve mecra hakkının geçirilmesi hallerine özgü olarak üst hakkı kurulmasına izin vermesi, başka taşınmazlara bağlı olan yapılar üzerinde üst hakkı verilmesine imkân tanıyacağı anlamına gelemez. Çünkü birleşme ilkesinin istisnaları geniş yorumlanırsa, bu kanun koyucunun iradesine aykırı olur. Ayrıca bu tür haller konusuna uygun başka irtifaklarla da hukuki bir zemine oturtulabilir. Diğer yandan bu gibi halleri üst hakkı kapsamına almak üst hakkı kavramını gereksiz bir şekilde zorlamak anlamına gelir.

Bir yapının üst hakkına konu olması için yapının bağımsız olması gerekir. İnşaatın belli bir kısmını oluşturan veya bir inşaatın yapısal bağımlı olarak bulunan bir yapı söz konusuysa üst hakkı kurulamaz.⁴⁸ Bir diğer söyleyişle bir yapının bir kısmı veya bir birimi üst hakkına konu edilemez. Çünkü üst hakkı mütemmim cüz kuralının değil, üstün arza tabi olması kuralının istisnasıdır. Bu sebeple, bağımsız ve başlı başına bir

⁴⁶ Aktürk, s. 82 vd s.77 ve Aktürk, s 77 dipnot 74' de belirtilen yazarlar.

⁴⁷ Aktürk, s.78; Gürzumar, s. 110; Aktürk, s.78 ve Aktürk, s.78 dipnot 75'te belirtilen yazarlar.

⁴⁸ Üst hakkı tesis edilen yapının dikey olarak bölünemeyeceği görüşü için Bkz: Gürzumar, s. 110-111.

varlığa sahip olmayan yapılar için üst hakkı tesisi mümkün değildir.⁴⁹ Bununla birlikte bazen hal şartların gerekmesi halinde istisnai bir durum olarak üst hakkının bütünleyici parça kuralının istisnası olamayacağı düşüncesini sıkı sıkıya uygulamanın gerekmeyeceği haller de olabilir ve böyle bir halde çözüm ve yol açmak adına esnek düşünülebilmesi de gerekebilir. Örneğin, kat mülkiyetine tabi olmayan bir yapının terasına bir güneş santrali tesis edilmek istenilmiş olabilir ve yapı sahibi ve güneş santrali geliştiricisi bu tesisi mevcut bir yapının çatısına üst hakkı modeliyle hukuki zemine oturtmak istemiş olabilirler. Aşağıda açıkladığımız⁵⁰ gibi bir taşınmazın belli bir bölümüne üst hakkı kurulabilmesi imkanı olabildiğine göre, tarafların üst hakkı kapsam ve içerik şartlarında anlaşarak bir yapının bir kısmına da üst hakkı kurulabilmesi imkanı tanınabilir. Tabii böyle bir halde de tapu sicilinde üst hakkı, yüklü taşınmazın tamamı üzerinde tesis edilir ama üst hakkı üst hakkı sözleşmesinin içerik ve kapsamına uygun olarak yapının bir kısmı ile sınırlandırılabilir.

b. Taşınmaz

Üst hakkının maddi olarak konusunu “yapı” ile birlikte “taşınmaz” da oluşturmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nda üst hakkına konu olabilecek “Taşınmaz” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Gerçekten de TMK m 726’da ve TMK m. 826’da üst hakkının konusunu oluşturan taşınmazın tanımı yapılmamıştır. TMK m. 726/f.3’te ve TMK m. 729/f. 3’te de taşınmaz ve üst hakkı ilişkisi belirtilmiştir. Bununla birlikte TMK m. 704’te taşınmaz mülkiyetinin konusu belirlenmiştir. Anılan nedenlerle üst hakkı konusu olabilecek taşınmazlar için akla ilk olarak TMK m. 704 çerçevesinde araziler ve tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar gelmektedir. Bu kapsamda tezimizin “Üst Hakkının Tesis Edilebileceği Taşınmazlar”⁵¹ bölümünde, üst hakkının maddi olarak konusunu teşkil eden “taşınmaz” konusu ayrıca açıklanacaktır.

⁴⁹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 707; Gürzumar, s.111.

⁵⁰ Bkz. Birinci Bölüm, III, A, 1, b altında yapılan açıklamalara.

⁵¹ Bkz. Birinci Bölüm, III, A, 2 altında yapılan açıklamalara.

2. Üst Hakkının Tesis Edilebileceği Taşınmazlar

Taşınmaz mülkiyetinin konusu, TMK m. 704'te arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğünde kayıtlı bağımsız bölümler, şeklinde tanımlanmıştır. TMK m. 726/f.3'te, bağımsız bölümler üzerinde üst hakkı kurulamayacağı; TMK m. 729/f. 3'te de ağaçlar ve ormanların üst hakkına konu olamayacağı belirtilmiştir. Biz de buna göre üst hakkının maddi olarak konularını, yapı ve üst hakkının tesis edileceği taşınmazlar olarak tespit ettiğimizden, “yapı” dışında ayrıca “taşınmaz” olarak “arazi” ve “bağımsız ve sürekli hakları” tanımlayacağız.

a. Arazi

Üst hakkı, TMK m. 826 hükmünde bahsedildiği üzere, bir arazi üzerine kurulur. Türk Medeni Kanunu'nda arazi kavramını tanımlanmamıştır. Tapu Sicil Tüzüğü m. 9'da arazi, sınırları hukuki ve geometrik yöntemle belirlenmiş yeryüzü parçası olarak tanımlanmıştır. TMK m. 718'de arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu sürece üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsadığı; bu kapsama da yasal sınırlamalar saklı olmak üzere yapıların, bitkilerin ve kaynakların girdiği belirtilmiştir. Buna göre, arazinin yatay kapsamından kastedilen araziye diğer arazilerden ayırt eden sınırlardır. Arazi üzerindeki hava katmanı ile altındaki arz katmanı kullanılması yarar sağladığı ölçüde arazi mülkiyetinin dikey kapsamındadır.

Bu arazi hem özel mülk hem de kamu mülkü olarak karşımıza çıkabilir. Mülkün kime ait olduğu, üst hakkı tesisi için bir kıstas değildir.

Uygulamada üst hakkının en çok tesis edildiği yerler arazilerdir. Bu kapsamda arazinin üzerinde yapının olup olmamasının bir önemi yoktur. Zira üst hakkı ile irtifak hakkı sahibine ya arazi üzerindeki yapıyı muhafaza etme yetkisi verilmekte ya da arazi üzerinde yapı inşa etme hakkı verilmektedir.

Üst hakkı tesis edilen arazinin maliklerinin birden fazla olmasının önemi yoktur. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki paylı mülkiyette üst hakkının kurulması, olağanüstü yönetim işi niteliğindedir. Bu nedenle paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda üst hakkı, oybirliği ile aksi kararlaştırılmamışsa, ancak tüm paydaşların oybirliği ile tesis

edilebilir (TMK m. 692/ f.1).⁵² Üzerinde üst hakkı kurulacak taşınmazın elbirliği mülkiyetine tabi olduğu hallerde de iştirak halinde maliklerin oybirliği ile hareket etmesi gerekir. Diğer taraftan bir müşterek mülkiyet payı üzerinde üst hakkı tesis edilemez. Zira böyle bir irtifak hakkı diğer pay sahiplerinin hakkını ihlal eder.⁵³

Bir arazi üzerinde üst hakkı kurulacaksa bu arazinin bütünü için söz konusu olabilir.

Üst hakkı tesis edilirken, üst hakkının tüm arazi üzerine tesis edilebileceği yani arazinin bir kısmı üzerine üst hakkının kurulamayacağı yönünde de görüşler mevcuttur.⁵⁴ Diğer görüşe göre ise (ki uygulama da bu görüşe uygun şekilde gelişmiştir) ifraz yapılmasına dahi gerek olmaksızın, sadece çizilecek bir plan ile arazinin belirli bölümlerinde üst hakkının kurulması mümkündür.⁵⁵ Ancak bu durumda üst hakkı ile yüklü olan taşınmaz arazinin bütünüdür ve sınırlandırılan yalnızca üst hakkının kullanılma biçimidir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Taraflar resmi şekildeki sözleşmede ilgili yapıyı ve sınırlarını belirlemişlerse böylece aynı etki meydana getirilmiş olacağı için bir arazinin üzerinde birden fazla yapı için birden fazla üst hakkı kurulması mümkündür.

Aynı arazi üzerinde birden fazla üst hakkı kurulmak istenirse, bunun iki yolu vardır. Bunun birinci yolu arazinin taksim ve ifrazı ile ayrı ayrı parsellere ayrılması ve bu işlemten sonra her bir parsel üzerinde ayrı ayrı üst hakkı kurulabilir. İkinci yol ise arazide taksim ve ifraz yapılmadan da arazinin bir kısmı için de hakkın kapsamı ve içeriğinin belirlendiği sözleşmede hakkın arazinin hangi kısmına ilişkin olduğu belirlenebilir ve aynı arazide bu şekilde birden fazla üst hakkı kurulabilir.

⁵² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.317; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 707; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 208.

⁵³ Gürzumar, s.100; Karauz, s. 42 ve Dipnot 82; Rona Serozan, Eşya Hukuku, Cl. I. Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.237,238.

⁵⁴ Akipek, s. 41.; Esener ve Güven, s. 389.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 953.; Akıntürk, s. 707.; Köprülü ve Kaneti, s. 60.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 707; Aral, s. 3.

⁵⁵ Ertay, s. 514; Gürzumar, s.99

Yargıtay arazi üzerine birden fazla müstakil bina yapılması halinde bunun mümkün olabileceği düşüncesindedir.⁵⁶

b. Tapuya Taşınmaz Olarak Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar

Bir arazinin taşınmaz olduğunun anlaşılması kolaydır ancak bir hakkın taşınmaz sayılmasını anlamak pek kolay değildir. Hukuk düzeni nelerin taşınmaz olduğunu tayin ederken fiziki, maddi varlıkların yanı sıra iktisadi ve sosyal ihtiyaçları da göz önüne alır. TMK, m. 704'te ve m. 998'de "bağımsız ve sürekli haklar" taşınmaz olarak sayılırken bu şekilde hareket edilmiştir. TMK m. 998/f. 3'te bağımsız ve sürekli hakların kaydedilmesi için gerekli koşullar ve usulün tüzükle⁵⁷ belirleneceği hükmüne yer verilmiştir.

Bu amaçla Tapu Sicili Tüzüğü m. 10'da şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan veya izne tabi kılmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz mal olarak tescil edilir.

Tapu kütüğünde taşınmaz mal olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar üçüncü kişilere devir olunabilir, mirasçılara geçebilir ve üzerlerinde her türlü ayni ve kişisel hak kurulabilir.”

Görüldüğü üzere hükmün 1. fıkrasında bağımsız ve sürekli irtifak haklarının hangi şartlar dahilinde tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz mal olarak tescil edilebileceği belirlenmiştir. Hükmün 2. fıkrasında da ile tapu kütüğüne taşınmaz mal olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli hakların üçüncü kişilere devrinin mümkün olduğu, bu hakların mirasçılara geçebileceği ve bu hakların (hukuken taşınmaz sayılan bu hakların) üzerinde ayni ve kişisel hak tesis edilebileceği ifade edilmiştir. Bu hakların

⁵⁶ “Bir arsa üzerinde birden fazla üst hakkı tesisi mümkün ise de bu ancak bu arazi üzerinde birden fazla müstakil bina yapılması halinde mümkündür. Aksi halde bir binanın bağımsız kesimleri üzerinde T.M.K. nun 726. maddesi de dikkate alındığında üst hakkı tesis edilemez. Kurulmuş olan bu üst hakkı da bu durumda bağımsız kesimlere uygulanamaz.” (Yargıtay 12. HD., 6.7.2007, E. 2007/12129 K. 2007/14370), Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (19.11.2018)

⁵⁷ 02.07.2017 tarihli, 700 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “tüzükle” ibaresi “Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle” şeklinde değiştirilmiştir.

taşınmaz sayılması, bu hakların niteliğinde bir değişiklik yapmamakta olup, sadece bu hakların “taşınmaz” gibi işlem görmesini sağlamaktadır.

Bağımsız ve sürekli bir hakkın taşınmaz gibi işlem görebilmesi için, bu hak, bir “irtifak” hakkı⁵⁸ olmalıdır ve bu irtifak hakkı da “bağımsız” ve “sürekli” nitelikte olmalıdır.

İrtifakın bağımsız olmasından maksat, irtifakın belli bir taşınmaz ya da münhasıran belirli bir kişi lehine kurulmamış olmasıdır⁵⁹. Diğer bir deyişle eşyaya bağlı (taşınmaz lehine kurulabilen) irtifaklar, bu niteliğe sahip değildir. Yine kişiye bağlı (kişi lehine kurulabilen) devir kabiliyeti olmayan irtifaklar da bağımsız olma niteliğine sahip değildir.

İntifa ve oturma (=sükna) hakları, ancak kişi lehine kurulabilen irtifaklardır. Üstelik bu irtifaklar şahısla kaim haklardır; lehine tesis edildikleri kişiden başkalarına devredilemezler ve bu hakların miras yoluyla intikal etmeleri de mümkün değildir. Kişiye bağlı üst hakkı veya kaynak hakkı ise aksi kararlaştırılmadıkça, başkalarına devredilebilirler ve miras yoluyla intikal ederler .⁶⁰ Ancak sözleşmelerde kişiye bağlı bu irtifakların da devri kısıtlanmışsa veya bir onaya tabi tutulmuşsa, “bağımsızlık” nitelikleri ortadan kaldırılmış demektir. O halde kanunen devri yasaklanmamış bir irtifak hakkı için, eğer sözleşmesinde de devir kabiliyeti kısıtlanmamışsa, o irtifak hakkı “bağımsızdır” denilebilir.

Kaynak ve üst hakkının bağımsız nitelikte olabileceği, Türk Medeni Kanunu’nda açıkça ifade edilmiştir. TMK m. 838’e göre tesis edilebilecek irtifakların da bağımsız ve sürekli olarak tesis edilebileceği hükmün bizzat 2. fıkrasında açıkça kabul edilmiştir.⁶¹

⁵⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 185.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.249.; Gökhan Antalya, Eşya Hukuku, cl. IV/1, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 605.

⁵⁹ Esener ve Güven, s. 183.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 165.; Ertaş, s. 108.

⁶⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.249.

⁶¹ Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. I, s.160; Sirmen s. 609; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 187.; Ertaş s. 533.

İrtifak hakkının sürekli olmasından maksat da şudur: TMK m. 998 f. 3'te ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 10'da irtifak hakkının sürekli olması için ya süresiz ya da en az otuz yıl süreyle kurulmuş olması aranmaktadır.

Bağımsız ve sürekli olan bir irtifak hakkı, sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir ve böylece bu hakkın sahibi, hakkın süresi boyunca, bir taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde sahip olduğu tüm hak ve yetkileri kullanabilir.⁶² Diğer bir deyişle bağımsız ve sürekli irtifak hakkı sahibi, söz konusu taşınmaz niteliğindeki hakkı üzerinde inşaat yapabileceği; yapılan bu inşaatın tamamını veya bazı bölümlerini kiraya verebileceği; aynı şekilde taşınmaz veya inşaat üzerinde bir üçüncü kişi lehine bir intifa hakkı veya yeni bir üst hakkı tanıyabileceği; üst hakkını tamamen veya kısmen üçüncü bir şahsa devredebileceği veya herhangi bir borcun teminatı olmak üzere her türlü ipotek hakkı tesis edebileceği hakkını ve yetkilerini haizdir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı tarafından, B.09.1.TKG0100001-073/sayı ile yayımlanmış üst hakkına ilişkin genelgede de tapu kütüğüne taşınmaz olarak kayıtlı bağımsız ve sürekli hakların, üçüncü kişilere devir olunabileceği; mirasçılara geçebileceği gibi bunlar üzerinde her türlü ayni ve kişisel hakkın kurulabileceği belirtilmiştir.⁶³

Belirtelim ki tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikteki üst haklarının üzerinde yeniden tesis edilecek üst hakkına “ikinci dereceden üst hakkı” denir.⁶⁴ İkinci dereceden üst hakkına sahip olan kişi, ilk üst hakkının sahip olduğu yetkileri haizdir ve sürenin dolmasıyla beraber bu yetkiler ilk üst hakkı sahibine ait hale gelecektir.

Öte yandan, bir irtifak hakkı, bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olmasına ve bu nedenle tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olmasına rağmen, sahibine yüklü

⁶² Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 187. Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 951.; Ertaş, s. 508., Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 707; Gürzumar, s.60 vd.

⁶³ Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı, Tarih: 15.06.2010, Sayı: B.09.1.TKG0100001- 073/, Genelge No: 1705. ;Üst hakkı üzerinde yeniden bir ayni hakkın tesis edilebilmesi için gerekli olan kıstas, bu üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olması ve ayrıca tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş olmasıdır.

⁶⁴ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 954.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 707., Ünal, s. 138; Ayan, s. 87.; Gürzumar, s. 63.

taşınmaz üzerinde yapı yapma ve yüklü taşınmazın mülkiyet hakkına sahip olma yetkilerini vermiyor olabilir. Örneğin TMK m. 826 ve m. 726 anlamında inşaat teşkil etmeyen, yüklü taşınmaza temas etmeden sadece yüklü taşınmazın hava sahasından geçen bir mecra irtifakı tesis edilmiş ise bu durumda mecra üzerindeki irtifak hakkının üst hakkı olarak değerlendirilmesi mümkün olamayacaktır. Bu gibi hallerde bu taşınmaz üzerinde teknik olarak üst hakkı kurulabileceği düşünülse de bunun pratikte bir anlamı olamaz. Bu nedenle böyle bir bağımsız ve sürekli hak üzerinde üst hakkı kurulamayacağını kabul etmek gerekir.⁶⁵

3. Üzerinde Üst Hakkının Tesis Edilemeyeceği Yerler

a. Kat Mülkiyeti

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre kat mülkiyeti, gayrimenkulün bütününde ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup ilgili kanun uyarınca bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerin üzerinde kurulan mülkiyet hakkını ifade eder. TMK m. 726/f. 3'te yer alan düzenleme ile bağımsız bölümler üzerinde üst hakkı kurulması yasaklanmıştır.⁶⁶

Kat Mülkiyeti Kanunu kabul edilmeden önce de Türk Kanunu Medenisi'nde yer alan bu hükmün (m. 652/ f 2), kanun değişikliği olduğunda değiştirilmeyerek kalmasında sakınca görülmemiştir ve bağımsız bölümlere ilişkin olarak uygulanacak düzenlemelerin, tek bir kanunda toplanarak ilerlenmesi sağlanmıştır. Maddenin korunması ve değiştirilmemesi neticesinde de bir binanın katları üzerinde üst hakkından yararlanarak ayrı bir mülkiyet elde etmek mümkün değildir. Bir diğer deyişle bir binanın başlı başına kullanmaya elverişli olan bağımsız bölümleri üzerindeki mülkiyetin kat mülkiyeti

⁶⁵ Gürzumar, s.101; Aktürk, s. 72; Ünal, s.138; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.993

⁶⁶ Aral, s. 23.; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 630.; Ünal, s. 144-145.; Ertaş, s 369-370.; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 581-582.; Türk Medeni Kanunu'nun 726/f. 3 hükmünde yer alan düzenlemenin turizm amaçlı üst hakkı kurulmasında sorunlar yaratacağı görüşü için Bkz.: E. Saba Özmen, Tuba Korkmaz, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, S.1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1847167> (30.03.2023) s. 153-186.

şeklinde kurabilir. İsviçre Hukuku'nda da İsviçre Medenî Kanunu m. 675/f. 2 ile üst hakkının bir binanın ayrı katlarında tesis edilmesi yasaklanmıştır.⁶⁷

Mehaz İsviçre Kanunu'ndaki mevcut düzenlemede, üst hakkının gayrimenkule bağlı tüm yapılar açısından bir istisna teşkil ederek kurulabileceği; ancak gayrimenkulde bulunan ayrı katlar açısından bir istisna olamayacağı ve bu katlar üzerinde üst hakkı temin edilemeyeceği kabul edilmiştir.⁶⁸

Kanun koyucunun kat mülkiyetine tabi bir yerde bağımsız bölüm malikin mülkiyetini devir, kira, intifa gibi tasarruf imkanları olduğu halde maliki olduğu bağımsız bölümü üzerinde neden üst hakkı tesis edilemeyeceğini düzenlenmesinin altında yatan hukuk mantığını irdelemek gerekir. Öncelikle kanun koyucu üst hakkının inşaat yapma yetkisi içerdiğinden bitmiş bir yapıda yeniden bir inşaat yapılmasını tercih etmemiş olabilir. Ancak her üst hakkı sözleşmesi inşaat yapma yetkisi değil de mevcut bir inşaatı muhafaza yetkisi de içerebilir. Doktrinde; her bir kat, yapı ile yapısal ve işlevsel bağlantıya sahiptir ve merdiven, ısıtma sistemi gibi diğer bileşenler olmadan bir kat tek başına ekonomik anlamda bağımsız bir şekilde kullanılamayacağından bir binanın sadece bir katına üst hakkı tesis etmek mümkün olmayacağı belirtilmiştir.⁶⁹ Yine doktrinde bir görüş de üst hakkının amacının hak sahibinin inşa edeceği veya koruyacağı yapının mülkiyet hakkı ile yüklü taşınmazın mülkiyet haklarının birbirinden tamamen ayrılması yönünde olduğunu fakat kat mülkiyetinde, arazi ile yapının belirli bir bölümü üzerindeki mülkiyetin tamamen ayrılmadığı belirtmiştir. Bu nedenle, arazi üzerindeki ve kanunda belirtilen ortak yerlerdeki müşterek mülkiyet hissesi ile bağlantılı bir mülkiyet türünü oluşturması nedeniyle kat mülkiyetine tabi bir yerde bağımsız bir bölüm üzerine üst hakkı kurulmayacağını ifade etmiştir.⁷⁰

Yargıtay da bu konuda; ana yapı içerisindeki dükkanlar üzerinde inşa edilen ilave iki kat üzerinde üst hakkı kurulamayacağını ifade etmiştir.⁷¹

⁶⁷ Rey ve Strebel, s. 1103.

⁶⁸ Rey ve Strebel, s. 1103.

⁶⁹ Rey ve Strebel, s. 1105.

⁷⁰ Gürzumar, s. 95-96.

⁷¹ Yargıtay 1. H.D. E.7452 K.865, T.05.07.2002

Bununla beraber bağımsız bölümler üzerinde üst hakkı tesisinin yasaklanması, üst hakkı ile inşa edilen yapı üzerinde kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm oluşturulamayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; üst hakkı üzerinde kat mülkiyetinin kurulabilmesi, üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olmasına ve tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş olmasına bağlıdır.⁷²

b. Ağaçlar ve Ormanlar

TMK m. 729/f. 2’de yer alan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, ağaçlar ve ormanların üzerinde üst hakkı tesisi gerçekleştirilemeyecektir.⁷³ Bitkiler buldukları arazinin bütünleyici parçasıdır.

Orman ve ağaçlar üzerinde üst hakkı kurulamayacağının sebebi şudur:⁷⁴ Bizce kanun koyucu bu hükümle üst hakkına dayalı olarak yapılacak inşaatlar nedeniyle ormanların, ağaçların ve bitkilerin yok olmasını engellemek ve tabiatı korumak istemiştir. TMK m. 729’un gerekçesinde orman kavramınının 6831 sayılı Orman Kanunu’ndaki anlamda kullanıldığı belirtilmiştir. Orman Kanunu m. 1’de orman şu şekilde tanımlanmıştır:

“Tabi olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.”.

İlgili kanunda orman kavramını tanımlandıktan sonra orman sayılmayan yerler de ya basit bitki örtüleri ya da orman sınırları dışında olan yerler olarak belirtilmiştir.

Ancak TMK’dan farklı olarak 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu m. 8’de orman niteliğindeki taşınmazların, üzerinde üst hakkı kurularak, turizm amacına yönelik tesislerin yapılmasına tahsis edilebileceği düzenlenmiştir. Turizm Teşvik Kanunu m. 7/f. 3’te de turizm teşvik alanı niteliğindeki taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak kurulabileceği belirtilmiştir.

⁷² Isler ve Costantini, s. 1104.

⁷³ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 629.; Ünal, s. 143.; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.600.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 534.

⁷⁴ Aktürk, s. 82 vd

Görüldüğü üzere, Turizm Teşvik Kanunu'nda Türk Medeni Kanunu'na göre ormanlarda üst hakkı kurulamayacağı yönündeki genel kurala istisna olacak şekilde ve şartları son derece daraltılmış şekilde turizm amaçlı olarak orman sayılan yerlerde üst hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir.

Doktrinde Aktürk de; İsviçre Medeni Kanunu'nda ormanlarda orman tarımı ve benzeri faaliyetleri desteklemek gerekçesiyle ormanlarda üst hakkının tesis edilebilmesine imkan veren değişikliğin, Türk Medeni Kanunu'nda da yapılmasının ülkemizde orman alanlarını geliştirilmesine imkan vereceğini savunmuştur.⁷⁵ İsviçre ile ülkemizi kıyasladığımızda hem İsviçre'nin orman ve tabiat zenginliği hem de sosyoekonomik düzeyinin çok farklı olması nedeniyle, benzer bir düzenlemenin genel bir kanun olarak ülkemiz medeni kanununda yapılması halinde, ülkemizde ormanların gelişmesinden ziyade tam tersi bir duruma yol açabileceği nazara alınmalıdır. Yasa yapma tekniği bakımından TMK m. 729/f. 2'de Turizm Teşvik Kanunu'nda belirtilen istisnaların saklı olduğunun belirtilmesi uygun olacaktır.

Orman Kanunu'na göre orman sayılmayan yerlerde az da olsa bitki örtüsü ve ağaçlar bulunmaktadır. Bu durumda orman sayılmayan ama üzerinde ağaç bulunan yerlerde ve ağaçlar üzerinde üst hakkı kurulup kurulamayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Üst hakkının konusu nihayetinde bir yapı ve bu yapının altında veya üzerinde bulunduğu bir taşınmazdan ibarettir. Ağaçların ise yapı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca TMK m. 729/f. 2 açık ifadesine göre de ağaçlar üzerinde üst hakkı kurulamaz.

Sonuç olarak; yukarıda belirttiğimiz nedenlerle ağaçlar üzerinde üst hakkı kurulamaz ama üzerinde ağaç olan ve Orman Kanunu'na göre orman sayılmayan yerlerde üst hakkı kurulabilir. Ormanlarda da Turizm Teşvik Kanunu'nda belirtilen istisnalar dışında üst hakkı kurulamaz.

⁷⁵ Aktürk, s. 84.

B. Üst Hakkının Hukuki Niteliği

Üst hakkının hukukî niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki bir görüş taraftarları, üst hakkının mülkiyet hakkı olduğunu savunurken, diğer bir görüşü savunanlara göre ise üst hakkı bir sınırlı aynî haktır.

1. Mülkiyet Görüşü

Bu görüşteki yazarlarca üst hakkı, sahibine, gerçekte mülkiyet hakkının sahibine bahsettiği tüm yetkileri verdiği için, hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde bu hususların dikkate alınması ve buradan hareketle üst hakkının mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁷⁶

Üst hakkının sahibine verdiği yetkiler, hükümleri ve sonuçları bir arada değerlendirildiğinde, ilk olarak üst hakkının mülkiyet hakkı niteliğinde olduğu kanısı uyanmaktadır. Çünkü üst hakkı, sahibine oldukça geniş yetkiler tanımaktadır. Hak sahibi, hem bina ve yüklü taşınmazdan doğrudan doğruya yararlanmakta hem de üçüncü kişilere karşı doğrudan ileri sürülebilen yetkilere sahip olmaktadır. Ayrıca bu hak, aksi kararlaştırılmamışsa üçüncü kişilere devredilebilmekte ve hak sahibinin ölümünün ardından onun mirasçılara da geçebilmektedir. Hak sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde bina yapma, yıkma, tadil etme, binayı dilediği gibi kullanma ve tasarruf etme haklarına da sahip olmaktadır.

Üst hakkının hak sahibine tanıdığı bu yetkilerin ancak mülkiyet hakkı sahibine tanınacağı düşüncesinden hareketle, bu hakkın mülkiyet hakkı olduğu kabul edilmektedir.

2. Sınırlı Aynî Hak Görüşü

Bu görüşü savunanlar⁷⁷ üst hakkını, mülkiyet hakkı gibi tam ve mutlak bir aynî hak olarak görmezler. Bu görüşü savunanlara göre, üst hakkı sadece mülkiyet hakkının

⁷⁶ Ünal, s.80. Esener ve Güven, s. 387.

⁷⁷ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 626.; Esener ve Güven, s. 387., Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 948.; Akipek, s.33.

bazı unsurlarını içeren ve ondan bir parça ihtiva eden sınırlı bir ayni haktır. Bu görüş de kendi içinde ikiye bölünmüş durumdadır.

Bir görüşe göre, bu hak *sui generis (kendine özgü)* iken diğer bir görüşe göre ise olağan sınırlı bir ayni haktır⁷⁸. Esas itibarıyla üst hakkı şahsi irtifaklardan da olsa aynı zamanda eşyaya bağlı olarak⁷⁹ veya bağımsız ve sürekli şekilde⁸⁰ de kurulabilmektedir. Bu nedenle doktrinde “düzensiz irtifak” olarak adlandırılır.⁸¹ Üst hakkı, ayni ve şahsi irtifak⁸² biçiminde de tesis edilebildiği için “karmaşık irtifak” şeklinde de isimlendirilmektedir. Doktrinde Gümüş, karmaşık irtifak olarak tanımlanması yerine seçimlik irtifak olarak nitelendirilmesini tercih etmektedir. Gümüş’e göre, bu tanımın belirlenmesi sonucunda da şahsi irtifak tanımına sadece intifa ve süknâ hakları dahil edilmektedir.⁸³ Esener ve Güven ise üst hakkının, şahsi ve ayni irtifaklar tarzında kurulabiliyor olmasına, kapsamı bakımından karmaşık irtifaklar olarak nitelendirilebiliyor olmasına karşın şahsi irtifaklara ilişkin genel hükümlerden farklı özelliklerinin bulunmasını gözeterek “atipik irtifaklar” olarak anılmasını daha uygun bulmaktadır.⁸⁴

Üst hakkı ne sadece bir ortak mülkiyet şeklinden ne de sadece bir mülkiyet hakkından ibarettir. Çünkü üst hakkı sahibi, bu hakkı dolayısıyla yüklü taşınmaz üzerinde bir mülkiyet hakkına sahip değildir; yalnızca yüklü taşınmaz üzerindeki yapının malikidir.

Üst hakkının sahibi, her türlü haksız işgal ve müdahalelere karşı mülkiyet hakkından ve zilyetlikten doğan talep ve dava imkânına sahiptir. Üst hakkı, bir alacağın teminat altına alınması için kurulmamakta veya taşınmazı olumlu edimle

⁷⁸ Ünal, s. 83.

⁷⁹ Üst hakkının eşyaya bağlı olarak kurulabileceğine ilişkin görüşler için Bkz. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991, s. 708.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.997.; Ünal, s. 146.; Esener ve Güven, s. 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 950.; Gürzumar, s. 55; Gümüş, s. 535; Demirsatan, s. 20.

⁸⁰ Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul: DER Yayınları, 2013, s. 158.

⁸¹ Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.704 vd.; Esener ve Güven, s.386.; Gümüş, s. 535.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 947.

⁸² TMK m. 826/f. 1 hükmü uyarınca, üst hakkının bir kişiye, bir başkasının taşınmazı üzerinde yapı inşa etmek veya mevcut yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı olması, bu hakkın şahsi irtifak olduğu anlamını taşımaktadır.

⁸³ Gümüş, s. 535.

⁸⁴ Esener ve Güven, s. 386.

kısıtlamamaktadır. Bununla beraber üst hakkı, diğer irtifak haklarının aksine başka bir irtifak hakkıyla sınırlanabilir. Üst hakkı, şahsi irtifakların aksine, aksi kararlaştırılmadıkça, mirasçılara geçebilir ve üçüncü kişilere devredilebilir⁸⁵.

Üst hakkı, taşınmaz üzerinde bir yük teşkil eder. Yüklü taşınmaz maliki, hak sahibinin kendi taşınmazı üzerine bina inşa ederek bu binadan yararlanmasına katlanmakla mükelleftir.⁸⁶

İrtifak hakkı, malikin mülkiyetle ilgili yetkilerinin bir kısmının kullanılmasını hak sahibi yararına yasaklayan veya hak sahibine eşya üzerinde yararlanmayla ve kullanmayla ilgili yetkilerin birini veya her ikisini birlikte sağlayan bir sınırlı aynî haktır. Taşınmaz üzerinde sınırlı bir doğrudan hâkimiyeti ifade eden yararlanmanın, taşınmazın özelliği ile ilgili olması ve malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kısıtlanması gerekmektedir.⁸⁷

Üst hakkı, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan eşyayı kullanma ve ondan yararlanma yetkisini belirli bir ölçüde sınırlayıp, taşınmaz malikine yüklü taşınmazının bir başkası tarafından belirli bir biçimde kullanılmasına katlanma yükümlülüğü yükler. Yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibinin inşaat yapımını ve bu inşaatı kullanımını engelleyecek davranışlarda bulunmamak zorundadır. Aynı zamanda da üst hakkı sahibine bir taşınmaz yaparak ona malik olma imkânı tanır. Üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki mülkiyet hakkı, kanun tarafından belirlenmiştir ve bu mülkiyet hakkı üst hakkının bir unsurudur. Bu sebeple üst hakkından bağımsız bir hukukî statüye tabi olmayıp, kaderi üst hakkı irtifakının kaderine bağlıdır.⁸⁸

Özetlemek gerekirse, doktrinde üst hakkının hukukî niteliğinin “mülkiyet hakkı”, “sui generis” bir sınırlı aynî hak ve “olağan” bir sınırlı aynî hak olduğu görüşleri bulunmaktadır.

⁸⁵ Isler ve Costantini, s. 1495.

⁸⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 996.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.705.

⁸⁷ Gürzumar, s. 30.

⁸⁸ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 948.

Kanaatimizce, üst hakkının kanunda açıkça irtifak hakkı olarak düzenlenmiş olması ve ayrıca hak sahibine geniş yetkiler tanınsa bile hak sahibinin inşaat üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkından bağımsız bir hukuki statüye tabi olmaması, üzerinde irtifak hakkı kurulan yüklü taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin yine de taşınmaz malikinde kalmasından dolayı üst hakkı, “sui generis” bir sınırlı aynî haktır.

C. Üst Hakkının Çeşitleri

1. Şahısla Kaim Üst Hakkı

Devir ve intikal yeteneğinin ortadan kaldırılması suretiyle tanınmış olan üst hakkı, şahısla kaim üst hakkı olarak nitelendirilmektedir.⁸⁹ Şahısla kaim üst hakkının kurulmasına ilişkin olarak bu durumun üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, üst hakkının şahısla kaim olarak kurulmuş olması yeterli değildir. Bu durumun ayrıca tapu kütüğünde de yer alması gereklidir. Bu durumun gerçekleştirilmemesi durumunda, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı bunun el değiştiremeyen kişiye bağlı irtifak hakkı (şahısla kaim irtifak hakkı) olduğunun ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır.⁹⁰ Tapu kütüğünden durumun anlaşılmadığı durumlarda, hakkın niteliği ile aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilir ve mirasçılara intikal edebilir olması nedeniyle, üst hakkının bağımsız olarak (şahısla kaim olmayacak şekilde) kurulduğunun kabul edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.⁹¹

Şahısla kaim üst hakları açısından kanunda herhangi bir azami süre öngörülmemiştir. Bu nedenle taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, yani üst hakkı kurulması esnasında taraflar herhangi bir süre ile üst hakkını sınırlamamışsa, hak sahibi yaşadığı sürece hak da devam edecektir.

⁸⁹ Esener ve Güven, s. 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 947.; Ünal, s. 145-146.; Gürzumar, s. 50.; Erekmekçi, s. 68.; Demirsatan, s. 16.

⁹⁰ Ünal, s. 146.

⁹¹ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 951.

2. Şahsa Bağlı (Şahıs Lehine Kurulan) Üst Hakkı

Üst hakkı kural olarak, bir kişi lehine kurulan (şahsa bağlı) bir irtifak hakkıdır.⁹² Şahsa bağlı (şahıs lehine kurulan) bir irtifak hakkı, gerçek kişi lehine kurulabileceği gibi bir tüzel kişi lehine de kurulabilir.⁹³ Bir kişi lehine kurulacak üst hakkı, taraflar aralarında aksini kararlaştırmadıkları müddetçe bağımsızdır.⁹⁴ Ancak taraflar aralarında anlaşarak hakkı belirli bir kimsenin şahsına bağlı kılabilirler yani onu şahısla kaim bir hak olarak meydana getirebilirler.⁹⁵

Şahsa bağlı (şahıs lehine) üst hakkının kurulması için, asgari belirli bir süre öngörülmediğinden, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst haklarında zorunlu olan otuz yıl alt sınırı söz konusu olmayacak ve otuz yıldan az sürecek şekilde de üst hakkı tesis edilebilecektir.

3. Bağımsız Üst Hakkı

Şahsa bağlı (şahıs lehine kurulan) irtifak, hak sahipliği sıfatının bireyselleştirilerek belirli bir kişiye tanındığı irtifaklar olarak açıklanmaktadır. Üst hakkı da kural olarak şahsa bağlı olarak (şahıs lehine)kurulur.⁹⁶

Bir irtifak hakkının bağımsızlık niteliği kazanabilmesi için, o hakkın belirli bir eşyaya bağlanmaması yani hak sahipliği için başka bir taşınmazın mülkiyet hakkına sahip olunmasının aranmaması gerekir; ayrıca hakkın başkalarına devredilebilir olması ve mirasçılara geçebilir olması gerekir.⁹⁷

Şahsa bağlı olarak (şahıs lehine) kurulan üst hakkını, üst hakkı sahibi serbestçe devredebilir.⁹⁸ Türk Medeni Kanunu'nda kural olarak bağımsız üst hakkının düzenlendiği

⁹² Ünal, s. 36., Esener ve Güven, s. 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 950.

⁹³ Erman, s. 158.; Gürzumar, s. 36.; Esener ve Güven, s. 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 950.; Ayan, s. 25; Demirsatan, s. 13.

⁹⁴ Esener ve Güven, s. 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 950.; Ertaş, s. 507.

⁹⁵ Ünal, s. 146.; Esener ve Güven, s. 387.; Ertaş, s. 507.

⁹⁶ Demirsatan, s. 14.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.708.

⁹⁷ Esener ve Güven, s. 388.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 951.; Ertaş, s. 507.; Gümüş, s. 536.; Isler ve Costantini, s. 1495-1496.

⁹⁸ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 947, s. 951.; Erekmekçi, s. 63.; Isler ve Costantini, s. 1495.

görülmektedir.⁹⁹ Zira TMK. m. 826/f.2’de, aksi kararlaştırılmadıkça, üst hakkının devredilebileceği ve miras yolu ile intikal edebileceği belirtilmiştir. Kanun tarafından öngörülmuş bir tasarruf sınırlaması bulunmadığından, üst hakkı, bağımsız bir irtifak hakkı niteliği taşımaktadır.

Kamu idarelerinin taraf olduğu üst hakkı sözleşmelerinde devrin idarenin izni ile olabileceğine dair hükümlere yer verilir. Doktrinde hakim görüş¹⁰⁰; bir üst hakkının devredilebilirliğin (yani tasarruf özgürlüğünün) sınırlandırılabilirliğini, bunun da bağımsızlığı prensip olarak ortadan kaldırmayacağını ileri sürmektedir. Buna göre önemli olan sınırlamanın yoğunluğudur. Dolayısıyla tasarruf özgürlüğü bağımsızlığı ortadan kaldırmayacak yoğunlukta olabilirse (potansiyel devralacak kitlenin geniş tarif edilmesi) hak bağımsızlık niteliğini sürdürecektir. Yargıtay¹⁰¹ da daha ötesine geçerek yüklü taşınmaz malikin devredilebilir kişileri önceden seçmesi ya da belirli kişilere devri izne tabi tutulmasını üst hakkının bağımsızlığını ortadan kaldırmadığı yönünde değerlendirmiştir.

Ancak; bu görüşü savunan yazarlardan doktrinde Gürzumar, söz konusu devir sınırlamasının cebri icra yolu ile yapılan satışlarda nazara alınamayacağını da belirtmiştir¹⁰².

Yine bir başka görüş de bağımsız üst hakkı üzerindeki sınırlamalar, söz konusu üst hakkı taşınmaz niteliğindeyse, tasarruf sınırlamalarının taşınmaz niteliğine uymadığını belirtmektedir.¹⁰³

Doktrinde azınlıkta kalan görüş de bağımsız üst hakkı sahibinin bu hakkı üzerindeki tasarruf özgürlüğünün sınırlandırılmasının hakkın bağımsızlık niteliğiyle bağdaşmayacağını savunmaktadır.¹⁰⁴

⁹⁹ Ertaş, s. 507; Erekmekçi, s. 63.

¹⁰⁰ Karauz; s.30 vd.; Akipek, s. 38.; Gürzumar, s. 43 ve Gürzumar, s. 43 dipnot 88’de belirtilen yazarlar.

¹⁰¹ Yargıtay 14. HD. 17.94.2000, E.2000/2430, K. 2000/2573, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (14.03.2023)

¹⁰² Gürzumar, s.49, s.58.

¹⁰³ Gürzumar, s. 47 dipnot 112’de belirtilen yazarlar.; Kuntalp, s.539- 540.

¹⁰⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 998.

Çoğunluk görüşünün kriterlerinden olan “*devre getirilen sınırlamanın bağımsızlık olanağını kaldırmayacak yoğunlukta olup olmaması olgusu*” tam olarak belirlenebilir bir olgu değildir. Bu olgu her somut olayda yorumu gerektirir. Söz konusu tasarruf sınırlama şartlarının bağımsızlığı kaldırarak yoğunlukta olup olmadığının nasıl tespit edileceği hususunun doktrin ve yargı içtihatları ile belirleneceği düşünülebilir. Ancak her yorumun uygulamada yine tereddütler yaratacağı aşıkardır.

Ayrıca bağımsız üst hakkında tasarruf sınırlamalarının mümkün olduğunu savunan görüşler cebri icra yolu ile yapılan satış işlemlerinde ve de tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen taşınmaz niteliğinde olan üst haklarında tasarruf sınırlamalarının uygulanamayacağını söyleyerek, çoğunluk görüşünün çok da tutarlı olamayacağı hallerin varlığına işaret etmişlerdir.

Tapu Sicili Tüzüğü m. 10’a göre de bir irtifak hakkının bağımsız sayılabilmesi için, irtifak hakkı sahibinin tasarruf yetkisine hiçbir sınırlamanın getirilmemesi gerekir. Tüzüğün bu hükmüne paralel şekilde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’ nün 1705 sayı ve 15.06.2010 tarihli genelgesinin üst hakkını düzenleyen “A-Tesisi” kenar başlıklı maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“...üçüncü şahıslara devredilmeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilmeyeceğine ve bu tür tasarrufların izin almak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde (kamu kuruluşlarına getirilmek istenen kısıtlamalar dahil) üst hakkı artık bağımsız bir nitelik kazanamayacağından bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz tapu kütüğü sahifesinin “İrtifak hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri” sütununda irtifak hakkı şeklinde tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekmektedir.”

Yukarıda arz edilen nedenlerle doktrindeki çoğunluk görüşüne katılamıyoruz. Ancak mevcut uygulamada özellikle idarenin taraf olduğu işlemlerde devir kısıtlamalarını tayin ederken TST m.10’ u gözeterek daha açık hükümler öngörülmesi ve ihale ilanında kurulacak üst hakkının bağımsız olarak nitelendirilmesinde çekingen davranmasını önermemiz mümkündür. Böylece ihaleye katılan yatırımcılar hangi tür üst hakkını devralacaklarını bilirler, bu da hukuk ve ticari güvenin gereğidir.

Üst hakkı bağımsız bir hak olarak TMK m. 836 gereğince, en fazla yüz yıl için tesis edilebilmektedir¹⁰⁵. Ancak bu hak, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uyularak her zaman en çok yüz yıllık yeni bir süre için uzatılabilir.¹⁰⁶ Esener ve Güven, bu hususta önceden yapılan taahhütlerin TMK m. 23 gereğince bağlayıcı olmayacağını belirtmiştir.¹⁰⁷

Bağımsız üst hakkı süreli ve sürekli olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır.

a. Bağımsız ve Süreli Üst Hakkı

Türk Medeni Kanunu m. 826/f. 3 uyarınca, bir üst hakkının süreliliğinden bahsedebilmek için, hakkın en az otuz yıllığına kurulmuş olması gerekmektedir.¹⁰⁸ Bu nedenle otuz yıldan daha az bir süre için tesis edilen üst hakları, süreli üst hakkı olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁹

Taraflar, aralarında anlaşarak bağımsız ve sürekli niteliği haiz bir üst hakkı kurmamışlarsa, bu üst hakkının taşınmaz olarak tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi söz konusu değildir. Süreli üst hakları, taşınmaz niteliğinde olmadığından bu tür üst hakları Tapu Sicil Tüzüğü'nün 30. maddesine göre tescil edilirler. Bu hüküm uyarınca, ilgili taşınmazın kütük sayfası irtifak hakları sütununda mükellefiyet anlamına gelen "m" harfi ile gösterilir. Hak sahibinin adı, soyadı¹¹⁰ ve irtifak hakkının çeşidi belirtilerek ve varsa süresi yazılarak tescil edilir. Bu hakların 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.

¹⁰⁵ Karahasan, s.164.; Esener ve Güven, s. 388.; Erekmekçi, s. 64.; Demirsatan, s. 16.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 999.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.710

¹⁰⁶ Esener ve Güven, s. 388.

¹⁰⁷ Esener ve Güven, s. 388.

¹⁰⁸ Erekmekçi, s. 68.; Eski Medeni Kanun'da ise bu süre minimum yirmi yıl olarak belirlenmişti. Ayrıca bkz. Gümüş, s. 536.; Esener ve Güven, s. 388.; Isler ve Costantini, s. 1497.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.708

¹⁰⁹ Esener ve Güven, s. 390.; Ünal, s. 147-148.

¹¹⁰ Hak sahibi tüzel kişi ise o zaman tüzel kişinin unvanının yazılması gerekir.

Tapuda taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kayıtlı olmayan bağımsız üst haklarının devri bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, devrin yazılı bir devir sözleşmesiyle gerçekleştirilebileceğini ileri sürmektedir.¹¹¹

Hak ve alacaklar üzerinde rehin hakkına ilişkin TMK m. 954'te, başkasına devredilebilen hak ve alacakların rehnedilebileceği kabul edilmiştir. Bu görüşü savunan kişiler, bağımsız nitelikteki üst haklarının aynı zamanda rehne konu olabileceğini de savunurlar; ancak, tapu kütüğü sayfasında bağımsız ve sürekli nitelikte olmayan ve bu nedenle de ayrı bir sayfaya sahip olmayan üst haklarının rehni için herhangi bir alan (sütun) mevcut değildir.¹¹²

Bir başka görüş ise bağımsız üst haklarının devredilebilir ancak rehnedilemez olduğunu savunmaktadır¹¹³.

Tapu siciline irtifak olarak kaydedilen devredilebilir bir üst hakkının devrinde doktrinde bir görüşe göre TBK m. 183'ün kıyas yolu ile uygulanması sonucu alacağın temlik yoluyla devir yapılabilir.¹¹⁴ Bu görüş doktrinde fikrimizce de haklı olarak eleştirilmiştir¹¹⁵. Şöyle ki; taşınmaz niteliğinde olmayan ama devredilebilir üst hakkı sonuçta bir sınırlı ayni haktır ve alacağın temlik yolu ile devir halinde eşya hukukunun temel prensipleri olan aleniyet ve belirlilik ilkelerine uyulmamış olur. Ayrıca devir konusu olan bir alacak değil, bir haktır. Bu konudaki kanaatimiz şudur: Taşınmaz niteliğinde olmayan bir üst hakkının devri de taşınmaz mülkiyeti hükümlerine kıyasen yapılabilir. Bunun için, resmi şekilde yapılan devir sözleşmesiyle birlikte tapu sicilinde önceki irtifak hakkı sahibinin ismi çizilerek yerine yeni malikin isminin yazılması şeklinde tescil işlemi yapılabilir.

Bununla beraber üst hakkı bağımsız olmasına rağmen taşınmaz olarak kayıtlı değilse, gayrimenkul rehnine konu edilmesi mümkün olmayacaktır.

¹¹¹ Gürzumar, s.40.

¹¹² Gürzumar, s. 41.

¹¹³ Erekmekçi, s. 72-73.

¹¹⁴ Karauz, s.53 ve Karauz, s.53 dipnot 126'da belirtilen yazarlar.

¹¹⁵ Gürzumar, s. 41.; Karauz, s.54.; Aktürk; s. 58.

b. Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkı

Otuz yıl ve daha uzun süreli olan üst hakları sürekli olarak nitelendirilir.¹¹⁶ Üst hakkının bağımsız nitelikte olması ve en az otuz yıllığına tesis edilmesi durumunda, üst hakkı sahibinin talebi üzerine tapu kütüğünde, üzerinde irtifak hakkının kurulduğu taşınmazdan bağımsız olarak ayrı bir sayfaya kaydedilebilir ve böylece üst hakkının bir taşınmaz gibi işlem görmesi sağlanabilir.¹¹⁷ Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı, hak sahibinin yazılı istemi üzerine taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilir ve bu suretle kurulmuş olur.¹¹⁸

Bağımsız ve sürekli olan bir üst hakkı, taşınmaz niteliğindedir ve sınırlı bir aynı hak sahibi olarak üst hakkı sahibi hakkın süresi boyunca bir taşınmaz malikinin sahibi olduğu tüm tasarruf yetkilerini kullanabilir.¹¹⁹ Taşınmaz niteliğinde olan yani bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkı, üst hakkı sahibine, söz konusu yüklü taşınmaz üzerinde inşaat yapabilme; yapılan bu inşaatın tamamını veya bazı bölümlerini kiraya verebilme; inşaat üzerinde bir üçüncü kişi lehine bir intifa hakkı veya yeni bir üst hakkı tanıyabilme; üst hakkı üzerinde bir kat irtifakı, kat mülkiyeti hakkı tesis edebilme¹²⁰; üst hakkını tamamen veya kısmen üçüncü bir şahsa devredebilme; herhangi bir borcun teminatı olmak üzere taşınmaz rehnine konu edebilme (ipotek konusu) edebilme¹²¹ hak ve yetkilerini sağlayabilmektedir. Diğer bir deyişle, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, her türlü tasarruf işlemine konu olabilir ve sınırlı aynı haklarla yükümlenebilir.

Bununla birlikte doktrinde Gürzumar, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının taşınmaz niteliğinde bir hak olmasına rağmen Kat

¹¹⁶ Erekmeççi, s. 68. Eski Medeni Kanun'da ise bu süre minimum yirmi yıl olarak belirlenmişti. Ayrıca bkz. Gümüş, s. 536., Esener ve Güven, s. 388.; Isler ve Costantini, s. 1497.

¹¹⁷ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 625.; Esener ve Güven, s. 388.; Gürsoy, Cansel ve Eren, s. 951.; Ertaş, s. 508.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 999

¹¹⁸ Esener ve Güven, s. 389.; Gürsoy, Cansel ve Eren, s. 951-952.; Ertaş, s. 508. Tapu Sicil Tüzüğü m. 30 uyarınca, bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün en son sayfasına tescil edilir ve bu suretle taşınmaz ve üzerindeki hakların tapu kütüğü sayfaları arasında bağlantı sağlanmış olur.

¹¹⁹ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 951.; Ertaş, s. 508.; Erekmeççi, s. 70-73; Faruk Acar; Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 28

¹²⁰ Rey ve Strebel, s. 1104.

¹²¹ "Kurulan bu üst hakkının, üst hakkı sahibine kanunun tapu malikine tanıdığı hakları sağlayacağı da şüphesizdir. Kısaca üst hakkı sahibi tapunun ayrı bir hanesini bağımsız hak olarak tescil edilen hakkı sebebiyle üçüncü kişiler yararına ipotek tesis edebilir." (Yargıtay 14. HD., 12.03.2009, E. 2009/2301, K. 2009/3094), Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (14.12.2018)

Mülkiyeti Kanunu anlamında gerçek bir arazi olmadığından bir “ana gayrimenkul” sayılamayacağı ve böylece de kat mülkiyetine konu olamayacağı görüşündedir.¹²² Bu görüşe göre, üst hakkının bina üzerinde verdiği mülkiyet yetkisi bu haktan bağımsız olarak devredilemez ve bu nedenle üst hakkının maliki başkası, bağımsız bölümün malikinin başkasının olması kabul edilemez. Diğer görüşe göre¹²³; bağımsız bölümler üzerinde üst hakkı kurulamazken üst hakkı üzerinde kat mülkiyetine göre bağımsız bölümler kurulabilir. Biz de bu ikinci görüşe katılıyoruz. Çünkü yasal olarak taşınmaz niteliğinde bir üst hakkı üzerinde kat mülkiyetinin kurulmasını engelleyen yasal bir düzenleme yoktur. Bağımsız ve sürekli üst hakkı üzerinde kat mülkiyeti kurulmasında doktrindeki azınlık görüşün somut arazi varlığını araması, bağımsız ve sürekli üst hakkının taşınmaz niteliğinde olduğunun nazara alınmaması anlamına gelir. Bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkı taşınmaz niteliğinde olduğu için bu hakkın sahibi, bir taşınmazın hak sahibine ait tüm yetkileri haizdir ve bu yetkilere kat mülkiyeti tesisi de dahildir.

Ayrıca taşınmaz olarak tapuda kayıtlı bulunmayan bağımsız niteliği haiz üst haklarının intifa hakkına da konu edilebilmesine teorik olarak bir engel yoktur.¹²⁴ TMK m. 794’te düzenlenen intifa hakları, TMK m. 795/f. 1’de açıkça belirtildiği üzere, taşınırlar, taşınmazlar, bir malvarlığı veya haklar üzerinde kurulabilmektedir. Kanunda açıkça belirtildiği üzere, intifa hakkı, bir hakkın üzerinde de tesis edilebilmektedir. Bununla beraber hak üzerinde intifa hakkı kurulabilmesi için, o hakkın devre ve yararlanmaya elverişli olması gerekmektedir. Üst hakkının bağımsız olma özelliği, üst hakkının devre kabil bir hak olmasını sağlamaktadır.

¹²² Gürzumar: “Bu açıklamalardan çıkan sonuç ise, tapu sicilinde taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının Kat Mülkiyeti Kanunu anlamında bir “ana gayrimenkul” sayılamayacağı ve böylece de kat mülkiyetine konu olamayacağıdır. Evvelce de belirttiğimiz üzere, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmekle, bir taşınmaz eşya niteliğini kazanmaz. Tapuya taşınmaz olarak kayıt sadece, üst hakkının bir taşınmaz imiş gibi işlem görmesini sağlar ki, bu da böyle bir üst hakkının taşınmaz eşyalar için yürürlükte olan bütün hükümlere tabi olacağı anlamına gelemez. Diğer bir söyleyişle, öyle bazı hükümler vardır ki bunlar ancak taşınmaz eşyaya uygulanabilir ve tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı haklara uygulanamaz. İşte Kat Mülkiyeti Kanunu da, kanaatimizce, yalnızca (gerçek anlamda) taşınmaz eşyaya uygulanabilecek olan bu tür hükümlerden oluşan bir kanundur.” (Gürzumar s. 66.)

¹²³ Mehmet Serkan Ergüne, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Sorunlar, İÜHFM, 2008, cl. LXVI, S.1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95683> (16.12.2018), s.282; Akipek, 61; Karauz, s. 43;

¹²⁴ Aksi görüş için Erekmekçi, s. 67.; Ergüne, s. 285.

Sonuç olarak, bağımsız ancak tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olmayan bir üst hakkı üzerinde intifa hakkı kurulmasının mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Bu kurulan intifa hakkının süresi ise tabiatıyla üst hakkının süresini aşmayacaktır.

4. Eşyaya Bağlı (Taşınmaz Lehine Kurulan) Üst Hakkı

Üst hakkı, kural olarak kişiye bağlı (kişi lehine) bir irtifak hakkı olarak kurulmaktadır. Ancak kanunda açık herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, doktrinde kabul gören görüş, tarafların üst hakkını eşyaya bağlı bir şekilde (belirli bir taşınmaz lehine) kurulması hususunda da anlaşabilecekleri yönündedir.¹²⁵ Eşyaya bağlı irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkı şeklinde tanımlanabilir.¹²⁶

Eşyaya bağlı üst hakkının tesisi için, bu durumun tapuya tescil edilmiş olması¹²⁷ ve sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması şarttır.¹²⁸

Eşyaya bağlı irtifak haklarında iki taşınmaz vardır. Bunlardan ilkinin; üzerindeki irtifak hakkı ile yük altına giren, yüklü taşınmaz olarak, bir diğerini ise; lehine irtifak hakkı kurulan ve yükten yararlanan, yararlanan taşınmaz olarak ifade edebiliriz.¹²⁹

Yararlanan taşınmazın mülkiyetinden bağımsız olarak, eşyaya bağlı olan bir irtifak hakkı devredilemez veya rehnedilemez.¹³⁰ Yararlanan taşınmazın malikinin değişmesi ile bu hak da o taşınmazın yeni malikine devrolmuş olur; yüklü taşınmazın kaderi ise yararlanan taşınmazın kaderine tabi olur.¹³¹

Eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkı, taşınmazın mülkiyet hakkına bağlanan bir hak olduğu için ve sadece bu mülkiyetin devriyle hak sahipliği sıfatına sahip

¹²⁵ Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 708.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 999.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 161., Gürzumar, s. 55.; Esener ve Güven, s. 387.; Ünal, s. 146.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 985-950.; Erekmekçi, s. 69.; Demirsatan, s. 20.

¹²⁶ Hatemi Serozan ve Arpacı, s. 708.; Esener ve Güven, s. 387.; Gürsoy Eren ve Cansel, s. 950.; Gürzumar, s. 54.; Ünal s. 146.; Ertaş, s. 508.; Demirsatan, s. 20.

¹²⁷ Esener ve Güven, s. 389.

¹²⁸ Ünal, s. 146.

¹²⁹ Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 912.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.643.

¹³⁰ Köprülü, s. 122.; Esener ve Güven, s. 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 950.; Erekmekçi, s. 70.

¹³¹ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 626.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 950.; Erekmekçi, s. 69-70.; Karauz, s.27

olunabileceği için bağımsız olma özelliğini yitirmektedir. Bunun nedeni, taşınmaz lehine kurulan bir üst hakkı, taşınmazdan ayrı olarak devredilmesi mümkün olmadığı için bağımlı niteliktedir. Doktrinde, eşyaya bağlı irtifak haklarının bağımsız olduğuna dair azınlık bir görüş vardır.¹³² Ancak belirttiğimiz gibi eşyaya bağlı bir irtifak, lehine kurulan taşınmazdan ayrı bir biçimde devredilemeyeceği için, yani lehine kurulan taşınmaza bir bağımlılık olduğu için biz de bu azınlık görüşüne katılmıyoruz.

İrtifak hakları ve taşınmaz yükünün tescilinin düzenlendiği Tapu Sicil Tüzüğü m. 30/f. 3'te, taşınmaz lehine kurulan irtifak haklarının, 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 gösterildiği açıklanmıştır. Lehine irtifak hakkı tesis edilen taşınmazın kütük sayfasının irtifak hakları sütununda, yüklü taşınmaz üzerinde tescil edilecek irtifak hakkının niteliği belirtilmektedir. Yüklü taşınmazın kütük sayfasında ise, lehine irtifak hakkı tesis edilecek olan taşınmaz için kurulan irtifak hakkının niteliği tescil edilmektedir ve kurulan irtifak hakkı, taşınmaz lehine kurulacak irtifak hakları planında da gösterilecektir.

IV. Üst Hakkının Diğer Haklar ve Hukuki Kavramlar ile Karşılaştırması

A. Genel Olarak

Üst hakkı ile taşkın yapının, mecra irtifakının, kira sözleşmesinin, kat mülkiyetinin, taşınmaz yükünün ya da rehin haklarının karşılaştırılmasının ve bu hususun irdelenmesinin temel amacı, üst hakkı kavramını daha belirgin şekilde ortaya koymaktır. Zira üst hakkı ile aşağıda incelemeye konu kavramlar bambaşka hususları ifade etmektedir.

¹³² Ertaş, s.508

B. Üst Hakkı ve Taşkın Yapı

Bir taşınmaz üzerindeki yapının, bu taşınmazın sınırları dışına çıkması ve çevresindeki taşınmaza taşması halinde bu yapı, taşkın yapı olarak nitelendirilmektedir. Taşma, komşu taşınmazın yüzeyine olabileceği gibi altında veya üstünde de olabilir.¹³³ Başka bir deyişle, taşkın yapı, başkasına ait komşu arazinin mülkiyet hakkına el atmadır.¹³⁴ Burada hem üst hakkının hem de taşkın yapının TMK m. 718/f. 2'deki taşınmaz mülkiyeti hakkı kapsamının bir istisnası olduğunu belirtmek gerekir¹³⁵.

Türk Medeni Kanunu m. 683 uyarınca, bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırlarını aşmamak kaydıyla, o şey üzerinde dilediği gibi yararlanma, kullanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Prensip olarak da hiç kimse arazisi üzerine taşan ve kendisinin inşa etmediği yapıya katlanmakla yükümlü değildir. Bununla beraber hukuk sistemimizde TMK m. 725'te belirtilen hususların gerçekleşmesi durumunda, taşan inşaat, üzerine taşıdığı arsanın değil; ana inşaatın yapıldığı arsanın ayrılmaz parçası sayılır.^{136,137}

TMK m. 725'te bahsi geçen konular, iki husus olarak düzenlenmiştir.¹³⁸ Biz de bu iki ayrı hususu ele alacağız.

İlk olarak ele alacağımız husus, taşkın inşaatı yapanın, taşan arazide aynı hakka sahip olmasıdır.¹³⁹ Bu aynı haktan kasıt doktrindeki baskın görüşe göre, geçit, rehin hakkı gibi rastgele bir aynı hak değil; taşıran kişiye o inşaatı taşıma yetkisi veren bir aynı

¹³³ Gürzumar, s. 81-82.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 537.

¹³⁴ Ünal, s. 62.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 537.

¹³⁵ Seliçi ve Oktay Özdemir, s.588.; Banu Atlı, Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 2017, cl. 19, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/26-BANU-ATLI.pdf> (13.10.2018), s. 984.

¹³⁶ Ertaş, s. 364. Ayrıca bu hususa ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için; Galip Sermet Akman, Taşkın İnşaat, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.

¹³⁷ YHGK, 09.04.2019, E. 2017/1749, K. 2019/414 K.; Yargıtay 1. HD., 19.12.2016, E. 2016/17465, K. 2016/11224, Yargıtay Başkanlığı-Yargıtay Karar Arama (16.12.2018).

¹³⁸ Aral, s. 15.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 589.; Ünal, s. 61.

¹³⁹ Gürzumar, s. 80.; Ünal, s. 61.; Ertaş, s. 364.; Aral, s. 14.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 593.

hak olması gerekliliğidir.¹⁴⁰ Doktrindeki baskın görüşe göre üst hakkı veya TMK m. 779 uyarınca kurulmuş bir aynı hak, içerik itibarıyla bu niteliktedir.

İkinci olarak ele alacağımız husus ise, taşkın inşaatı yapanın, taşıdığı arazide aynı bir hakka sahip olmamasıdır. Bu gibi hallerde taşınmaz malikinin taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak bu duruma on beş gün içinde itiraz etmemiş olması halinde¹⁴¹ kural olarak¹⁴² taşkın yapıyı yapan kişi, iyi niyetli olması ve durum ve koşulların da onun ileri süreceği talepleri haklı göstermesi şartıyla, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilme hakkına sahip olacaktır.¹⁴³

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, taşkın yapıda inşaat yanlılıkla bitişik araziye taşmaktadır. Diğer bir deyişle, hakkın özünde bir iyi niyet mevzu bahistir.¹⁴⁴ Üst hakkında ise hakkın tesis edildiği taşınmaz üzerine bir yapının inşa edilmesi söz konusudur. İnşa edilen yapının üst hakkı sözleşmesinde belirlenen alanın dışına taşması ve burada anlattığımız koşulları taşıması durumunda ise, taşan bu kısımlar için taşkın yapı hükümleri uygulanacaktır.

Üst hakkının konusunu yapının bütünü teşkil etmekteyken, taşkın yapıda irtifak hakkının veya mülkiyet hakkının konusunu inşaatın sadece taşan bölümü oluşturmaktadır.

Bir diğer fark ise, inşaatın taşması sadece komşu araziler için mevzubahistir. Diğer bir deyişle taşma olayı komşu olmayan araziler için mümkün değildir. Üst hakkında ise böyle bir durum söz konusu değildir.

¹⁴⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 537.; Ertaş, s. 364.

¹⁴¹ Aral, s. 15.; Ünal, s. 61.

¹⁴² Doktrinde arazisine taşılan kişinin de bu taleplerde bulunabileceği kabul edilmektedir.

¹⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 594.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.539.

¹⁴⁴ Ünal, s. 62.; Aral, s. 16.; Ertaş, s. 365.

C. Üst Hakkı ve Mecra İrtifakı

Mecra, gaz, su, elektrik gibi madde ve kuvvetlerin aktarımına ve dağıtılmasına yarayan teknik tesisatı ifade etmektedir.¹⁴⁵ Mecra ile akıcı maddelerin veya enerjinin dağıtılması ve nakledilmesi sağlanır ve mecra, taşınmazın altından ya da üstünden geçirilen donanımları tanımlar.

Mecra TMK m.727 ve TMK m.744'te olmak üzere, üst hakkı gibi kanunun iki farklı bölümünde düzenlenmiştir. Bu nedenle mecra, tabii olduğu hükümler uyarınca ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilki, içinden geçtikleri taşınmazın bütünleyici parçası olan mecralardır. Bu tip mecra içinden geçtiği taşınmazın elektrik, doğalgaz su gibi ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulur. Bir diğer türü ise transit mecralar olarak adlandırılır.¹⁴⁶ Bu mecralar, dağıtım işini üstlenmektedir ve TMK m. 727 hükümleri, bu tür hakkında uygulama alanı bulur.

Mecra mülkiyeti, prensip olarak üzerinden geçtiği arazinin mülkiyetine dâhildir. Fakat transit mecralar, tesisin içinden geçtiği araziden ayrı bir işletme veya araziye özgülenerak kurulmuşsa, bu husus değişiklik göstermektedir. Bu durumda, aksi kararlaştırılmamışsa, mecra içinden çıktığı arazinin eklentisi ve arazi sahibinin mülkü kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, başkasının arazisinden geçen mecralara ilişkin düzenleme getiren TMK. m. 727 de üst hakkı gibi birleşme ilkesinin istisnalarından biridir.¹⁴⁷

Ancak belirtmek isteriz ki; mecranın içinden çıktığı arazinin eklentisi ve arazi sahibinin de mülkü sayılabilmesi için ön koşul, TMK m. 727/f. 2 uyarınca, mecranın öncelikle bir irtifak hakkı olarak kurulmuş olmasıdır.¹⁴⁸ Bu ön koşulun sağlanamaması

¹⁴⁵ Aral, s. 19.; Ertaş, s. 370. Ayrıca bu hususla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için; Özakman, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.; Ayan, s. 101.

¹⁴⁶ Akipek, Akıntürk ve Ateş,s. 541.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 585 ve dipnot 1006'daki yazarlar.; Ayan, s. 102.

¹⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 510.

¹⁴⁸ Özakman s. 231.; Akipek, Akıntürk ve Ateş,s. 542.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 585.

durumunda ise mecraların ilgili araziden geçirilmesi ya da tesisatının inşa edilebilmesi yetkisinin, komşuluk ilişkisi hükümlerine dayanması gerekmektedir.¹⁴⁹

Bununla beraber mecra irtifakının kurulabilmesi için, işletme sahibinin, işletmenin bulunduğu arazinin sahibi olmasının koşul olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre, işletme sahibinin, işletmenin bulunduğu arazinin sahibi olmaması durumunda, mecra irtifakı kişiye bağlı olarak kurulacaktır¹⁵⁰ ve bu nedenle de işletme sahibinin aynı zamanda arazi maliki olması koşul olarak aranmayacaktır.¹⁵¹ Eğer işletme sahibi aynı zamanda işletmenin bulunduğu arazinin de sahibi ise, bu kez mecra irtifakı eşyaya bağlı olarak kurulacaktır. Ancak Akıntürk, işletme sahibi ile taşınmaz malikinin aynı olması gerektiğini savunmaktadır.¹⁵²

Hem üst hakkı hem de taşkın yapı, TMK m. 718/f. 2'deki taşınmaz mülkiyetinin bir istisnasıdır.

Doktrindeki baskın görüşe göre, mecraı konu edinen irtifak hakkı niteliği itibarıyla, başkasının taşınmazından bir mecra geçirmek ve onu korumak yetkisi veren bir üst hakkıdır.¹⁵³ Ancak bu görüşe göre sadece TMK m. 726 ve m. 826 anlamında inşaat sayılabilen mecralar için geçerli olacaktır. Şayet bir mecra anılan hükümler kapsamında bir inşaat oluşturmuyorsa o zaman mecra irtifakı mecranın geçilmesine katlanma irtifakı olacaktır. Bununla birlikte, transit mecra irtifakında işletme sahibi, kanunda sayılı koşulları yerine getiremediği için, mecra irtifakı tesis edilemiyorsa ve işletme sahibi de başkasının arazisinden geçen bu mecranın maliki olmak istiyorsa, o zaman üst hakkının kurulması mümkündür. Ancak, kanunda belirtilen koşulların var olması halinde, üst hakkı değil; mecra irtifakı tesis edilmelidir.

İrtifak hakkı esasen tapu kütüğüne tescille doğmaktadır. Bununla beraber TMK m. 727/f. 3 gereğince, eğer mecra dışarıdan görülebilecek şekilde geçiyorsa, irtifak hakkı,

¹⁴⁹ Aral, s. 22.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 513.; Ertaş, s. 370.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 542.; Ayan, s. 105.

¹⁵⁰ Gürzumar, s. 91.; Özakman, s. 227, s. 240.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 542.

¹⁵¹ Özakman, s. 227.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 542.

¹⁵² Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 542.

¹⁵³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 585.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 542.; Ünal, s. 63. Aksi görüş için bkz. Gürzumar, s. 89.

noterde düzenlenecek sözleşme ile doğmaktadır.¹⁵⁴ Demek oluyor ki; belirtilen bu durumun varlığında tapu kütüğüne tescile gerek yoktur.

D. Üst Hakkı ve Kaynak Hakkı

Yer altı suyunun belirli bir alanda doğal ve sürekli olarak kendiliğinden yeryüzüne çıkmasına “kaynak” adı verilir. Yer altı suyunun insanlar aracılığıyla yapay araçlarla çıkartılması durumunda ise yapay kaynaklardan bahsedilir. Ancak bu kaynaklar hakkında Türk Medeni Kanunu’nun hükümlerinden faydalanılmamakta¹⁵⁵ olup, bu konuda Yeraltı Suları Hakkında Kanun hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Kaynak sadece yeraltı sularından meydana gelmelidir. Diğer bir deyişle karın erimesiyle ya da yağmurla oluşacak geniş su kitlelerinin, kaynak olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Kaynak ile göl arasındaki ayırım da buradan doğmaktadır.

Kaynaklar, içinde yer aldıkları arazilerin bütünleyici parçasıdır. Kaynağın mülkiyetinin kazanılması için, arazilerin mülkiyetine de sahip olmak gerekmektedir. Ancak TMK m. 837/f. 1 uyarınca, başkasının arazisinde bulunan kaynak üzerindeki irtifak hakkı, bu arazinin malikini, suyun akıtılmasına ve alınmasına katlanmakla yükümlü kılar.

Kaynak hakkı, hak sahibine mülkiyet hakkı tanımaz.¹⁵⁶ Kaynak irtifakının eşyaya bağlı veya kişiye bağlı irtifak biçiminde kurulması mümkündür. TMK m. 837/f. 1 uyarınca, kaynak hakkı, bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş ise bu hak için tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılabilir.¹⁵⁷

Kaynak hakkında hak sahibi, yüklü arazi üzerinde su akıtılmasını ve alınmasını sağlamak için tesisler yapma veya var olan tesisleri muhafaza etme yetkilerini haizdir.¹⁵⁸ Hakların içeriğine bu açıdan bakıldığında, kaynak hakkının üst hakkına benzediğini

¹⁵⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 586.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 543.

¹⁵⁵ Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap, Mahdut Ayni Haklar, (Menkul Rehni Hariç), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s. 135.; Ayan, s. 95.

¹⁵⁶ Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap, Mahdut Ayni Haklar, (Menkul Rehni Hariç), s. 138.; Ayan, s. 98.

¹⁵⁷ Gümüş, s. 536.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.604.

¹⁵⁸ Gürzumar, s. 94.; Ayan, s. 96-97.

söylemek mümkündür. Bununla beraber kaynak hakkının, üst hakkı olarak nitelendirileceği düşünülecek olsa dahi üst hakkının bu durumda kaynak hakkının kurulması sonucu ortaya çıktığının ve hakkın devamı için kaynak hakkının da varlığını sürdürmesi gerekliliğinin belirtilmesi yanlış olmayacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki üst hakkında yüklü taşınmaz malikine sunulan ve Kanunda sayılı şartların gerçekleşmesi durumunda inşaatın süresinden önce devrini sağlayan hükümler ile tapuya taşınmaz olarak kayıtlı bulunan üst hakkı iradının teminatı için başvuru kanunî ipotek hakkına ilişkin hükümler, kaynak hakkı için uygulama alanı bulmaz.

E. Üst Hakkı ve İntifa Hakkı

İntifa hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 794 ile 822. maddeleri arasında düzenlenmiştir ve bu hakla birlikte hak sahibi, aksine düzenleme olmadıkça, hakkın konusu üzerinde tam yararlanma ve kullanma yetkisine sahip olur. Dolayısıyla bir eşya üzerinde intifa hakkı tesis edildiğinde, malikin sadece “abusus” tasarruf yetkisi bulunmaktadır.

İntifa hakkı devredilemez ve mirasçılara geçmez ancak intifa hakkı sahibi bu hakkın kullanımını, başkasına TMK m. 806 gereğince devredebilir.¹⁵⁹ Bu hüküm uyarınca, intifa hakkı tanıyan sözleşmede aksine bir hüküm yoksa ya da durum ve koşullardan hak sahibi tarafından bu hakkın şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa, intifa hakkı sahibi, eşyadan yararlanmayı başkasına bırakabilmektedir.

Sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir. Bu takdirde malik, haklarını, devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir.

İntifa hakkı, gerçek kişiler ya da tüzel kişiler lehine kurulabilir. Gerçek kişi lehine kurulan intifa hakkı, Türk Medenî Kanunu'nda belirtilen sona erme halleri saklı

¹⁵⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 954.; Akıntürk ve Ateş, s. 686.

kalmak kaydıyla, kişinin hayatı boyunca sürerken, tüzel kişilerde hakkın süresi, yüz yıl ile sınırlandırılmıştır.¹⁶⁰ Ayrıca intifa hakkı, taşınır, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilmektedir.¹⁶¹

İntifa hakkı, özünde bir hak olarak taşınır veya taşınmaz mallar üzerinde kullanma ve semerelerinden faydalanma hakkı sağlar iken; üst hakkı, ancak bir taşınmaz üzerinde inşaat yapabilme ve bu yapıyı veya taşınmazda zaten mevcut olan bir yapıyı üst hakkı süresince muhafaza etme ve kullanma hakkını sağlar.

Şahısla kaim olmayan bir üst hakkı, devredilebilirken veya taşınmaz niteliğinde olan bağımsız ve sürekli üst hakkı gayrimenkul rehnine konu edilebilirken, bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi olan kimse, intifa hakkını devredemez veya intifa hakkı konusu bir taşınmaz ise bu taşınmazı gayrimenkul rehnine konu edemez.

F. Üst Hakkı ile Rehin Hakları

Rehin hakkı, bir sınırlı aynî haktır. Bu hak sahibine, rehinle teminat altına alınan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde rehin konusu şeyi bu konuda yetkili organlar vasıtasıyla sattırıp alacağını tahsil etme yetkisi verir. Kısacası rehin hakkı, bir borcun ifasını güvence altına alan bir sınırlı aynî haktır.

Üst hakkı, sahibine, başkasına ait bir taşınmaz üzerinde yapı inşa ederek veya zaten mevcut olan bir yapıyı muhafaza ederek, yapının maliki olma yetkisi verir. Rehin hakkı ise, sahibine, sadece rehinle teminat altına alınan borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, rehinli şeyin paraya çevrilmesini isteyerek alacağını tahsil etme yetkisi verir.

Üst hakkını rehin hakkından ayıran bir diğer özellik ise yararlanma şekli ve sınırlı aynî hak konusu şey üzerinde sağlanan hâkimiyettir. Üst hakkı ile hak sahibine doğrudan doğruya bir hak tanınmaktadır ve hak sahibi tarafından yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı inşa etme veya inşa edilmiş bir yapıyı muhafaza etme yetkisi verilmektedir. Rehin

¹⁶⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 693.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 964.; Ayan, s. 50.; Isler ve Costantini, s. 1536.

¹⁶¹ Ayan, s. 51.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 957.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.680.

hakkında ise hak sahibinin rehin hakkına konu şeyden bu şekilde bir yararlanma imkânı yoktur. Onun hakkı sadece rehin konusu şeyin değerine yöneliktir.

Rehin hakkı, feri bir haktır ve varlığı teminat altına alınan borcun mevcut olup olmamasına bağlıdır.¹⁶² Rehlin hakkı sahibinin, hak konusu şey üzerinde herhangi bir mülkiyet hakkı da söz konusu değildir.

Son olarak, rehin hakkında konu taşınır veya taşınmaz ayrımı yapılmaksızın her türlü eşya üzerinde kurulabilirken¹⁶³, üst hakkı sadece taşınmaz üzerinde tesis edilebilmektedir.¹⁶⁴

G. Üst Hakkı ve Kat Mülkiyeti

Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca tanımı yapılan kat mülkiyeti, paylı maliklerin tamamlanmış bir yapının ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerindeki mülkiyet hakkıdır.¹⁶⁵ Kat mülkiyeti, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 3'te arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel mülkiyet olarak belirtilmiştir.

Aslında bu mülkiyet hakkı kendi içerisinde iki ayrı hakkı barındırmaktadır. Bunlardan biri, arsa ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet hakkı, diğeri ise binanın daire gibi belirli bağımsız bölümleri üzerinde tanınmış olan özel mülkiyet hakkıdır.

Kat mülkiyetinde de üst hakkında olduğu gibi esasında bir bütün teşkil eden taşınmaz üzerinde ayrı ayrı mülkiyet hakları kurulma imkânı sağlanmaktadır.¹⁶⁶ Bununla

¹⁶² Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap, Mahdut Ayni Haklar, (Menkul Rehni Hariç), s. 158.; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983, s. 255.; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul: Nurgök Matbaası, 1963, s. 772.; Ünal, s. 60-61.; Ayan, s. 136.

¹⁶³ Ünal, s. 59.

¹⁶⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.995-996.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 707.

¹⁶⁵ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 416. Kat mülkiyetinin tanımındaki tartışmalar ve çelişkilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Etem Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, 5711 Sayı ile 5912 Sayılı Kanunlarla Değişik 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa ve 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna Göre Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

¹⁶⁶ Selahattin Sulhi Tekinay, Kat Mülkiyeti, 1. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi: İstanbul, 1991, s.8.; Ünal, s. 65.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 698.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 417.

beraber kat mülkiyeti, üst hakkı gibi bir irtifak hakkı değil; özel bir mülkiyet hakkı çeşididir.

Üst hakkında hak sahibinin inşa edeceği veya koruyacağı yapının mülkiyet hakkı ile yüklü taşınmazın mülkiyet hakları birbirinden ayrılır ve üst hakkının temelinde zaten bu ayrım yatmaktadır. Ancak kat mülkiyetinde, kat malikinin bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkı, arsa üzerindeki ve kanunda belirtilen ortak yerlerdeki müşterek mülkiyet hissesi ile bağlantılı bir mülkiyet türünü oluşturmaktadır.¹⁶⁷

H. Üst Hakkı ve Taşınmaz Yükü

Taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sınırlı olarak sorumlu olmak üzere başka bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar.¹⁶⁸ Hak sahibi, taşınmazın malikinden kendisine bazı edimlerde bulunmasını isteyebilir ve bu edimler yerine getirilmezse, bunları elde etmek için gayrimenkul değerine cebri icra yoluyla el atma yetkisini haizdir. Taşınmaz yükü eşyaya bağlı bir borç niteliği taşımaktadır ve yüklü taşınmaz maliki değiştiği takdirde, yeni malik kendiliğinden taşınmaz yükünün konusunu oluşturan edimleri ifayla yükümlü olur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; üst hakkı da tıpkı taşınmaz yükü gibi sadece taşınmazlar üzerinde kurulur. İrtifak hakkı niteliğindeki üst hakkı ile taşınmaz yükü, sınırlı aynı hakların bir çeşidi olarak eşya üzerinde sınırlı hâkimiyet sağlamaları sebebiyle benzerlik göstermektedirler.

Üst hakkının ve taşınmaz yükünün her ikisi de sınırlı aynı haktır. Ancak üst hakkı, yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı inşa etme veya var olan bir yapıyı muhafaza etme hakkı tanımaktadır. Taşınmaz yükünde ise hak sahibi, yüklü taşınmazın sahibinden belirli edimleri yerine getirmesini talep etmek hakkına sahiptir. Bir diğer söyleyişle üst hakkında hak sahibi, hakkını dolaysız olarak kullanılırken¹⁶⁹; taşınmaz yükü, katlanan taşınmaz

¹⁶⁷ Ünal, s. 65.; Gürzumar, s. 95-96.

¹⁶⁸ Ayan, s. 120.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.622.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1017

¹⁶⁹ Erekmekçi, s. 78.; Demirsatan, s. 11.

üzerinde aracı olmaksızın bir hâkimiyet sağlamaz. Taşınmaz yükü ile yararlanan taşınmaz sahibine sadece edimi isteme hakkı verilir.

Üst hakkında yapının mülkiyeti üst hakkına sahibine aittir ve yüklü taşınmaz maliki bu hak nedeniyle katlanma veya kaçınma borcu altına girmektedir. Oysaki taşınmaz yükünde, yüklü taşınmaz maliki, yapma veya verme borcu altına girmektedir.

İ. Üst Hakkı ve Kira Sözleşmesi

Üst hakkında hak sahibine, kira sözleşmesinde de kiracıya, başkasının sahip olduğu bir şeyden yararlanma yetkisi verilmektedir. Bu nedenle üst hakkı ile kira sözleşmesi arasında sağlanan yetki bakımından benzerlik bulunduğunu söyleyebiliriz.¹⁷⁰ Bahsi geçen benzerlik, üst hakkında yüklü taşınmaz üzerinde mevcut bir yapı bulunması durumunda daha net şekilde görülmektedir. Üst hakkı sahibi, kiracı gibi yüklü taşınmaz üzerindeki yapıdan yararlanmaktadır.

Üst hakkı ve kira sözleşmesi arasında benzerlikler bulunmakla beraber önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Maddi varlığı olan her türlü taşınır veya taşınmaz şeyler kira sözleşmesinin konusu olabilmektedir. Oysa üst hakkı, sadece taşınmazlar üzerinde kurulabilmektedir. Üst hakkı, sahibine aynı hak sağlarken, kiracının hakkı nispidir. Dolayısıyla kiracı, üst hakkında olduğu gibi hakkını herkese karşı ileri süremez. Bununla beraber kiracının kira sözleşmesinden doğan kiracılık hakkının tapuya şerh edilebileceğini belirtmekte fayda vardır.

Kira sözleşmesi, borçlandırıcı bir işlem olduğu için, malik olmayan bir kişi de başkasına ait olan bir şeyi kiraya verebilir. Ancak üst hakkı kurulması, bir tasarruf işlemi olduğu için, burada bu hakkı sadece malik kurabilir.

¹⁷⁰ Gürzumar, s. 68.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİ VE ÜST HAKKININ KAZANILMASI

I. Üst Hakkı Sözleşmesi

Üst hakkının hukuki sebebini, üst hakkı sözleşmesi oluşturur.¹⁷¹ Üst hakkı sözleşmesi borçlandırıcı ve iki taraflı bir hukuki işlemdir. Üst hakkının kurulması karşılığında bir ivaz kararlaştırılmış ise, bu takdirde bu işlem tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilecektir.¹⁷²

A. Üst Hakkı Sözleşmesinin Tarafları

1. Üst Hakkı Tesis Etme Borçlusu

Üst hakkı tesis etme borçlusu, üst hakkı kurma borcu altına giren ve üst hakkının kurulacağı taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan taraftır. Üst hakkı tesis etme borçlusu yüklü taşınmaz maliki olarak da adlandırılmaktadır. Üst hakkı tesis etme borçlusu, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişilerin kapsamına özel hukuk tüzel kişileri ve kamu (hukuku) tüzel kişileri de dahildir. Bu kişinin, ilgili taşınmazın sahibi olması zorunlu değildir; ancak taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması şarttır.

2. Üst Hakkı Sahibi

Üst hakkı sahibi, lehine üst hakkı tesis edilecek kişidir. Her gerçek veya tüzel kişi üst hakkı sahibi sıfatını haiz olabilir.

¹⁷¹ Aral, s. 65.; Ayan, s. 89.; Erekmekçi, s. 83.

¹⁷² Erekmekçi, s. 83.; Demirsatan, s. 37.

B. Üst Hakkı Sözleşmesinin Şekli

TMK m. 826-836’da üst hakkı sözleşmesinin şekline dair özel bir hüküm yoktur. Ancak üst hakkı, bir irtifak hakkıdır. Üst hakkı sözleşmesi de irtifak hakkı kurulmasına ilişkin bir sözleşmedir. Dolayısıyla TMK m. 780-793’de düzenlenen ve tüm irtifak haklarına ilişkin sözleşmeler için geçerli olan hükümlere tabidir. İrtifak hakkına ilişkin sözleşmeler TMK m. 781’de belirtildiği üzere geçerlilik şekline tabidir. Bu sözleşmelerin geçerli olması için resmi şekilde yapılmaları gerekir. Tapu Kanunu m. 26’ya göre de üst hakkı sözleşmeleri tapu sicil müdürü veya görevlileri tarafından düzenleme şeklinde yapılır.¹⁷³ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen üst hakkı konulu 1705-2010/12 sayılı Genelge’de de üst hakkı tesisinin resmi senet tanzim edilmek suretiyle yapılacağını belirtmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere üst hakkının kurulmasına için yapılacak üst hakkı sözleşmesi, resmî şekle tabidir¹⁷⁴ ve resmî senette¹⁷⁵ üst hakkı sözleşmesinin bütün esash unsurları yer almalıdır.¹⁷⁶

Mevzuatta belirtilen şekil şartına aykırı şekilde yapılan üst hakkı sözleşmesi TBK m.12/f. 2’ye göre kesin hükümsüzdür. Ancak, taraflar şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan sözleşmede kararlaştırdıkları borçları her türlü yanılığdan uzak şekilde bilerek ve isteyerek yerine getirmişlerse, yani, üst hakkı tapu kütüğüne tescil edilmiş ve diğer tüm edimler taraflarca bilinçli şekilde yerine getirilmişse, sırf şekil şartı nedeniyle sözleşmenin geçerli olmadığını ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecektir¹⁷⁷.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında¹⁷⁸, üst hakkının kurulmasının resmi şekle tabi olduğunu tespit etmiş ancak tarafların tapu sicilinde üst hakkı tesis etmemelerine

¹⁷³ Gürzumar, s.163; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.710; Demirsatan, s.34; Karauz s. 49; Aktürk, s. 91

¹⁷⁴ YHGK, 14.03.2007, E. 2007/14-83, K. 2007/142, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (08.01.2019). Esener ve Güven, s. 389.; Erekmekçi, s. 85.

¹⁷⁵ YHGK, 08.10.2008, E. 2008/620, K. 2008/615, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı (08.01.2019).

¹⁷⁶ Gürzumar, s. 168.

¹⁷⁷ Bu yönde bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (28.04.2023)

¹⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.03.2007 E.2007/14-83, K.2007/ 142, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (28.04.2023)

rağmen, asıl iradelerinin üst hakkı kurulması olduğunu ve tarafların sözleşme kapsamındaki edimlerini bütünü ile ifa ettiklerini; bu nedenle şekle aykırılığın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirterek; üst hakkının hükmen tesisine karar vermiştir.

Doktrinde üst hakkı sözleşmesinin objektif ve subjektif esaslı unsurlarının resmi sözleşmede kararlaştırılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda yan noktalar bu kapsamda değildir. Üst hakkı sözleşmesinde objektif esaslı unsur, taşınmaz üzerinde veya altında yapı inşa etme ya da mevcut inşaatı muhafaza etme yetkisi hususunda üst hakkının içerik ve kapsamında anlaşmalarıdır. Tarafların üst hakkına ilişkin işlem kapsamında aynı ya da eşyaya bağlı borç etkili olduğu kararlaştırılan her bir objektif ve subjektif esaslı nokta da resmi şekilde yapılan sözleşmenin kapsamına dahil edilmelidir. Üst hakkı bedeli sözleşmenin objektif olarak esaslı unsurlarından değildir.¹⁷⁹

Taşınmaz malikinin kendi lehine üst hakkı tesis etmesinde (malik lehine irtifak hakkı) sözleşme yapılmayacağından, böyle bir durumda taşınmaz malikinin talebi üzerine Tapu Sicili Tüzüğü m. 22' ye göre talep belgesi düzenlemesi yeterlidir.

TBK m. 29 uyarınca, bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler ön sözleşme olarak tanımlanmış ve bu ön sözleşmelerin geçerliliği kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlı kılınmıştır. Bir ön sözleşme niteliğinde olan irtifak sözleşmesi yapma vaadi sözleşmesi de bu hüküm uyarınca resmî şekle tabidir.

Üst hakkının devri için yapılacak sözleşmeler içinse ayrıma gidilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; münhasıran şahsa bağlı olarak kurulmuş ve devri mümkün olmayan bir üst hakkı ve hakim taşınmazın el değiştirmedeği bir eşyaya bağlı üst hakkının devri mümkün değildir.

Ayrıca TBK m. 205/f.3 hükmü uyarınca sözleşmenin devrinin geçerli olması için devredilen sözleşmenin şekil şartına uyulması gerektiğinden üst hakkı sözleşmesinin

¹⁷⁹ Bkz. İkinci Bölüm, I, C altında yapılan açıklamalara.

devri için Tapu Kanunu m. 26'ya göre üst hakkı sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekil şartlarına uyulması gerekecektir.

C. Üst Hakkı Sözleşmesinin İçeriği

Bir üst hakkı sözleşmesinin olmazsa olmaz hükümleri onun ana unsurlarıdır. Dolayısıyla bir üst hakkı sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurlarının ne olduğunun tespiti üst hakkı sözleşmesinin var olup olmadığı ya da başka bir ifade ile yok hükmünde olup olmadığını tespit etmeye yarar. Ayrıca bu unsurlar, üst hakkı sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlememizi de sağlar.

TMK m.827 hükmünün amacı, üst hakkı sözleşmesinin üçüncü kişilere etkili olan hükümlerini belirlemektir. TMK m. 827'de örnek olarak sayılan; yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, tahsis amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alanlardan faydalanmaya ait hususlar üst hakkı sözleşmelerinin objektif esaslı unsurları değildir. TMK m. 827'yi, maddede sayılan unsurlara ilişkin düzenlemeler, ancak taraflarca açıkça kararlaştırılmış ve resmi senette yer verilmişse bu düzenlemelerin aynı etkiye sahip olacaklarını açıklayan bir hüküm olarak yorumlamak gerekir.

Üst hakkının süresinin ne kadar zamanla sınırlı olduğu üst hakkının süresinden belli olur. Üst hakkının sona erme sebeplerinden biri de hakkın süresinin sona ermesidir.

Üst hakkı sözleşmesinde taraflar üst hakkı süresini belirleme özgürlüğüne sahiptirler. Ancak bu özgürlük TMK m. 836 gereğince en çok 100 yıl süre ile sınırlanmıştır.¹⁸⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki anılan hükmün 2. fıkrasına göre 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.

Doktrinde üst hakkının süresinin; üst hakkı sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurlarından olup olmadığı konusunda görüş birliği yoktur.

¹⁸⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1002.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.710.

Bir görüşe göre, üst hakkı süresi sözleşmenin esaslı unsurlarından değildir.¹⁸¹ Diğer bir görüş de üst hakkı süresinin sözleşmenin zorunlu içeriğine dahil olduğunu savunmuştur.¹⁸²

Bu konuda yorum yapabilmek için öncelikle tarafların herhangi bir süre kararlaştırmadıklarında hakkın süresinin yüz yıla sınırlı olacağını belirtmek gerekir. Kanaatimizce üst hakkı sözleşmesinde süre belirlemenin zorunlu olmadığına dair görüşler, sözleşmede bir süre belirtilmediği halde süresiz üst hakkı yapılabilmesinden ötürü savunulmuştur. Ancak süresiz üst hakkı kanun gereği zaten yüz yıl için yapılmış sayıldığından aslında sözleşmede bir azami süre vardır. TMK m. 998’de süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz ya da en az otuz yıl süreli olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla sürekli bir üst hakkı kurulmak istediğinde bunun asgari süresini ya otuz yıl ya da süresiz olarak belirtmek gerekir.

Görüldüğü gibi üst hakkı sözleşmesinde ya tarafların belirlemediği halde yasa gereği bir azami süre ya da tarafların belirlediği bir süre, velhasıl bir süre mutlaka vardır. Üst hakkı sözleşmesinin sona erme sebeplerinden birisi de yine sürenin sona ermesidir. Üst hakkı sınırlı bir ayni haktır. Dolayısıyla ayni haklara egemen olan ilkelere tabidir. Bu temel prensiplerinden biri de “belirlilik” ilkesidir. Bu ilke uyarınca sınırlı bir ayni hak olan üst hakkının ayni etkisinin ne zaman başladığı ve ne zaman biteceğinin belirli olması gerekir. Bu sebeplerle; üst hakkı sözleşmelerinde süre konusu bizce esaslı bir unsurdur. Tarafların belirli bir süre belirlemeye zorlanamaması üst hakkının bir süresi olmayacağı anlamına gelmez; hak, yasa gereği azami süreye tabi olacağı için, hakkın her durumda bir süreye tabi olacağı anlamına gelir.

TMK m. 836’ da üst hakkı “bağımsız” bir hak olarak en çok yüz yıl için kurulabilir denilmiştir. Bu durumda kanunun lafzından bağımsız nitelikte olmayan üst hakkı sözleşmelerinin, bir süre sınırına tabi olmayacağı düşünülebilir. Bu konuda doktrinde bazı yazarlarca *bağımlı üst haklarında* kanuni azami sürenin uygulanmayacağı ileri

¹⁸¹ Karauz, s. 81; ve Karauz s. 81 dipnot 229’da belirtilen yazarlar.

¹⁸² Aktürk, s. 114, s.134; Köprülü/ Kaneti; s. 165 Gürzumar, s. 161, 162; Gürzumar, s.160, dipnot 12’de belirtilen diğer yazarlar.

sürülmüştür.¹⁸³ Buna karşılık doktrinde başka bir görüş¹⁸⁴ ise kanun koyucunun belirli bir azami süre öngörmüş olmasının sebebi, her halde azami bir süre sonunda da olsa üst hakkının konusunu oluşturan yapı üzerindeki mülkiyet hakkının yüklü taşınmaz malikine ait hale gelmesini istemiş olmasından, bu yolla mülkiyet hakkının içinin boşaltılmasını engellemek istemiş olmasından kaynaklanmaktadır diyerek, *bağımlı üst haklarında* kanuni azami sürenin uygulanması gerektiğini savunmuştur.

Bizce de mülkiyet hakkını korunması, özünün kaybolmaması prensibi bağımsız olmayan üst hakları bakımından da geçerlidir Kanun koyucunun daha geniş tasarruf imkânlarını haiz bağımsız üst haklarında azami bir süre belirlemiş olması karşısında devir tasarruf hakkı olmayan bağımlı üst haklarında da azami süre uygulanmasını evleviyetle benimsemiş olduğu sonucuna varılması gerekir. Bu sebeple, kanun hükmünde kanun koyucunun bilinçli bir susmasının söz konusu olduğu düşünülemez. Mülkiyet hakkının içinin boşaltılmaması ilkesi de her halde nazara alınmalıdır. Bu sebeplerle, kanaatimizce ister bağımlı ister bağımsız olsun tüm üst haklarının süresinin, kanunda belirlenen azami süre ile sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir.

Üst hakkı süresinin uzatılması konusunda, TMK m.836'da, üst hakkı süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, hakkın, kurulması için öngörülen şekle uyularak, her zaman en çok yüzyıllık yeni bir süre için uzatılabileceği kabul edilmiştir. Gerçekten de üst hakkı sözleşmesinin süresi taraflarca uzatılabilir veya kısaltılabilir. Bu hallerde taraflarca tapu sicilinde sözleşme yapılması ve tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir. Süre uzatılması konusunda farklılık arz eden husus, mevcut üst hakkı süresinin dörtte üçünün dolmuş olması gerekeceğidir. Burada kanun koyucunun mevcut sürenin dörtte üçünün dolmasını beklenmesini, bu konuda öngörülen dörtte üçlük süre dolmadan önceden yapılan taahhütleri geçersiz saymasının altında yatan sebep, yine taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının sınırlı bir aynı hakla etkisiz hale getirilmesini engellemek istemiş olmasıdır.

Üst hakkının süresinin hukuki niteliği, başka bir deyişe aynı nitelikte olup olmadığı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre süre nispi olarak yani sadece taraflar arasında kalacak şekilde kararlaştırılabilir. Bunun için üst hakkını düzenleyen resmi senette süre

¹⁸³ Gürzumar, s.53, 56 ve Gürzumar, s.53, 56 dipnot 138, 139'da belirtilen yazarlar.; Karauz, s. 90;

¹⁸⁴ Gürzumar, s.53 ve Gürzumar, s.53 dipnot 140'da belirtilen yazar.

belirtilmemesi ya da sürenin nispi olduğunun açıkça belirtilmesi mümkündür, denilmiştir.¹⁸⁵ Bir diğer görüşe göre TMK m. 827 kapsamında üst hakkının içerik ve kapsamının yer aldığı resmi senette taraflarca belirtilen süre, üst hakkının devredilmesi durumunda yeni hak sahibini de bağlayacaktır. Bu görüşe göre taraflarca belirlenen süre aynı etkilidir.¹⁸⁶

Kanaatimizce, TMK m.827’de üst hakkının içeriğinin aynı etkisi belirlenirken süre konusunun açıkça belirtilmemiş olması üst hakkı süresinin aynı bir etkiye sahip olup olmadığı konusunda bir tereddüde neden olabilir. Ancak, üst hakkının içeriğine yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine bir yapı inşa etme veya var olan bir yapıyı muhafaza etme yetkisi vermesi olgusunun dahil olduğu düşünülürse, aynı yetkilerin “hangi süre” için hem yüklü taşınmaz malikine hem de üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebileceğinin önemi ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, üst hakkı sözleşmelerinde, sürenin üst hakkı sözleşmesinin içerik ve kapsamındaki aynı konularla yakından ilgili olmasından ötürü, dolaylı şekilde aynı etkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Üst hakkının sözleşmesinin içeriğine dair diğer bir düzenleme de Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 31 hükmüdür. Söz konusu hükme göre:

“ 1- Üst hakkının tesisine ilişkin resmi senette, hakkın tesisine yönelik olan konular dışında, ayrıca; a -) Üst hakkının içerik ve kapsamı, süresi, özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin hususlar, b-) üst hakkı sona erince taşınmaz malikinin üst hakkı lehdarına bir bedel ödeyeceği kararlaştırılmış ise, bu bedelin miktarı ve hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk haline getirilmesine ilişkin hükümler, c-) Üst hakkı karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılan edimleri güvence altına almak amacıyla en çok üç yıllık irat için taşınmaz maliki lehine kanuni ipotek tesis edebileceği hususu yer alır.”

¹⁸⁵ Karauz, s.109 ve Karauz, s.109 dipnot 316’da belirtilen yazar.

¹⁸⁶ Karauz, s. 108 ve Karauz s. 108 dipnot 311’de belirtilen yazarlar.

Görüldüğü gibi, hukukumuzda üst hakkı sözleşmesinin zorunlu içeriğine dair hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe¹⁸⁷ göre; üst hakkı sözleşmesinin zorunlu içeriği, taşınmaz maliki ile üst hakkı lehtarının kimlikleri, yüklü taşınmaz ile eşyaya bağlı üst hakkında yararlanan taşınmazın kimlik ve nitelikleri, üst hakkının yüklü taşınmaz üzerindeki yükünün içerik ve kapsamı, üst hakkının türü ve üst hakkının süresine ilişkin düzenlemelerden oluşur.

Üst hakkı sözleşmesinin zorunlu içeriğine dahil olmayan hususların kararlaştırılmamış olması, üst hakkı sözleşmesinin kurulmasını ve geçerliliğini etkilemez.

D. Üst Hakkı Sözleşmesinde Eşyaya Bağlı Borçlar, Nispi Borçlar ve Üst Hakkı Sözleşmesinin Aynı Etkisi

Üst hakkı sözleşmesinde eşyaya bağlı borçların mevcut olması ile üst hakkı sözleşmesinin içerik ve kapsamında bazı hükümlerinin aynı etkiye sahip olması ayrı durumlardır.

Kural olarak, bir sözleşmenin hükümleri ancak tarafları arasında hüküm doğurur ve sözleşmenin taraflarını ve onların külli haleflerini bağlar. Fakat bazı hallerde kanun gereği veya taraf iradeleri ile eşya hukukunun verdiği imkân dahilinde bazen bir sözleşme hükmü, sözleşmenin tarafları ve külli halefleri dışında onların cüzi haleflerine ya da üçüncü kişilere karşı da etkili olabilir.

Üst hakkı sözleşmesi içinde bulunan hükümlerin, sadece sözleşmenin tarafları arasında kalmayıp sözleşme dışı üçüncü kişilere yöneltmesi imkânı üst hakkı sözleşmesinin Medeni Kanun'un belirlediği hallerde şerh verilebilmesiyle olabilir.

Eşyaya bağlı borçlar, eşya hukukunun sınırlı sayı kuralı gereği ya kanundan ya da Türk Medeni Kanunu'nun belirlediği hallerde hukuki işlemlerden doğabilir.¹⁸⁸ Eşyaya bağlı borçlar, bir kimseyi bir mala malik olduğu için yükümlülük altına sokan borçlardır. Eşyaya bağlı borçlar, bir sözleşmenin ancak taraflarını borç altına sokacağı prensibine

¹⁸⁷ Aktürk, s.114 ve Aktürk, s.114 dipnot 122'de belirtilen yazarlar.; Gürzumar, s. 158.

¹⁸⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.27.; Sirmen s. 33.; Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 91-92.; Serozan, s. 36.

istisna teşkil eder. Borcun bağlı olduğu malın her malikinin borçla yükümlü olması, alacaklının alacak hakkını malın her malikine karşı ileri sürebilmesi imkanını verir. Taşkın yapıda taşılan arazinin her malikinin taşkın yapıyı yapanın irtifak hakkı kurulması veya mülkiyet hakkı tanınmasına ilişkin taleplerine katlanması ya da kat irtifakında kat irtifakının her malikinin inşaatı yapma borcu altında olması, eşyaya bağlı borçlara örnek olarak sayılabilir. Yine sınırlı sayı kuralı gereği, Türk Medeni Kanunu'nun imkân verdiği hallerde, bir şahsi hakkın etkisinin kuvvetlendirilmesi ile de eşyaya bağlı borç hali yaratılabilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere eşyaya bağlı borçlarda, alacaklı, borcun bağlı olduğu malın her malikine karşı alacak hakkına sahip olabilmektedir. Eşyaya bağlı borçlarda alacak hakkı, yine alacaklı ile borçlu arasında bir bağ olup, bu borçlarda özellik, borçlunun tayini tarzındadır. Eşyaya bağlı borçlarda özellik, malın her bir yeni maliki borçla yükümlü olsa da önceki malikin borcunun yeni malik üzerinde devam etmesi değildir. Her malik kendi mülkiyeti zamanında doğan borçtan şahsen kendisi sorumlu olmaktadır.

Eşyaya bağlı borç kavramından anlaşılması gereken bir kimsenin bir şey üzerinde aynı hakka sahip olmasından ötürü sorumlu olduğu hak ve borçların tümüdür¹⁸⁹. Eşyaya bağlı olan borçlarda, bir hakka ilişkin yükümlü olma veyahut hak sahipliği sıfatı, yüklü taşınmaz maliki ya da üst hakkı sahibi olmaya bağlıdır.¹⁹⁰ Diğer bir ifade ile hukuki işlemin yapıldığı esnada kendi iradesiyle yükümlülük altına giren kişinin yanında, borçla ilintili aynı hakkı ya da yüklü taşınmazı devralan cüzi halefler de borçlu sıfatını taşımaktadır.

Eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğan hakların niteliği hususu öğretilerde tartışmalı olmakla beraber bu hakların aynı değil, nispi hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.¹⁹¹

Eşyaya bağlı borçların belirlenmesinin amacı, hukuki ilişkiyi düzenlemektir ve bu şekilde ilişkiye müdahale imkânı sunulmaktadır. Yüklü taşınmazın ya da üst hakkının

¹⁸⁹ Ertaş, s.59.

¹⁹⁰ Demirsatan, s. 24.

¹⁹¹ Ünal, s. 179.; Gürzumar s. 129 vd.; Şafak. N. Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 50 vd.

devredilmesi, eşyaya bağlı borçları sona erdirmemekte ve böylece hak sahipleri arasındaki ilişkiyi canlı tutmaktadır.

Eşyaya bağlı borçlar, sınırlı sayı ilkesine tabi olup¹⁹², bazı durumlarda sözleşmede kararlaştırılmış olmasına bakılmaktadır. Bazı durumlarda ise sözleşmede kararlaştırılmış olmasa dahi bu borç doğabilmektedir.

Üst hakkının süresinden önce yüklü taşınmaz malikine dönmek için talep edilebilmesi (TMK m. 831), üst hakkı iradı için yüklü taşınmaz malikinin taşınmaz niteliğinde tesis edilmiş üst hakkı üzerine ipotek tesis edilmesini talep edebilmesi (TMK m 834), kanun gereği kanundan doğan eşyaya bağlı birer borç olup, bu talep, üst hakkı sahibi kim ise yüklü taşınmaz maliki tarafından ona yöneltilebilir.

Eşyaya bağlı borçların bir kısmı Türk Medeni Kanunu'nda belirtilmiştir. Eşyaya bağlı borçların bir kısmı da tarafların üst hakkı sözleşmesinde kararlaştırılması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu borçları şu şekilde açıklayabiliriz:

Üst hakkının sona ermesi üzerine, yüklü taşınmazın ilk haline getirilmesi ile taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi gereken bedel ve bu bedel ödeme borcunun ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar resmi bir şekle bağlı kılınmıştır ve tapu siciline şerh verilebileceği belirtilmiştir.¹⁹³ Nitekim bu durum TMK m. 830'da ifade edilmiştir.

Üst hakkının sona ermesi sonucunda, taşınmaz malikine ait hale gelecek yapılar için taşınmaz maliki bir bedel ödemek zorunlu değildir. Ancak, TMK m. 829 hükmü gereğince, taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilir ve taraflarca uygun bir bedel ödenmesi kararlaştırılmışsa, bedelin miktarı ve hesaplanış biçimi de resmi şekildeki sözleşmede belirlenir. Bedel ödeme borcuna ilişkin anlaşmanın tapu kütüğüne şerh

¹⁹² Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cl. I, 1. Baskıya Ek 2. Tıpkı Baskı, İstanbul:Legal Yayıncılık, 2018, s. 25.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.27.

¹⁹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 712.; Aktürk, s.175.; Özcan ve Büyüktanır, s.262.

verilmesi ile birlikte, borcun meblağı ve hesaplanış biçimi, cüzi halef olan yüklü taşınmaz maliklerine karşı da ileri sürülebilir bir hale dönüşmektedir.¹⁹⁴

Kanun koyucu, TMK m. 830 hükmü aracılığıyla, anlaşma ile belirlenecek maddede belirtilen hususlara ilişkin şerh verilmesi sureti ile bu borçlara eşyaya bağlı borç olma özelliği kazandırmıştır. Şerh işlemi, yüklü taşınmaz üzerinde yapılacaktır. Böylece yüklü taşınmaz maliki kim olursa olsun, kendisine kalan yapılar için belirlenen bedeli ödemekle; üst hakkı edinen her kişi de yüklü taşınmazı eski haline getirmek ile yükümlü olacaktır. Eşya Hukuku'nda "belirli sayı ve tipe bağlılık" ilkesi benimsenmiş iken Borçlar Hukuku'nda "sözleşme serbestisi" ilkesi benimsenmiştir. Taraflar, üst hakkı sözleşmesini oluştururken sözleşme serbestisinden yararlanmaktadır. Bunun sonucu olarak da taraflar, serbest iradeleri ile kurdukları üst hakkı sözleşmesinde, hukuki ilişkinin daha ayrıntılı bir şekilde belirlenmesini isteyebilmektedir. Üst hakkı sözleşmesinde yer alan, eşyaya bağlı borç konusu oluşturmayan ve hakkın içeriğine dahil olmayan bu hükümler, sadece sözleşmeyi yapan taraflara ve onların külli haleflerine karşı ileri sürülebilmektedir.¹⁹⁵ Diğer bir deyişle, bir üst hakkı ilişkisinden doğan nispi borçlar, yalnızca sözleşmeyi yapan taraflar ve onların külli halefleri üzerinde etkili olacaktır. Sözleşmede taraflarca kararlaştırılan nispi borçlar borcun nakli hükümleri uyarınca devralınması halinde üst hakkını veya yüklü taşınmazı devralan cüzi haleflere karşı da ileri sürülebilir bir nitelik kazanır. Bu ilişkiyle paralel olarak, yüklü taşınmazı veya üst hakkını devralan kişi tarafından nispi hak niteliğinde olan ve üst hakkı sözleşmesinden doğan alacakların iktisap edilebilmesi için, alacağın temlik hükümleri ile hakkın devralınması gerekir.

Üst hakkı sözleşmesinin resmi senedinde üst hakkının aynı içeriğine dahil olmayan hususlar ve eşyaya bağlı borç konusu da oluşturmayan hususlar örneğin; rekabet etmeme; yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine uygun koşullarda inşaat kredisi sağlama; üst hakkı sahibinin yapıyı sigorta ettirme; üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz malikine ivaz olarak üst hakkı bedeli ya da üst hakkı iradı ödemesi gibi borçlar nispi nitelikte olup yalnız üst hakkı sözleşmesinin tarafları ile onların külli haleflerini bağlar. Bu borçların yüklü taşınmazı veya üst hakkını devralan cüzi haleflere karşı ileri

¹⁹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1003.

¹⁹⁵ Gürzumar, s. 150.

sürülebilmesi, ancak bu kişilerin söz konusu borçları borcun nakli hükümlerine göre devralmaları halinde mümkündür.¹⁹⁶

TMK m. 827’de, resmi senette yer alan, özellikle yapının şekline, boyutlarına, niteliğine, konumuna, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtlarının herkes için bağlayıcı olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁷ Bu konulara ilişkin anlaşmalarla üst hakkı sahibine tanınmış yetkiler aynı niteliktedir ve herkese karşı ileri sürülebilir. Burada söz konusu olan bir irtifak hakkının içerik ve kapsamıdır. Üst hakkı sözleşmesinde kanundan doğan veya şerh verilmekle üçüncü kişilere karşı da ileri sürülmesi mümkün olan borçlardan farklıdır. Üst hakkının içerik ve kapsamına ilişkin resmi senette yer alan hususlar, herkese karşı ileri sürülebilir. TMK m. 827 hükmü üst hakkı sözleşmesinin zorunlu hususlarını belirtmek için yapılan bir düzenleme değildir. Örneğin, sözleşme konusu yapının konumu ve tahsis amacı belirtilmeden de üst hakkı sözleşmesi kurulabilir. TMK. m. 826 bir taşınmaz maliki üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak kurabilir, ifadesi ile üst hakkının asgari içeriğini belirlemiştir. TMK m. 827 ise örnek olarak sayılan üst hakkı içeriğinin kimleri bağlayacağına dair bir düzenlemedir.¹⁹⁸

Burada tespit edilmesi gereken husus üst hakkının içerik ve kapsamına giren şeylerin neler olduğu ve dolayısıyla aynı etkiye sahip olan durumların neler olduğudur. Doktrinde de bu hususun tespitinin zorluğu ifade edilmiştir¹⁹⁹. Gürzumar, TMK m. 827’de sayılan; yapının konumu, şekli niteliği, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alanlardan faydalanmaya ait hususlar dışında kalan ancak üst hakkının içerik ve kapsamını “yakından belirleyen” diğer hususların da aynı etkiye sahip olacağını belirtmiştir. Örnek olarak da bu hakkın bağımsız olmadığı, süresi veya bu hakkın devrinin veya sınırlı aynı haklarla takyit edilmesinin sınırlanmasının üst hakkının içerik ve kapsamına dahil olduğunu belirtmiştir. Buna karşılık yukarıda bahsettiğimiz ve

¹⁹⁶ Aktürk, s.176- 178’de üst hakkı sözleşmelerinde aynı etkili ve eşyaya bağlı borçlar ve nispi borçlar ile ilgili örnekleri sunmuştur.

¹⁹⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 706.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1008.

¹⁹⁸ Gürzumar, s. 122 vd; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 706.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1008; Karauz, s. 59 vd

¹⁹⁹ Gürzumar, s.124, 125; Karauz, s. 61

örneklerini sunduğumuz nispi borç ilişkilerinin hem sadece taraflar arasında olması hem de üst hakkın içerik ve kapsamına girmediği için aynı etkiye sahip olmadığı belirtilmiştir.²⁰⁰

Üst hakkının süresi, bu hakkın ne zaman sona ereceğini ve dolayısıyla yükümlü taşınmaz üzerindeki inşaatın ne zaman taşınmaz malikine ait hale geleceğini belirlediğinden hakkın içerik ve kapsamı dahilindedir ve aynı etkiye sahiptir.

Bir üst hakkı sözleşmesinde eşyadan doğan borçları kanun gereği bilmek mümkündür. Üst hakkı sözleşmesinin şerh edilebilen borç ilişkilerini tapu sicilinden görülmesi ve kanunen bilinmesi de mümkündür. Ancak aynı etkiye sahip üst hakkının içerik ve kapsamı ile ilgili her hüküm tapu sicilinden görülemez. Resmi sözleşmede bağımsız olmadığı belirtilen bir üst hakkının tapu sicilinde bağımsız olarak kaydedilmesi halinde bu tescile güvenerek iyi niyetle işlem yapmış olan kişilerin iktisabı TMK m. 1023 gereği korunur. Fakat resmi sözleşmede üst hakkı konusu yapının bir okul binası olarak yapılması kararlaştırılmış olmasına rağmen, üst hakkı sahibi tarafından sözleşmeye aykırı şekilde otel, ofis veya alışveriş merkezi gibi ticari bir yapı yapılmış olabilir. Üst hakkı sözleşmesine aykırı şekilde yapılan yapılarla ilgili olarak üçüncü şahıslar, sözleşmeye aykırı davranıldığını bilmeden hukuki işlemler yapmış olabilirler. Taşınmaz malikinin sözleşmeye aykırı yapılmış olan yapı nedeniyle haksız inşaatın yıkımı için bir dava açma hakkı da vardır. Böyle bir halde üçüncü kişilerin mağdur olacağı aşikardır. Hukuk sisteminde zararların giderimi için ilgisine tazminat davası açılarak bir dengenin kurulabilmesi teknik olarak mümkündür ama her halde iş hayatının aksayacağı aşikardır.

Nitekim doktrinde üst hakkının aynı etkiyi haiz kapsam ve içeriğini tespit edilmesinin zorluğu ifade edilmiştir.²⁰¹ Bir üst hakkı sözleşmesinin içerik ve kapsamı ile ilgili hükümlerinden, üçüncü kişilere aynı etkisi olacak hususların (hakkın içerik ve kapsamına yakından bağlı olup olmadığı gibi) yorum kriterleri ile tespit edilmesi yöntemi yetersiz kalabilir. Ayrıca, bu amaçla yapılmak istenen yorumlarda yorum farklılıklarının olması da son derece normaldir.

²⁰⁰ Gürzumar, s. 123

²⁰¹ Gürzumar, s.125 ve Gürzumar, s.125 dipnot 453'te belirtilen yazar.

Yine eşya hukukunun sınırlı sayı ilkesi gereği; tapu siciline şerh edilebilecek hususlar Türk Medenî Kanunu'nda sınırlı şekilde sayıldığından, üst hakkının içerik ve kapsamı ile ayni etkiyi haiz tüm hususların şerh verilebilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla bir üst hakkı resmî sözleşmesinde, üçüncü kişilere ayni etkiyi haiz hükümlerin sadece tapu siciline bakılarak bilinmesi mümkün olmayabilir.

İsviçre Hukukunda 1 Ocak 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikler sonucunda taraflar arasında nispi sözleşmelerin tapu siciline şerh edilebilme imkânı getirilmiştir.²⁰² Kanaatimizce, benzer şekilde bir uygulamanın Türk Hukukunda da yapılması veya en azından üst hakkı sözleşmelerinde ayni etkiyi haiz olan hususların şerh edilebilmesi imkânı kanun koyucu tarafından sağlanabilirse, bu konuda yukarıda belirttiğimiz zorluklar aşılabılır.

E. Üst Hakkı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemek, o sözleşmeye hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlemeye yarar. Eğer, sözleşme isimli sözleşme olarak kabul edilirse, kanunda ismi belirlenen sözleşme hükümleri uygulanır. Ama eğer isimsiz bir sözleşme niteliğinde olduğu belirlenirse, o zaman da sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanabileceği araştırılır.

Sözleşmelerin isimli ya da isimsiz sözleşme olmasına ilişkin ayırım bir sözleşmenin asgari unsurlarıyla Türk Borçlar Kanunu'nda ya da diğer kanunlarda düzenlenmiş olup olmadığına dayanır. Bir sözleşme tüm asgari unsurları ile Türk Borçlar Kanunu'nda veya diğer kanunlarda düzenlenmişse, o sözleşme isimli sözleşme olarak nitelendirilir ve artık buna göre sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilir.

Gürzumar²⁰³; üst hakkı sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır: “*Üst hakkı sözleşmesi; asgari unsurları ile bakıldığında taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde bir yapı inşa veya var olan bir yapıyı muhafaza ederek bu yapının mülkiyetine sahip olma yetkisini karşı sözleşen lehine bir irtifak hakkı olarak tescil ettireceği yolundaki icabı ve*

²⁰² Karauz s.109.

²⁰³ Gürzumar, s.162

bu icabın karşı sözleşen tarafından kabulü ile (ya da bunun tam tersinin gerçekleşmesiyle) kurulan, borçlandırıcı ve iki taraflı bir hukuki işlemdir. Eğer, sözleşmede üst hakkı için bir ivaz da kararlaştırılmışsa, o takdirde üst hakkı sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme oluşturur.”

Üst hakkı sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe²⁰⁴ göre, üst hakkı sözleşmesi isimsiz bir sözleşmedir. Bu görüşün gerekçesi, üst hakkı sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş hiçbir sözleşmeye benzememesidir. Doktrinde hâkim görüş²⁰⁵ ise üst hakkının kanunda belirtilmiş ama esaslı unsurları açısından düzenlenmediğinden, kendine özgü isimsiz bir sözleşme olduğudur.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre²⁰⁶ ise üst hakkı sözleşmesinin esaslı unsurları aynı hak tesisine dair anlaşma, yüklü taşınmazın belirli olması, üst hakkı sahibi, irtifak hakkının kapsamı ve içeriğinin belirlenebilmesi ve varsa tarafların üst hakkı iradı konusunda anlaşmış olmalıdır. Bu konular sözleşmeyi belirlediğinden artık isimsiz sözleşmelerde olduğu gibi hâkimin örf ve adet hukuku kurallarından yararlanarak ya da kıyas yolu ile boşluk doldurmasına mahal olmadığından, üst hakkı sözleşmesinin isimli bir sözleşme olduğunu ileri sürerler. Üst hakkı sözleşmesinin isimli sözleşme olduğunu ileri süren yazarlardan Gürzumar, isimsiz sözleşmenin ismi olmayan sözleşme değil, kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşme anlamına geldiğini, buna mukabil üst hakkı sözleşmesinin esaslı konularının kanunda düzenlenmiş olduğunu dolayısıyla da isimli bir sözleşme olduğunu belirtmiştir.²⁰⁷ Buna mukabil üst hakkı sözleşmesinde ivaz kararlaştırılmayan hallerde bağış sözleşmesinden veya ivazlı olması halinde ayıp durumunda satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kıyasen faydalanılabileceğini, ancak bu durumların istisnai haller olması nedeniyle üst hakkı sözleşmesinin yine de isimli bir sözleşme olduğunu belirtmiştir.²⁰⁸

²⁰⁴ İslar, s.51

²⁰⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1001; Demirsatan, s. 38.; Karauz, s.57 ve Karauz, s.57, dipnot 143’de belirtilen diğer yazarlar.

²⁰⁶ Karauz, s.57; Gürzumar, s.161

²⁰⁷ Gürzumar, s.161

²⁰⁸ Gürzumar, s. 164.

Doktrinde üst hakkının kendine özgü isimsiz bir sözleşme olduğunu belirten yazarlardan Aktürk de ayıba ve zapta karşı satıcının tekeffül halinde alım satım hükümlerinin ve ivazsız üst haklarında bağışlama hükümlerinin uygulanmasını hakkaniyet gereği ileri sürmüştür.²⁰⁹ Gürzumar ve Aktürk farklı farklı görüşlerinde, gerekçeleri farklı da olsa son tahlilde aynı sonuca ulaşmışlardır.

Kanaatimizce, bir sözleşmenin isimli olması için esaslı olmayan her türlü hükmünün detaylıca düzenlenmesi aranmaz. Belirleyici olan objektif esaslı unsurların kanunda düzenlenmiş olmasıdır. TMK'daki ilgili hükümlere bakıldığında üst hakkın objektif esaslı unsurlarının düzenlendiği görülür. Kaldı ki bir sözleşmenin tipik olması için kanunda düzenlenmiş olması da aranmaz. Önemli olan hukuk uygulamasında sözleşmenin standarda kavuşmuş unsurlarının tekrarlanıyor olmasıdır. Uygulamamızda bu durum mevcuttur, bu yönüyle de üst hakkı tipik bir sözleşmedir. Bu niteleme boşluk halinde TMK m. 1 uyarınca TBK ve diğer mevzuatın uygulanmasına engel oluşturmaz.

II. Üst Hakkının Kazanılması

A. Genel Olarak

Üst hakkının kazanılması ile ilgili olarak Türk Medeni Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmamıştır.²¹⁰ Bu nedenle benzer kavramların karşılaştırılması ve özellikle irtifak haklarına (TMK m. 780)²¹¹ ve taşınmaz mülkiyetine (TMK m. 705) ilişkin hükümlere²¹² kıyas yoluyla başvurulması, üst hakkının kazanılması hususunda yol gösterici olacaktır.²¹³

Bu çerçevede üst hakkı, tescil ile ve tescil dışı olmak üzere iki şekilde kazanılır. Öncelikle üst hakkının tescil ile (tesisen) kazanılmasını inceleyeceğiz. Tescil ile kazanılma durumunda geçerli bir iktisap sebebi şarttır. Bu iktisap sebebi genellikle bir üst hakkı sözleşmesi (üst hakkı kurma borcu doğuran sözleşme) olarak karşımıza çıkar. Biz

²⁰⁹ Aktürk, s. 102,103

²¹⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 999.; Ertaş, s. 514.; Erekmekçi, s. 83.

²¹¹ Aral, s. 61.; Ertaş, s. 514.

²¹² Ertaş, s. 514.; Ayan, s. 89.

²¹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 999.

üst hakkı sözleşmesinin şeklini, unsurlarını, hukuki niteliğini ve içeriğini yukarıda incelemiştik.²¹⁴

Üst hakkının aslen de kazanılması mümkündür. Ancak aşağıda incelediğimiz gibi işgal, zamanaşımı gibi haller teoride mümkün olsa da uygulamada pek karşılaşılabilecek durumlar değildir.

Daha önce taşınmazda tescil edilmiş olan üst hakkının başka bir kimseye devredilmesi halinde de üst hakkı devren kazanılmış olur.

Aşağıda önce üst hakkının tescille kazanılmasını, daha sonra üst hakkının devren kazanılmasını ve son olarak da asli olarak kazanılmasını inceleyeceğiz.

B. Üst Hakkının Tescil ile (Tesisen) Kazanılması

Üst hakkının kazanılmasında en sık rastlanan yol, tescil yoluyla kazanmadır. Üst hakkının tescil ile kazanılması, TMK m. 780 uyarınca tapu kütüğüne tescil işleminin yapılması ile gerçekleşir.²¹⁵ TMK m. 780 emredici hukuk kuralı niteliğindedir. Tescil işleminin gerçekleşmediği durumlarda geçerli bir üst hakkının varlığından bahsedilemeyecektir.

1. Üst Hakkının Tescil ile Kazanılmasının Hukuki Sebebi

Üst hakkının tescil ile kazanılmasının gerçekleşebilmesi için, taşınmaz mülkiyetinde de olduğu gibi geçerli bir hukukî sebep (borçlandırıcı işlem) ile tescil isteminin (tasarruf işleminin) bulunması gereklidir. Her iki unsur da üst hakkının kazanılmasında mevcut ve geçerli olmalıdır. Aksi takdirde yapılan tescil yolsuz olur. Üst hakkının tesisinde hukuki sebep çoğunlukla bir sözleşme olmakla beraber bir ölüme bağlı tasarruf da iktisap sebebi olarak karşımıza çıkabilmektedir.²¹⁶

Üst hakkının kurulabilmesi için öncelikle, geçerli bir hukukî sebebin bulunması gereklidir. Sözleşmenin yapılmasından sonra da bu hukuki sebebe dayalı olarak üst

²¹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, C ve E altında yapılan açıklamalara.

²¹⁵ Gürzumar; s. 168.; Esener ve Güven, s. 389, Ünal, s.152

²¹⁶ Gürzumar, s 157.

hakkının tapu kütüğüne tescili yapılmalıdır. Üst hakkı sözleşmesi, üst hakkı tescilinin hukukî sebebinin oluşturur.²¹⁷

2. Üst Hakkının Tapu Siciline Tescili

Üst hakkının tesisi (veya devri) için üst hakkı sözleşmesi ile birlikte TMK m. 780/f. 1 uyarınca tapu kütüğüne tescil edilme şartı da aranmaktadır.²¹⁸ Bu tescil işlemi Tapu Kanunu'nun m. 26/f. 1 uyarınca tapu müdürü veya onun görevlendireceği tapu sicil görevlisi tarafından, resmi şekilde düzenlenen resmi senetten sonra üst hakkıyla yükümlenen taşınmazın kayıtlı olduğu kütük sayfasındaki "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununa yapılacaktır.²¹⁹ Bu tescil işlemi, tapu memurunun re'sen yapması mümkün değildir. Tescil talebi yazılı olarak yapılır. Tescili talep edecek öncelikli kişi TMK m. 1013/f. 1 uyarınca taşınmaz malikidir. Malikin bu talepten imtina etmesi halinde ise TMK m. 716/f. 1 hükmüne dayanarak üst hakkı sahibi de mahkemeye başvurarak üst hakkının hükmen tescilini talep edebilir.

Üst hakkı bağımsız ve sürekli olarak kurulmuşsa, üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapuda ayrı bir sayfa açılarak tapu kütüğüne kaydedilebilir.²²⁰ Üst hakkı sahibi bu talebi taşınmaz malikinin rızasına ihtiyaç duymaksızın ileri sürebilir. İrtifak hakkı şeklinde tesis edilen üst hakkının bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olsa da tapu sicilinde ayrı bir sayfaya tescil edilmesi zorunlu değildir.²²¹ Tapu Sicil Tüzüğü m. 10'a göre, bağımsız ve sürekli üst hakkı, üst hakkı sahibinin talebi ile tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilir. Burada şöyle bir sorun ortaya çıkabilir: Üst hakkı sahibi bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmesini talep etmeyebilir. Bu konuda hak sahibinin bir menfaati olmayabilir ama yüklü taşınmaz malikinin irat şeklinde ödeneceği kararlaştırılan bedelin teminatı için ipotek tesis ettirme şeklinde bir menfaati olabilir ve üst hakkı taşınmaz olarak

²¹⁷ Aral, s.65.; Ayan, s. 89.; Erekmekçi, s. 83.

²¹⁸ Yargıtay 14. HD., 03.04.2014, E. 2014/373, K. 2014/4432, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı (10.01.2019).

²¹⁹ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 952.

²²⁰ Aybay ve Hatemi, Eşya Hukuku Dersleri, s.176.; Esener ve Güven, s. 389.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 952-953.; Gümü, s. 536.; Velidedeoğlu, s. 762.; Ertaş, s. 510.; Ayan, s. 88.

²²¹ Gürzumar, s.59, 132, Karauz, s. 51; Erden Kuntalp; Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi, TBB Dergisi, 1991/ 4, s. 544 (20.06.2023)

kaydedilmediğinden ipotek hakkını tescil ettiremeyebilir. Ancak yüklü taşınmaz maliki, hukuki yollara başvurarak bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının tapuda ayrı bir sayfaya hükmen kaydını sağlayabilir. Ancak bu oldukça zahmetli ve süre alabilecek bir durum olur. Kanaatimizce, Tapu Sicil Tüzüğü'nde bu konuda yüklü taşınmaz malikinin de tescil talebinde bulunabileceği şeklinde bir düzenleme yapılması uygun olur. Eşyaya bağlı üst hakkı ise yüklü taşınmaz tapu kütüğü sayfasına tescil edilmesi ile hüküm doğuracaktır ve yararlanan taşınmazın el değiştirmesi durumunda, yüklü taşınmaza ait tapu kütüğü sayfasında herhangi bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç olmayacaktır.²²²

C. Üst Hakkının Tescil Dışında Kazanılması

Bir taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı kurulabilmesi için kural olarak tapuya tescil şarttır. Ancak bazı durumlarda üst hakkı tapuya tescil yapılmadan da kazanılabilir. TMK m. 705/f. 2 hükmünde de sayıldığı üzere miras, cebri icra, mahkeme kararı, kamulaştırma, işgal ve zamanaşımı hallerinde üst hakkı tescilsiz olarak kazanılır.

1. Miras

Üst hakkı kural olarak devredilebilir niteliktedir ve mirasçılara geçer. Türk Medenî Kanunu m. 826/f. 2 hükmü, aksi kararlaştırılmadıkça, üst hakkının devredilebilir olduğunu ve mirasçılara geçeceğini kabul etmiştir.²²³ Miras yoluyla intikali mümkün nitelikteki bir üst hakkı, hak sahibinin vefatı üzerine “*ipso iure*” mirasçılarına geçmektedir.

Fakat eşyaya bağlı olarak (taşınmaz lehine) kurulan üst hakkı gibi el değiştiremeyen şahısla kaim üst hakkının da miras yoluyla intikal etmeyeceği aşikârdır. Esasen şahısla kaim üst hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, ilgili kişinin ölmesi ile kendiliğinden sona ermektedir.

Tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetname ile de üst hakkının kurulması mümkündür. Fakat bu durumda vasiyetçinin vefatından sonra, mirasçılarının, vasiyetname konusu üst hakkının, lehine vasiyet yapılan kişi (musaleh, vasiyet alacaklısı)

²²² Esener ve Güven, s. 389.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 952.

²²³ Aral, s. 66.; Erekmekçi, s. 83.; Ayan, s. 89.

adına tapu kütüğüne tescili için tescil talebinde bulunmaları gerekir. Belirtelim ki mirasçılardan tescil talebi üzerine tapu memuru tarafından yapılacak tescil işlemi üst hakkının iktisabı bakımından açıklayıcı değil kurucu niteliktedir.²²⁴

2. Cebri İcra

Üst hakkının cebri icra yoluyla tesisen kazanılması mümkün değildir²²⁵. Cebri icra yolu ile üst hakkının kazanılması İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca gerçekleştirilir. Haczedilen veya iflas masasına dâhil daha önce kurulmuş olan üst hakkının açık artırmada satın alınarak, hükmen kazanılması mümkündür.²²⁶ Bu kapsamda İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılacak olan açık arttırma sonucu, üst hakkının satılmak suretiyle paraya çevrilmesi mümkün olabilecektir. Aynı şekilde, İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde iflas masasına dahil olan üst hakkının pazarlık suretiyle de satılabileceği söylenebilir.

3. Mahkeme Kararı

Alacaklı, üst hakkı kurma ya da devretme borcunu yerine getirmeyen borçluya karşı taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin TMK m. 716 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle mahkemeden üst hakkının adına hükmen tescilini talep edebilir.²²⁷

Ölüme bağlı tasarruftan doğan üst hakkı tesis etme borcunun yerine getirilmemesi halinde de vasiyet alacaklısı (musaleh) TMK m. 716 hükmünden kıyasen yararlanmak suretiyle dava açarak üst hakkının hükmen tescilini talep edebilecektir. Vasiyet alacaklısı, üst hakkını, mahkemenin onun bu konudaki talebini kabul eden kararının kesinleşmesi üzerine iktisap eder. Bu yolla iktisap bir tescilsiz iktisap halidir. Daha sonra hak sahibi adına tapu kütüğüne yapılacak olan tescil açıklayıcıdır.

Üst hakkının devredilmesini dava açmak suretiyle talep eden davacı, hükmün kesinleşmesi ile üst hakkının tescili imkanına sahip olur ve böylece açıklayıcı nitelikteki

²²⁴ Ayan, s. 89.

²²⁵ Emre Ergin Ergani, Üst Hakkı, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2015, s. 65.

²²⁶ Ünal, s. 159.

²²⁷ Gürzumar, s. 181.; Ayan, s. 90.

tescilin yapılmasını yeni üst hakkı sahibi talep edebilir. Tescil için herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi öngörülmemiş olup, tescilin yapılabilmesi için, yazılı tescil talebi ile kararın tapu müdürlüğüne verilmesi gerekli ve yeterlidir. Burada mahkemenin verdiği ilâm, yenilik doğurucu nitelikte olup, mahkemenin verdiği kararın kesinleşmesi ile üst hakkı tescilden önce devren iktisap edilmiş olur.²²⁸

4. Kamulaştırma

Üst hakkı kamulaştırma yoluyla tesisen veya devren kurulabilmektedir. Üst hakkının kamulaştırma yolu ile tesis edilmesinin hukuki zemininde, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesini görmekteyiz.²²⁹ İlgili madde uyarınca taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilebilir. Bu durumda da mahkeme kararı ile üst hakkının tesisinde olduğu gibi üst hakkı tapu kütüğüne tescilden önce doğar.

5. İşgal

TMK m. 780/f. 2 uyarınca, aksi öngörülmüş olmadıkça, irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bir taşınmazın mülkiyeti işgal yoluyla kazanılabildiğine göre, üst hakkının da bu yolla kazanılabileceğini kabul etmek yanlış olmayacaktır.²³⁰ Diğer bir deyişle, irtifak haklarının dolayısıyla da üst hakkının, işgal yolu ile kazanılabileceğini söyleyebiliriz. Ancak bu kazanma yönteminin uygulamada karşımıza sıklıkla çıkmayacağı aşikârdır. Çünkü sahipsiz bir taşınmaz üzerinde üst hakkı yerine mülkiyet hakkının kazanılması tercih edilecektir.²³¹

²²⁸ Ünal, s. 160.

²²⁹ Gürzumar, s.182.

²³⁰ Aral, s. 67.

²³¹ Ünal, s. 160.

6. Zamanaşımı

TMK m. 780/f. 3 kapsamında kazandırıcı zamanaşımı yolu ile irtifak hakkının kazanılması, zamanaşımı yolu ile mülkiyetin kazanılabildiği durumlarda mümkün olmaktadır²³². Üst hakkının tescil dışında TMK m. 712 ve m. 713 hükümleri uyarınca, zamanaşımı yolu ile kurulabilmesi mümkündür. Bu durumda edinimi sağlayan sicil dışı gerçekleşen hukuki olaydır.

Zamanaşımı yolu ile üst hakkının kazanılabilmesi için, üzerinde üst hakkının kurulacağı taşınmazın, zamanaşımı ile kazanılmasında aranan şartların gerçekleşmesi aranır. Bu durumda TMK m. 712 hükmünde belirtilen koşullar gerçekleştiğinde olağan zamanaşımı; TMK m. 713 hükmünde belirtilen koşullar gerçekleştiğinde ise olağanüstü zamanaşımı yoluyla üst hakkı kazanılabilecektir. Bununla beraber belirtmemiz gerekir ki, olağan ya da olağanüstü zamanaşımı yolu ile üst hakkının kazanılmasına teorik olarak bir engel olmamasına karşın pratikte, kişiler üst hakkı yerine mülkiyet hakkının kazanılması yolunu tercih edeceklerdir.

Zilyetlik, olağan zamanaşımı ile üst hakkının kazanılması için aranılan ilk şart olarak karşımıza çıkar. Bu zilyetlik malik sıfatıyla zilyetlik değil; irtifak sahibi sıfatıyla zilyetliktir.²³³ Adına yolsuz olarak üst hakkı tescil edilen kimse, iyiniyetli üst hakkı sahibi sıfatıyla davasız ve fasılasız en az on yıl süreyle zilyet olmuşsa, bu sürenin sonunda üst hakkını kazanır.

Olağanüstü zamanaşımı için ise temelde tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazın varlığı gerekir. Mülkiyet hakkının kazanımı için gereken, tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazın davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle zilyetliğini elinde bulundurma şartı, üst hakkının tesisinde de aranır. Bu durumda yolsuz tescilin bulunması veya iyi niyet aranmamaktadır.²³⁴ Olağanüstü zamanaşımı ile üst hakkının tescil edilebilmesi için ilk önce yüklü taşınmazın tapuya kaydedilmesi gerekmektedir²³⁵.

²³² Sirmen, s. 566.

²³³ Aral, s. 68.; Gürzumar, s. 181.; Ünal, s. 161.

²³⁴ Aral, s. 68.; Gürzumar, s. 181.; Ünal, s. 161.

²³⁵ Sirmen, s. 566; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.924; Ünal, s. 161.

Üst hakkı, kanunda belirtilen zamanaşımı ile kazanma şartlarının hepsi gerçekleştiği anda kazanılmış olur. Bu şartlar gerçekleştiğinde, belirlenen süre içinde itiraz edilmediği veya yapılan itiraz reddedildiği takdirde, hâkim zamanaşımı yoluyla kazanılan üst hakkının tesciline karar verecektir²³⁶. Üst hakkı, zamanaşımı ile iktisap edildiğinde, tescilden önce kazanılmış olur. Bu nedenle de tescil, kurucu değil; açıklayıcı niteliktedir.²³⁷ Üst hakkını kazanan herkes, bu tescili isteme hakkına sahiptir.

²³⁶ Aral, s. 68.

²³⁷ Ünal, s. 161.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU DIŞINDA ÜST HAKKINA YER VEREN KAMU HUKUKU MEVZUATI VE KAMU HUKUKU MEVZUATINA DAYALI OLARAK KURULAN ÜST HAKKI

Üst hakkı sözleşmesinin ve üst hakkının kazanılmasının açıklanmasından sonra bu bölümde, üst hakkına yer veren çeşitli kamu mevzuatları, kamu hukukuna dayalı olarak akdedilen üst hakkı sözleşmelerinin genel işlem koşulları bakımından değerlendirilmesi ve son olarak da kamu mevzuatına dayalı olarak akdedilen üst hakkı sözleşmelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yargı yolu izah edilecektir.

I. Genel Olarak

Bir başkasına ait taşınmaz üzerinde yapı inşa etme veya mevcut yapıyı muhafaza yetkisi veren üst hakkının önemli işlev ve yararlarından birisinin, kamu idarelerine ait taşınmazların değerlendirilme imkânı²³⁸ bulması olduğundan bahsetmiştik.²³⁹ Toplumsal ihtiyaçların yerine getirilmesi devletin asli görevlerindedir. 1980’li yıllardan sonra devlet bu ihtiyacı yerine getirmek amacıyla kamu ve özel sektör beraber iş görme yoluna gitmiş ve yeni bir yatırım modeli olarak Yap-İşlet-Devret modeli ortaya çıkmıştır. Özellikle devletin hüküm ve tasarrufunda olan yerlerde bu yatırım modeli uygulanırken en çok “üst hakkı” kullanılmıştır. Üst hakkının kamu malı özelliği taşıyan taşınmazlar üzerinde de kurulabilir olması nedeniyle, üst hakkı sadece Türk Medeni Kanunu’nda değil; aşağıda genel hatlarıyla bahsedeceğimiz 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve bu Kanun kapsamında 21.07.2006 tarihli ve 26235 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik, 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve bu Kanun kapsamında 19.06.2007 tarihli ve 26557 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hazine Taşınmazlarının İdare Hakkında Yönetmelik, 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Yönetmelik, 14.07.2004 tarihli ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları

²³⁸ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 703.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 997.

²³⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1 altında yapılan açıklamalara.

ve Girişimlerini Teşvik Kanunu ve bu Kanun kapsamında 20.10.2005 tarihli ve 25972 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullandırılması Hakkında Yönetmelik ve 21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve diğer mevzuatlarda²⁴⁰ da düzenlenmiştir. İşte devlet tarafından özel hukuk kişilerine iş gördürmek amacıyla; turizm için gerekli tesislerin yapılması, enerji yatırımlarında, sağlık alanında, kültür varlıklarının korunmasında, eğitim ve öğrencilerin yurt ve barınma ihtiyacının karşılanmasında ve benzeri diğer kamu ihtiyaçlarında özel hukuk kişileri lehine üst hakkı kurulmasına imkan tanınmıştır. Bu nedenle üst hakkının kazanılması hususu incelenirken aynı zamanda üst hakkına yer veren yukarıda belirtmiş olduğumuz kamu mevzuatlarından da bahsetmek gerekecektir.

Üst hakkı sözleşmesinin tarafı ister özel hukuk kişisi olsun ister bir kamu idaresi olsun, üst hakkı tesis edildikten sonra sözleşme, taraflarına bakılmaksızın, özel hukuk alanına ait bir işlem olarak sonuç doğurur ve üst hakkının kurulmasından sonraki tüm aşamalarda ihtiyaç duyulacak hukuki iş ve işlemler için özel hukuk düzenlemelerinden yararlanır.

Bu konu başlığında öncelikli olarak ele almamız gereken husus, kısaca kamu malı kavramıdır.

Mallar, sahiplerine göre, özel kişilere ait mallar ve kamu tüzel kişilerine ait mallar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel malları sadece gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin sahip olduğu eşyalar olarak tanımlamak doğru olmayacaktır. Çünkü kamu tüzel kişilerine ait malların bir bölümü de özel mal statüsündedir.²⁴¹ Bu

²⁴⁰ Üst hakkında yer veren diğer mevzuat hükümleri için bkz. 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu; 03.08.1990 tarihli ve 20594 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kıyı Kanununun Uygulamasına Dair Yönetmelik; 18.04.2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu; 04.12.2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu; 10.05.2005 tarihli ve 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun; 26.04.2009 tarihli ve 27211 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 324 sıra sayılı Milli Emlak Genel Tebliği; 24.03.2010 tarihli ve 27531 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 327 sıra sayılı Milli Emlak Genel Tebliği; 14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu; 07.02.2014 tarihli ve 28906 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 362 sıra sayılı Milli Emlak Genel Tebliği.

²⁴¹ Turgut Tan, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2017, s. 567.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 42.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, kamu mallarının bazı şartları taşıması durumunda özel mülkiyete konu olabileceğini belirtmiştir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 17.

durumu açıklamak için öncelikle, kamu mallarının tanımını yapmak gerekir. Ancak kamuya ait malların tanımını yapmak zordur. Çünkü kamu malı kavramı bakımından, tanımını da dahil olmak üzere, birçok konuda doktrin ve yargı kararlarında bir belirsizlik vardır ve kamu malı tanımında bir birlik bulunmamaktadır.²⁴² Danıştay 3. Daire'nin, 13.10.1980 tarihli, E. 1980/157 ve K. 1980/181 sayılı kararına göre: “*İdare hukuku ilkelerine göre, kamunun kullanma ve yararlanmasına ait olan veya bu amaca tahsis edilen eşya ve mallara bir kamu hizmetinin unsuru ve ayrılmaz parçası sayılabilecek olan mallar*” kamu malı olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 23. maddesinde tanımı yapılmasa bile kamu malı tabiri kullanılmıştır.

Genel olarak kamu malı, kamu tüzel kişilerinin maliki olduğu taşınır ve taşınmaz eşyalardır.²⁴³ Dar anlamda kamu tüzel kişinin maliki olduğu, kamu yararına tahsis edilmiş mallar da kamusal mal olarak tanımlanmıştır. Kamu tüzel kişisine ait kamusal maldan bahsedebilmek için iki koşul vardır. Bunlardan ilki, söz konusu malın bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde olmasıdır. Bir diğeri ise malın kamu yararına tahsis edilmiş olmasıdır.²⁴⁴ Bu kapsamda mal, kamunun doğrudan kullanmasına ya da bir kamu hizmetine tahsis edilecektir.

Kamu mallarını tahsis amacına göre sahihsiz mallar, orta malları ve hizmet malları olmak üzere üçe ayırmak mümkündür.²⁴⁵ Hizmet malı, bir kamu hizmetine o hizmetin bir parçası olacak şekilde tahsis edilen mallardır.²⁴⁶ Kamunun doğrudan doğruya kullanımına tahsis edilen mallar, orta mal olarak tanımlanır.²⁴⁷ Üzerinde mülkiyet kurulmamış ancak kurulmaya elverişli olan bununla beraber herhangi bir tahsis işlemine gerek olmaksızın nitelikleri gereği doğrudan doğruya kamunun kullanımına sunulmuş

²⁴² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 1. Basım, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, s.533.; Tan, s. 550.

²⁴³ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Bursa: Ekin Basım, 2010, s. 677.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.40.

²⁴⁴ Tan, s. 568.

²⁴⁵ Tan, s. 569.

²⁴⁶ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.40.; Tan, s. 571.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.19.

²⁴⁷ Tan, s. 570.

olan mallar da sahipsiz mallardır. ²⁴⁸ Bu mallara sahipsiz denmesine rağmen aslında devlet ve diğerk kamu tüzeli kişileri bu malların malikidir.

Kamu malı hem özel hukuka tabi hem de kamu hukukuna tabi olabilir. Kamu yararına tahsis edilmemiş, kamu tüzeli kişilerine ait mallar ise özel mal olarak kabul edilmiştir. Kamu tüzeli kişilerinin bu mallar üzerindeki mülkiyet hakkı, özel hukuk hükümlerine tabidir.

Yargıtay'ın 28.11.1997 tarihli, E. 1996/5 ve K. 1997/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, mülkiyet hakkından kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların çözüm merciinin adli yargı olduğu ve 3621 sayılı Kanun'un kıyı kenar çizgisi yönünden adli yargı yerinin görev alanını kısıtlamadığı belirtmiştir.²⁴⁹

Ayrıca kamu malları üzerinde tasarrufta bulunmak, üzerinde hak tesis etmek gibi durumlar söz konusu olduğunda, kamu tüzeli kişisi, özel kişiye kıyasla bazı kısıtlamalara tabi kılınmıştır.²⁵⁰ Bu nedenle kamu malı tabiri ile kamu tüzeli kişilerinin sahip olduğu kamu hukukuna veya özel hukuka tabi bütün malların mı yoksa sadece kamu tüzeli kişilerinin sahip olduğu kamu hukukuna tabi malların mı kastedildiği belirlenmemiştir. Birinci anlamda bahsedildiğinde, kamu malının geniş anlamda, ikinci anlamda bahsedildiğinde ise dar anlamda kullanılmakta olduğunu söyleyebiliriz. Diğerk bir deyişle, kamu hizmetine özgülense bile idarenin mülkiyeti altında olan tüm malların kamusal mal olduğu yönündeki tanımın, kamusal malların geniş anlamda yorumlanmasının bir sonucu olduğunu; idarenin mülkiyetinin yanı sıra malın kamu yararına tahsisinin de arandığı durumlarda kamusal mal kavramının dar anlamda yorumlandığını söyleyebiliriz.

²⁴⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.19-20.; Tan, s. 569.

²⁴⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 21.

²⁵⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 42.

II. Türk Medeni Kanunu Dışında Üst Hakkına Yer Veren Kamu Hukuku Mevzuatı

A. Genel Olarak

Üst hakkının genellikle kamu tüzel kişileri ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında kurulduğundan bahsetmiştik. Aşağıda uygulamada sıkça rastlanan ve içeriğinde üst hakkını da barındıran ilgili kanun ve yönetmeliklerden bazılarına değineceğiz.

B. 12.03.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile Bu Kanuna Dayanılarak Çıkarılan 21.07.2006 Tarihli ve 26235 Sayılı Resmi Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik

1953 yılında 6086 sayılı “Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu” turizm işletmelerini teşvik maksadıyla çıkartılmış, ancak bu Kanunu’nun yetersiz kalması sebebiyle 12.03.1982 tarih ve 2634 sayılı “Turizmi Teşvik Kanunu” yürürlüğe girmiştir. 2634 sayılı Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği üzere turizm yatırımları için en önemli mekanizma olan kamu arazilerinin tahsisine ilişkin hükümler değiştirilmiş ve çağdaş bir modele dayandırılmıştır. Yapılan değişiklikler ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinin tamamının ya da alt bölgelerinin Bakanlar Kurulu kararıyla tek bir yatırımcı ya da yatırımcı grubuna verilebilmesine, kendisine üst hakkı verilen yatırımcının hem yatırımları hem de işletmeleri üçüncü şahıslara devredebilmesine imkân tanınması sağlanmıştır. Aynı imkân parsel bazlı tahsislerden zincir tesis yapmak isteyen yatırımcılar için de getirilmiştir. Aşağıda 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkartılan 21.07.2006 tarihli 26235 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanarak yürürlüğe giren kamu arazisinin turizm yatırımlarına tahsisi hakkında yönetmelikten de bahsedilecektir.

1. 12.03.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu Kapsamında Üst Hakkı

Teşvik politikalarının temelini ilgili sektörün geliştirilmesi ve belirlenen hedefler doğrultusunda yönlendirilmesi oluşturur. 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile devletin ekonomiye müdahale araçlarından en önemlileri arasında yer alan teşviklerin turizm sektöründe düzenlenmesi; turizm sektörünün geliştirilmesi, dinamik bir yapı ve işleyişe kavuşturulması amacıyla tertip ve tedbirlerin alınmasının sağlanması amaçlanmaktadır.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi kapsamında, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri içinde her ölçekteki planları yaptırmaya, yapmaya, re'sen onaylamaya ve tadil etmeye Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkili kılınmış; hazineye ait olan yerlerin de Maliye Bakanlığı tarafından Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis edileceği belirtilmiştir.²⁵¹

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin D fıkrası'nda, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve Orman Kanunu'na uyulmaksızın belirli koşulların varlığı halinde Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın tasarrufuna geçen taşınmazlar üzerinde bağımsız ve daimi irtifak haklarının kurulabileceği belirtilmiştir.

Turizmi Teşvik Kanunu m. 8/C ve m. 8/D hükümleri, uyruk gözetilmeksizin gerçek veya tüzel kişilerin, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın tasarrufu altında olan taşınmazlar üzerinde üst hakkı tesisini gerçekleştirebilmesine açıkça imkân tanımıştır. Bu tahsisi yapmaya Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

²⁵¹ Hazine mülkiyetinde yeteri kadar alanın bulunmaması durumunda da 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre, orman sayılan yerlerden Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca belirtilmiş alanlar yine talebin olması durumunda bu talebin iletilmesinden itibaren geçecek en geç bir aylık süre içerisinde Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis olunacaktır.

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

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

Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesinin tamamının veya alt bölgesinin tek bir esas yatırımcıya tahsisi için yapılan başvurulara ilişkin değerlendirmeler, Bakanlar Kurulu tarafından yapılmakta iken, değerlendirme yetkisi, 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 68. maddesiyle Cumhurbaşkanı'na verilmiştir.

Yatırımcı seçilmişse, ön izin verilmesiyle beraber ön izin koşullarına karar verilme aşamasına geçilir. İşlemler, ön izin koşullarına göre Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yürütülür.

Yatırımcının projelerinin uygun görülmesi halinde, yatırım belgesinin düzenlenmesiyle beraber ön izin, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na kesin izne dönüştürülür.

Bu taşınmaz mallar üzerinde esas yatırımcı lehine bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın uygun görüş vermesiyle, Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen koşullarla Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yapılır.

Turizmi Teşvik Kanunu m. 8/H-2 uyarınca, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından onaylanan imar planları ile oluşan parseller, tahsis sözleşmesinde öngörülmüş olmak ve tahsis süresini aşmamak koşuluyla, adına tahsis yapılan ve lehine bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakkı tesis edilen yatırımcı tarafından üçüncü şahıslara kiraya verilebilir; işletilmesi sağlanabilir veya lehine tapuda tesis edilen üst hakkı devredilebilir. Bu şekilde tahsisi sağlanan alanlarda gerçekleştirilen her türlü tesis, bina ve bağımsız bölümler de aynı usule tabi olacaktır.

Turizmi Teşvik Kanunu m. 8/J ve m. 8/K uyarınca, turizm yatırımlarına tahsis edilmesi amacıyla acele kamulaştırma yapılan, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde kalan özel mülkiyet konusu arazi ve arsalar üzerinde de üst hakkı tesis edilebilecektir. Kanunda belirtilen koşullara uyulmak suretiyle tesis edilen bu üst hakları devredilebilecek, kiralanabilecek ve işlettirilebilecektir. Ancak belirtmek isteriz ki; üst hakkı sahibinin bu hakkı serbestçe devretmesine kistas getiren ve sınırlayan bu husus, üst hakkının bağımsız olma özelliğinin önünde bir engeldir.

Turizmi Teşvik Kanunu'nda üst hakkı dahil kurulacak irtifak haklarının esası, süresi, bedeli veya sona ermesine ilişkin hükümler düzenlenmemiştir. Bu hususların tespiti ve belirlenmesi, daha alt düzeydeki mevzuata bırakılmıştır. İşte üst hakkına ilişkin bu bilgileri de içeren Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik, 26235 sayılı ve 21 Temmuz 2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Şimdi bu yönetmelik hükümleri doğrultusunda üst hakkını inceleyelim.

2. 21.07.2006 Tarihli ve 26235 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik Kapsamında Üst Hakkı

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın tasarrufu altında bulunan taşınmazlar üzerinde irtifak hakkının tesis edilmesine ilişkin hükümler arasında irtifakın esasları, süresi, bedeli ve sona ermesine dair hükümler yer almamaktadır. Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik'in dayanağı tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu Yönetmelik ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, bu bölgelerin veya bu bölgelerin planlarla belirlenmiş alt bölgeleri ve turizm merkezlerinin içinde veya dışındaki kamu taşınmazları üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları da dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bu işlemlere ilişkin süre, bedel, hakların sona ermesi ve diğer koşullara ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik kapsamında irdelenmesi gereken iki önemli husus bulunmaktadır.

a. Hak Tesisinin Karşılığı Sorunu

Üst hakkına ilişkin ilk husus, hak tesisinin karşılığı sorusunun yanıtını vermektedir. Yönetmeliğin 8. maddesi, kamulaştırma işlemlerinden bahsetmektedir. Bu maddeye göre, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ile turizm merkezleri içinde Bakanlığın tasarrufuna alınmasına karar verilen özel mülkiyete tabi taşınmazlar, Bakanlık tarafından 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümleri kapsamında kamulaştırılarak Hazine adına tapuya tescil ettirilmektedir. Taşınmazlar tescil işlemini takiben bir ay içerisinde Maliye Bakanlığı tarafından Bakanlığa tahsis edilmektedir. Kamulaştırma bedelinin Bakanlık bütçesinden karşılanması suretiyle

kamulaştırılan ve Hazine adına tescil edilen taşınmazlar üzerinde, ilgili sözleşmelerde belirtilen süre kadar yatırımcılar lehine, bedeli karşılığında; kamulaştırma bedeli yatırımcı tarafından karşılanarak Hazine adına tescil edilen taşınmazlar üzerinde ise, yatırımcı lehine, kamulaştırılan kısma isabet eden toplam yatırım maliyeti bedelinin on binde beş oranında bedelle; bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları da dahil olmak üzere irtifak hakkı tesis edileceği belirtilmiştir. Ayrıca aynı Yönetmelik'in 21. maddesi kullanım bedelini ve 22. maddesi de yapıların tahsisinde bedel hususlarına açıklık getirmektedir.

b. “Kesin Tahsis” Düzenlemesi

İlgili Yönetmelik'te “kesin tahsis” düzenlemesi, Yönetmelik'in 17. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin 5. fıkrası: “*Girişimcilere*²⁵², *Komisyon kararı ile kırk dokuz yıla kadar; ana yatırımcılara*²⁵³ ise yetmiş beş yıla kadar tahsis yapılabilir. *Tahsis süresi, kesin tahsis yazısının tebliği tarihinden başlar*” demektedir. Dolayısıyla bu Yönetmelik uyarınca, üst hakkı tahsis etmek isteyen gerçek veya tüzel kişiler, sadece kırk dokuz yıla kadar bir hak tesis edebilirler.

Yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca, üst hakkı sözleşmesine aykırı hareket eden veya tahsis koşullarına aykırı davranan girişimcilerin kesin tahsislerinin ve sözleşmelerinin iptal edileceği ve ayrıca hiçbir bedel ödenmeden tüm haklarının sona ereceği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 25. maddesinde de tahsis süresinin sona ermesi halinde, sürenin uzatılmaması halinde, tahsise konu taşınmazın, üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilatı ile birlikte herhangi bir bedel ödenmeden Hazineye intikal edeceği ifade edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda üst hakkının sona ermesi halinde, yüklü taşınmaz maliki tarafından kendisine kalan yapılar için herhangi bir bedel ödenmemesi hususunda tarafların anlaşabilecekleri düzenlenmiştir. Bu nedenle bu durum, Türk Medeni

²⁵² Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik uyarınca, girişimci, turizm yatırımı yapmak isteği ile Bakanlığa başvurmuş Türk veya yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişiler ile iş ortaklıkları ve konsorsiyumları ifade etmektedir.

²⁵³ Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik uyarınca, ana yatırımcı, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesinin tamamı veya plânlarla belirlenmiş alt bölgelerinde Bakanlar Kurulu kararı ile turizm yatırımı plan kararıyla belirlenen tüm sosyal ve teknik altyapılarıyla birlikte gerçekleştirecek veya gerçekleştirilmesini sağlayacak olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.

Kanunu'na aykırılık içermemekte; sadece taraflar arasında üst hakkının sona ermesi halinde bedel ödenmeyeceği hususuna kesinlik getirmektedir.

C. 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ile Bu Kanuna Dayanılarak Çıkarılan 19.06.2007 Tarihli ve 26557 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik

2 Haziran 1934 tarihli 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu yürürlükte bulunduğu süre boyunca katı ve esnek olmayan hükümleri nedeniyle İkinci Dünya Savaşı ve sonrasındaki milletlerarası ticari ilişkilerde ve dolayısıyla ülke ekonomisindeki planlı kalkınma döneminin ihtiyaçlarına cevap verememiş ve değiştirilme ihtiyacı doğmuştur.

08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini, hem ihale işlemlerine ilişkin esas ve usulleri hem de bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususları kapsayacak bir düzenleme yapılmıştır. Üst hakkı da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na istinaden çıkarılan 19.06.2007 Tarihli ve 26557 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'te ayrıntılı bir şekilde düzenleme alanı bulmuştur. Aşağıda Kanun ve Yönetmelik'te üst hakkına ilişkin düzenlemelerden bahsedilmektedir.

1. 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamında Üst Hakkı

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, Kanunun kapsamı açıklanmıştır. Bu madde uyarınca, "*Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin, gayri aynî hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.*" Aynı Kanun'un 74. maddesi gereğince, tarihi ve bedii değeri olanlar dışında, Hazine'nin özel mülkiyetindeki yerler üzerinde, irtifak hakkı tesisine imkân tanınmıştır. 2886 sayılı DİK m. 74 nedeniyle, kurulacak üst hakkının tesisine ilişkin maddelere erişebilmek için, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik hükümlerinin incelenmesi gerekecektir.

2. 19.06.2007 Tarihli ve 26557 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik Kapsamında Üst Hakkı

19.06.2007 tarihli ve 26557 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik’in amacı, Yönetmelik’in 1. maddesinde de belirtildiği üzere, Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazların satışı, arsa veya kat karşılığı inşaat yaptırılması, trampası, kiraya verilmesi, ön izin verilmesi ve üzerlerinde irtifak hakkı kurulması, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi, ön izin ve kullanma izni verilmesi ile ecrimisil ve tahliye işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Yönetmeliğin 46. maddesi uyarınca, üst hakkının tesisine ilişkin işlemlerde tapuda resmî senet düzenlenir.

Yönetmelik’te tanımlanan idare, Yönetmelik’in 50’nci maddesinde belirtilen süre içinde sözleşmenin yapılabilmesi için, kendisine düşecek ve kendisinden beklenen görevlerini yerine getirmek ve üst hakkı kurulacak taşınmazı teslim etmekle yükümlü olacaktır. Yönetmelik m. 52/f. 1’deki sona erdirme yönteminde hem kesin teminat Hazine’ye gelir kaydedilirken hem de sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir.²⁵⁴ Bu hususun ayrıntılı hali dördüncü bölümde incelenecektir.²⁵⁵

²⁵⁴ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik m. 76 ile m. 80 hükümleri arasında irtifak haklarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulabilir.
- İrtifak hakkı en fazla kırk dokuz yıla kadar tesis edilebilir. Bu husus Medeni Kanun’daki azami süreye aykırı olmasa bile kırk dokuz yılı aşan bir üst hakkı tesis edildiğinde, Medeni Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.
- Hazine taşınmazları üzerinde irtifak hakkı kurulması, ön izin verilmesi ve kullanma izni verilmesinden önce Maliye Bakanlığı’ndan izin alınmalıdır.
- Ön izin, irtifak hakkı kurulması veya kullanma izni verilmesi ihalesi pazarlık usulüyle yapılır.

²⁵⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm altında yapılan açıklamalara.

D. 08.06.1994 Tarihli ve 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun Kapsamında Üst Hakkı Tesisi

08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun, kamu kurum ve kuruluşlarınca ifa edilen "ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak" gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yapıtırılmasının sağlanmasını amaçlamıştır.

Yap-İşlet-Devret modelinde, üst hakkı ancak bir üst hakkı sözleşmesi ile tesis edilebilmektedir. Bir diğer ifade ile üst hakkının tesisi için geçerli bir hukuki sebep, tescil talebi ve tapu siciline tescil şartı aranmaktadır. Üst hakkı nüfus artışlarına bağlı olarak artan alt yapı, sosyal konut ve tesis ihtiyaçlarının karşılanmasında kent arazilerinden dikey ve yatay biçimde azami ölçüde yararlanılması suretiyle arazinin rasyonel kullanılmasını sağlamakta iken, YİD modeli, bu tarz ihtiyaçların proje sahibine mali ve teknik yük getirmeksizin karşılanmasını sağlamaktadır.²⁵⁶

Yap-İşlet-Devret modelinde, ağırlıklı olarak üst hakkına başvurulmaktadır. Çünkü yatırımcı, yap-işlet-devret modeli ile inşa edeceği tesisi finansa etmek için, mülkiyet hakkı düzeyinde bir koruma sağlayan üst hakkını teminat olarak gösterebilmekte ve üst hakkı üzerine ipotek kurulmasını sağlayabilmektedir. Bu yöntemle de daha kolay kredi çekebilmektedir.

Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde, üst hakkının kuruluşuna ilişkin resmi senet ile üst hakkı üzerinde sınırlı ayni hakların kurulabilmesine ilişkin bir sınırlandırmanın öngörülmesi halinde, üst hakkı üzerinde ipotek kurulabilmesinin ancak söz konusu sınırlamaya uyulması ile mümkün olabileceği görülmektedir. Örneğin, YİD sözleşmesinde üst hakkının ipoteğe konu olabilmesi, bakanlığın iznine tabi kılınmış olabilir. Bu halde ilgili bakanlığın rızası olmadan üst hakkı üzerine ipotek kurulamayacaktır. Yargıtay da 14. Hukuk Dairesi'nin 17.04.2000 tarihli, E. 2000/2430 ve K. 2000/2573 sayılı kararı²⁵⁷ ile bu görüşte olduğunu ifade etmiştir. Ancak üst

²⁵⁶ Müge Erekmekçi, Türk Özel Hukuku'nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2012), s. 85.

²⁵⁷ Yargıtay 14. HD., 17.04.2000, E. 2000/2430, K. 2000/2573, Meşve Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası (14.02.2019).

hakkının hem bağımsız olarak nitelenmesi hem de bakanlığın iznine tabi kılınması, üst hakkının bağımsız olması ile ilgili çelişki yaratmaktadır. Bu sebeple Yargıtay'ın söz konusu kararı kanaatimizce isabetli değildir.

3996 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine tabi kılınmıştır. 3996 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkartılan 01.10.1994 tarihli ve 22068 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın (BKK) 38. maddesinde üst hakkı tesisi imkânı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kamulaştırma bedeli yatırımcı şirket tarafından ödenen yatırım arazisi üzerinde bedelsiz olarak, kamulaştırma bedelinin idarece ödendiği hallerde ise kullanım bedeli karşılığında ve arazinin Hazine'ye veya ilgili kamu kurumuna ait olması halinde de yine bedeli mukabilinde, şirket lehine daimî ve müstakil üst hakkı kurulacağına sözleşmede kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır.

E. 17.07.2004 Tarihli ve 5225 Sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu ile Bu Kanuna Dayanılarak Çıkarılan 20.10.2005 Tarihli ve 25972 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullandırılması Hakkında Yönetmelik

1. 17.07.2004 Tarihli ve 5225 Sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu Kapsamında Üst Hakkı

5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 1. maddesine göre kanunun amacı, toplumun ve bireyin kültürel gereksinimlerinin karşılanmasını, kültür varlıklarının yaşatılması ile kültürel iletişim ve etkileşim ortamının etkinleştirilmesini, kültür varlıkları ile somut olmayan kültürel mirasın korunmasını, toplumun sanatsal ve kültürel değerlere ulaşım olanaklarının yaratılmasını ve geliştirilmesini, kültür merkezlerinin yapımı ve işletilmesine yönelik kültür yatırımı ve kültür girişimlerinin teşvik edilmesini sağlamaktır.

Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu ile münhasıran bu Kanunun amacına yönelik olarak faaliyetlerde bulunmak hedefiyle kurulmuş olan yerli veya

yabancı tüzel kişilerin yatırım veya girişimlerinin teşvik edilmesi, belgelendirilmesi ve denetlenmesi işlemlerine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

İlgili taşınmaz malların tahsis edilmesi, kiralanması ve bunlar üzerinde bağımsız ve sürekli üst hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, taşınmaz malın bulunduğu yer itibarıyla bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, 2886 sayılı DİK'e bağlı olmaksızın Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullanılması Hakkında Yönetmelik ile tespit edilmiştir. Bu taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dâhil olmak üzere irtifak hakkının tesis edilmesi ve bunlardan alt yapı gerekiyorsa alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi için, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın uygun görüşü alınması gerekir. Bu görüşün alınmasıyla hak tesisi, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.

2. 20.10.2005 Tarihli ve 25972 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullanılması Hakkında Yönetmelik Kapsamında Üst Hakkı

Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullanılması Hakkında Yönetmelik, hazineye ait taşınmazların Turizm ve Kültür Bakanlığınca kültür girişimcisi ve yatırımcılarına tahsis edilebilmesi ve kullanılabilmesi ile ilgili olup 20.10.2005 tarihli ve 25972 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanmıştır. Bu mevzuat ile Hazineye ait taşınmazların Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsisinin, kültür girişimci veya yatırımcılarına kullanılması işlemlerinin ve bu işlemlere ilişkin süre, bedel, hakların sona ermesi ve diğer hususlara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi hedeflenmiştir.

Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in amacı doğrultusunda, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis edilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca uygun görülen taşınmazlar, Yönetmelik m. 8 gereğince, bir bedel karşılığında yatırımcı ve girişimcilere kiralanabilir, irtifak hakkı tesis edilebilir veya kullanma izni verilmesi yoluyla kullanılabilir. Bu taşınmazlar üzerinde, Yönetmelik'in 12. maddesine uygun olarak, kırk dokuz yıla kadar bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere, irtifak hakkı tesis edilebileceği; kullandırmanın sona ermesi hükmünün düzenlendiği Yönetmelik'in 17. maddesinde sözleşme süresinin

uzamaması halinde üst hakkı sahibine herhangi bir bedel ödenmeksizin sözleşmenin sona ereceği; Yönetmelik'in 16. maddesinde ise sözleşme hükümlerine uyulmadığında ve ihlalin düzeltilmesi için verilen altı aylık sürenin sonunda da aykırılığın giderilmemesi halinde sözleşmenin feshedilerek tazminat alınacağı ancak herhangi bir ödeme yapılmayacağı belirtilmiştir.

F. Kamu–Özel Ortaklığı Çerçevesinde 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı 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

21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanundan bahsetmeden evvel Kamu–Özel Ortaklığı bir diğer ifade ile PPP (public private partnership) nedir, böyle bir ortaklık ile ne amaçlanmaktadır sorularının yanıtlarını vermek gerekir.

Kamu–Özel Ortaklığı, genellikle uluslararası alanda çokça başvurulan bir yöntem olmasına rağmen ülkemizde çok fazla rağbet görmemiştir. Söz konusu model bir finansman modeli olarak kabul edilmektedir. Bu model devletin sunacağı mal ve hizmetlerin, yapım işlerinin bütçe yetersizliği nedeniyle ertelenmesinin veya yapılamamasının önüne geçmek amacıyla kullanılmaktadır. Bir başka ifade ile Kamu–Özel Ortaklığı modeli, kamu hizmeti niteliğinde olan, ancak devletin tümüyle çekilmek istemediği ve devletin katılımı olmaksızın özel sektörün de tek başına sunmaktan çekindiği hizmetlere özel sektörün katılımını sağlamak ve böylece devletlerin temel çıkmazı haline gelen finansman sorununu aşmak amacıyla geliştirilmiştir. Bu finansman modeli genellikle yüksek sermaye isteyen büyük projelerde kullanılmaktadır. Bunlara örnek olarak özellikle sağlık, enerji, eğitim, ulaşım gibi projeler verilebilir.

Türkiye’de ise pilot kamu hizmeti olarak sağlık sektörü seçilmiş ve Kamu–Özel Ortaklığı’nın temeli 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde

Eklenmesi Hakkında Kanun ile 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanunu'na ilave edilen Ek-7'nci maddede yer alan hükmü ile atılmıştır.²⁵⁸

21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı 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 ile ise bu yeni Kamu–Özel Ortaklığı modelinin hem ismi hem de usul ve esasları belirlenmiştir.

6428 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca, *“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, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması”* amaçlanmıştır.

Bu Kamu–Özel Ortaklığı modelinde, projeyi yürütecek olan şirket verilecek hizmetin bir dönem yapım, bir dönem işletme aşamasının sunulmasını temin etmektedir. Devlet ise şirkete bunun karşılığında uzun dönemlere yayılan bir ödeme planıyla kira öder ve söz konusu taşınmazlar üzerinde üst hakkı tesis eder²⁵⁹. Şirkete verilen üst hakkı ile şirket YİD modelinde olduğu gibi gerek hizmetin yapım aşamasında gerekse işletilme aşamasında üst hakkına dayalı olarak proje finansmanı sağlayabilecektir. Bu Kamu–Özel Ortaklığı modeli kapsamında sunulan hizmetin esasen devlet tarafından sunulduğu kabul edilir; ancak işletme özel sektör tarafından gerçekleştirilir.

²⁵⁸ Bkz:5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Ek m. 7/f. 1

²⁵⁹ Selman Sacit Boz, Kamu Özel İşbirliği (PPP Modeli), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, cl. 4, S. 2, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208295> (17.02.2019), s. 289.

III. Kamu Hukukuna Dayalı olarak Akdedilen Üst Hakkı Sözleşmelerinin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi

A. Üst Hakkı Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları

Üst hakkını içeren sözleşmeler, bahsetmiş olduğumuz üzere genellikle idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında yapılmaktadır. Bu sebeple idarenin taraf olduğu üst hakkı tesisine ilişkin sözleşmeler incelendiğinde, idarenin baskın taraf olması sebebiyle idare lehine birçok genel işlem koşulunun sözleşmelere yazıldığı gözlemlenmektedir. Üst hakkı sözleşmelerinde genel işlem koşullarının uygulanması bakımından bir muafiyet, istisna söz konusu değildir.

Kamu tüzel kişinin üst hakkı tesisine ilişkin sözleşmelerde üstün taraf olmasından ötürü uygulamada sözleşme hükümlerini önceden tek taraflı olarak belirleme imkanına sahip olduğu ve söz konusu hükümleri sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere etmediği olgusuna sıkça rastlanmaktadır. Bir diğer söyleyişle kamu tüzel kişisi, sözleşme içeriğini belirleme iktidarını elinde bulundurmasından dolayı sözleşmelere karşı taraf aleyhine hükümler eklemekte ve karşı tarafa bu hükümleri kabul etmeme imkânını vermemektedir.

Kamu mevzuatına uygun olarak tesis edilen bir üst hakkı sözleşmesinde, mevzuatta yer alan ve üst hakkı sahibinin üst hakkını devredebilmesi için idareden izin alması gerekliliğine ilişkin kayıtlar; üst hakkının üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırı hareket etmesi nedeniyle sona ermesi halinde, idarenin üst hakkı sahibine herhangi bir bedel ödemeksizin üst hakkının idareye geri döneceğine ilişkin kayıtlar; TMK m. 831 gereğince, üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması ya da sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması durumunda yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının süresinden önce devir istemi yerine daha hafif bir ihlalde dahi idarenin üst hakkı sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin kayıtlar; turizm tesislerinde üst hakkının doğasına aykırı olarak konulan kat mülkiyetinin kurulamayacağına dair kayıtlar; önceden tek taraflı, soyut ve genel olarak hazırlanmış, karşı tarafa sözleşme koşullarında herhangi bir müzakere imkanı sağlanmamış ve

standartlaşmış bu sözleşmelerin birden çok sayıda sözleşme için kullanılması halinde, genel işlem koşullarının kapsamına girebilecektir.

TMK m. 998/f.3 gereği ve de bu hükmü teyit eden Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 19.03.1991 tarih ve 1508 sayılı Genelgesinin IV/G maddesi uyarınca; tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı üzerinde bir taşınmaz mal gibi tasarruf işlemleri yapılabilecektir. Bu sebeple turizm tesisleri söz konusu olduğunda, üst hakkı sözleşmelerinde yer alan üst hakkı üzerine kat mülkiyetinin kurulamayacağına dair sözleşme kayıtların geçersiz olması gerekmektedir.

Üst hakkına ilişkin uyuşmazlığın yargı önüne gelmesi halinde, idare karşısında zayıf konumda bulunan gerçek veya tüzel kişi tarafından genel işlem koşullarını içeren sözleşme hükümlerinin geçersiz olduklarının tespit edilmesi talep edilebilecektir. Bu sebeple hangi sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını iptal edilebileceğini açıklamak için aşağıda GİK denetimine tabi olacak hükümlerden bahsedilecektir.

B. Kamu Hukukuna Dayalı olarak Akdedilen Üst Hakkı Sözleşmelerinin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda belirttiğimiz gibi Turizm Teşvik Kanunu, Kültür Yatırımlarını Teşvik Kanunu, Yap İşlet Devret Kanunu gibi mevzuata dayalı olarak bir tarafı kamu idaresi bir tarafı da özel hukuk kişilerinin olduğu üst hakkı sözleşmeleri akdedilmektedir. Bu söz konusu üst hakkı sözleşmeleri taraflarca müzakere edilmeden ilgili idare tarafından tek taraflı düzenlenmiş sözleşmeler olmaktadır ve bu sözleşmeler içinde yukarıda tanımlandığı şekilde genel işlem koşulu şeklinde hükümler bulabilmektedir. İşte söz konusu bu genel işlem şartı niteliğinde olan sözleşme hükümlerinin geçerliliği ancak bir ihtilaf olması ve yargı önüne geldiğinde denetlenmesi söz konusu olabilecektir.

Genel işlem koşulları denetimine tabi olacak hükümler belirlenirken sözleşme içeriğinde, sözleşmenin, önceden tek taraflı olarak hazırlanması; soyut ve genel nitelikte olması; birden çok sayıda sözleşme için olması ve önceden hazırlanmış hükümlerinin karşılıklı görüşme yapılmadan kullanılması hususlarının varlığına bakılacaktır.

Anılan hususlar neticesinde, GİK, önceden tek taraflı olarak ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça hazırlanıp tek taraflı olarak belirlenir ve bu koşullar sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere edilmez. Hükümler mevcut olay çerçevesinde değil; herkes için uygulanabilir olması açısından daha genel ve soyut nitelikte hazırlanırlar. Bununla beraber GİK, birden fazla sözleşme için hazırlanmış olmalıdır. Ancak bu düzenlemeye dahil olması için çok sayıda sözleşmenin imzalanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Bir sözleşmenin önceden hazırlanmış olması, o sözleşmedeki hükümlerin sadece somut olaydaki sözleşme için değil; aynı zamanda ileride doğacak ya da doğması muhtemel diğer sözleşmeler için de kabul ediliyor olmasını göstermektedir.²⁶⁰

Sözleşme, ekonomik açıdan güçlü olan tarafça, önceden belirlenen koşulların sözleşmeye dahil edilmesi ile ve sübjektif olarak oluşturulacak koşulların anlaşma konusu yapılmaması ile oluşmuş olmalıdır.²⁶¹ Bu koşullar taraflarca müzakere edilmemiş olmalı veya hükümlerden bir veya birkaçı değiştirilmemiş olmalıdır. Genel işlem koşullarından bahsedebilmek için sözleşmenin yukarıdaki şartları taşıyor olması gerekir. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyle ilgili olarak hukuki ihtilaf çıkması halinde uyuşmazlıkla ilgilenecek mahkeme tarafından yargısal denetime tabi olacaktır.

Genel işlem şartlarının yargısal denetimi, genellikle üç aşamada gerçekleşmektedir. Bunlar: yürürlük, içerik ve yorum denetimidir²⁶².

Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadıkları, bir diğer anlatımla yürürlük kazanıp kazanmadıkları ile ilgilidir. Başka bir anlatımla, bazı hükümlerin şeklen sözleşme metninde yer almasına rağmen, denetim sonucunda sözleşme kapsamından çıkarılmaları ya da bu sözleşme hükümlerinin sözleşme kapsamında yürürlükte olmadıklarının tespiti anlamına

²⁶⁰ Yeşim M. Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-THKH m. 6 ve TTK. M. 55/1-(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 2011, s. 14.; Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir: Güncel Yayınevi, 2003, s. 80-81; Nihat Yavuz, 6098 Türk Borçlar Kanunu Şerhi, cl. I, 2. Basım, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 269 vd.; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cl. I, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s. 169.; Yelmen, s. 53 vd.

²⁶¹ Söz konusu sözleşmesel ilişkide karşı taraf GİK içeren sözleşmeyi kabul etme durumu ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu husus için bkz. Mehmet Demir, 2008 Şubat Tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (md.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S. 76, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-424> (20.06.2023), s. 217.

²⁶² Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 232.

gelmektedir²⁶³. Genel işlem koşullarının tarafların rızası ile sözleşmenin içeriğine girmesi, açık, örtülü ve global benimseme yolu ile mümkündür.

Açık benimseme yolunda, sözleşme kurulurken açık bir şekilde genel işlem koşullarının geçerli olduğu belirtilmekte ve karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı verilmektedir. Bu halde karşı tarafça sözleşme imzalanır ise genel işlem koşulları açık bir şekilde kabul edilmektedir.

Örtülü benimseme yolunda, genel itibariyle tüketicilerle yapılan sözleşmelerde kabul edilmemekle birlikte taraflar arasında daha önce kurulmuş bir iş ilişkisinin varlığı halinde, bir tarafın diğerine daha önceden genel işlem koşullarını vermiş olduğu kabul edildiğinde, sonraki sözleşmelerde bu genel işlem koşullarına atıf yapılarak müşterinin örtülü bir şekilde genel işlem koşullarını kabul ettiği farz edilmektedir.

Global benimseme yolunda ise kendisine yollama yapılan ve esasen öğrenme imkânı verilen genel işlem koşulları müşteriler tarafından genellikle “global” biçimde okunmadan, düşünmeden, anlaşılmadan kabul edilmektedir.

TBK m. 21’de yürürlük denetimin açık benimseme yolu ile gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile menfaate aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamında kabul edilebilmesi, sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa koşullarla ilgili bilgilendirme yapılmasına; karşı tarafın içeriği öğrenmesine imkân tanınmasına ve karşı tarafın da bu hükümleri kabul etmesine bağlı kılınmıştır.

TBK m. 24 ile yürürlük denetimine ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. Anılan Türk Borçlar Kanunu hükümlerine aykırılık halinde, ilgili genel işlem koşulları, sözleşme kapsamına dahil edilmez; hiç yazılmamış sayılır ve yürürlük dışı kalır.

İçerik denetimi aşamasında, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının bir içerik kontrolüne tabi tutulup tutulamayacağı, bazı hallerde geçersiz sayılıp

²⁶³ Yeşim M. Atamer, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 324; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 232 vd.

sayılamayacağı incelenmektedir. İçerik denetimi, idari ön denetim ve yargısal denetim ile sağlanmaktadır²⁶⁴.

İdari ön denetim, genel işlem koşullarının önceden idari makamlar tarafından denetlenmesi ve onaylanması halinde kurulacak sözleşmelerde genel işlem koşullarının kullanılmasına imkan sağlamaktadır. Ülkemizde idari ön denetimin örneklerinden biri sigorta genel şartları alanındadır.

Yargısal denetimde ise idari ön denetimden farklı olarak, sonradan yapılan bir denetim söz konusudur. Mahkemeler yargısal denetim yaparken ilgili kanun maddelerinden yararlanacaktır. TBK m. 25'te genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi düzenlenmiştir. Burada denetime esas olan kriter, ideal sözleşme dengesinden dürüstlük kuralına aykırı olarak sapılmış olmasıdır. Değerlendirme yapılırken, saydamlık ilkesine aykırılığın olup olmadığı; koşulların karşılıklı olarak müzakere edilip edilmediği; sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçların dağılımında eşitsizliğin olup olmadığı; sözleşmedeki eşitsizliğin ne zaman başladığı gibi kriterlere cevap bulunması gerekir. Kanunda bu tür düzenlemelerin yer almayacağı belirtilmiş olup, düzenlenmesi durumunda, akıbetinin ne olacağı konusunda bilgilendirme yapılmamıştır. Yürürlük denetiminde olduğu gibi sözleşmenin içeriği kapsamında da kabul edilmeyeceği sonucuna varılmalıdır.

Yorum denetimi, sözleşmeye giren genel işlem koşullarının nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkindir. Yorum denetimi, yürürlük ve içerik denetiminden geçmiş genel işlem koşulları bakımından yapılacaktır²⁶⁵. Bu denetim TBK m. 23'te düzenlenmiş olup, bu maddeye göre, bir hüküm açık veya anlaşılır değilse ya da hükmün birden fazla anlama gelmesi durumunda, genel işlem koşulları karşı tarafın lehine yorumlanacaktır.

Şimdi; kamu mevzuatında belirtilen hallerde kurulan üst hakkı sözleşmelerinde genel işlem koşullarının bulunması halinde bunun hukuki değerlendirilmesini inceleyebiliriz.

²⁶⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 239 vd.

²⁶⁵ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 232.

Böyle bir yargısal denetimde üst hakkı sözleşmelerinde bulunan genel işlem koşulu şeklinde olan sözleşme hükümlerinin sözleşmeye yazılmamış sayılmasına karar verilebilecektir. Yürürlük, içerik ve yorum denetimi sonucunda genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde, TBK m. 22 uyarınca, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları haricinde kalan diğer hükümleri geçerliliğini korumaktadır. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir.

Uygulamada karşımıza çıkan ve çözüme kavuşturulması gereken bir diğer mesele de kamunun taraf olduğu üst hakkı sözleşmelerinde Medeni Kanun hükümleri ile çelişen hükümlere yer veriliyor olmasıdır. Örneğin, bağımsız ve sürekli üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı sahibin kat mülkiyeti tesis edemeyeceği ya da üst hakkını ipotek edemeyeceği ya da bu gibi işlemlerden önce idareden izin alması gerektiği şeklinde hükümler yer alabilmektedir. Hatta bazen söz konusu kısıtlayıcı ibareler, sözleşmeler ile birlikte kamu mevzuatlarında dahi yer alabilmektedir. Buna mukabil üst hakkı sahibi gayrimenkul geliştirme sürecinin doğası gereği finansman kullanması gerektiğinde, sözleşmede ipotek tesis edilemez denmesine rağmen ipotek hakkı tesis edebilmekte ya da sözleşmede kat mülkiyeti kurulamaz dendiği halde kat mülkiyetini tesis edebilmektedir. Tüm bunlar taraflar arasında ihtilaf çıkmasına zemin hazırlar niteliktedir.

İşte böyle bir ihtilaf halinde kamu idaresi söz konusu kısıtlayıcı hükümlerin mevzuatlarında ve sözleşmelerinde yazılı olduğunu ve üst hakkı sahibinin sözleşmeye ve hukuka aykırı davranmış olduğunu söyleyecektir.

Buna mukabil, özel hukuk kişisi olan üst hakkı sahibi de tapu sicilinde bulunan bağımsız ve sürekli üst hakkına dayalı olarak medeni haklarını kullandığını bu hakların tesisinin idareden izin almadan kurabildiğini, aksi halde tapu sicilinde bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis edilmemiş olacağını, madem ki bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis edilmiştir, o halde o haktan kaynaklı medeni kanuna dayalı yetkilerini kullanabileceğini söyleyebilecektir.

Gerçekten de böyle bir ihtilaf halinde, bir taraftan kamu mevzuatı ile medeni kanunun temel prensiplerinin çatıştığı bir halde yargı denetimi yapacak olan makamların konu hakkında isabetli ve hakkaniyetli bir karar verebilmeleri oldukça zor olacaktır.

Aşağıda ayrıca belirteceğimiz gibi; kamu idarelerinin bu şekilde ihtilaflarda yapılmış tahsislerin iptalini idari yargı mahkemeleri denetleyecek, tapu sicilindeki üst hakkının süresinden önce taşınmaz malikine dönmesi ve tapu kayıtlarının düzeltilmesi gibi meseleler ise adli yargıda çözüme kavuşturulacaktır.

Gerek idari yargı mahkemeleri olsun gerekse adli yargı mahkemeleri olsun; eğer üst hakkı sözleşmelerinde yukarıda şartlarını belirttiğimiz şekilde genel işlem koşulu ihtiva eden hükümler var ise; bu hükümlerin sözleşmeye yazılmamış olduğunu tespit etmeleri gerekeceğini belirtmiştik. Eğer; üst hakkı sözleşmelerinde medeni kanun ile çelişen hükümler var ise, mahkemelerin bu tür hükümleri kanuna aykırı hükümler olarak değerlendirip bunların geçersiz sayılmasına karar vermeleri gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca; kamu mevzuatı ile medeni kanunun temel hükümleri çatıştığında, hakimlerin taraf iradelerine bağlı olarak eğer idarelerin sözleşmede bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis etme iradeleri var ise medeni hukuk temel prensiplerine dayalı hüküm tesis etmelerinin daha hakkaniyetli ve doğru olacağı kanaatindeyiz.

Söz konusu medeni kanun temel prensipleri ile çelişen kamu mevzuatı maalesef özensiz şekilde düzenlendiğinden, tezimizin sonuç kısmında da belirttiğimiz gibi; kanun koyucunun kamu mevzuatında medeni kanun ile çelişen hükümleri ayıklayacak şekilde bir değişiklik yapmasının son derece yerinde olacağını söyleyebiliriz.

IV. Kamu Mevzuatına Dayalı Olarak Akdedilen Üst Hakkı Sözleşmelerinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklarda Yargı Yolu

Bilindiği üzere, gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan mallarla ilgili bir uyuşmazlık doğduğunda bu uyuşmazlık adli yargıda çözüme kavuşturulur. Bir tarafı kamu idaresi olan ve kamu taşınmazları üzerinde kurulan üst hakkı sözleşmelerinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği irdelenmelidir.

İdari davayı sadece taraflardan birinin idare olduğu ve konusunu idare hukukundan doğan eylem ve işlemlerin oluşturduğu dava olarak nitelendirmek, mevzuattaki kavramların belirsizliği nedeniyle yetersiz kalacaktır. İdari yargının görev alanını belirleyen ölçütlerin başında kamu düzeni gelir. Ardından da uyuşmazlığın niteliğine bakılması gerekecektir. Danıştay vermiş olduğu kararlar ile görevli yargı yerinin yasama organı tarafından belirlenmesi konusunda yetkili olduğunu kabul etmektedir.²⁶⁶

Gerek yargı kararları gerek doktrin, kamu hizmeti, kamu gücü, idari eylem ve işlem, idari sözleşme gibi kavramları birer ölçüt olarak ayrı ayrı ele almaktadır.²⁶⁷ İdari yargının görev alanı belirlenirken, sorun bütüncül olarak ele alınmalıdır.

Kamu mallarının ayrı bir hukuki düzene oturtulmasının temelinde, kamu hizmetlerinin kesintisiz sürdürülmesi, bu mallardan kamunun eşit ve ortak şekilde yararlanması, milli servetin korunmasını sağlamak vardır. Bu nedenledir ki; kamu ihtiyaç ve menfaatlerinin karşılanmasında, maddi unsur olarak karşımıza çıkan kamu malları, bazı ayrıcalıklı hukuk kurallarına tabi tutulmuştur.

Üst hakkı, kamu taşınmazları üzerinde ilgili mevzuattaki koşulların yerine getirilmesi koşuluyla kurulmaktadır. Her bir mevzuatın incelenmesinde, kamu taşınmazları üzerinde kurulacak üst hakkına ilişkin hükümlerle, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen hükümlerin zaman zaman çeliştiğini söyledik.²⁶⁸ Kamu taşınmazları üzerinde kurulacak üst hakkına ilişkin hükümler ile Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen hükümlerin çelişmesi halinde söz konusu uyuşmazlığın hangi yargı yolunda görüleceğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Kamu özel malı, devlet veya bir kamu tüzel kişinin yani kısaca kamunun, mülkiyetinde bulunan fakat kamu hizmetinin yürütülmesine doğrudan doğruya etkisi

²⁶⁶ “İdari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler kural olarak idari yargı mercileri olmakla birlikte, yasama organının bir kanun ile idari işlemi adli yargının denetimine vermesi gibi istisnai durumlarda idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı denetimi dışında kalmaktadır.” (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 01.12.2016, E. 2016/834, K. 2016/3261; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 14.03.2016, E. 2016/1175, K. 2016/829), Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı (18.02.2019).

²⁶⁷ Tan, s. 688.

²⁶⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm altında yapılan açıklamalara.

olmayan mallardır. Bu mallar sağladıkları gelir ile dolaylı olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesine katkı sağlarlar. Dolayısıyla bu tür mallar, kamu yararına ya da kamunun kullanımına tahsis edilmiş değildir. Üst hakkı tesis edilmiş bir taşınmazı da kamunun özel malı olarak görebiliriz. Kural olarak, kamunun özel mallarına özel hukuk hükümleri uygulanır. Fakat bazı durumlarda, bu tür mallara da kamu hukuku kurallarının uygulanması mümkündür.

Yargıtay'ın 28.11.1997 tarihli, E. 1996/5 ve K. 1997/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, mülkiyet hukukundan kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların çözümünde, adli yargının görevli olduğu kabul edilmiştir²⁶⁹.

Taraflarından biri idare olan üst hakkına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ise, üst hakkı tesisine kadarki süreçte, işlemler idari işlem niteliği taşımaktadır. Ayrıca kamu mevzuatına dayalı olarak yapılan tahsislerin iptali de idari işlemdir. Bu şekilde idari işlem niteliğinde olan ihtilafların yargı yolu idari yargı olacakken; özel hukuk kurumu olan üst hakkının tesisinden sonraki bir dönemde üst hakkına dayalı bir nedenle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ise adli yargı yoluna gidilmelidir.

Uyuşmazlık çözümünde incelenmesi gereken bir diğer husus, tahkime ilişkindir. Tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde yer alan hukuki bir kurumdur. Tahkim, en yüzeysel tanımı ile uyuşmazlıkların, mahkeme harici bir düzlemde, taraflarca görevlendirilmiş olan bir hakem veya hakem kurulu tarafından ele alınması ve uyuşmazlık konusunun nihai bir karara bağlanmasıdır.²⁷⁰ Tahkim sadece özel hukuk kurumu değildir. Bununla beraber doktrinde idare için, tahkim yasağı kuralı bulunmaktadır.²⁷¹ Bu kuralın bulunmasının nedeni, tarafların eşit konumda olmaması ve tahkimin özel hukuk ilişkisinden doğmasıdır. Doktrinde Yıldız, idare için tahkim

²⁶⁹ Karar için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 16. Kuntalp, s.533

²⁷⁰ Ali Yeşilirmak, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümüne Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011, s. 58.

²⁷¹ Hayrettin Yıldız, Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, TBB Dergisi, 2014, S. 111, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1368> (19.02.2019), s. 286.; Sinem Karataş, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi (Son Anayasal Değişikliklerle), Ankara, 2011, http://www.dayanirsagkan.av.tr/index9829.html?page_id=40 (19.02.2019), s. 8.

yasağının olmasının nedenlerinden birinin, tahkimin uygulanabilir olması durumunda idare ile sözleşmenin karşı tarafının eşit olarak görülmesine neden olacağını savunmaktadır.²⁷²

Üst hakkı üzerinden düşünülecek olursa, üst hakkı taşınmaz üzerinde kurulan bir sınırlı aynı hak çeşididir ve üst hakkı sözleşmesi, iki taraflı bir işlem olmasının yanı sıra idarenin tek yanlı işlemlerinin istisnalarından biridir.²⁷³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 408²⁷⁴, iç tahkim yolunda tahkime elverişlilik konusunu düzenlenmiştir ve bu madde uyarınca, taşınmaz mallar üzerinde tesis edilen aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı belirtilmiştir. Üst hakkının taşınmaz üzerinde tesis edilen bir irtifak hakkı olması nedeniyle, üst hakkına ilişkin doğacak uyuşmazlıklar için de tahkim yolunun kapalı olduğunu söylemeliyiz. 3996 sayılı Yap İşlet Devret Kanunu gereği akdedilen sözleşmelerde tahkim yolu belirtilmektedir. Tabii bu tür kamu ile yapılan üst hakkı sözleşmelerinde tahkim maddesi, kanun gereği üst hakkının aynına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulamaz. Bu gibi tahkim maddeleri sözleşme hükümlerine uyulmaması nedeniyle çıkabilecek diğer uyuşmazlık halleri, mesela üst hakkı bedelinin hiç veya zamanında ödenmemesine bağlı olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulabilir.

Yukarıda kamu mevzuatına dayalı olarak akdedilen üst hakkı sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından yargı yolu konusu ifade edilmiş olup, üst hakkının mahkeme kararı ile sona ermesi hususundaki yargılama konularına ise, üst hakkı sözleşmesinin sona ermesi kısmını da kapsayan bir sonraki bölümde değineceğiz.²⁷⁵

²⁷² Yıldız, s. 286.

²⁷³ Zehreddin Aslan ve Nilay Arat, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2005/2, Yıl 4, S. 8, <https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00116.pdf> (21.02.2019), s. 5-6.

²⁷⁴ HMK m. 408: “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*”

²⁷⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A altında yer alan açıklamalara.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ, ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONA ERMENİN SONUÇLARI

I. Üst Hakkı Sözleşmesinin Hükümleri

A. Üst Hakkı Sahibinin ve Yüklü Taşınmaz Malikinin Hakları ve Borçları

Üst hakkı sözleşmesinin tarafları, üst hakkı tesis etme borçlusu ile lehine üst hakkı tesis edilecek kişidir. Üst hakkı tesisinde, yüklü taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibinin hak ve yükümlülükleri konusunda Medeni Kanunumuzda ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle irtifak haklarına ilişkin kurallar üst hakkında da kıyas yolu ile uygulama alanı bulacaktır. Ancak, doktrinde kabul gören görüşe göre üst hakkı ilişkisi bu ilişkinin tarafları arasında aynı, şahsi ve eşyaya bağlı hak ve borçlar oluşturmaktadır²⁷⁶.

TMK m. 826 ile üst hakkının genel çerçevesi belirtilmiştir. TMK m. 827'de ise üst hakkının içeriğine ve kapsamına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.

Bu maddede düzenlenen üst hakkı sözleşmesinin aynı içeriği ile ilgili olan hususlar dışındaki hususlara ilişkin diğer sözleşme hükümleri üst hakkının şahsi sonuçlarını oluşturmaktadır. Sözleşme kapsamında düzenlenen şahsi nitelikteki hükümler sadece sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla işbu şahsi nitelikteki hükümlerden kaynaklanan alacak haklarının cüzi halefleri bağlayabilmesi için bu borçların cüzi halefler tarafından kabul edilmesi ve borçların üstlenilmesi gerekecektir²⁷⁷.

²⁷⁶ Ünal, s. 167.

²⁷⁷ Sirmen, s. 606.

Yapmış olduğumuz bu kısa açıklamalardan sonra bu başlık altında üst hakkı sözleşmesi taraflarının, diğer ifade ile üst hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz malikinin hakları ile borçları incelenecektir.

1. Üst Hakkı Sahibinin Hakları

Üst hakkı ile hak sahibi, başkasının taşınmazının altında veya üstünde yapı yapma veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisine sahip olmaktadır.²⁷⁸ Bu yapıların mülkiyeti, TMK m. 726 uyarınca, üst hakkı sözleşmesi süresince üst hakkı sahibine aittir. Bu nedenle de istisnalar saklı kalmak kaydıyla, üst hakkı sahibi, üst hakkına dahil yapılar üzerinde mülkiyet hakkı kapsamına giren yetkilere sahiptir.²⁷⁹ Bu kapsamda mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri, kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri olarak ifade etmek mümkündür. Üst hakkı sözleşmesinde TMK m. 826 uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, üst hakkı sahibinin üst hakkı iradı ödeme borcu yoktur.²⁸⁰ Bu nedenle yalın hali ile üst hakkı sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yine yalın hali ile; üst hakkı sahibi, herhangi bir yapı yapmama veya yapıyı dilediği şekilde inşa etme özgürlüğüne sahiptir. Tabii, üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı sahibinin bu yetkileri şart, süre ve şekillere bağlanabilir, borçlar öngörülebilir.

Üst hakkına dayanarak inşa edilen veya muhafaza edilen mevcut yapılar üzerindeki mülkiyet hakkı ile TMK m. 683'te tanımlanan mülkiyet hakkı arasında bazı farklılıklar vardır. İlk olarak ele alınacak husus, bahse konu mülkiyet hakkının süresine ilişkindir. Bu mülkiyet hakkının süresi, üst hakkının süresine tabidir ve üst hakkının süre bakımından geçerli olan sınırlamalarıyla bağlıdır.²⁸¹ Bir diğer ifade üst hakkının süresi sona erdiğinde üst hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki hakları da sona erecektir. Ayrıca üst hakkı çerçevesinde inşa edilen bina üzerindeki mülkiyet hakkının devri için, üst hakkının devri gerekir.

²⁷⁸ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 625.; Esener ve Güven, s. 386.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 948.; Ertaş, s. 507.; Ayan, s. 90.; Demirsatan, s. 9.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.705.

²⁷⁹ Esener ve Güven, s. 390. Üst hakkı sahibine tanınan mülkiyet hakkının, TMK m. 683'te tanımlı mülkiyet hakkını bire bir karşılamadığına ilişkin görüş için bkz. Ertaş, s. 510.

²⁸⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.713.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003.

²⁸¹ Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 163.; Ertaş, s. 510.

Üst hakkı bağımsız ve devredilebilir nitelikte ise TMK m. 826/f. 3 uyarınca, bu üst hakkı tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir.²⁸² Bu durumda üst hakkı sahibi, bu hak üzerinde, taşınmaz malikinin hukuki statüsünü kazanmaktadır. Diğer bir deyişle bu üst hakkı üzerinde üst hakkı sahibi taşınmaz rehni kurabilir ya da başka bir irtifak hakkı tesis edebilir. Bu statünün kazanılabilmesi için, üst hakkının en az otuz yıl için kurulmuş olması ve üst hakkının devri için herhangi bir kısıtlama getirilmemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, üst hakkının tapuda taşınmaz olarak kaydedilmesi mümkün değildir. Nitelikleri gereği sürekli ve bağımsız olan üst haklarının tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesini, TMK m. 826 uyarınca, üst hakkı sahibi talep edebilmektedir.

Üst hakkının sona ermesi halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, üst hakkı sahibine taşınmaz maliki kendisine kalan yapılar için bir bedel ödemez. Ancak, taraflar yüklü taşınmaz malikinin uygun bir bedel ödemesini kararlaştırabilir.²⁸³ Böylece sona eren üst hakkından sonra inşa edilen veya muhafazası sağlanan yapılar için bir bedel elde edilecektir.

2. Üst Hakkı Sahibinin Borçları

Üst hakkı sahibi, üst hakkı sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, üst hakkı iradı ödemekle yükümlü değildir.²⁸⁴ Hem TMK m. 826 hem de TMK m. 827 göz önüne alındığında üst hakkı iradı üst hakkının zorunlu bir unsuru değildir. Üst hakkı bedeli de bu şekildedir.

Sözleşme ile taraflarca üst hakkı sahibinin irat ve/veya üst hakkı bedeli ödeme borcu altına gireceği kararlaştırabilir. Üst hakkı sahibi, üst hakkı tesisinin karşılığı olarak belirlenmiş bedeli yüklü taşınmaz malikine ifa etmekle yükümlüdür.

Üst hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında üst hakkı kurulması karşılığında ödenecek bedel dışında, sözleşme ile üst hakkı sahibinin, bu haktan

²⁸² Aybay ve Hatemi, Eşya Hukuku Dersleri, s.176.; Gümüş, s. 536., Ayan, s. 88.; Velidedeoğlu, s. 762.; Ertaş, s. 510.

²⁸³ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 712.

²⁸⁴ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.713.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003.

yararlandığı süre boyunca, yüklü taşınmaz malikine belirli aralıklarla bedel ödeyeceği de kararlaştırılabilir. Uygulamada bu bedele üst hakkı geliri de denilmektedir. Taraflar arasında üst hakkı geliri ödenmesi kararlaştırılmış ise üst hakkı sahibi bu bedeli üst hakkı konusu taşınmaz ve bina mücbir sebeple tamamen ortadan kaybolmadıkça yüklü taşınmaz malikine ödemekle yükümlüdür²⁸⁵.

Üst hakkı sahibi, irat biçiminde borçlanmışsa, yüklü taşınmaz malikinin bu alacağının güvence altına alınabilmesi amacıyla kanunda bir düzenleme getirilmiştir. TMK m. 834 hükmü uyarınca, yüklü taşınmaz maliki, bu güvenceyi sağlamak amacıyla, üst hakkı sahibinden tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakkının, en çok üç yıllık irat için ipotek edilmesini isteyebilir.²⁸⁶ Diğer bir deyişle yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibinin borcunun güvencesi olarak kanuni ipotek hakkını haizdir. İradın her yıl için eşit edimler biçiminde yerine getirilmesi belirlenmemişse, yüklü taşınmaz maliki, iradın eşit olarak dağıtılması sonucu üç yıla düşecek meblağ oranında ipotek tesis edilmesini talep edebilecektir. Ayrıca bu hakkın kullanımı için bir süre öngörülmemiş; üst hakkı devam ettiği müddetçe her zaman bu hakkın tescilinin istenebileceği belirtilmiştir. Üst hakkı sahibi tarafından kanuni ipotek hakkının tescili talep edilmediği takdirde, yüklü taşınmaz maliki TMK m. 716 uyarınca dava yolu ile hükmen tescil talebinde bulunabilir.

Üst hakkı sahibi, üst hakkına konu taşınmazı TMK m. 730 uyarınca yasal kısıtlamalara uygun kullanmakla ve başka kimseleri zarara uğratacak davranışlardan uzak durmakla yükümlüdür. Aksi takdirde zarar gören kimseler ya da zarar tehlikesi altındaki kişiler; TMK m. 730'da düzenlenen komşuluk hukuku hükümlerine göre tehlikenin önlenmesi ya da uğranılan zararın giderilmesini üst hakkı sahibinden talep edebilirler.

Üst hakkı sahibi ayrıca üst hakkı sözleşmesinden doğan tüm yükümlülükleri ve borçları yerine getirmelidir. Aksi takdirde TMK m. 831 hükmü uyarınca, üst hakkı sahibinin, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya üst hakkı sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde, yüklü

²⁸⁵ Ünal, s. 193.

²⁸⁶ Esener ve Güven, s. 392.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 957.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 163.; Gürzumar, s. 132.; Gümüş, s. 562.; Ertaş, s. 511; Isler ve Costantini, s. 1533.

taşınmaz malikinin üst hakkının süresinden önce kendisine devrini talep etme hakkı vardır.²⁸⁷

3. Yüklü Taşınmaz Malikinin Hakları

Türk Medeni Kanunu'nda, üst hakkının bir edim karşılığı kurulup kurulamayacağına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak uygulamaya bakıldığında, bedelsiz olarak tesis edilen üst haklarından ziyade genellikle üst hakkının bir bedel ve/veya irat karşılığı kurulduğunu görürüz.

Eğer taraflar üst hakkının karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılan edimlerin yerine getirilmesi konusunda anlaşmışlarsa, bu durumda TMK m. 834 uyarınca, yüklü taşınmaz malikine, iradın güvencesini teşkil etmesi amacıyla üst hakkı üzerinde ipotek tesis edilmesini talep hakkı tanınmıştır. Bu madde gereğince malik, üst hakkı sahibinden en çok üç yıllık irat için, üst hakkının ipotek edilmesini isteyebilir²⁸⁸. Bununla beraber eğer irat her yıl için eşit taksitler şeklinde belirlenmemişse, iradın eşit olarak dağıtılması sonucu üç yıla denk gelen miktar için, ipotek tesis edilmesi istenebilecektir. Ayrıca bu hak, üst hakkı devam ettiği sürece yüklü taşınmazın sahip olduğu bir hak olup, her zaman tescili talep edilebilir. Ancak, bu hakkın yüklü taşınmaz malikine tanınabilmesi için, üst hakkının sürekli ve bağımsız nitelikte olması ve ayrıca tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş olması gerekmektedir.²⁸⁹

Kanun koyucu, üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması ya da sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı hareket etmesi halinde, yüklü taşınmaz malikine başvurabileceği bir hukuki yol belirlemiştir. TMK m. 831 vd. hükümlerinde yer alan bu hak uyarınca, kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sözleşmesinin süresinden önce devrini talep edebilecektir. Taşınmaz malikinin üst hakkının süresinden önce devrini isteme hakkına ilişkin hükümler, hukuki niteliği bakımından, kanun gereği eşyaya bağlı

²⁸⁷ Isler ve Costantini, s. 1526.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.712.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1009 ve s.1120.

²⁸⁸ Esener ve Güven, s. 392.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 957.; Gürzumar, s. 132.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 163.; Gümüş, s. 562.; Ertaş, s. 511.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.713.

²⁸⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1010.

borç yaratan nitelikte hükümlerdir. Bu hakkın kullanımı ile üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülüklerin, süresinden önce yüklü taşınmaz malikine devri gerçekleşecektir.

Bu hakkın kullanımı için öncelikle, üst hakkı sahibinin yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması gerekmektedir. Bu hakkın kullanılabilmesinin ön koşulu, bu hususlardan birinin üst hakkı sahibi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Yüklü taşınmaz malikinin, TMK m. 832 uyarınca, üst hakkının devri nedeniyle kendisine geçecek olan yapılar için uygun bir bedel ödemesi gerekmektedir. Malik, ancak bu bedeli ödemek kaydıyla devri isteyebilecektir. Dolayısıyla üst hakkının, yüklü taşınmaz malikine devrinin gerçekleştirilmesi, bu uygun bedelin ödenmiş olmasına veya güvence altına alınmış olmasına bağlıdır.²⁹⁰

Bu hakkın doğumu ve kullanımı ile kanundaki koşulların yerine getirilmiş olmasına rağmen üst hakkı sahibinin üst hakkının devrini gerçekleştirmemesi durumunda, TMK m. 716 uyarınca, yüklü taşınmaz malikinin hükmen tescil isteme hakkı doğacaktır.

Üst hakkının sona ermesi halinde, yüklü taşınmaz üzerinde yer alan yapılar, yüklü taşınmaz malikine kalacaktır.

Ayrıca üst hakkının tescili ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü hükümlerin de uygulanabileceğini; bu kapsamda yüklü taşınmaz malikinin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu haklara sahip olacağını hatırlatmak gerekir.

4. Yüklü Taşınmaz Malikinin Borçları

Üst hakkı ile yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı sona ermemektedir ancak taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde tesis edilen üst hakkıyla ilgili olarak bu hakkın kullanılmasına katlanmakla mükellef hale gelmektedir. Bir diğer ifade ile üst hakkı kurulması ile üst hakkı sahibine yüklü taşınmaz malikinin arazisinde bina yapmak ya da mevcut bir binanın mülkiyetini edinme hakkı verilmektedir. İşbu sebeple yüklü taşınmaz

²⁹⁰ Esener ve Güven, s. 392.; Ayan, s. 93.

maliki üst hakkına konu taşınmaz üzerinde inşaat yapmaktan kaçınmak zorundadır. Yine yüklü taşınmaz maliki üst hakkı sahibinin mülkiyetinde bulunan mevcut ya da yapılacak binaya da katlanmak zorundadır²⁹¹.

Eğer sözleşmede kararlaştırılmışsa, üst hakkı sözleşmesinin sona ermesi halinde kendisine kalacak olan yapılar için yüklü taşınmaz malikinin bir bedel ödemesi gerekecektir. Bu konu ile ilgili açıklamalar, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde izah edilecektir.²⁹²

B. Üst Hakkı İradının Güvencesi Olarak Taşınmaz Malikinin Üst Hakkı Sahibinden İpotek Tesis Edilmesini Talep Hakkı

Üst hakkı, kural olarak TMK m. 826 uyarınca ivazsız kurulan bir haktır.²⁹³ Ama genelde üst hakları irat karşılığında kurulur. Üst hakkı iradı şahsi bir borç niteliğinde olduğundan sadece üst hakkı sözleşmesinin tarafları arasında ileri sürülebilen bir borçtur, işbu sebeple kanun koyucu, üst hakkı karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılan edimler için yüklü taşınmaz malikinin çıkarlarını belirli bir düzeyde koruyabilmek adına, borçlanılan bu edimin teminatı olarak, yüklü taşınmaz malikine ipotek tesis edilmesini talep edebilme hakkı vermiştir.²⁹⁴

TMK m. 834 vd. maddelerinde²⁹⁵ bahsi geçen ipotek, üst hakkı üzerinde tesis edileceğinden, anılan ipotek tesisi borcundan bahsedebilmek için, öncelikle üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olmasının yanı sıra tapuya taşınmaz olarak da kayıtlı olması gerekmektedir.²⁹⁶

Bu hakkın kullanımı için gerekli olan diğer husus, üst hakkı karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılmış olması gerekliliğidir.²⁹⁷ İpotek ile güvence altına alınacak bedel,

²⁹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.581.; Sirmen, s. 698; Ünal, s. 170.

²⁹² Bkz. Dördüncü Bölüm, II, D altında yapılan açıklamalara

²⁹³ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s.713.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003.

²⁹⁴ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 957.; Gürzumar, s. 130.; Erekmekçi, s. 79.; Demirsatan, s. 25.; Isler ve Costantini, s. 1532.

²⁹⁵ TMK m. 835: “İpotek, üst hakkı devam ettiği sürece, her zaman tescil edilebilir ve icra yoluyla satışta terkin olunmaz.”

Yapı alacaklıları ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”

²⁹⁶ Gürzumar, s. 132-133.; Gümüş, s. 561.; Ayan, s 93.; Demirsatan, s. 26-27.

²⁹⁷ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 957.; Gürzumar, s. 129.; Gümüş, s. 562.

en çok üç yıllık irattır²⁹⁸ ve o tarihteki üst hakkı sahibinden, en fazla bu tutar için üst hakkının ipotek edilmesi istenebilir. İrat, her yıl için eşit edimler biçiminde belirlenmemiş ise, bu kanunî ipoteğin tescili, iradın eşit olarak dağıtılmasında üç yıla düşecek miktarı için tesis edilebilir.²⁹⁹

Kanunda belirtilen bu ipotek, üst sınır (azami meblağ) ipoteğidir.³⁰⁰ Burada kanuna dayanarak doğrudan doğruya doğan bir ipotek söz konusu değildir. Ancak, yüklü taşınmaz malikinin bu meblağın güvencesi olarak ipotek tesisi talep edebilir durumda olmasından dolayı bu ipoteği, dolaylı olarak kanuni ipotek olarak belirtebiliriz.³⁰¹

Yüklü taşınmaz maliki, bu hakkını sözleşme süresi içinde herhangi bir zamanda kullanabilir. Hakkın kullanımı bakımından kanunda herhangi bir kısıtlama mevcut değildir.³⁰²

Yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı iradından doğan alacağını, üçüncü kişilere devretmesi halinde, üçüncü kişilerin TMK m. 834'teki haktan yararlanmaları mümkün değildir. Zira, bu hak yüklü taşınmaz malikine tanınmıştır.

Üst hakkı iradının güvencesi olarak taşınmaz malikinin üst hakkı sahibinden ipotek tesis edilmesini talep hakkı, eşyaya bağlı bir borç olmasının³⁰³ sonucu olarak, yüklü taşınmaz maliki tarafından bu hakkın kullanımı sonucunda, üst hakkı sahibi o esnada kim ise ipotek tesisini gerçekleştirecek taraf da o olacaktır. Yüklü taşınmaz maliki bu hakkın kullanınca üst hakkı sahibi, ipoteğin tescili için tapu sicil müdürlüğünde talepte bulunma yükümlülüğü altına girer. TMK m. 716 uyarınca üst hakkı sahibi kanuni ipotek hakkının tescilini talep etmekten kaçınırsa, yüklü taşınmaz maliki dava yolu ile ipotek hakkının hükmen tescilini sağlama hakkına sahiptir. TMK m. 835 üst hakkı devam ettiği

²⁹⁸ Esener ve Güven, s. 392.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 957.; Gürzumar, s. 132.; Karahasan, s. 163.; Gümüş, s. 562.; Ertaş, s. 511.; Isler ve Costantini, s. 1533.

²⁹⁹ Esener ve Güven, s. 392.; Gümüş, s. 563.

³⁰⁰ Esener ve Güven, s. 392.; Gürzumar, s. 133. İpotek hakkının hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, s. 560.

³⁰¹ Gürzumar, s. 134-135.

³⁰² Gümüş, s. 536.

³⁰³ Gürzumar, s. 130.; Gümüş s. 561., Ayan, s. 73.

sürece ipoteğin cebri icra yolu ile satış dahil olmak üzere terkin edilemeyeceğini belirtmektedir.

Yüklü taşınmaza birden fazla kişinin malik olması olasıdır. Eğer, malikler arasında elbirliği mülkiyeti ilişkisi varsa, ipotek hakkının kurulması için tüm maliklerin talebi gerekir. Eğer, yüklü taşınmaza birden fazla kişi paylı mülkiyet esaslarına göre malikse; ya tüm hissedarların tamamı ipotek tesisini talep edebilir, ya da her bir hissedar kendi hissesi için diğer hissedarlardan bağımsız olarak, kendi payı oranında ipotek kurulmasını talep edebilir.³⁰⁴

C. Üst Hakkının Süresinden Önce Devredilmesini Talep Hakkı

Yüklü taşınmaz maliki, kanunda belirtilen koşulların varlığı halinde, süresinin dolmasını beklemeksizin üst hakkının devrini isteme hakkına sahiptir.³⁰⁵ Bu hak, Türk Kanunu Medenisi'nin ve İsviçre Medeni Kanunu'nun ilk düzenlemelerinde yer almamıştır. Fakat üst hakkına ilişkin kanun değişikliği ile 1965 yılında İsviçre'de, 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun ile de Türkiye'de uygulama alanı bulmuştur.³⁰⁶

TMK m. 831'deki düzenleme ile kanun koyucu, ana taşınmaz malikini korumuş ve üst hakkı sahibinin yetki ve yükümlülüklerine ağır şekilde aykırı davranması halinde, belirli şartlar altında, üst hakkı süre sonunu beklemesine gerek kalmadan, üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesini talep etme hakkı vermiştir. Diğer yandan kanun koyucu; üst hakkı sahibinin basit sözleşme ihlallerinde taşınmaz malikinin sözleşmeyi feshedebilmesinin önüne geçmiştir. Ayrıca, üst hakkının süresinden önce taşınmaz malikine dönmesi halinde üst hakkı süresince üst hakkı sahibinin eşya hukukuna göre yapmış olduğu tasarrufların muhataplarının da korunmasını sağlamıştır. Böylece kanunun düzenlemesi dengeleyicidir.³⁰⁷

³⁰⁴ Aktürk, s. 149 ve Aktürk, s. 149 dipnot 178'de belirtilen yazarlar.

³⁰⁵ Gürzumar, s. 135.; Akıntürk, s. 713.; Gümüş, s. 552-553.; Erekmekçi, s. 80.; Demirsatan, s. 90.; Isler ve Costantini, s. 1526.

³⁰⁶ Gümüş, s. 552-555.; Demirsatan, s 90.

³⁰⁷ TMK m. 831 hükmünün mehz kanun İsviçre Medeni Kanunu'nda kabul edilmeleri hakkındaki ana gerekçeler de bu yöndedir. Gürzumar, s.136

Üst hakkı sözleşmesi tarafları TMK m. 831 hükümlerini sözleşmeye yazmasalar bile, bu madde uygulanır. TMK m. 831 emredici niteliktedir.³⁰⁸ TMK m. 831'e aykırı sözleşme hükümleri kesin hükümsüz sayılır. Örneğin; üst hakkı sözleşmesinin üst hakkı sahibi tarafından hafif ihlali halinde (veya sözleşmeden doğan borçların hafif ihlali sayılabilecek fiiller tek tek sayılarak, bu fiillerin işlenmiş olması halinde) üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devredileceğini; sözleşmenin ağır ihlali halinde, üst hakkı sahibine yapılar nedeniyle her hangi bir tazminat ödenmeksizin üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devredileceğini; yüklü taşınmaz malikinin (kendisine kalacak yapılar için bir tazminat ödemek suretiyle olsun olmasın) üst hakkı ilişkisini süresinden önce dilediği zaman sona erdirebileceğini belirten sözleşme kayıtları TBK m. 27 gereği batıl olacaktır.³⁰⁹

Doktrinde bir görüş, bu hakkın yenilik doğuran bir hak olduğu yönündedir.³¹⁰ Bu hakkın, kullanımı ile birlikte yeni bir hukuki durumun ortaya çıkması ve var olan hukuki durumu değiştirip ortadan kaldırma özelliğini haiz olması nedeniyle yenilik doğuran bir hak olduğunu kabul etmek gerekir. Bu beyanın üst hakkı sahibine ulaşmasıyla birlikte devir süreci başlamış olur ve üst hakkı ilişkisi devam etmekte ise tasfiye sürecine girer. Bir diğer görüş ise, kanunda belirtilen koşulların meydana gelmesi neticesinde kendiliğinden kanun gereği bir devir hakkının doğduğu yönündedir.³¹¹ Bununla beraber bu devir borcunun gerçekleşebilmesi için, bir bedelin ödenmesi şartı da getirilmiştir.³¹²

Üst hakkı sahibi tarafından, üst hakkından doğan yetkilerin sınırının ağır şekilde aşılması veya sözleşmeden doğan yükümlülöklere önemli ölçüde aykırı davranılması durumunda³¹³, yüklü taşınmaz maliki tarafından TMK m. 831 kapsamında kullanılacak bu hak ile sözleşme ileriye dönük olarak feshedilmiş olacaktır. Yüklü taşınmaz maliki tarafından hakkın kullanılarak sözleşmenin feshedilmesi hali, üst hakkının yüklü

³⁰⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1004.;

³⁰⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1004 ve s. 1004 dipnot 478'de yer alan yazarlar.; Ertaş, Cumalıoğlu ve Serdar, s. 551 vd.; Aktürk, s. 144,145.; Gürzumar, s.138.

³¹⁰ Gürzumar, s. 146.; Ayan s. 174.; Erekmekçi, s. 82.

³¹¹ Gümüş, s. 554.

³¹² Gürzumar, s. 142.; Gümüş, s.554.; Hakan Erden, Roma Hukukunda "Superficies Solo Cedit" İlkesinin Bir İstisnası Olarak Superficies (Üst Hakkı) ve Hukukumuza Yansıması, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, Yıl 1, S. 1, s. 336.

³¹³ Isler ve Costantini, s. 1526.

taşınmaz malikine devredilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, üst hakkı sona ermemekte; yüklü taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi aynı kişi olmaktadır (malik lehine irtifak hakkı). Ancak taşınmaz maliki, bu hakkın kullanımı ile üst hakkının devrini sağlayabilmesi için, kendisine geçecek yapılar karşılığında uygun bir bedel ödemek zorundadır.³¹⁴ TMK m. 832/f. 2 uyarınca, “*üst hakkının malike devri, bedelin ödenmesine veya güvence altına alınmış olmasına bağlıdır.*”

Hakkın kullanımı esnasında herhangi bir ağır yükümlülük ihlali olmamasına rağmen sonradan bu ihlal durumunun ortaya çıkması, hakkın kullanımının geçerli hale gelmesini sağlamaz. Böylesi bir durumda, tekrar yeni bir beyanla hakkın kullanımı gerekir.

Taşınmaz maliki tarafından bu hakkın kullanıldığına ilişkin beyanın üst hakkı sahibine ulaşmasıyla birlikte üst hakkı sahibi, hakkın yüklü taşınmaz malikine devredilmesi borcu ile yüklenmiş olacaktır ve bu borç, emredici nitelikteki kanun hükümleri gereği doğan eşyaya bağlı bir borçtur³¹⁵. Bu husus, sözleşmede kararlaştırılmasa bile yüklü taşınmaz malikinin kanundan doğan bir hakkıdır ve üst hakkı sahibi kim ise bu borçla yükümlenen kişi de odur. Ayrıca taraflar arasında nispi nitelikteki bir borç ihlal edilmemişse ve üst hakkı sahibi tarafından yüklü taşınmaz malikine üst hakkını devretme borcu doğmuşsa, bu borç üst hakkı sahibinin cüz’i haleflerini de bağlar.

TMK m. 833’te; bir üst hakkı sözleşmesinde, üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde taşınmaz maliki lehine üst hakkı sözleşmesini süresinden önce sona erdirme hakkı tanınmış ise, bu hakkın TMK m. 831 ve 832 hükümlerine uygun şekilde kullanılabilmesi belirtilmiştir.

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 gerekmez³¹⁶.

³¹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1004.; Erekmekçi, s. 80.

³¹⁵ Gürzumar s. 138.; Gümüş, s. 554.; Ulusan, s. 32.; Erden, s. 335.; Erekmekçi, s. 81.

³¹⁶ YHGK. 7.4.2004, 13-208 E. / 211 K. (Ertaş, s. 514).

1. Üst Hakkının Süresinden Önce Devri Talebinin Şekli

Türk Medeni Kanunu m. 831 vd. hükümlerinde yüklü taşınmaz malikine tanınan üst hakkının süresinden önce devrini isteme hakkının kullanımı için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle yüklü taşınmaz maliki herhangi bir şekle tabi olmaksızın, tek yanlı irade beyanı ile bu hakkını kullanabilir. Bununla beraber tacirler arasında kurulu bir sözleşme söz konusu ise, yüklü taşınmaz malikinin bu hakkını kullanmak için TTK m. 18/f. 3 hükmünün öngördüğü şekil kurallarına riayet etmesi gerekir.³¹⁷

2. Üst Hakkının Süresinden Önce Devredilmesini Talep Hakkının Hangi Üst Hakkı Türlerinde Uygulanabileceği Hususu

Doktrinde, süresinden önce devir haklarının hangi üst hakkı türüne uygulanacağına ilişkin bir görüş birliği yoktur. Doktrindeki bir görüşe göre, bu hak sadece bağımsız üst hakları için kullanılabilir.³¹⁸ Bu görüşün temeli, devri mümkün olmayan bir üst hakkının, yüklü taşınmaz malikine de devredilemeyeceği yönündedir. Diğer görüşe göre, hükmün düzenleme amacı da göz önünde tutularak hem bağımlı hem de bağımsız üst hakları için kanunda belirtilen koşullar oluştuğu takdirde, taşınmaz maliki bu hakkını kullanabilmelidir.³¹⁹ Bu görüşteki yazarlar, bağımlı bir üst hakkı söz konusuysa, yüklü taşınmaz malikinin önce, üst hakkı sahibinin üst hakkının bağımsız bir hakka dönüştürülmesine muvafakat etmesini talep hakkı olduğunun varsayılması gerektiğini belirtirler. Biz de hakim görüşe katılıyoruz. Aksi halde bağımlı üst haklarında, şartları oluştuğunda yüklü taşınmaz malikinin çaresiz kalması gibi hakkaniyetle bağdaşmayan bir durum ortaya çıkacaktır. Tabii, devri kabil olmayan hakkın yüklü taşınmaz malikine devri de esasen mantıklı değildir. Ancak, bu mesele şu şekilde çözümlenebilir: Önce bağımlı üst hakkının kişisel üst hakkına dönüşmesini talep ederek ve üst hakkı sahibi buna muvafakat etmezse, üst hakkının süresinden önce devri için açılacak davada bu talep de asıl talebe eklenebilir. Tabii, eşyaya bağlı üst hakkı söz konusu ve yararlanan taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hakka sahip üçüncü kişiler varsa

³¹⁷ Demirsatan, s 106.

³¹⁸ Gürzumar, s. 143 ve Gürzumar, s. 143 dipnot 543'te belirtilen yazar.

³¹⁹Gürzumar, s.143; Demirsatan, s. 95; Aktürk, s.145 ve Aktürk, s.145 dipnot 172'de belirtilen yazarlar

onların da bu hakkın kişi lehine üst hakkına dönüşmesine TMK m. 1014 gereğince izinlerinin olması zorunluluğu ortaya çıkacaktır ve burada diğer üçüncü kişilere dava hakkı tanınmış olmaması eşyaya bağlı üst haklarında, süresinden önce devir imkanını oldukça güçleştirmektedir.³²⁰

3. Üst Hakkı Sahibinin Kusurunun Aranmaması

Türk Medeni Kanunu m. 831’de düzenlenen süresinden önce devir isteminin koşullarında, üst hakkı sahibi için herhangi bir kusurdan bahsedilmemiştir. Bu nedenle de üst hakkı sahibinin üst hakkından doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması durumunda, kusurunun olup olmamasına bakılmaksızın, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının devrini talep edebilme hakkına sahip olduğunu söylemek mümkündür.

4. Süresinden Önce Üst Hakkının Taşınmaz Malikine Devir Talebinin Şartları

Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı ve ona bağlı bütün hak ve yükümlülüklerin devrini isteyebilmesi için, kanunda yazılı hususların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Kanun koyucunun bu hakkın kullanımı için belli şartların oluşmasını ön koşul olarak düzenlemesindeki amacı, üst hakkı sözleşmesinde tarafların en küçük kural ihlalinde bile üst hakkının devri için bir anlaşma yapmalarına engel olmaktır. Devirle ilgili olarak yüklü taşınmaz maliki lehine düzenlenmeler içeren ve üst hakkı sahibi için ağır koşullardan oluşan üst hakkı sözleşmelerinin, bu kuruma vereceği zararlar düşünülerek bu düzenlemeye gidilmiştir. Keza hak sahibinin çıkarlarını zedeleyen ve hakkın yüklü taşınmaz malikine devrini kolaylaştıran maddeler içeren üst hakkı sözleşmeleri, üst hakkının temel amacından olan yapı yapmak için gerekli finansmanın sağlanması konusunda güçlük yaratmakta ve hatta bu olanağı pratik anlamda ortadan kaldırmaktadır.

³²⁰ Gürzumar, s.144

a. Üst Hakkı Sahibinin, Üst Hakkından Doğan Yetkilerinin Sınırını Ağır Şekilde Aşmış Olması veya Sözleşmeden Doğan Borçlarına Önemli Ölçüde Aykırı Hareket Etmesi

TMK m. 831 uyarınca, yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce üst hakkının devrini talep edebilmesi için, öncelikle üst hakkı sahibinin üst hakkından doğan yetkilerinin sınırını ağır bir şekilde aşmış olması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmiş olması gerekir.³²¹ Doktrinde Ertaş'a göre, taraflar üst hakkı sözleşmesinde herhangi bir hususu ya da sözleşmedeki herhangi bir yetkinin ihlalini ağır ihlal olarak kabul edebilir ve yine de TMK m. 831 hükümlerinden yararlanabilir.³²² Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Üst hakkının süresinden önce devrini isteme hakkı, istisnai niteliktedir ve hakkın tarafları açısından menfaat eşitliğinin ve taraflar arasındaki dengenin bozulmaması ve yüklü taşınmaz malikinin daha güçlü bir konuma gelmemesi için bu hususun, sözleşme içerisinde düzenlenememesi gerektiğini düşünüyoruz.

TMK m. 831 hükmünde, yetki sınırının ağır şekilde aşılmış sayıldığı haller veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlaline sebep olan durumlar belirtilmemiştir. Bu nedenle kanunda belirtilmemiş hususları hâkim, takdir yetkisini kullanarak belirleyecektir. Hâkim bu yetkisini kullanırken, TMK m. 2 ve m. 4 hükümlerini gözeterek, ihlalin ya da yetki aşımının neticesinde yüklü taşınmaz maliki açısından sözleşme ilişkisinin sürdürülemez bir hal alıp almadığına bakar. Örneğin, sözleşmede belirlenen kat sayısına uyulmamış olması, üst hakkı sahibinin sözleşmede belirlenen yapının niteliğine ve türüne uymaksızın başka bir yapı inşa etmesi, yapının bakımını önemli ölçüde ihlal etmesi, üst hakkı sınırları dışında inşaat gerçekleştirmesi gibi hususların varlığı halinde yüklü taşınmaz maliki, bu hakkını kullanabilir. Üst hakkı sözleşmesinde yer alan ve taraflar arasında belirlenen nispi nitelikte borçların ağır şekilde ihlal edilmesi durumunda da yine bu hükümlere gidilebilmelidir. Keza bu borçlara aykırı hareket edilmesi halinde de yüklü taşınmaz maliki açısından, üst hakkı ilişkisinin devam ettirilmesi beklenemez bir hale gelmiş olabilir. Ancak nispi nitelikteki bir borcun bir

³²¹ Esener ve Güven, s. 392.; Gürzumar, s. 144.; Akıntürk, s. 712.; Erekmekçi, s. 80.; Demirsatan, s. 97.; Isler ve Costantini, s. 1526.

³²² Ertaş, s. 513.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1005-1006.; Demirsatan s. 85.

defaya mahsus değil de aynı veya farklı mahiyette birden fazla kez ihlal edilmesi durumunda sözleşmenin çekilmez bir hal alabileceğini söylemek doğru olacaktır.

(1) Üst Hakkı Bedelinin veya İradının Ödenmemesi Halinin, Taşınmaz Malikine Süresinden Önce Devir Talep Etme Hakkı Sağlayıp Sağlamayacağı Hususu

Üst hakkı bedelinin veya iradının ödenmemesi halinin, taşınmaz malikine süresinden önce devir talep etme hakkı sağlayıp sağlamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, üst hakkı bedeli borcu üst hakkı sözleşmesinden doğduğu için, bu hakkın kullanılmasının önünde herhangi bir engel yoktur.³²³

İkinci görüş, üst hakkı bedelinin ödenmesi konusunda yapılacak bir ihlalin sonucunda bu hakkın kullanılmayacağı yönündedir.³²⁴ Bu görüş temelde TMK. m. 834 uyarınca, yüklü taşınmaz malikine tanınan ipotek kurulmasını isteme hakkına dayanmaktadır. İpotek hakkının varlığının, bu tür bir borca aykırılık için yeterli bir yaptırım olduğu savunulmaktadır.

Biz ikinci görüşün düşüncesini TMK m. 834'e dayandırmasına katılmamaktayız. Zira ipotek hakkı, üst hakkı iradının ödenmemesi nedeniyle oluşacak borca aykırılık halinde bir yaptırım olarak üst hakkı sahibinin karşısına çıkması için değil; TMK m. 834'te de ifade edildiği üzere, irat biçiminde borçlanılan edimlerin güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla talep edilebilmektedir. Ayrıca bu hüküm, sadece tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakları için ve üst hakkı ivazı olarak iradın belirlendiği durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla başka bir türde kurulmuş üst hakkını kapsamamaktadır. Eğer bu görüş kabul edilirse, diğer üst hakkı türlerinde üst hakkı sahibi tarafından iradın veya bedelin ödenmemesi ya da irad dışında bir şeyin kararlaştırılmış olması durumunda, bu edimin yerine getirilmemesi halinde hem

³²³ Dermisatan, s. 94.

³²⁴ Gümüş, s. 554.

ipotek hakkı söz konusu olmayacak hem de süresinden önce devir imkânından yararlanılamayacaktır.

Üçüncü bir görüş, bu hakkın yüklü taşınmaz maliki tarafından kullanılabilmesi için, üst hakkı sözleşmesinden doğan borçların üst hakkının içeriğiyle ilgili olması gerektiğini savunmaktadır. Hem üst hakkı iradı hem de üst hakkı bedeli, üst hakkının içeriğine dahil olmayan bu nedenle de nispi bir ilişki kuran karşı edimdir.³²⁵ Bu nedenle de bu görüşe göre, üst hakkı bedelinin ödenmemesi halinde, yüklü taşınmaz malikinin bu haktan faydalanması mümkün değildir. Ancak fikrimizce; kanunda böyle bir ayırım söz konusu olmadığı için, bu ayırmadan yola çıkarak bedel için hakkın kullanılamayacağını savunmak doğru değildir.

Kanaatimizce, üst hakkı sahibi tarafından irad veya bedel ödeme borcunun bir defaya mahsus olmak üzere ihlal edilmesi ya da borcun muaccel olduğu zamanı çok fazla aşmayacak bir zaman diliminde ödenmesi gibi hususlar, yüklü taşınmaz malikince sözleşmenin çekilmez hale gelmesine yol açmayacaktır. Bu nedenle her somut olayın özelliği dikkate alınarak bedelin veya iradın ödenmemesinin ya da eksik ödenmesinin, TMK m. 2 ve m. 4 hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda örneğin, üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı bedelinin ya da iradının ödemesinde birden çok kez temerrüde düşülmesi ve söz konusu gecikmelerin birkaç yıl içinde tekrarlanması gibi hallerde üst hakkı sözleşmenin ağır şekilde ihlal edildiği düşünülebilir.

(2) Üst Hakkı Bedelinin Ödenmemesi Halinde Taşınmaz Malikinin Türk Borçlar Kanunu Bakımından Hakları

Üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı tesisinin karşılığı olarak bir ivaz kararlaştırılmış ise bu sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilir.³²⁶

Bir görüş, malikin TMK m. 831 ile kendisine tanınan bu hakkın yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden de yararlanabileceğini ileri sürmektedir.³²⁷ Bu

³²⁵ Gürzumar, s. 152.

³²⁶ Erekmekçi, s. 83.; Demirsatan, s. 37.

³²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirsatan, s. 89 vd.

görüş uyarınca, temerrüt hükümlerinin uygulanması neticesinde sözleşmenin süresinden önce üst hakkının devri olacaksa, yüklü taşınmaz maliki, TMK m. 831'deki gibi makul bir bedel ödemekle yükümlü sayılmalıdır.

Bizim görüşümüz, TMK m. 831'deki özel düzenleme varken aynı hususla ilgili olarak üst hakkının süresinden önce devri amacıyla genel hükümlere gidilemeyeceğidir. TMK m. 831 ile tanınan hak, emredici niteliktedir ve genel borca aykırılık yaptırımlarına kıyasla özel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, üst hakkından doğan yükümlülüklerin ağır şekilde ihlali ya da üst hakkı sahibinin yetkilerini önemli şekilde aşması halinde yüklü taşınmaz maliki, üst hakkının kendisine devredilmesini istiyorsa, TMK m. 831'deki özel hükümlere başvuracaktır. Bununla beraber üst hakkı sahibi için TBK m. 112 vd.'nda düzenlenen genel hükümler de varlığını sürdürmektedir.

Bu doğrultuda üst hakkı bedelinin ifasında kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle beraber yüklü taşınmaz maliki, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Borçlu temerrüdü kapsamında yüklü taşınmaz malikinin sahip olacağı yetki ve hakları belirlemek gerekmektedir.

(a) Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Zararın Tazmini

Üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı kurulmasının karşılığı olarak bir bedel kararlaştırılmışsa, muaccel hale gelmiş olan bedellerin ifa edilmemesi durumunda, yüklü taşınmaz malikinin aynen ifayı talep etme hakkı vardır.³²⁸ Eğer üst hakkı sahibi temerrüde de düşüyse bu kez yüklü taşınmaz maliki aynen ifa ile birlikte temerrüt nedeniyle oluşan zararının tazminini de talep edebilecektir.³²⁹ Eğer kararlaştırılan bir para borcu ise, üst hakkı sahibi temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır. Eğer bu temerrüt faizine rağmen yüklü taşınmaz maliki temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış ise üst hakkı sahibi kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe, temerrüt faizine ek olarak bu aşkın zararı da gidermekle yükümlü olacaktır (TBK m. 122).

³²⁸ Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayınevi, 2010, s. 405.; Oğuzman, Öz, s. 485.

³²⁹ Oğuzman, Öz, s. 486.

(b) Bedel Borcunun İfasından ve Gecikme Tazminatı İsteme Hakkından Vazgeçilerek Borcun İfa Edilmemesinden Doğan Zararın Giderilmesini Talep Hakkı

TBK m. 123 uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin temerrüde düşmesi durumunda, diğer taraf, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Ancak borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa; borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı veya borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa; diğer tarafa önel (mehil) verme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

Yüklü taşınmaz maliki önelin (mehilin) sona ermesi veya önel (mehil) vermesine gerek olmadığı durumlarda hemen bedel borcunun ifa edilmesinden ve gecikme tazminatı isteminden vazgeçtiğini bildirerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep edebilir. Ancak bedelin para borcu olarak belirlendiği durumlarda, gecikme tazminatı ile borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi için talep edilecek tazminat denk düşeceği için, bu durumun pratikte uygulanması düşük bir olasılıktır.³³⁰

b. Üst Hakkı Sahibine Uygun Bir Bedel Ödenmesi

Yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce üst hakkının devrini talep edebilmesi ve üst hakkının devredilmesi, TMK m. 832 hükmü gereğince, yüklü taşınmaz maliki tarafından üst hakkı sahibine, kendisine kalan yapılar için uygun bir bedel ödemesi veya bu bedelin güvence altına almış olmasına bağlıdır.³³¹

Doktrinde bir görüşe göre, bu hakkın talep edilebilme şartlarının oluşması halinde, yüklü taşınmaz malikinin beyanın ulaşması ardından üst hakkı sahibi, hakkı devretme borcu altına girmektedir; ancak hak sahibinin bu hakkı devretmesi için ifaya

³³⁰ Demirsatan, s. 135-136.

³³¹ Esener ve Güven, s. 392.; Erekmekçi, s. 82.; Demirsatan, s. 107.; Gürzumar, s.146.

zorlanabilmesi, uygun bedelin ödenmesine bağlıdır.³³² Bununla beraber, hakkın uygun bedelin ödenmesiyle değil; şartların oluşması neticesinde doğduğunu kabul eden görüşe göre ise hakkın doğumu gerçekleşmiş olmasına karşın, ödemezlik def'inin bir görünümü uygulama alanı bulacaktır.³³³ Diğer bir deyişle uygun bedelin ödenmemesi hususu, üst hakkı sahibine bir itiraz değil; def'i imkânı tanımaktadır.

Taşınmaz malikinin kendisine kalan yapılar için uygun bir bedel ödemesi hususu, üst hakkı sahibine üst hakkının devrini gerçekleştirme aşamasında bir imkân tanır. Bu imkân ile üst hakkı sözleşmesinin süresinden önce devrini talep etme hakkı doğmasına karşın, taşınmaz malikinin uygun bir bedel ödememesi durumunda üst hakkı sahibi, devretme borcunu ifa etmekle yükümlü olmayacaktır.

Üst hakkının devri için, yüklü taşınmaz maliki kendisine kalan yapılar için belirlenecek uygun bir bedeli³³⁴ ödeyecektir. Uygun bedel belirlenirken nesnel ölçütlerden yararlanılacak ve üst hakkı sahibi açısından kişisel önem taşıyan işler öznel değil; objektif³³⁵ olarak değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Eğer taşınmaz üzerinde bir yapı yoksa, herhangi bir bedelin ödenmesi de söz konusu olmayacaktır.³³⁶

TMK m. 832/f. 1 uyarınca, uygun bedelin belirlenmesinde, üst hakkı sahibinin kusuru, indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir.

TMK m. 831 vd. maddelerinin emredici nitelikte olması nedeniyle, üst hakkı devri için ödenecek bedelin, önceden üst hakkı sözleşmesinde belirlenmesinin hukuken bağlayıcılığı olmayacaktır.³³⁷ Şöyle ki; üst hakkı sözleşmesinde, söz konusu bedel için olması gerekenden daha yüksek bir meblağda tarafların anlaşması halinde, üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşsa veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranrsa bile yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı

³³² Demirsatan, s. 108. Esener ve Güven'e göre; hakkın kullanılabilmesi için bedelin ödenmesi gerekmektedir. (Esener ve Güven, s. 392).

³³³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1006.

³³⁴ Üst hakkının süresinden önce devredilebilmesinin ön koşulu sayılmış olan bedelin "denkleştirme bedeli" olarak ifadesi edilmesine ilişkin olarak bkz. Gümüş, s. 557.

³³⁵ Gürzumar s. 144.; Gümüş, s. 555.

³³⁶ Gürzumar s. 143.; Gümüş, s. 555.

³³⁷ Gürzumar, 148.; Esener ve Güven, s. 392.

sözleşmesinde belirlenen bedeli ödememek için bu hakkını kullanmaktan çekinebilir. Söz konusu bedelin olması gerekenden daha düşük belirlenmesi durumunda da yüklü taşınmaz malikini koruma amacıyla eklenen bu hüküm, gayesinden uzaklaşmış olacaktır. Ayrıca üst hakkı sahibinin kusuru bu bedelin belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir. Bu nedenlerle bir üst hakkı sözleşmesinde, süresinden önce üst hakkının devir istemi karşılığında yüklü taşınmaz maliki tarafından ödenecek bedelin belirlenmesine ilişkin önceden şartları oluşmadan taraflarca yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzlükle sakat olacaktır. Yüklü taşınmaz maliki açısından süresinden önce üst hakkı devrini talep etme hakkı doğduktan sonra ise taraflar ödenecek bedel konusunda anlaşma yapabilirler.³³⁸

Üst hakkının, herhangi bir bedel ödenmeksizin yüklü taşınmaz malikine devredilebileceğine ilişkin anlaşmalar ve kayıtlar, emredici özellikteki bu maddeye aykırılığı nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır.³³⁹

5. Taşınmaz Maliki Tarafından Üst Hakkının Süresinden Önce Devrini İsteme Hakkının Kullanılması ve Hakkın Kullanılmasına Bağlanan Sonuçlar

Yüklü taşınmaz maliki TMK m. 831'deki şartların gerçekleşmesi ile birlikte tek taraflı bir irade beyanıyla üst hakkının kendisine devrini talep edebilir. Böylece devir ilişkisi kurulmuş olur. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı tarafından yayımlanmış üst hakkına ilişkin genelgede³⁴⁰ de bu husus düzenlenmiştir.

Üst hakkı sözleşmesinin ve yüklü taşınmaz malikinin üçüncü kişiye devredilmemiş olması durumunda, yüklü taşınmaz malikinin talebi ile üst hakkının devri aşamasına geçilir ve taraflar arasındaki ilişkinin tasfiyesi üst hakkı devir işlemlerinin tamamlanmasıyla sona erer.

³³⁸ Demirsatan, s. 113. Aksi görüşte olan Gümüş'e göre, tarafların anlaşmaları neticesinde resmi senette yer alacak olan bu bedel, sadece tarafları bağlayacaktır ve bedelin cüzi halefler karşısında etkisi olmayacaktır. (Bkz. Gümüş, s. 557.)

³³⁹ Gürzumar, s. 134-135.; Gümüş, s. 558.

³⁴⁰ Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı, Tarih: 15.06.2010, Sayı: B.09.1.TKG0100001- 073/, Genelge No: 1705.

Üst hakkı sözleşmesinin süresinden önce devir hakkının ileri sürülmesi sonrasında, yüklü taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı bir başkasına devretmesi durumunda yeni yüklü taşınmaz maliki eski yüklü taşınmaz malikinin yerine kanun gereği kaim olur. Böylece yeni yüklü taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi arasındaki hukuki ilişkide herhangi bir değişiklik olmaz. Taraflar arasındaki süresinden önce devir süreci ve ilişkisi aynı şekilde devam eder.

Yüklü taşınmaz maliki üst hakkının süresinden önce devrini talep etmesine rağmen üst hakkı sahibinin, kötü niyetle hareket ederek üst hakkını başka bir kişiye devretme, üst hakkına dayalı olarak ipotek tesis etme ihtimali bulunmaktadır. Bu durum ise yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının devredilmesini talep etme ve sözleşme ilişkisini tasfiye etme hakkını tehlikeye düşürecektir. Bu durumun pratikteki sakıncalarını en aza indirmek amacıyla HMK m. 389 vd. maddelerinde düzenlenmiş “İhtiyati Tedbir” hükümlerinden faydalanılması gerektiğini düşünmekteyiz.³⁴¹ Pekcanitez, Atalay ve Özkes ihtiyati tedbiri, “*İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı ya da davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş ya da sınırlı olabilen hukuki korumadır.*” şeklinde tanımlamaktadır.³⁴²

Süresinden önce devir hakkının kullanılmasına neden olacak koşulların varlığı halinde, bu hakkın kullanımından sonra ve fakat hakkın yüklü taşınmaz malikine devredilmesinden önce, yüklü taşınmaz maliki, HMK hükümlerine göre ihtiyati tedbir yoluna başvurabilir. HMK m. 389/f. 1³⁴³ ihtiyati tedbirin şartlarını düzenlemiştir. Bu hükümde yazılı koşulların varlığından şüphe eden ve üst hakkının kendisine devredileceği konusunda endişeleri olan yüklü taşınmaz maliki, HMK m. 390 uyarınca, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden; ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep edebilir.

³⁴¹ Yargıtay 14 HD., 30.04.2009, E. 2009/2142, K. 2009/5473, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (08.03.2019).

³⁴² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 571.

³⁴³ HMK m. 389/f. 1: “*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*”

Üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devrine ilişkin olarak doktrindeki bir görüşe göre, tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olmayan bağımsız bir üst hakkı sadece tescille devredilebilir. Bu görüşün kabulü durumunda, tescil talebinde bulunma yetkisi üst hakkı sahibine aittir.³⁴⁴

Devrin tescille gerçekleştiği durumlarda, üst hakkı sahibi devri gerçekleştirmekten kaçınırsa, TMK m. 716/f. 1 hükmü³⁴⁵ kıyasen uygulanır.³⁴⁶ Bu madde kapsamında, TMK m. 836 hükmünde düzenlenen ve yüklü taşınmaz malikinın kullandığı üst hakkının süresinden önce devir hakkı gereğince yüklü taşınmaz maliki, üst hakkının kendisine hükmen devredilmesini talep edebilir. Böylece hakkın terkinini değil; TMK m. 826 hükmündeki esas hatlar korunarak hakkın yüklü taşınmaz malikine dönmesi sağlanır. Kısacası yüklü taşınmaz maliki, mahkeme kararının kesinleşmesi ile üst hakkını kazanabilecektir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, taşınmaz olarak kayıtlı olmayan bağımsız bir üst hakkının devri, alacağın devri hükümleri uyarınca yapılacak; TBK m. 185'te bahsi geçen mahkeme kararı ile üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devredilmiş olması sağlanacaktır.³⁴⁷

TMK m. 831 vd. maddelerinde düzenlenen süresinden önce devir hakkına ilişkin olarak herhangi bir hak düşürücü süre kanunda belirlenmemiştir. Öncelikle devir hakkının talep edilmesi yönünü inceleyecek olursak; bu konuda bir görüş birliği yoktur ve birçok ayrı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, kanunda bu hususa ilişkin olarak bir düzenlemenin olmayışı nedeniyle bu hakkın ileri sürülebilmesi konusunda da herhangi bir kısıtlamaya gidilemeyecektir. Ancak yine de bu görüş, TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmemesi gerektiğini veya yüklü taşınmaz malikinın bu hakkı kullanacağına ilişkin beyanını dürüstlük kuralı çerçevesinde, ondan

³⁴⁴ Gürzumar, s. 148.

³⁴⁵ TMK m. 716/f.1 ; “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”

³⁴⁶ Demirsatan, s. 123.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1007.

³⁴⁷ Gürzumar, s. 149.

beklenebilecek zaman diliminde, ileri sürmemesinin hak kaybına yol açacağını ileri sürmektedirler.³⁴⁸

Bununla beraber, süre ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmamış olmasını kanun boşluğu olarak görüp, süresinden önce devir hakkını temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına benzeterek buna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunan bir görüş de vardır.³⁴⁹ Bu görüşe göre, öncelikle ihlalin giderilmesi için bir süre tanındıktan sonra hak kullanılabilir.

Bir diğer görüş de önalım hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını ve bu nedenle yüklü taşınmaz maliki tarafından üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlalini gerçekleştirdiğini öğrendikten itibaren üç ay içerisinde bu hakkın kullanılması gerektiğini belirtir.³⁵⁰ Kanunda belirtilen koşulların oluşması sonrasında yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının devrini talep edebilmesi için öncelikle, uygun bir bedeli ödemesi gerekmektedir. Yüklü taşınmaz maliki tarafından ödenmesi gereken uygun bedel borcu, devir hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın üst hakkı sahibine ulaşmasıyla doğar. Üst hakkı sahibinin devir borcu ise talep hakkının beyan edilmesi ile değil; uygun bedelin ödenmesi ile doğacaktır.

Bir görüşe göre hem devir borcu hem de uygun bedel ödeme borcu, doğumundan itibaren TBK m. 146'da belirtilen on yıllık zamanaşımı süresine tabi olmalıdır.³⁵¹ Bizim de katıldığımız bir görüşe göre ise, yüklü taşınmaz maliki, ihlal durumu ve neticelerine göre kanundan doğan bu hakkın kullanımını mevcut olan en kısa sürede yerine getirmelidir ve TMK m. 2 objektif iyi niyetten uzak, hakkın kötüye kullanımına yol açacak bir uygulamadan kaçınmalıdır.³⁵² Aksi takdirde, ihlal durumunun ortaya çıkması neticesinde, yüklü taşınmaz malikinin bu hakkını kullanmaması ve üzerinden oldukça zaman geçmesi ile yüklü taşınmaz maliki tarafından bu ihlal durumunun zımnen kabul edildiği ve bu hakkın kullanılmayacağı anlaşılır. İhlal durumunun neticesinde yüklü

³⁴⁸ Ayan, s. 92.

³⁴⁹ Demirsatan, s. 117.

³⁵⁰ Esener ve Güven, süresinden önce üst hakkının devrine ilişkin talebin zamanaşımına tabi olmadığını savunmaktadır. (Bkz. Esener ve Güven, s. 392.)

³⁵¹ Demirsatan, s. 119.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1007 ve Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1007 dipnot 480m'de belirtilen yazarlar.

³⁵² Gürzumar, s. 149.

taşınmaz malikinin bu hakkını kullanmamış olması, Türk Borçlar Kanunu gereği sahip olduğu diğer hakları ortadan kaldırmamaktadır.

Üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devredilmesiyle birlikte, üst hakkı malik lehine kurulmuş üst hakkı haline gelir.

a. Üst Hakkının Süresinden Önce Taşınmaz Malikine Dönmesi Halinde Üst Hakkı Sahibinin Üst Hakkı Konusu Taşınmaz Üzerinde Tesis Etmiş Olduğu Diğer Ayni ve Şahsi Hakların Akıbetinin Ne Olacağı Hususu

Koşulların ve işlemlerin yerine getirilmesi ardından üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devredilmesiyle üst hakkı, malik lehine kurulmuş bir üst hakkı haline dönüşür. Dolayısıyla süresinden önce devir hakkının kullanılması sonucunda üst hakkı, hukuki varlığını korumakta olup, üst hakkının terkinini değil; devri söz konusu olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu m. 831'in lafzından da anlaşılacağı üzere, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkını bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte devir almaktadır.³⁵³ Bu nedenle üst hakkı üzerinde kurulmuş ayni haklar için herhangi bir olumsuz sonuç doğmayacaktır. Malik üst hakkı üzerindeki ayni hakları ancak hak sahiplerinin rızasıyla terkin ettirebilir. Görüldüğü üzere yüklü taşınmaz maliki, tesis edilmiş olan üst hakkının kendisine devredilmesini talep edebiliyorken; bu üst hakkı üzerinde tesis edilmiş tüm ayni haklara da katlanmakla mükellef olmaktadır. Tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının üzerinde tesis edilmiş bir rehin hakkının bulunduğunu, taşınmazın üzerinde inşa edilmiş yapıların da kiraya verildiğini düşünelim. Bu üst hakkının sahibinin kanunda belirtilen nedenlerle üst hakkını yüklü taşınmaz malikine devretme borcunu doğması durumunda, yüklü taşınmaz maliki ve üçüncü kişilerin hukuki durumu ne olacaktır? Burada üst hakkı terkin edilmediğinden ve yüklü taşınmaz maliki aynı zamanda üst hakkı sahibi sıfatını da haiz olacağından, bu üst hakkı üzerinde kurulu rehin hakları da terkin edilmeyecek ve yürürlükte kalmaya devam edecektir. Kiralanan yapıların durumu, konut ve çatılı iş yerlerinde, TBK m. 350'de belirtilen hükümlere; adi kira sözleşmelerinde ise, TMK m. 310/f.1'e göre ele alınacaktır.

³⁵³ Esener ve Güven, s. 392.

Diğer bir deyişle, adi kira sözleşmelerinde sözleşmenin kiraya veren tarafı yüklü taşınmaz maliki olacaktır.

Sözleşmenin bir tarafının bir kamu idaresi olması durumunda bu hususun nasıl değerlendirileceğini inceleyelim. İkinci bölümde incelenmiş olan kamu mevzuatlarını bir de bu açıdan irdeleyelim.³⁵⁴ Öncelikle, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bir örnek üzerinden ilerleyecek olursak; bir kamu idaresinin Hazine'ye ait bir taşınmaz üzerinde bir kişiye bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tahsis ettiğini ve tapu sicilinde bu kişi ile Milli Emlak arasında bağımsız ve sürekli bir üst hakkı sözleşmesi akdedildiğini düşünelim. Lehine üst hakkı tesis edilen kişinin üst hakkı konusu gayrimenkul projesinin finansmanı ile ilgili olarak bir bankadan proje finansmanı kullandığını; bankanın söz konusu kredi ilişkisinin teminatı olarak da üst hakkı üzerinde ipotek hakkı elde etmek istediğini ve kendisine bu ipotek hakkın tanındığını, akabinde üst hakkı sahibinin bir yandan gayrimenkul inşasına başladığını ve bu süreçte gayrimenkulü ticarileştirmek için kira sözleşmeleri akdettiğini düşünelim. Bu noktada üst hakkının süresinden evvel yüklü taşınmaz malikine yani kamu idaresine dönmesi ile ilgili hukuki sürecin nasıl olacağını tasavvur etmeye çalışalım. Uygulama açısından baktığımızda, kamu idareleri hem kamu mevzuatı hem de üst hakkı sözleşmelerine tek taraflı koydukları hükümler ile üst hakkını iptal hakkını elde etmek istemektedirler. Kamu mevzuatında yer yer üst hakkı sahibinin üst hakkına dayalı olarak kat mülkiyeti, kat irtifakı kuramayacağı; herhangi bir üst hakkı bedeline ilişkin taksitin zamanında ödenmez ise veya TMK m. 831'de öngörülen haller dışında da üst hakkının iptal edileceği, üst hakkı sahibine herhangi bir bedel de ödenmeyeceği şeklinde hükümlerin bulunduğu görülmektedir.

Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik de Türk Medeni Kanunu'nda yer alan üst hakkına ilişkin bazı konularda çelişmektedir. Bilindiği üzere, Anayasamızın 124'üncü maddesinin ilk fıkrası, yönetmeliklerin kanuna aykırı düzenlenemeyeceğini öngörmektedir.³⁵⁵

³⁵⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B altında yapılan açıklamalara.

³⁵⁵ Anayasa m. 124/f. 1: “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”

Kanaatimizce; üst hakkını kuran sözleşmenin bir özel hukuk işlemi olduğu; tarafı kim olursa olsun, hakkın tesisinden sonra bakılacak hükümlerin artık Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükümler olduğu; kanuna aykırı olan yönetmelik hükümlerinin ise batıl olduğu yönündedir. Yönetmelikler, kanuna aykırı olamaz³⁵⁶ ve bu nedenle de bizim görüşümüz, Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanmasının daha doğru olduğu yönündedir. Bu durum kanunla çelişen ve aşağıda incelenen tüm hususlar için geçerlidir.

Türk Medeni Kanunu'nu ile çelişen ana husus, 21.07.2006 tarihli ve 26235 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik'in 24. maddesinde düzenlenen "Tahsisin iptali ve sözleşmenin feshi" hükmüdür. Yönetmelik'in 24. maddesinde, üst hakkı sözleşmesine aykırı hareket eden veya tahsis koşullarına aykırı davranan girişimcilerin, kesin tahsislerinin ve sözleşmelerinin iptal edileceği; ayrıca girişimcilere hiçbir bedel ödenmeden, tüm haklarının sona ereceği belirtilmiştir. Halbuki TMK m. 831 uyarınca, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkının süresinden önce kendisine devrini, ancak üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırını *ağır şekilde aşması* veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine *önemli ölçüde aykırı davranması halinde* talep edebilir. Türk Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemenin yapılma nedeni, taraflar arasındaki dengenin sağlanmaya çalışılması iken; Yönetmelik bu dengeyi tamamen bozan ve bir tarafın daha güçlü olduğu bir durum yaratmaktadır.

Türk Medeni Kanunu m. 833'te üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, üst hakkını sona erdirme yetkisi bakımından üst hakkının süresinden önce devrine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Üst hakkının süresinden önce devir hakkının kullanımının koşulu uygun bir bedel ödemektir.³⁵⁷ Ancak Yönetmelik, açıkça herhangi bir bedelin ödenmeyeceğini kabul etmiştir . Bu düzenleme de Türk Medeni Kanunu'na aykırıdır ve yukarıda da açıkladığımız üzere, bu düzenlemeler yerine Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir.

Konu hakkında ikinci bir örnek olarak, 20.10.2005 tarihli ve 25972 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullandırılması

³⁵⁶ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medeni Hukuk, 28. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2022, s.41 vd.

³⁵⁷ Sirmen s. 605.; Esener ve Güven, s. 392.; Ertaş s. 524.

Hakkında Yönetmelik kapsamında üst hakkını inceleyelim. Yukarıda da bahsi geçtiği üzere Anayasa'nın 124'üncü maddesi gereğince, yönetmelikler kanuna aykırı olamaz. Bu nedenle Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullandırılması Hakkında Yönetmelik'in 16. maddesinde düzenlenen ve sözleşmenin sona ermesi durumunda üst hakkı sahibine yüklü taşınmazın maliki olan tarafın herhangi bir bedel ödemeyeceğine ilişkin hüküm, süre verilse dahi aykırılıktan dolayı yüklü taşınmaz malikine sözleşmenin feshedilmesi imkânı verdiği için Türk Medeni Kanunu'na aykırı olarak düzenlenmiştir ve hükümsüzdür. Bu nedenle de bizim görüşümüz, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre muhakeme yapılmasının daha doğru olduğu yönündedir. Diğer bir deyişle, ilgili Yönetmelik uyarınca tahsis edilmiş bir üst hakkı olsa bile, üst hakkının sona ermesine ilişkin olarak izlenecek yol, yüklü taşınmaz maliki gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olduğunda hangi yol izlenecek ise onun ile aynı olmalıdır. Dolayısıyla üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde, üst hakkı terkin edilmeyecek ve üst hakkı idareye devredilecektir.

Son bir örnek olarak, 19.06.2007 tarihli ve 26557 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik" uyarınca, tesis edilen üst haklarının durumunu inceleyelim. Yönetmelikte, müşteri olarak tanımlanan kişinin, üst hakkı kurulan taşınmazı, sözleşmesinde belirtilen amaç dışında kullanması durumunda, idareye bir hak tanınmıştır. İdare bu durumda, önce bir ihtar gönderecek ve en az on günlük süre verecek; bu süreye rağmen ihlal durumu düzeltilmezse sözleşmeyi feshedebilecektir. TMK m. 831'de düzenlenen üst hakkının süresinden önce devrine ilişkin istem, sözleşmede kararlaştırılmasa bile kanun gereği doğan eşyaya bağlı borçlardandır. Bu sona erdirme yönteminde, kesin teminat, hem Hazineye gelir kaydedilecek; hem de sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir. Ancak bir kez daha belirtmek gerekir ki, sözleşmenin tarafı idare de olsa yine TMK m. 831 uygulama alanı bulmalıdır.

Kamu mevzuatının, üst hakkının süresinden önce devrine ilişkin TMK m. 831 hükmüne aykırı olan hükümlerinin değiştirilmesi ve böylece mevzuatların birbiriyle uyumlaştırılması gerekir. İdarenin tek taraflı olarak tapu siciline imzalanmak üzere

gönderdiği matbu sözleşmelerin, hukuk yargılamasında, genel işlem koşullarına ilişkin denetime (içerik ve yürürlük denetimine) tabi olacağı da aşıkardır. Bizim önerimiz bu noktada, üst hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren tüm kamu mevzuatlarına ek bir madde eklenmesi ve üst hakkı sahibinin Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen haklara sahip olduğunun net şekilde belirtilmesidir. Mevcut uygulamada projenin üst hakkının iptal edildiği şeklinde haberler görmekteyiz. Halbuki tapu sicilinde sürekli ve bağımsız nitelikteki üst hakkı için açılan ayrı sayfa ve bu ayrı sayfada kurulmuş ipotek, intifa, kira sözleşmesi şerhleri öylece durmaktadır. İdarenin yapması gereken, TMK m. 831'e göre süresinden önce üst hakkının kendisine dönmesi için talepte bulunmak ve arazi üzerine yapılmış yapılar için de üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödemesi ve/veya süresinden önce dönme durumunda hak ve yükümlükleri ile üst hakkı kendisine döneceği için (örneğin üst hakkı üzerinde kurulmuş bir ipotek nedeniyle doğan zararlar için) tazminat davası açmak olmalıdır. Ancak böyle bir davada, yükümlü taşınmaz malikine dönen yapılar için uygun bir bedel ödenmesi ile yükümlü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibinin işlemleri nedeni ile varsa uğradığı zararların denkleştirilmesi tartışılabilir.

Belirttiğimiz üzere, üst hakkı ile ilgili idare hukukuna ilişkin mevzuatta, Türk Medeni Kanunu'na uygun şekilde düzenlemelerin yapılması uygun olur. Bu konuda, doktrindeki idari mevzuata öncelik tanınması ya da menfaatler dengesi bakımından kamu menfaatinin üstün tutulmasını öneren görüşe katılmıyoruz.³⁵⁸ Bizim kanaatimiz, bu düzenlemeler yapılmadığı takdirde, olası bir ihtilafta, konunun yukarıda bahsettiğimiz şekilde hukuk yargılaması önünde, Türk Medeni Kanunu'na göre bir yargılama yapılması gerektiğidir.

b. Taşınmaz Malikinin Borçlar Hukuku Hükümlerine Göre Üst Hakkı Sahibine Karşı Tazminat Davası Açabilmesi ve Bunun Şartları

Yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibi tarafından üst hakkından doğan yetkilerin ağır şekilde aşılması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edilmesi nedeniyle bir zarara uğramışsa, bu zararı, TMK m. 831 uyarınca talep

³⁵⁸ Gürzumar, s. 205.

edememektedir. Yüklü taşınmaz maliki bu durumda, genel hükümlere gidecek ve üst hakkı sahibi tarafından olumlu zararlarının giderilmesini isteyecektir.

Ancak yüklü taşınmaz malikinin tazminat talep edebilmesi için öncelikle bazı koşulların meydana gelmiş olma şartı aranır. Yüklü taşınmaz malikinin tazminat talep edilebilmesi için, üst hakkı sahibi, sözleşmeden doğan borcunu, ifası mümkün olmasına rağmen hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve yüklü taşınmaz maliki bu borcun yerine getirilmemesi nedeniyle zarara uğramış olmalıdır. Ayrıca, borcun ihlali veya yerine getirilmemesi ile uğranılan zararlar arasında uygun bir illiyet bağı olmalıdır.

Bu şartların mevcut olduğunu düşündüğümüzde, acaba yüklü taşınmaz malikinin tazminat alacağı ile onun üst hakkının süresinden önce devrinin talep edilebilmesi için ödemekle yükümlü olacağı bedel borcu birbiri ile takas edilebilir mi sorusunun cevaplandırılması gerekir. Tarafların birbirlerine olan aynı cins borçlarının şartları varsa azı tutarında sukut ettirilmesi takas olarak adlandırılır (TBK m. 143).³⁵⁹ Takas için her iki tarafın da birbirinden alacaklı olması, alacak türlerinin aynı olması, takas yapmak isteyen tarafın alacağının ifası istenebilir, borcunun da ifa edilebilir olması ve takas beyanında bulunacak olan tarafın takastan feragat etmemiş olması gerekmektedir.³⁶⁰ Eğer somut olayda bu şartlar gerçekleşmiş ise, örneğin yüklü taşınmaz maliki, uğradığı zararın giderilmesine ilişkin alacağı ile üst hakkını süresinden önce devreden tarafa olan (bedel) borcunu takas edebilir.

D. Sözleşmede Kararlaştırılmışsa Eşyaya Bağlı Borç Konusu Olan Hususlar

TMK m. 830'daki düzenlemeye göre üst hakkının sona ermesi üzerine, yüklü taşınmazın eski haline getirilmesi borcu ile taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi gereken bedel borcu ve bu bedel ödeme borcunun ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar resmî şekle bağlı kılınmıştır.

Yüklü taşınmaz maliki, üst hakkının sona ermesi sonucunda, mülkiyet hakkının kapsamına girecek yapılar için bir bedel ödemek zorunlu değildir. Ancak, TMK m. 829

³⁵⁹ Oğuzman ve Öz, s. 602.

³⁶⁰ Yavuz, s. 860-865.

gereğince, taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilir ve taraflarca uygun bir bedel ödenmesi kararlaştırılmışsa, bedelin miktarı ve hesaplanış biçimi de resmî şekilde sözleşmede belirlenir.³⁶¹ Bedel ödeme borcuna ilişkin anlaşmanın tapu kütüğüne şerh verilmesi ile birlikte, borcun meblağı ve hesaplanış biçimi, cüzi halef olan yüklü taşınmaz maliklerine karşı da ileri sürülebilir.

TMK m. 830 hükmünde belirtilen borçların şerh edilmesi halinde bu borçların eşyaya bağlı borç olma niteliği kazanacağı açıktır. Şerh işlemi, yüklü taşınmaz üzerinde yapılacaktır. Böylece yüklü taşınmaz maliki kim olursa olsun, kendisine kalan yapılar için belirlenen bedeli ödemekle; üst hakkı edinen her kişi de yüklü taşınmazı eski haline getirmek ile yükümlü olacaktır.

E. Üst Hakkı Sözleşmesinde Nispi Borçlar

Tarafların üst hakkı sözleşmelerinde TMK m. 827 hükmünde belirtilen hususlara dair vardıkları anlaşmalar herkes için bağlayıcıdır. Ancak, Eşya Hukuku'nda "sınırlı sayı ve tipe bağlılık" ilkesi benimsenmişken, Borçlar Hukuku alanında "sözleşme serbestisi" ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla taraflar, üst hakkı sözleşmesini oluştururken sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilmektedirler. Üst hakkı sözleşmesinde yer alan, eşyaya bağlı borç konusu oluşturmayan ve hakkın içeriğine dahil olmayan bu hükümler, sadece sözleşmeyi yapan taraflara ve onların külli haleflerine karşı ileri sürülebilmektedir.³⁶² Diğer bir deyişle, bir üst hakkı ilişkisinden doğan nispi borçlar, yalnızca sözleşmeyi yapan taraflar ve onların külli halefleri üzerinde etkili olacaktır.

Sözleşmeden doğan borçların borcun nakli hükümleri uyarınca devralınması halinde ise bu hükümler, üst hakkını veya yüklü taşınmazı devralan cüzi haleflere karşı da ileri sürülebilir bir nitelik kazanır. Bu ilişkiyle paralel olarak, yüklü taşınmazı veya üst hakkını devralan kişi tarafından nispi hak niteliğinde olan ve üst hakkı sözleşmesinden doğan alacakların iktisap edilebilmesi için de alacağın temlik hükümleri ile hakkın devralınması gerekir.

³⁶¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1003; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 712.

³⁶² Gürzumar, s. 150.

Üst hakkı sözleşmesinden doğan üst hakkı sahibinin nispi borçları, nispi borçların özellikleri ve tarafların diğer nispi borçları aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

1. Üst Hakkı Sahibinin Karşı Edim Borcu

Türk Medenî Kanunu'nda üst hakkının ivazsız olarak kurulup kurulamayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, “çoğun içinde az da vardır” prensibiyle tarafların üst hakkını ivazsız olarak da tesis edebileceklerini kabul etmek gerekir.

Ancak uygulamaya bakıldığı zaman, çoğunlukla üst hakkının bir bedel ve/veya irat karşılığı tesis edildiğini³⁶³ söyleyebiliriz.³⁶⁴ Bu suretle, tarafların üst hakkının karşılığı olarak bir edim belirleme hususunda anlaşmaları durumunda, üst hakkı sahibi tarafından peşin ve/veya taksitli olarak ödenecek bir bedel ya da üst hakkı süresince devam edecek olan bir üst hakkı iradı kararlaştırılır.³⁶⁵ Hem üst hakkı iradı hem de üst hakkı bedeli, üst hakkının içeriğine dahil olmayan bu nedenle de nispi bir ilişki kuran karşı edimdir.³⁶⁶ Bu nedenle şahsi bir borç doğurmakta olup, sadece kaynağı olan sözleşmenin tarafları ve külli halefleri arasında hüküm ve sonuç doğurmaktadır.³⁶⁷

a. Üst Hakkı Bedeli

Üst hakkının tesisi için ödenecek karşılığa bedel denmektedir. Bu bedel bir miktar para olabileceği gibi kararlaştırılmış başka bir husus da olabilir.

Üst hakkının ekonomik işlevlerinden biri de taşınmazın maliki olmaya gerek olmaksızın taşınmazda inşaat yapabilme veya mevcut inşaatı muhafaza ederek bu yapıların mülkiyetinin üst hakkı sahibine tanınmasıdır. Bu nedenle üst hakkı ivazının para borcu olarak karşımıza çıktığı durumlarda, bu meblağın yüklü taşınmaz ve yapının üst hakkı sahibine devri için ödenmesi gereken tutardan daha düşük olması beklenir. Aksi

³⁶³ Ayrıca taraflar üst hakkı bedeli için para ödeme edimi dışında başka bir edim üzerinde de anlaşabilirler.

³⁶⁴ Ünal s. 91.; Gümüş, s. 559.

³⁶⁵ Ünal, s.191-192.; Gürzumar, s. 151.; Gümüş s. 559.

³⁶⁶ Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap, Mahdut Ayni Haklar, (Menkul Rehni Hariç), s. 264; Akipek, Üst Hakkı Kavramı, s. 262.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 863.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 955.; Ünal, s. 193.; Gürzumar, s. 152.; Gümüş, s. 559.

³⁶⁷ Isler ve Costantini, s. 1510.

takdirde üst hakkı tesisinin, mülkiyet hakkının iktisabına oranla ekonomik anlamda bir farkı kalmayacak ve bu işlevi yitirilmiş olacaktır.

Bedel ödeme borcu ister taksitli ister peşin olsun veya tutarı her ne olursa olsun, cüzi haleflere karşı ileri sürülemez, sadece taraflar ve külli halefleri arasında hüküm ifade eder³⁶⁸ Söz konusu hükümlerden doğan borçların üst hakkını devralan cüzi haleflere karşı da ileri sürülebilmesi ancak bu kişilerin söz konusu borçları borcun nakli hükümlerine göre devralmaları halinde mümkün olabilir. Yine yüklü taşınmazı devralan cüzi halefin üst hakkı sözleşmesinden doğan nispi hak niteliğinde olan bir alacağı kazanması da alacağın temliki hükümlerine uyarak bu alacağı devralması halinde söz konusu olabilir.

b. Üst Hakkı Geliri (İradı)

Taraflar, üst hakkı sahibinin belirli aralıklarla yüklü taşınmaz malikine para ödemesi konusunda anlaşmış olabilir. Bu durumda ödenecek bu meblağa üst hakkı geliri veya iradı denmektedir.³⁶⁹

Sözleşmede kararlaştırılmış olan irat, hak sahibinin üst hakkından ne kadar faydalandığına veya faydalanabildiğine bakılmaksızın, sözleşmede belirtildiği şekilde ödenir. Bu tutarı ödemekten imtina edebilmek için, üst hakkı konusu taşınmaz ve yapının mücbir sebeple tamamen ortadan kaybolması gerekmektedir.

TMK m. 834'te üst hakkı iradının güvence altına alınmasıyla ilgili olarak bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu düzenlemeye göre yüklü taşınmaz maliki, kendisine irat olarak borçlanılmış bir edimin teminat altına alınmasını sağlamak amacıyla, üst hakkı sahibinden tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkının ipotek edilmesini talep edebilecektir.³⁷⁰

³⁶⁸ Gürzumar s. 152.; Gümüş, s. 559.

³⁶⁹ Arif Barış Özbilen, Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı, TBB Dergisi, 2016, S. 126, <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2016-126-1604> (10.09.2019), s. 278-279.

³⁷⁰ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 957.; Gürzumar, s. 130.; Erekmekçi, s. 79.; Demirsatan, s. 25.

En çok üç yıllık irat için ipotek tesis edilebilmektedir.³⁷¹ Üst hakkı sahibinin bu ipoteğin kurulmasını sağlama yükümlülüğü vardır. Bu borç üst hakkına bağlı bir borçtur. Ancak ipotekle güvence altına alınsa bile sözleşmede kararlaştırılan irad ödeme borcu nispi borç olma özelliğini kaybetmemektir.

Bu noktada ifa güçlüğüne değinmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki:

Üst hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında düzenlenen üst hakkı sözleşmesinde kararlaştırılan üst hakkı bedelinin veya gelirinin, sözleşme ilişkisi kapsamında ifa edilmesi gerekmektedir. Sözleşme hukukunda asıl olan, sözleşmeye bağlılık ilkesidir ve bu ilke hukuksal güvenlik, dürüstlük ve doğruluk kuralının gereği olarak sözleşme hukukunun temelini oluşturur. Ancak, sözleşmesel ilişki kapsamında taraflarca öngörülmeleyen bazı olağanüstü durumların oluşması neticesinde, kanunda belirtilen şekilde aşırı ifa güçlüğü meydana gelebilir. Ayrıca genel olarak, üst hakkı sözleşmelerinin uzun vadeli yapısı nedeniyle tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihte var olan koşulların daha sonraki bir tarihte değişebileceği gerçeğini dikkate almaları gerekmektedir.³⁷² Böylesi bir durumda, sözleşmeye bağlılık ilkesinden sapmamak, hakkaniyete ve dürüstlük kuralına aykırılık doğurabilir. Bu durumun önüne geçebilmek için TBK m. 138 ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olmayan, bir düzenleme getirilmiştir.

TBK m. 138 hükmündeki bu uyarlama ya da sözleşme ilişkisini sonlandırma düzenlemesi ile sözleşmenin tarafları arasında, sonradan ortaya çıkan, öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü sebepler nedeniyle ortaya çıkan karşılıklı edimler arasındaki dengesizliğin ortadan kaldırılması hedeflenmektedir.³⁷³

TBK m. 138'den de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasından ve uyarlamamanın mümkün olmadığı durumlarda borç ilişkisini sona erdirmeye imkân tanıyan aşırı ifa güçlüğünden söz edebilmek için bazı koşulların oluşması gerekmektedir.

³⁷¹ Esener ve Güven, s. 392.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 957.; Gürzumar, s. 132.; Karahasan, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 163.; Gümüş, s. 562.; Ertaş, s. 511.

³⁷² Isler ve Costantini, s. 1510.

³⁷³ Bu yönde bkz. Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, s. 15.; Demirsatan, s. 71.

Bu koşullardan ilki, sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların öngöremeyeceği ve aynı zamanda da öngörülmesi beklenmeyen olağandışı bir durumunun ortaya çıkması gerektiğidir. Öngörmeye ilişkin husus, her bir somut olayda kendi içinde değerlendirilecektir; ancak, temel kriter, hayatın olağan akışında tarafların hesaba katması beklenmeyen durumların öngörülemez olduğudur. Ekonomik kriz, devalüasyon gibi durumları örnek olarak verebiliriz.

Koşullardan ikincisi, olağanüstü durumun borçludan kaynaklanmayan nedenlerle meydana gelmesi gerektiğidir. Borçlu kendi kusuruyla borcunu yerine getiremeyecek duruma gelmiş olmamalıdır. Borçlunun TBK m. 138'deki haklardan yararlanabilmesi için borçluya atfedilebilir bir kusurun var olmaması gerekir.

Koşullardan üçüncüsü, meydana gelen bu olağanüstü durumun, sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olan olguları, borçludan aynen ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede onun aleyhine değiştirmiş olması gerektiğidir. Burada değişikliğin ölçütü olarak, dürüstlük kuralı belirlenmiştir. Bu nedenle her somut olayda bu durumu değerlendirmek gerekecektir.

Koşullardan dördüncüsü, borçlunun borcunu ifa etmemiş olması gerektiğidir. Zira yerine getirilmiş bir borcun uyarlanması artık mümkün değildir. Bununla beraber istisnai olarak, borçlu borcunu yerine getirirken ifanın aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutmuşsa, yine bu düzenlemeden yararlanabilir.

Tüm bu koşulların mevcut durumda var olmasıyla, üst hakkı sözleşmesi de uyarlamaya konu olabilecektir.^{374, 375}

³⁷⁴ Demirsatan, s. 72.

³⁷⁵ Yargıtay, “Burada öncelikle belirtmek gerekir ki tarafların özgür iradeleri ile yaptıkları sözleşmelere uymaları sözleşme hukukunun sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) kuralının bir sonucudur. Kural olarak da sözleşme hükümlerine sözleşmenin yapıldığı andaki gibi aynen uyulması gerekir. Çünkü taraflar sözleşmenin yapıldığı tarihte çıkarlarını gözetmiş, sözleşme hükümlerini bu çıkarlarını dikkate alarak yapmış kabul edilir. Ancak, uzun süreli sözleşmelerde zaman içerisinde edimler arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hallerin meydana gelmesinden ötürü mevcut sözleşme hükümlerinin taraflardan herhangi biri açısından çekilmez hale gelmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda sözleşmenin o tarafını sözleşme hükümlerine uymasını beklemek adaletsizliğe yol açabilir.

Uygulama ve doktrinde böylesine bir durum ortaya çıkmışsa sözleşmeye müdahale edebileceği, ortaya çıkan dengesizliğin bu yolla giderilebileceği, açıkçası sözleşmenin o hükmünü hakimin müdahalesi yoluyla günün koşullarına uygun hale getirmesi kabul edilmektedir.” diyerek intifa hakkı karşılığında tespit edilen bedelin uyarlama hükümlerine tabii kılınabileceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 14. HD., 29.09.2006, E. 2006/8036, K. 2006/10113), Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (20.10.2019).

Borçlu TBK m. 138 uyarınca iki imkana sahiptir: İlk imkan, sözleşmenin yeni koşullara göre uyarlanmasını talep etmek olup, bir diğeri ise sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı durumlarda, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıdır.

Borçlu, sözleşmenin yeni oluşan koşullara göre uyarlanmasını isteyebilir.³⁷⁶ Bu durumda borçlu, mahkemeye başvuracak ve bu hakkını dava yolu ile kullanacaktır. Hâkim bu durumda, takdir yetkisini kullanarak bir karar verecektir. Eğer borçlu uyarlamamanın etkisiz kalacağını ve durumu düzeltmeyeceğini düşünerek sözleşmeden dönmeyi de içeren bir taleple dava açmış ise bu durumda, yine takdir hâkimin olacaktır. Hâkim, sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin uyarlanması kararı verebilir. Son çare olarak, sözleşmeden dönmeye gidilmesi ve hâkimin de bu çerçevede karar vermesi gerekmektedir.

Öncelikli olan, sözleşmeden dönme ile sözleşmesel ilişkinin sona erdirilmesi yolu değil; sözleşme hükümlerinin yeni koşula göre uyarlanmasını sağlamaktır.

Hâkim tarafından sözleşmenin uyarlanması konusunda karar verilmesi durumunda, belirlenen değişiklikler kendiliğinden sonuç doğuracaktır. Bununla beraber uyarlamamanın aleniyet kazanabilmesi için, bu durumun tapu siciline bildirilmesi ve kararın teslim edilmesi faydalı olacaktır. Böylece üçüncü kişilerin edinimleri, uyarlama ile gerçekleştirilecek değişikliklerin uygulanması hususunda farklılık yaratmayacaktır.

II. Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları

A. Üst Hakkının Sona Ermesi

TMK m. 828 ile 830 arasında, üst hakkının sona ermesinin sonuçları düzenlenmesine rağmen üst hakkının sona erme şekilleri, kanunumuzda özel olarak

³⁷⁶ Isler ve Costantini, s. 1508.

düzenlenmemiştir.³⁷⁷ Bu yüzden Türkiye’de kabul edilen görüş gereğince, eşyaya bağlı irtifakların sona ermesine dair kurallar kıyasen uygulama alanı bulmaktadır.³⁷⁸

TMK m. 783 uyarınca, bir irtifak hakkı olan üst hakkı, tescilin terkinin veya yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olmasıyla sona ermektedir. Üst hakkını sona erdiren hallerin başında terkin gelmekle beraber terkin dışı bazı hallerde de üst hakkının sona erdiğini görmek mümkündür.

Doktrinde üst hakkının sona ermesi terkin ve terkin dışı sona erme şeklinde ikili ayrımla ele alınmıştır³⁷⁹. Terkin ile sona ermeyi “Taraflarca sona erdirilmesi” başlığı altında tasnif eden bakış açısı da vardır.³⁸⁰ Biz de çalışmamızda üst hakkının sona ermesini; “Üst Hakkının Terkinle Sona Ermesi” ve “Üst Hakkının Terkin Dışında Sona Ermesi” şeklinde iki ayrı ana başlık altında inceleyeceğiz.

1. Üst Hakkının Terkinle Sona Ermesi

a. Genel Olarak

Üst hakkı, terkin işlemi ile maddi ve şekli yönden sona erer. Terkin kurucu bir işlemdir ve terkinin tamamlanmasıyla beraber hüküm ve sonuç doğurur.³⁸¹

³⁷⁷ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 958.; Ünal, s. 161.; Gürzumar, s. 183.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 162.; Gümüş, s. 536.

³⁷⁸ Köprülü ve Kaneti s. 171.; Aral, s. 69.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1002.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 951.; Ünal, s. 161-162.; Gürzumar, s. 183.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II s. 162.; Gümüş, s. 536.; Ayan, s. 945.; Erden, s. 333.; Ertaş, s. 515.; Aral s. 69. Akipek, üst hakkının sona ermesine ilişkin hükümler için haksız inşaat hükümlerinin uygulanmasını savunmaktadır. Bkz. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap, Mahdut Ayni Haklar, (Menkul Rehni Hariç), s. 198.

³⁷⁹ Gürzumar; s. 183 vd.

³⁸⁰ Karauz, s. 71

³⁸¹ Gürzumar, s. 183.

Terkin, bir tescilin üzerinin çizilmesi suretiyle hükümsüz hale getirilmesidir. Terkin üst hakkının sona erme nedenlerinin başında gelmektedir.³⁸² Terkin açıklayıcı değil; kurucu bir özellik taşımaktadır.³⁸³

Terkin, üst hakkını sona erdirmek için yapılabileceği gibi gerçeğe uygun olmayan bir tescilin düzeltilmesi için de gerçekleştirilebilir. Tapudaki tescilin terkinıyla birlikte üst hakkı da sona ermektedir.

Şahıs lehine kurulan üst hakkının sona ermesi için tapuda yüklü taşınmazın sayfasında terkin işlemini yapmak yeterlidir.³⁸⁴ Eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkının sona ermesi için ise terkin işleminin hem yüklü taşınmazın hem de hâkim taşınmazın tapu kütüğü sayfasında gerçekleştirilmesi gerekir. Eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkında, yararlanılan taşınmazın sayfasında yapılacak terkin açıklayıcı nitelikte kabul edilmekte iken yüklü taşınmazın sayfasında yapılacak terkin işlemi kurucu niteliktedir ve bu sayfada yapılan işlem, hakkın son bulması için yeterlidir.³⁸⁵

Ayrıca eşyaya bağlı olarak kurulan üst haklarında hâkim taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesis edilmişse, TMK m. 1014 uyarınca hâkim taşınmaz üzerinde hak sahibi olan ve bu terkinden zarar görecekt kişilerin de rızasının alınması gerekir.³⁸⁶ Rıza alınmadan terkin işleminin gerçekleşmesi halinde durumun nasıl ele alınacağı hususunda doktrinde iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, böyle bir terkin işleminin hâkim taşınmaz üzerinde aynî hakkı olan kişilere karşı hüküm ifade etmediğidir.³⁸⁷ Diğer görüş, böyle bir terkin işleminin herkese karşı hüküm ifade etmemesine ilişkindir.³⁸⁸

Bizim kanaatimiz ise şudur: TMK m. 1014'ün amacı, bu muvafakatin verilmemesinin üst hakkının sona ermesine engel olması değildir. Hükümün amacı terkin

³⁸² Ünal, s. 162.; Gürzumar, s. 183.; Ayan, s. 94.

³⁸³ Ünal, s. 162.; Gürzumar, s. 183.; Erekmekçi, s. 86.

³⁸⁴ Ünal, s.162.

³⁸⁵ Gürzumar s. 184.; Ünal, s. 163.

³⁸⁶ Gürzumar, s. 183.; Ünal, s. 163.

³⁸⁷ Aral s. 70.

³⁸⁸ Ünal, s. 163.

nedeniyle zarar görecek olan kişilerin korunmasıdır. Dolayısıyla biz ilk görüşün daha uygun olduğunu düşünüyoruz.

Ayrıca bağımsız ve sürekli nitelikteki ve tapuya taşınmaz olarak kaydedilen üst hakkının terkininde sınırlı aynî hak sahiplerinin de onaylarının alınmış olması gerekmektedir.³⁸⁹ Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş olması durumunda, üst hakkı sona erince bu sayfa kapatılır.³⁹⁰ Bedele ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakkı üzerindeki rehin hakları, diğer bütün hak, kısıtlama ve yükümlülükler de sayfanın kapatılmasıyla birlikte sona erer.³⁹¹ Bu husus TMK m. 828/f. 2'de açık bir şekilde düzenlenmiştir. Üst hakkı üzerinde üçüncü kişiler lehine rehin haklarının bulunması halinde, yüklü taşınmaz maliki tarafından üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedel rehinli alacakların teminatı niteliğindedir. Bu alacakların ödenmediği takdirde TMK m. 829 uyarınca üst hakkı sahibi veya rehinli alacaklı terkin edilen üst hakkı yerine taşınmaz üzerinde aynı sıra ve derecede tescile tabi kanuni ipotek hakkı kurulmasını üst hakkının sona ermesinden itibaren üç ay içerisinde talep edebilir. Kanunda bahsedilen üç aylık süre hak düşürücü süredir.³⁹²

Taraflar, üst hakkı sözleşmesinin süresi dolmadan önce üst hakkının sona ermesi hususunda anlaşabilirler³⁹³ veya üst hakkı sözleşmesinin süresini kısaltabilirler³⁹⁴. Bu durum da üst hakkını sona erdiren hallerdendir. Ancak belirtmek gerekir ki; bu halde üst hakkının terkin edilmesi aşamasında sınırlı aynî hak sahiplerinin de onayının alınması gerekecektir. İsviçre Hukuku'nda da yüklü taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibinin sözleşmenin süresini kısaltmaları mümkün kılınmıştır.³⁹⁵ Bu tür bir anlaşmanın üst hakkı

³⁸⁹ Erekmeççi, s. 86.

³⁹⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 859.; Esener ve Güven, s. 393.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 958.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 162.

³⁹¹ Esener ve Güven, s. 393.

³⁹² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1004.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 712.

³⁹³ Ayan, s. 94.

³⁹⁴ Isler ve Costantini, s. 1539.

³⁹⁵ Isler ve Costantini, s. 1539.

sözleşmesiyle aynı şekilde yapılması gereklidir ve tapuda işlem yapıldıktan sonra sözleşme yürürlüğe girmektedir.³⁹⁶

Üst hakkının terkin edilmesini üst hakkı sahibi veya onun yetkili temsilcisi ister. Terkin için, üst hakkı sahibinin tek taraflı yazılı beyanı yeterlidir. Üst hakkı sahibinin talebinin yerine getirilmesi için yüklü taşınmaz malikinın rızası aranmamaktadır.

Dayanağı olmayan üst hakkı için ise TMK m. 1026/f. 3 uyarınca, ilgililerle birlikte tapu memuru da üst hakkı kaydının silinmesini talep edebilmektedir.

b. Üst Hakkı Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Sona Ermesi

Üst Hakkı Sözleşmesinin hukuki nitelendirmesini yaparken esaslı unsurlarının Türk Medenî Kanunu'nda belirlendiğini, dolayısıyla isimli bir sözleşme olduğunu tespit etmiştik.³⁹⁷ Bu durumda üst hakkı sözleşmesine eşya hukuku hükümlerinin uygulanır fakat durumun özelliklerine göre Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri de üst hakkı sözleşmelerine uygulanabilir.

(1) İrade Bozukluğu Halleri:

Üst hakkı sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen irade bozuklukları ve aşırı yararlanma hallerinde iptal edilebilir. TBK m. 30-39'da düzenlenen "irade bozukluğu" genel olarak, tarafların irade ve beyanlarında istemeden meydana gelen uyumsuzluk olarak tanımlanır.³⁹⁸

TBK m. 39'da yanılma veya aldatılma sebebiyle ya da korkutma sonucunda sözleşmeyi yapan tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmıştır. İradesi sakatlanan taraf yanılma veya aldatılmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek sözleşmeyi iptal edebilir.

³⁹⁶ Isler ve Costantini, s. 1539.

³⁹⁷ Bkz. İkinci Bölüm, I, E altında yapılan açıklamalara.

³⁹⁸ Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 277.; Oğuzman ve Öz, s. 90.

Bir sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptali halinde bu iptal sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Ancak, sürekli borç ilişkisi doğuran üst hakkı sözleşmesinde sözleşmenin bu niteliği iptalin geçmişe etkili olmasına engel olur. Genellikle dürüstlük kuralından hareketle iptal anına kadar yerine getirilmiş edimlerin etkilenmeyeceği kabul edilir. Bununla birlikte TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının aksini gerektirmesi halinde iptalin geçmişe etkili olacağı sonucuna varılır.

(2) Temerrüt Hallerinde:

Türk Borçlar Kanunu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi halinde bazı ilave şartların da gerçekleşmesi üzerine alacaklıya sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sona erdirmeye hakkı verir (TBK m. 123-125). Bu hükümlerin üst hakkı sözleşmesine uygulanabilmesi için üst hakkı sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kurulması şarttır. Yani yüklü taşınmaz maliki üst hakkı kurma borcu altına girerken üst hakkı sahibi de bu borcun karşılığında örneğin bir bedel ödeme borcu altına girmiş olmalıdır.

Ayrıca bu noktada üst hakkı sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu da gözden uzak tutulmalıdır. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ifa edilen edimlerin aynen iadesi fiilen mümkün değildir. Yani örneğin üst hakkı sahibi hak konusu taşınmazı kullanmış ise yüklü taşınmazın sahibi onun bu hakkını kullanmasına katlanma edimini yerine getirmişse bu edimlerin aynen iadesinin mümkün olamayacağı açıktır.

Üst hakkı sözleşmesinin dönme hakkı ile sona ermesi ancak sözleşmeden doğan edimlerin henüz ifa edilmeye başlanmamış olması halinde mümkündür. Henüz edimlerin ifasına başlanılmadan önce temerrüt olgusu ancak resmi sözleşmenin yapılması ve fakat asli edimlerin henüz ifa edilmesinden önce söz konusu olabilir ki buna da çok nadiren rastlanır. Örneğin üst hakkı sahibi resmi sözleşmeye rağmen tescil talebinden kaçınan ve kendisine karşı temerrüde düşen taşınmaz malikine karşı seçimlik bir hak olarak

sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Bu durumun son derece nadir bir hal olduğu doktrinde de ifade edilmiştir.³⁹⁹

Tam iki tarafa borç yükleyen bir üst hakkı sözleşmesinde edimlerin ifasına başlanmasından sonra örneğin üst hakkı sahibi irat ödeme borcunda temerrüde düşebilir. Böyle bir halde taşınmaz malikinin TMK m. 831'deki düzenlemeden yararlanmak yerine TBK m. 126'ya dayanarak üst hakkının feshi yoluna gidip gidemeyeceğinin ele alınması gerekir. Doktrinde bir görüş⁴⁰⁰, bağımsız ve sürekli bir üst hakkının varlığı halinde TMK m. 831' in öncelikli ve özel bir hüküm olması nedeniyle, taşınmaz malikinin TBK m. 126 hükmü gereğince sözleşmeyi fesih hakkını kullanamayacağını; ama bağımsız ve sürekli nitelikte olamayan diğer üst hakkı sözleşmelerinde TBK m. 126 hükümlerine dayanarak üst hakkı sözleşmesini feshedebileceğini belirtmiştir.

Kanaatimizce; üst hakkı sahibinin, üst hakkı iradını ödemedede temerrüde düşmesi halinde bizce de TMK m. 831'de taşınmaz malikine üst hakkının süresinden önce kendisine devrini talep etme hakkının verilmesi karşısında; taşınmaz maliki Türk Borçlar Kanunu'nun tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerine göre üst hakkı sözleşmesini feshetme hakkına sahip olamamalıdır. Çünkü; şartları gerçekleştiğinde, yüklü taşınmaz malikine üst hakkının süresinden önce kendisine devrini talep etme hakkı veren TMK m. 831, yukarıda gerekçelerini anlattığımız⁴⁰¹ üzere, eşya hukukunun kendine has özelliklerinden dolayı, Türk Borçlar Kanunu'nun tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerine göre önceliklidir.

Kanun koyucu TMK m. 831' de üst hakkı sözleşmesinin feshini değil, üst hakkının süresinden önce taşınmaz malikine dönmesini düzenlemiştir. Sözleşmenin feshi ile üst hakkının süresinden önce taşınmaz malikine dönmesi birbirinden farklı kavramlardır. Üst hakkı sahibinin bir asli edimin ifasında temerrüdü halinde üst hakkının süresinden önce taşınmaz malikine devri söz konusu olamaz, yine söz konusu

³⁹⁹ Aktürk, s.329; Gürzumar, s.141

⁴⁰⁰ Aktürk, s.330

⁴⁰¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, I, C altında yapılan açıklamalara.

temerrüdünün önemli ölçüde olması gerekir. Ayrıca TMK m. 831'in uygulanabilmesi somut olayın değerlendirilmesi gerekecektir.

Bu aşamaya kadar biz de doktrinde Aktürk ile aynı görüşteyiz. Ancak Aktürk' ün TMK m. 831'de düzenlenen üst hakkının süresinden önce taşınmaz malikine devrinin tüm üst hakkı sözleşmelerinde uygulanmayacağı ya da sadece taşınmaz niteliğinde olan üst hakkına uygulanacağı görüşüne katılmıyoruz. Çünkü kanun koyucu bu konuda bir istisna getirmemiştir. Dolayısıyla Aktürk' ün bağımsız ve sürekli üst hakkı sözleşmeleri dışında diğer üst hakkı sözleşmelerinde üst hakkı sahibinin temerrüdü halinde taşınmaz malikinin Türk Borçlar Kanunu'nun tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerine göre üst hakkı sözleşmesini feshedebileceği görüşüne de katılmıyoruz.

(3) Üst Hakkı Sözleşmesinin İfa İmkânsızlığı ve Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sona Ermesi

TBK m. 136'da bir borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşır, borcun sona ereceği düzenlenmiştir.⁴⁰² TBK m. 137'de de bir borç borçlunun sorumlu olmayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşır, borçlunun borcun sadece imkansızlaşan kısmından kurtulacağı kabul edilmiştir.⁴⁰³ Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki söz konusu kısmi ifa imkansızlığı önceden öngörülebilseydi taraflarca böyle bir sözleşme yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa o zaman borcun tamamının sona ereceği belirtilmiştir. Yine kural olarak karşılıklı sözleşmelerde, kısmi imkansızlık hallerinde, alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim o oranda ifa edilir. Alacaklının kısmi ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması halinde tam imkansızlık hükümleri uygulanır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri

⁴⁰² Oğuzman, Öz, s. 443., s. 558;

⁴⁰³ Oğuzman ve Öz, s. 563.

vermekle yükümlüdür ve kendisine henüz ifa edilmemiş edimi isteme hakkını da kaybeder.⁴⁰⁴

Aşırı ifa güçlüğünde ise borcun ifası imkansız hale gelememiş olabilir ama bir sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklamayan sebeplerle ortaya çıkar ve sözleşmenin akdi sırasında mevcut olguları, borcun ifasının borçludan istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemişse, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme ve sürekli edimli sözleşmelerde de fesih hakkını kullanabilir⁴⁰⁵(TBK m. 138/f. 1).

Yukarıda üst hakkı iradının ifasının aşırı güçleşmesi halinde üst hakkı sahibinin, şartları oluşması halinde üst hakkı iradının uyarlanması talebinde bulunabileceğini ayrıca belirtmiştik⁴⁰⁶.

Burada aşağıdaki paragrafta belirtilen hallerde üst hakkı sözleşmesinin ifa imkansızlığı nedeniyle sona ermesi ihtimallerini değerlendireceğiz. Şöyle ki:

Bir üst hakkı sözleşmesi yapıldıktan sonra üst hakkı konusu taşınmazın imar planı, sözleşmede tasarlanan inşaatın gerçekleşmesini imkânsız hale getirecek şekilde, taraf iradeleri dışında ya da taraf eylemleri dışında değişebilir. Örneğin üzerinde üst hakkı kurulan taşınmaz alanda bir otel yapılması düşünülmüş ama sözleşmenin akdinden sonra bu taşınmaz idari makamlarca riskli alan olarak ilan edilmiş olabilir. Ya da üzerinde üst hakkının kurulduğu taşınmazın bulunduğu alan sözleşmenin akdinden sonra sit alanı olarak ilan edilmiş olabilir. Bir diğer ihtimal olarak da şu düşünülebilir: Üst hakkı sözleşmesinin akdinden sonra üst hakkı konusu taşınmazın imar hakları sözleşmede tasarlanan inşaatı gerçekleştirmeyecek ölçüde tarafların iradeleri dışında idari makamlar tarafından azaltılmış olabilir.

⁴⁰⁴ Oğuzman ve Öz, s. 559.

⁴⁰⁵ Baysal, s. 181. s. 421; Antalya s. 261.; Oğuzman ve Öz, s. 568.

⁴⁰⁶ Bkz.: Dördüncü Bölüm, I, E, b altında yapılan açıklamalara.

Üst hakkı sözleşmesinde taşınmaz maliki, üst hakkı sahibine, üst hakkına konu taşınmazın altında veya üstünde inşaat yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi vermektedir (TMK m. 826). Kanunda taşınmaz üzerinde inşaat yapma veya mevcut yapıyı muhafaza etme, üst hakkı sahibi açısından bir borç değil bir alacak hakkı olarak düzenlenmiştir.

Ancak, üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz sahibine karşı sözleşme konusu taşınmazda inşaat yapma borcu altına girmiş olması da mümkündür. Böyle bir durumda sözleşmenin akdinden sonra, üst hakkı sahibinin söz konusu inşaatı yapma borcu onun sorumlu olmadığı nedenlerle imkansızlaşacak olursa, üst hakkı sahibinin bu borcu TBK m. 136 uyarınca sona erer. TBK m. 136/f. 2'ye göre de:

“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder.”

TBK m. 137/f. 2'ye göre de:

“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.”

Yukarıdaki örnek olaylarda üst hakkı sahibinin sözleşme konusu inşaatı yapma borcunun tamamen değil de kısmen imkansızlaşması da mümkündür. Böyle bir durumda inşaatın kısmen yapılması imkânı varsa ve taşınmaz maliki inşaatın kısmen yapılmasını kabul ediyorsa, mesele buna göre değerlendirilir. Yani borçlu borcunun sadece imkansızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, üst hakkı sözleşmesinin yapıldığı sırada taraflar bu kısmi imkânsızlık halini öngörebilselerdi söz konusu sözleşmeyi hiç yapmayacakları kabul ediliyorsa üst hakkı sahibi, inşaat yapma borcundan tümüyle kurtulur (TBK m. 137/ f. 1).

Yukarıda verdiğimiz örneklerde üst hakkı sahibinin inşaat yapmasının onun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle sonradan tamamen imkânsızlaşması halinde karşılıklı borç doğuran üst hakkı sözleşmesinin sona ereceğini gördük (TBK m. 136). Yine üst hakkı sahibinin inşaat yapma borcunun onun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşması halinde de, şartları gerçekleşirse, karşılıklı borç doğuran üst hakkı sözleşmenin sona ermesinin söz konusu olabileceğine değindik (TBK m. 137).

Ayrıca belirtmek gerekir ki aşırı ifa güçlüğü hallerinde üst hakkı sahibinin mahkemeden karşılıklı borç doğuran üst hakkı sözleşmesinin değişen şartlara göre uyarlanmasını ya da bu mümkün değilse sözleşmenin feshini talep edebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir (TBK m. 138).

Bu noktada değinilmesi gereken son bir durum da şudur: TMK m. 785 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Lehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiçbir yarar kalmamışsa, yüklü taşınmazın maliki bu hakkın terkinini isteyebilir.

Yüküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının, bedel karşılığında kısmen veya tamamen terkinini istenebilir.”

Bu hüküm kıyasen üst hakkı sözleşmelerine de uygulanabilir. Gerçekten de üst hakkının sahibine hiçbir yararı kalmamışsa yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibinden üst hakkının bedelsiz olarak terkin edilmesini talep edebilir. Üst hakkı, yüküne oranla sahibine çok az yarar sağlar hale gelmişse, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibinden bedel karşılığında üst hakkının kısmen veya tamamen terkin edilmesini talep edebilir. İrtifakın sağladığı yararın yok olması veya olağanüstü azalarak çok az yarar sağlaması halinde yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinden irtifakın terkinini için onay vermesini ister. Yararlanan taşınmaz maliki buna uyarak terkine muvafakat beyanında bulunursa, irtifak terkin ile sona erer. Buna karşılık yararlanan taşınmaz malikinin terkine muvafakat etmekten kaçındığı hallerde yüklü taşınmaz maliki, irtifakın terkinini için TMK m. 785. uyarınca mahkemeye başvurabilir. TMK. m. 785'in kenar başlığı gerek yararın

yok olmasını gerek azalmasını kapsayacak tarzda mahkemeye başvuruyu öngörmektedir. Bu yüzden her iki durumda da mahkemeden alınacak karar üzerine terkin sağlanacaktır.⁴⁰⁷

(4) Üst Hakkı Sözleşmesinin Sözleşmede Belirtilen Haklı Sebeplerle Sona Ermesi

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde taraflar sözleşmenin haklı fesih sebeplerini düzenleyebilirler. Ya da sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan sebepler bir tarafa sözleşmenin haklı sebeple feshi yetkisi verir. Böyle bir haklı fesih sebebinin ortaya çıkması halinde de fesih kendiliğinden gerçekleşmez fesih için fesih açıklamasında bulunulması şarttır. Fesih açıklaması muhatabına vardığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Tabii, muhatabın feshi kabul etmemesi halinde hak sahibinin feshin geçerli olduğunun tespiti için yargı yoluna başvurusu gerekir.

Haklı sebep, fesheden taraf için sözleşmeyle bağlı kalmasını dürüstlük kuralına göre ondan beklenilemez hale getiren bir diğer söyleyişle sözleşme ilişkisini dürüstlük kuralına göre onun için çekilmez hale getiren tüm şartlar olabilir. Söz konusu haklı sebebe genel bir tanım koymak mümkün değildir. Haklı sebep somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Haklı sebebin tespitinde, öncelikle sürekli borç ilişkisinde etkili olan bir olayın varlığı, sonra da bu olayın borç ilişkisini çekilmez hale getirip getirmediği değerlendirilmelidir. Haklı sebep objektif olması, orantılı olması, taraflar arasındaki menfaat dengesine ve dürüstlük kuralına uygun olması gerekir. Dürüstlük kuralına aykırı olarak genel işlem koşulu şeklinde sadece bir tarafa en basit sözleşme ihlallerinde bile sözleşmeyi fesih yetkisi veren hükümler geçerli değildir.⁴⁰⁸

Bir üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı sahibinin sözleşmeye konu inşaatı sözleşmede belirlenen sürede yapmaya başlamaması ya da sözleşmede inşaatın başlama

⁴⁰⁷ Karauz, s.75.; Özcan ve Büyüktanır, s.171.; Gülen Sinem Tek, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.132. Oğuzman, Eşya, s.929

⁴⁰⁸ Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 166-167.; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 436.

süresi kararlaştırılmasa dahi sözleşme süresine göre orantısız şekilde uzun süre bir boyunca hiç inşaat işlemlerine başlamaması gibi haller ortaya çıkabilir.

Doktrinde bir görüş⁴⁰⁹; üst hakkı sözleşmesinde haklı sebep olarak belirtilen hallerde fesih hakkının *daha çok üst hakkı sahibi tarafından kullanılabileceğini*; sürekli borç ilişkisi doğuran üst hakkı sözleşmesinde, üst hakkı sahibine, sözleşme ilişkisine devam etmesinin kendisinden beklenmeyeceği haller için Türk Medenî Kanunu'nda özel bir düzenleme ile sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanınmadığını; buna karşılık, taşınmaz malikinin TMK m. 831 hükümlerine dayanarak süresinden önce devir isteme hakkına sahip olduğunu; üst hakkı sözleşmesinde, haklı sebeple feshine dayanak oluşturan sebeplerle, üst hakkının süresinden önce devri için aranan şartların aynı ağırlıkta olduğunu; taşınmaz malikinin aynı sonucu doğuran özel düzenleme varken, başka bir yola (fesih yoluna) başvurmasının yerinde olmadığını belirtmiştir.

Doktrinde başka bir görüş de⁴¹⁰ meseleye üst hakkı sahibi ya da taşınmaz maliki yönünden bakmayıp genel olarak haklı sebebin şartları varsa üst hakkı sözleşmesinin feshinin mümkün olduğunu, ancak genel olarak kamu idarelerinin taşınmaz maliki olduğu sözleşmelerde tek taraflı, dürüstlük kuralına uygun olmayan, en basit sözleşme ihlallerin bile haklı sebeple fesih hali olarak kabul edilmesinin geçerli olmayacağını belirtmiştir.

Kanaatimizce, üst hakkı sözleşmesinde taşınmaz maliki yönünden haklı sebeple fesih halleri kararlaştırılmışsa, bu haller hukuken geçerli olarak kabul edilebiliyorsa, bu hükümlerin- TMK m. 831 bu belirtilen halleri kapsadığı ve TMK m. 831 hükmü özel düzenleme olduğu için üst hakkının özellikleri nazara alınarak- sözleşmenin feshi hali olarak değil, TMK m. 831'e hükümlerine göre üst hakkının süresinden önce yüklü taşınmaz malikine devri hali olarak anlaşılmalıdır. Çünkü bir sözleşmenin feshi ile üst hakkı sözleşmesinde üst hakkının süresinden önce devri aynı şeyler değildir, farklı kavramlardır.

⁴⁰⁹ Aktürk, s.302,303

⁴¹⁰ Karauz, s.75 ve Karauz, s.75 dipnot 207'de belirtilen yazarlar.

Kamu idarelerinin taşınmaz maliki olarak düzenledikleri üst hakkı sözleşmelerindeki fesih sebepleri çoğu zaman objektif değildir. Ayrıca, kamu idareleri kanun koyucunun üst hakkını ve üst hakkına bağlı hakları korumak maksadı ile üst hakkı sözleşmesinin üst hakkı sahibinin “basit sözleşme ihlallerinde” değil de “yetki veya yükümlüklerini ağır şekilde ihlal edilmesi halinde” üst hakkının süresinden önce devrinin özellikle düzenlenmiş olmasını nazara almamaktadırlar. Bu sebeplerle; kamu idarelerinin üst hakkı sözleşmelerinde düzenledikleri fesih koşullarını; “fesih olarak değil”, “üst hakkının süresinden önce devir halleri” şeklinde düzenlemeleri halinde ve haklı sebep olarak ileri sürülen hususların hâkim tarafından gerçekten objektif olarak haklı sebep sayılacak haller olması halinde hukuki bir anlam ifade edebileceğini düşünüyoruz.

2. Üst Hakkının Terkin Dışı Sona Erme Halleri

Üst hakkı, bazı durumların varlığında terkin edilmeden önce sona ermiş sayılmaktadır. Bu durumların varlığında tapudaki kaydın bir hükmü bulunmamaktadır. Tapudaki kaydın terkinini, bu nedenle kurucu nitelik değil; açıklayıcı bir nitelik taşımaktadır.

a. Yüklü veya Hâkim Taşınmazın Kaybı

Yüklü veya hâkim taşınmazın ya da her ikisinin kaybı halinde üst hakkı terkine gerek olmaksızın sona erer.⁴¹¹

Üst hakkı taşınmaz lehine kurulmuşsa yararlanan taşınmaz üzerindeki inşaatın yıkılması üst hakkını sona erdirmez. Çünkü üst hakkı inşaat lehine değil, taşınmaz lehine kurulmuştur.⁴¹² Ayrıca inşaat yıkılsa bile taraflar aksine bir düzenleme yapmamışlar ise üst hakkı sahibinin yeniden inşaat yapma hakkı bulunmaktadır.

⁴¹¹ Aral, s. 72.; Esener ve Güven, s. 393.; Ünal, s. 164.; Gürzumar, s. 185.; Ertaş, s. 517.; Erekmekçi, s. 87.

⁴¹² Gürzumar, s. 181.

Yüklü veya yararlanan taşınmazın kısmen yok olması halinde ise üst hakkının kalan kısımda devam etmesi mümkün ise, hak kalan kısım üzerinde devam edecektir⁴¹³.

b. Sürenin Sona Ermesi

Üst hakkını terkenden önce sona erdiren sebeplerden en önemlisi, sözleşmede kararlaştırılan sürenin sona ermesidir.⁴¹⁴ Üst hakkının süresi tapu siciline tescil tarihinden itibaren başlar ve sürenin ne zaman sona erdiği de TBK m. 92' nin kıyasen uygulanması suretiyle tespit edilir.

Şahısla kaim üst hakkı kurulmuş ise, herhangi bir süre öngörülmediği durumda, üst hakkı, hak sahibinin ölümüyle kendiliğinden sona ermektedir.⁴¹⁵

Üst hakkı, süresinin sona ermesi ile tapu sicilinde terkin işlemi yapılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Gerçekten de süreye bağlı bir üst hakkında, sürenin dolmasıyla birlikte üst hakkı maddi ve şekli açıdan sona ermektedir⁴¹⁶ ve sürenin sonunda sicildeki tescil devam etse bile bu tescilin hukuken bir değeri kalmamaktadır. Bu gibi hallerde terkin talebinin kabulü için ayrıca üst hakkı sahibinin rızası ya da üst hakkının sona ermesinden etkilenen üçüncü kişilerin rızası aranmaz. Sürenin sona ermesi nedeniyle tapu sicilinde yapılacak terkin işlemi açıklayıcı nitelikte olacağından terkin edilmemiş tapu siciline dayanarak üst hakkıyla ilgili üçüncü kişilerin iyiniyetle (TMK m. 3) TMK m. 1023'e dayanarak aynî hak kazanmaları mümkün değildir. Zira sürenin dolduğu ve üst hakkının sona erdiği tapu sicilinden kolayca anlaşılabilir niteliktedir.

⁴¹³ Aral, s. 72; Gürzumar, s. 186.; Ünal, s. 164.

⁴¹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1002.; Ünal, s. 164.; Gürzumar, s. 185-186.; Ertaş, s. 516.; Ayan, s. 94.; Isler ve Costantini, s. 1516.

⁴¹⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.1002.

⁴¹⁶ Tekinay, Eşya Hukuku, s. 625.; Esener ve Güven, s. 393.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 958.; Ünal, s. 165.; Gürzumar, s. 186.

c. Mahkeme Kararı

Üst hakkını mahkeme kararıyla sona erdirmek mümkündür.⁴¹⁷ Şöyle ki: Üst hakkı sahibi bir hukuki işlem nedeniyle üst hakkını terkin ettirme borcu altında olabilir. Ya da üst hakkı sahibi mevzuatta belirtilen diğer sebeplerle üst hakkını terkin ettirmekle yükümlü olabilir. Üst hakkı sahibi bu borcunu yerine getirmeyecek olursa, yüklü taşınmaz maliki onun aleyhine bir dava açabilir ve mahkemeden üst hakkının hükmen sona erdirilmesine dair yenilik doğurucu nitelikte (inşai) bir karar alabilir. Bu kararın tapu sicil memuruna ibrazı ile üst hakkı sahibinin muvafakati aranmaksızın üst hakkının terkinini talep edilebilecektir. Mahkemenin terkin istemi sonucunda verdiği karar, kurucu nitelikte olup karara dayanılarak yapılan terkin açıklayıcı niteliktedir. Ancak, TMK m. 1023 uyarınca mahkeme kararından sonra olsa bile tapuda değişiklik yapılmadan önce tescile dayalı olarak işlem yapan üçüncü kişilerin iyi niyeti korunur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki TMK m. 785 hükmü uyarınca, lehine irtifak kurulan taşınmaz için, bu hakkın sağladığı hiçbir yarar kalmamış ise yüklü taşınmazın maliki tarafından bu hakkın terkinini istenebilir.

d. Kamulaştırma

Kamulaştırma işlemi üst hakkının sona ermesine neden olmaktadır.⁴¹⁸ Yüklü taşınmazın kamulaştırılmasıyla üst hakkı konusuz kalır. Hâkim taşınmazın kamulaştırılmasıyla da üst hakkı kendiliğinden sona ermektedir.

⁴¹⁷ Gürzumar, s. 187.; Ünal, s. 165.; Erekmekçi, s. 87.

⁴¹⁸ Aral, s.73.; Ertaş, s. 517.; Ayan, s. 94.; Erekmekçi, s. 87.; Isler ve Costantini, s. 1516.

e. Üst Hakkı Sahibinin Ölümü

Kural olarak kişiye bağlı üst hakları, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe devredilebilir ve mirasçılara geçebilir.⁴¹⁹ Bu nedenle ölüm bu tür bir üst hakkı için sona erme sebebi değildir.⁴²⁰

Üst hakkı bir tüzel kişi lehine tesis edildi ise durum tüzel kişinin sona ermesi halinde üst hakkının kaderi şu şekilde ele alınacaktır: Tüzel kişinin infisahı halinde hakkın sona ereceği belirtilmemişse, üst hakkı, tüzel kişilerin mallarının özgülenmesi hükümleri uyarınca ya da yetkili organlarca kararlaştırılacak yeni hak sahibine intikal edecektir.

Ancak mirasçılara geçemeyen, devredilemeyen, kişiye bağlı üst hakkı, sahibinin ölümüyle kendiliğinden hem maddi hem de şekli açıdan sona erer.⁴²¹ Böyle bir hak tüzel kişiye tanınmış ise hak sahibi tüzel kişinin infisahı üzerine hak da sona erer.

B. Üst Hakkının Sona Ermesinin Sonuçları

1. İnşaat Üzerindeki Mülkiyetin Yüklü Taşınmaz Malikine Geçmesi

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, TMK m. 718'de ifade edilen ve taşınmaz hukukunun temel ilkelerinden biri olan birleşme ilkesi uyarınca, taşınmazla birlikte sürekli bir şekilde birleşen veya bir taşınmazda bulunan her şey, bağımsız bir şey olma niteliğini kaybetmektedir.⁴²² Taşınmaz mülkiyetinin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla arazinin üstünde bulunan yapıların da girdiği belirtilmiştir. Üst hakkı ise, sona erinceye kadar bu kuralın istisnalarından birini teşkil etmektedir ve üst hakkı kurulduğunda arazi ile onun üzerindeki yapının mülkiyeti birbirinden ayrılmakta ve arazi yüklü taşınmaz malikine; yüklü taşınmaz üzerindeki yapı ise üst hakkı sahibine ait olarak

⁴¹⁹ Isler ve Costantini, s. 1495.

⁴²⁰ Aral, s.73.; Esener ve Güven, s. 393.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1002.

⁴²¹ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 958.; Aral, s. 73.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1002.; Ayan, s. 94.

⁴²² Esener ve Güven, s. 391.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 958; Gürzumar, s. 187-188.; Gümüş, s. 537.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s.162.; Karauz , s.127 Ayrıca Bkz: Birinci Bölüm, I, B altında yapılan açıklamalara.

farklı kişilere ait olmaktadır. Üst hakkının sona ermesi üzerine, birleşme ilkesi yeniden canlanmakta ve arazinin üzerindeki yapının mülkiyeti yüklü taşınmaz malikine geçmektedir. Bu husus, TMK m. 828 f.1’de açıkça düzenlenmiş olup, üst hakkı sona erince, yapılar, yüklü taşınmaz malikine kalır ve yüklü taşınmazın bütünleyici parçası olur denilmiştir.⁴²³

Belirtelim ki üst hakkı sona erince, üst hakkının üzerindeki diğer aynî haklar da sona erer. TMK m. 828/f. 2 taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli üst hakkının sona ermesi üzerine sayfasının kapatılacağı ve bu sayfanın kapatılması ile de üst hakkı üzerindeki rehin hakları, diğer bütün kısıtlama ve yükümlülüklerin de sona ereceği düzenlenmiştir. TMK m. 828 f. 2’de, bedele ilişkin hükümlerin saklı olduğu da ifade edilmiştir. Bu durumu aşağıda ayrıca inceleyeceğiz

Üst hakkının sona ermesi halinde daha önce üst hakkı sahibinin üst hakkına dayanarak kurmuş olduğu kira sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre;⁴²⁴ TBK m. 310 gereğince, taşınmazın herhangi bir sebeple el değiştirmesi halinde, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağına dair hükmün, üst hakkının sona ermesi halinde de uygulanacağını ve kira sözleşmelerinin taşınmaz malikine kanunen devredileceğini belirlemektedirler. Diğer görüş ise TBK m. 310’ un üst hakkının sona ermesi halinde uygulanamayacağı yönündedir⁴²⁵.

Kanaatimizce; TBK m. 310’ un lafzında taşınmaz mülkiyetinin “herhangi bir sebeple el değiştirmesi” denmesi nedeniyle, üst hakkının sona erip yüklü taşınmaz malikine geri dönmesini “bir taşınmaz olarak herhangi bir sebeple devri” gibi mütalaa edilmektedir. Halbuki burada bahsedilen konu taşınmazın devri, el değiştirmesi değil; kiralama hak ve yetkisini haiz bir hakkın, yani üst hakkının sona ermesidir. Dolayısıyla

⁴²³ Esener ve Güven, s. 391.; Gürzumar, s. 187-188.; Ertaş s. 518.; Gümüş s. 537.; Ayan, s. 94.; Erekmekçi, s. 88.

⁴²⁴ Haluk Burcuoğlu, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s.447 vd.; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2016, (16.03.2023) s. 318 ve dipnot 35.

⁴²⁵ Karauz, s. 124.; Sezer Çabri, Kira Sözleşmelerinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cl.18, S. 3, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789028> (12.04.2023) s. 180-181.; Aktürk; (12.04.2023) s.220, 222.

biz de üst hakkı sahibinin kiralayan sıfatı ile kiralama hak ve yetkisinin, üst hakkının sona ermesi nedeni ile bitmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksi halin kabulü, mülkiyet hakkının özüne müdahale ve mülkiyet hakkının bu halde kira hukukuna göre üstün tutulması anlamına gelir.

2. Sözleşmede Kararlaştırılmışsa Taşınmaz Malikinin Üst Hakkı Sahibine Yapı Karşılığı Uygun Bir Bedel Ödemesi

Üst hakkının iktisap edilmesiyle hak sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde yapı inşa etme veya mevcut yapıyı koruyarak onun maliki olma yetkisini kazanır. Üst hakkının sona ermesi halinde kural olarak, yüklü taşınmaz malikinin, üst hakkı sahibine kendisine kalacak olan bu yapılar için herhangi bir bedel ödemesi gerekmemektedir.⁴²⁶ Ancak taraflar bu durumun aksini TMK m. 829 hükmü gereğince kararlaştırabilirler. Diğer bir deyişle, taraflar anlaşarak üst hakkı sözleşmesinde, üst hakkı süresinin sona ermesi halinde, yüklü taşınmaz üzerinde kalan yapılar için, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödemesi hususunu düzenleyebilirler.⁴²⁷

TMK m. 829'a göre taraflarca kararlaştırılan üst hakkı bedelinin ödenmesi için, şüphesiz yüklü taşınmaz üzerine üst hakkı sahibi tarafından bir yapı yapılmış olmalı veya üst hakkı kurulmadan evvel mevcut bulunan yapının değer artışı sağlanmış olmalıdır⁴²⁸. Üst hakkı sona erdiğinde yüklü taşınmaz üzerinde herhangi bir inşaatın bulunmaması veyahut mevcut yapıya herhangi bir artış sağlanmamış olması halinde yüklü taşınmaz malikinin herhangi bir bedel ödeme borcu doğmayacaktır.

TMK. m. 829'a göre, üst hakkı sahibine uygun bir bedelin ödenmesinin kararlaştırılmış olması durumunda, tarafların bunun miktarı ve hesaplanış biçimi üzerinde

⁴²⁶ Esener ve Güven, s. 391; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 958.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 162.; Ertaş s. 518.; Gümüş, 538.; Erekmekçi, s.88.

⁴²⁷ Gümüş, s. 538-539. Mevaz İsviçre Kanunu'nda aksi öngörülmedikçe yüklü taşınmaz maliki üst hakkı sahibine hakkın sona ermesi üzerine tazminat ödemekle yükümlüdür. Esener ve Güven, s. 391.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 162.; Erekmekçi, s.88.

⁴²⁸ Gümüş, 540.

de mutlaka anlaşmış olmaları gerekmektedir.⁴²⁹ Bu durumda üst hakkı sona erdiğinde,⁴³⁰ taraflarca kararlaştırılması ve sözleşmede belirtilmesi durumunda, taşınmaz maliki, üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödemekle mükellef olacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere uygun bir bedelin ödenmesi konusunda tarafların anlaşması durumunda, ödenecek tutar ve hesaplanış biçiminin de belirlenmesi gerekmektedir.⁴³¹ TMK m. 830'de yüklü 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 verilebileceği düzenlenmiştir. Bu hususlar da resmi şekle tabi olup, bu hususların resmi senette belirtilmesi gerekmektedir. Ancak bu hususun tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkün kılınmıştır⁴³².

Resmi senette belirtilecek bu kayıtların hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır.⁴³³ Hâkim görüşe göre, resmi senette yer alan bu anlaşmaların tapu siciline şerh edilmesiyle eşyaya bağlı borç niteliği taşıdığı ve yüklü taşınmaz maliki kim ise tazminat borçlusunun da o olduğu yönündedir.⁴³⁴ Biz de üst hakkının sona ermesi nedeniyle taşınmaz üzerindeki yapılar için yüklü taşınmaz maliki tarafından üst hakkı sahibine uygun bir bedelin ödenmesi konusunda anlaşılması durumunda, ödenecek olan bu tutarın ve ödemenin hesaplanış biçiminin resmi senette yer alması ve bu anlaşmanın tapu kütüğüne şerh edilmesiyle bu borcun eşyaya bağlı borç niteliği taşıdığı kanaatindeyiz. Böyle bir halde; üst hakkının sona ermesi ile birlikte ödenmesi gereken bedeli, yüklü taşınmaz maliki kim ise o ödeyecektir ve tarafların külli ve cüzi halefleri de

⁴²⁹ Esener ve Güven, s. 390.; Karahasan, s. 162.

⁴³⁰ TMK m. 828 gereğince, üst hakkının sona ermesi halinde, bedele ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla yapılar yüklü taşınmaz malikine kalır ve yüklü taşınmaz maliki de kararlaştırıldığı takdirde kendisine kalan bu yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel öder. Kanun lafzında üst hakkının sona ermesi yazdığı için, bu hüküm sadece üst hakkı süresinin sona ermesinde değil üst hakkına ilişkin diğer sona erme hallerinde de uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Aynı görüş için, Gümüş, s. 540.; Gürzumar s. 82.

⁴³¹ Gümüş, s. 541.; Esener ve Güven, s. 390.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 162.; Erekmekçi, s.88.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 860.

⁴³² Esener ve Güven, s. 391.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 860.; Gürzumar, s. 189.

⁴³³ Erekmekçi, s. 88.

⁴³⁴ Gürzumar, s. 189.; Ertaş, s. 518.; Gümüş, s. 541; Aktürk, s.237, 238; Karauz; s. 135.; Aksi görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003.

sorumlu olacaklardır.⁴³⁵ Aksi taraflarca kararlaştırılmamış ise bedel alacağı, üst hakkının sona ermesiyle birlikte muaccel olacaktır.

Üst hakkı bedeli, TMK n. 829'da belirtildiği üzere, uygun bir bedel olarak belirlenecektir. Bedel miktarı taraflarca serbestçe kararlaştırılacaktır.⁴³⁶ Bedelin belirlenmesinde ise inşaatın objektif değeri dikkate alınmalıdır.⁴³⁷ Bedel tespit edilirken, üst hakkından yararlanmanın yoğunluğu, ivaz karşılığı kurulup kurulmadığı ve üst hakkı süresinin uzunluğu gibi hususların da değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴³⁸

3. Ödenecek Bedelin Üst Hakkı Üzerinde Rehin Hakkı Sahibi Alacaklılara Güvence Teşkil Etmesi

Kanun koyucu, sona eren üst hakkı sonucunda yüklü taşınmazda kalan yapılar için bir bedelin belirlenmiş olması durumunda, bu bedelin, hakkın kendilerine rehedildiği alacaklılar için bir güvence oluşturmasını sağlamıştır.⁴³⁹ TMK m. 829/f. 1 ile de bu durum hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca, bedel alacağının üst hakkı sahibine ödenmesi, alacaklıların iznine tabi kılınmıştır.⁴⁴⁰ Bu yöntemle rehin konusu hakkın bir ikame değeri yaratılmış ve böylece alacaklıların korunması sağlanmak istenmiştir.

Güvenceden bahsedebilmek için, öncelikle ödenecek bir bedelin kararlaştırılmış olması, ardından da yüklü taşınmaz üzerinde bir yapının meydana gelmiş olması ya da mevcut yapının üst hakkı sahibince değerinin artırılmış olması gerekmektedir. Üst hakkının sona ermesi ve bu koşulların varlığı halinde güvenceden bahsedilebilecektir.

⁴³⁵ Gürzumar, s. 189.; Gümüş, s. 542.; Erekmekçi, s. 88.

⁴³⁶ Gümüş, s. 543.

⁴³⁷ Ünal, s. 196.; Gümüş, s. 544.

⁴³⁸ Gümüş, s. 544; Karauz, s. 137 vd.; Aktürk, s. 230 vd.

⁴³⁹ Esener ve Güven, s. 392.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003.; Gürzumar, s. 189.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, c. II, s. 162.; Ertaş, s. 518-519.; Gümüş, s. 540.; Erekmekçi, s. 89.; Isler ve Costantini, s. 1517, 1521.

⁴⁴⁰ Esener ve Güven, s. 392.; Gürzumar, s. 190.; Erekmekçi, s. 89.

TMK m. 829/f. 1'in uygulamaya olan katkısı ile finansör bulmak isteyen üst hakkı sahibinin, iktisap edeceği hak üzerinde rehin kurmasıyla ve bu rehin alacaklısının hakkının da güvence altına alınmasıyla üst hakkı sahibinin işi kolaylaştırılmıştır.

Üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi olan alacaklılar aleyhine olmak üzere, güvencenin kaldırılması mümkün değildir. Emredici nitelikte olan hükmün aksi kararlaştırılmamaktadır.

Ayrıca, bahsedilen hükmün uygulanabilmesi için, üst hakkının tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olması gerekmediği ve kanunda herhangi bir ayrıma gidilmediği için bu hüküm tüm üst hakkı türlerini içerir.⁴⁴¹

4. Kararlaştırılan Uygun Bedel İçin İpotek Tesis Edilmesini Talep Hakkı

TMK m. 829/ f. 2 uyarınca, tarafların üst hakkının sona ermesi halinde taşınmaz malikin kendisine kalan yapılar için bir bedel ödemesine karar vermeleri durumunda, kararlaştırılan bu bedelin ödenmemesi veya güvence altına alınmaması halinde, 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 talep edebilir.⁴⁴²

İpotek tesis hakkının kullanılabilmesi için öncelikle, üst hakkının sona ermesi nedeniyle TMK m. 829 gereğince belirlenecek bedelin ödenmemiş olması ya da bedel alacağına güvence verilmemiş olması aranır.⁴⁴³ Dolayısıyla, üst hakkının sona ermesi ve herhangi bir bedelin ödenmemesi konusunda anlaşılmış olması halinde, bu hakkın kullanılması da söz konusu olmayacaktır.

⁴⁴¹ Gürzumar, s. 190.; Karauz, s. 145.

⁴⁴² Esener ve Güven, s. 391.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 860.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 162.; Gürzumar, s. 190 vd.; Gümüş, s. 545.; Ertaş, s. 518.; Erekmekçi, s. 89 vd.; Isler ve Costantini, s. 1517, s. 1521.

⁴⁴³ Gümüş, s. 548.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, cl. II, s. 162.

Bahsedilen ipotek, üst hakkının sona ermesinden başlayarak üst hakkı sahibi veya üst hakkı kendisine rehnedilen alacaklı tarafından üç ay içinde tescil edilmelidir.⁴⁴⁴ Bu süre, kısa bir zaman diliminden oluşması, korunması düşünülen menfaatler ve TMK m. 894 hükmünde yer alan üç aylık süreye benzerliği nedeniyle, zamanaşımı süresi değil; hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir.⁴⁴⁵ Ayrıca hak düşürücü süreye tabi olan kurucu yenilik doğuran hak, yüklü taşınmazın maliki her kim olursa, o kişi tarafından kullanılabilir. Söz konusu 3 aylık süre hak düşürücü nitelikte ve kısa olması nedeniyle uygulamada hak kaybına neden olabilir. Taşınmaz malikinin ipoteği kabul etmemesi halinde zorlayıcı tescil davası açılabilir. 3 aylık sürede söz konusu ipoteğin dava yolu ile tescili uygulamada pek mümkün değildir ve hak kayıplarına neden olabilir. Bu durumda, söz konusu ipoteğin tescili için açılan davada TMK m.1011 mahkemeden esas hakkında karar verene kadar geçici tescil şerhi vermesi talep edilebilir ve hak kayıplarının önüne geçilebilir.⁴⁴⁶

Kararlaştırılan bedelin ödenmemesi ya da teminat altına alınmaması durumunda, TMK m. 829/f. 2 hükmü neticesinde doğan ipotek talep etme hakkının, doktrindeki hâkim görüşe göre dolaylı kanuni bir ipotek hakkı olduğu kabul edilmiştir.⁴⁴⁷ Buna göre ipotek hakkı, doğrudan değil; tescille doğmaktadır.⁴⁴⁸

TMK m. 892/f. 2 uyarınca tesis edilen ipotek ile diğer dolaylı kanuni ipotekler arasında ipoteğin derecesi bakımında önemli bir fark vardır. Öncelikle, diğer kanuni dolaylı ipoteklerin tesis edilmeleri halinde; hakkın sıra ve önceliği aynî haklarda sıra kurallarına göre belirlenir. Bu ipotekler, tesis edildikleri anda kendilerinden önce tesis edilmiş aynî haklardan sonra gelirler. TMK m. 892/f. 2 kapsamındaki ipoteklerde, ipotek alacaklısı üst hakkı sahibinin yerini alır; yani üst hakkı sahibi ile aynı kıdeme, önceliğe

⁴⁴⁴ Esener ve Güven, s. 391.; Gürzumar, s. 192.; Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, c. II, s. 162.; Gümüş, s. 552.

⁴⁴⁵ Gürzumar, s. 192.; Gümüş, s. 552; Isler ve Costantini, s. 1522. Bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu konusunda bkz. Erel, s. 125.

⁴⁴⁶ Gürzumar, s.192 ve s.192 dipnot 150'de yer alan yazarlar.; Karauz, s. 151.

⁴⁴⁷ Gürzumar, s. 191.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 1003.; Gümüş, s. 545.; Ertaş, s. 518.; Erekmekçi, s. 90.

⁴⁴⁸ Gürzumar, s. 191.; Gümüş, s. 545.; Erekmekçi, s. 90.

sahiptir. Kanun koyucu, açıkça üst hakkı yerine “aynı derecede ve sırada” ipotek tesis edilebileceğini açıkça düzenlemiştir.

Ayrıca ipoteğin tescilinin istenebilmesi için, üst hakkının son bulmuş olması gerekir.⁴⁴⁹ Üst hakkının tapu kütüğünde şeklen de olsa yer alması halinde, ipotek tescilini talep hakkının kullanımı mümkün değildir. Yüklü taşınmaz malikine, kararlaştırılan bedelin ödenmesi için talepte bulunulması durumunda uygun bir süre verilmelidir⁴⁵⁰. Ancak bu sürenin ipotek tesisi için Kanunda öngörülen üst hakkı sonra erdikten sonra üç ay içerisinde yapılması zorunluluğu hasıl olduğundan kısa bir süre olmalıdır. Yüklü taşınmaz maliki verilen süre içinde de borcunu yerine getirmezse, üst hakkı sahibi veya üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi olan alacaklılar ipotek tesisini isteyebilecektir

Doktrindeki ağırlıklı görüş, haklı olarak, bu ipotek tesisinin talep edilebilmesi için, üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olması gerektiğini ve bunun sonucu olarak da üst hakkının tapuda taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olması zorunluluğunu savunmaktadır.⁴⁵¹ Yargıtay’ın da bu görüşte olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁵²

Doktrinde başka bir görüşe⁴⁵³ göre ise, TMK m. 829 üst hakkı kendilerine rehin edilmiş alacaklıların korunmasını amaçlamaktadır. Bu görüş Kanunda ikili bir ayrıma gidilmediğini; kanunun lafzının da “ üst hakkı kendilerine rehnedilmiş alacaklılar” ifadesine yer verildiğini, rehinin türü (taşınmaz ya da taşınır rehini) konusunda bir sınırlama yapılmadığını ve TMK m. 954 hükmü gereğince bağımsız üst hakkı üzerinde rehin mümkün olduğunu, bu sebeplerle üst hakkının sürekli olup olmadığına bakılmaksızın bağımsız üst haklarında bu hükmün uygulanabilir olduğunu; tapu sicilinde taşınmaz olarak kaydedilmemiş bir üst hakkının sona ermesi nedeniyle bunun üzerindeki rehin hakları ortadan kalkacak alacaklıların da, tapuya taşınmaz olarak kayıtlı bağımsız

⁴⁴⁹ Gümüş, s. 544.

⁴⁵⁰ Gümüş, s. 549

⁴⁵¹ Karauz, s.145 ve Karauz, s.145 dipnot 434’te belirtilen yazarlar, Acar, s. 283 vd.

⁴⁵² Yargıtay 11. HD, 20.01.2015, E. 2014/32818, K. 2015/1274, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı (12.12.2019).

⁴⁵³ Gürzumar, s. 190; Karauz, s. 145, Karauz, s. 14, Karauz, s. 14 dipnot 435’ te belirtilen yazar, Ergüne, s. 284 vd.

ve sürekli bir üst hakkı üzerinde rehin hakkı bulunan alacaklılar kadar korunması gerektiğini ve ifade ederler.

Bu görüşü destekleyen bir başka görüşe göre de Türk Medeni Kanunu'nda ayrı sayfaya yazılmamış bağımsız bir üst hakkının devri hususunda bir kanun boşluğu vardır. Bu görüş söz konusu boşluğun şu şekilde doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir: TMK m. 780/ f. 2'de geçen "kazanma" terimi irtifak hakkının hem kurulmasını hem de devrini içine alacak şekilde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla tapu sicilinde kendisine taşınmaz olarak ayrı bir sayfa açılmamış olan bağımsız bir üst hakkının devri, yüklü taşınmazın sayfasındaki irtifaklar sütununda, irtifakı devredeninin adının çizilmesi ve altına irtifak hakkını kazananın adının yazılması suretiyle gerçekleştirilebilecektir.⁴⁵⁴ Ancak, tapu sicili uygulamamız buna uygun değildir. Bu sorunu aşmak için doktrinde Gürzumar, kendisine tapu sicilinde ayrı bir sayfa açılmamış bağımsız üst haklarının tasarruf işlemlerine konu edilebilmesi için yüklü taşınmazın beyanlar hanesine yazılmak yöntemiyle aleniyetin sağlanabileceğini belirtilmiştir.⁴⁵⁵ Ancak bu yazar, tapu sicilinde beyanlar hanesine yazılabilecek hususların TMK m. 1012 ve Tapu Sicili Tüzüğü ile sınırlı sayı ile belirlendiği için, bu görüşün tapu sicili pratik uygulamasında işlemeyeceğinin nazara alınması gerektiğini de ayrıca belirtmiştir.

Kanaatimizce, taşınmaz niteliğinde olmayan üst hakkı, bağımsız olsa bile, bu hak üzerinde yapılacak tasarruf işlemleri, tapu sicilinin işleyiş sistemine uymamaktadır. Şöyle ki; tapu kütüğünde sadece yüklü taşınmazın sayfasında yazılı olan üst hakkı üzerinde tasarruf işlemlerine yönelik tescillerin yapılabileceği bir sütun bulunmamaktadır; yüklü taşınmazın sayfasında sadece o taşınmazı doğrudan doğruya kısıtlayan aynı haklar için ayrı bir sütun yer almaktadır. Dolayısıyla, rehnin tesis edilemediği bağımsız bir üst hakkında, TMK m. 829 anlamında teminatlandırılmış bir alacak söz konusu olamayacaktır. Bu sebeplerle doktrindeki bu görüşlerin, bağımsız üst

⁴⁵⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir; s.999 ve dipnot 464.; Aral, s. 46 vd (Yazar, ayrı sayfaya yazılmamış üst hakkının sicilde yapılacak tescille devredilebileceğini, fakat rehnedilemeyeceğini söylemektedir.)

⁴⁵⁵ Bkz Gürzumar, s.41; 183-184 ve dipnot 104.

haklarının ekonomik işlevinin artması için ileride yapılabilecek mevzuat değişikliğine yönelik yapıcı katkılar olduğunu söyleyebiliriz.

5. Yüklü Taşınmazın Eski Hale Getirilmesi

TMK m. 830 hükmü, tarafların üst hakkının sona ermesi halinde taşınmazın eski haline getirilmesine ilişkin olarak bir düzenleme yapmasını mümkün kılar. Bu madde gereğince, tarafların üst hakkının sona ermesi üzerine yüklü taşınmazın eski haline getirilmesine ilişkin anlaşması durumunda, bu hususun resmî senette yer alması gerekecektir. Resmî şekle tabi olan eski hale getirme sözleşmesi, tapu siciline de şerh edilmesiyle, üst hakkını ve gayrimenkulü iktisap eden herkes için bağlayıcı nitelik kazanacaktır.

SONUÇ

Gayrimenkul projelerini geliştirmek konusunda en önemli maliyet kalemi arazi maliyetidir. Üst hakkı bu maliyeti en aza indirme konusunda hukuki bir çare olabilmektedir.

Ancak üst hakkının getirileri için yüklü taşınmaz malikinin uzun yıllar beklenmesi gerekmektedir. Buna karşılık; arazi alım satım sözleşmesi, hasılat paylaşımı sözleşmesi ya da kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması halinde bu tür sözleşmelerin sonuçları üst hakkı sözleşmesine göre daha kısa sürede neticelenmektedir. Bu sebeplerle özel hukuk kişileri kendi aralarında üst hakkı sözleşmesini tercih etmemektedir. Bu durum nedeni ile üst hakkı sözleşmesi genellikle bir tarafı kamu idaresi, diğer tarafı özel hukuk girişimcileri olan taraflar arasında gerçekleşmektedir.

Bir tarafı kamu idaresi olan üst hakkı sözleşmelerinde uyuşmazlık çıkması durumunda, uyuşmazlığın çözümünün hangi yargı yoluna ait olacağı konusunun tespit edilebilmesi gerekir. Eğer uyuşmazlık üst hakkı sözleşmesi kurulmasından öncesinde safha ile ilgiliyse, bu aşamada idarenin hakimiyet alanında idari bir işlem yapıldığından, uyuşmazlığın çözümü idari yargı yolunda olacaktır. Diğer taraftan; üst hakkının ilgili tapu sicilinde eşya hukuku ilke ve prensiplerine göre tesis edilmesinden sonra, bir kamu idaresi ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişki medeni hukuk safhasına taşındığından, bu medeni hukuk ilişkisi ile ilgili herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ise, bu konudaki uyuşmazlıklar adli yargı önünde çözülecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 408 uyarınca, taşınmaz mallar üzerinde tesis edilen aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkime elverişli değildir. Bu nedenle de üst hakkına ilişkin doğacak uyuşmazlıklar için tahkim yolunun kapalı olduğunu söylemeliyiz. Ancak üst hakkı sözleşmesi ile ilgili aynı konular dışındaki ihtilafların çözümü için taraflar tahkim yolunu seçebilirler.

Kamu Hukuku mevzuatında düzenlenen üst hakkı hükümleri ile Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen üst hakkı hükümleri arasında çelişen durumlar mevcuttur. Uygulamada kamu idarelerinin düzenleme şeklinde hazırladıkları üst hakkı

sözleşmelerinde üst hakkının iptali şeklinde hükümler bulunmaktadır. Halbuki Türk Medeni Kanunu'nda üst hakkının iptali değil, süresinden önce yüklü taşınmaz malikine dönmesi imkânı vardır. Bu sözleşmelerde ayrıca; bağımsız ve sürekli bir üst hakkı söz konusu olduğu halde; üst hakkı sahibinin üst hakkına dayalı olarak kat mülkiyeti, kat irtifakı kuramayacağı, üst hakkının devri halinde ya da üst hakkı üzerine ipotek tesis edilebilmesi için idarenin onayının alınması şeklinde hükümler de vardır. Bu şekildeki hükümler, aslında tesis edilmek istenen bağımsız ve sürekli üst hakkının, bağımsız olmasını da engellemektedir. Yani kamu idarelerinin yapmak istedikleri iradeleri ile fiilen yaptıkları da birbirine uymamaktadır.

Kamu idarelerinin tek taraflı olarak tapu siciline imzalanmak üzere gönderdiği üst hakkı sözleşmelerin, hukuk yargılamasında, genel işlem koşulları denetimine takılacağı aşıkardır.

Ayrıca; kamu idarelerinin üst hakkı sözleşmelerinde basit sözleşme ihlallerinde üst hakkı sözleşmesinin iptal edileceğini ve üst hakkı sahibine de herhangi bir bedel ödenmeyeceği şeklinde hükümler de vardır. Üst hakkı sözleşmesinin iptalinin doğru bir hukuki ifade olmadığını belirtmiştik. Sözleşmenin “iptali” yerine “süresinden önce taşınmaz malikine dönmesi” şeklinde anlaşılabilirse bile bu hükümler emredici nitelikte olan TMK m. 831 hükmüne aykırıdır.

Kamu hukuku mevzuatında, üst hakkı ile ilgili olarak, Türk Medeni Kanunu'na uygun şekilde bir genel hukuki düzenleme yapılması uygun olur. Bu hususta bizim tavsiyemiz; üst hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren tüm kamu mevzuatına, yüklü taşınmaz malikinin ve üst hakkı sahibinin Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen haklara sahip olduğu şeklinde açıklayıcı ek bir madde eklenmesidir. Böylece üst hakkı ile ilgili kamu hukuku mevzuatı ve medeni hukuk mevzuatı, birbiriyle uyumlu hale gelecektir ve kamu idarelerinin tarafı olduğu üst hakkı sözleşmelerindeki hükümler, Türk Medeni Kanunu hükümleri ile herhangi bir çelişki olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır.

Üst hakkının bağımsız olup olmadığı hususu eşya hukukumuzda hâkim olan belirlilik prensibi uyarınca net bir şekilde olabilmelidir. Kamu idarelerinin taraf olduğu üst hakkı sözleşmelerinde devrin idarenin izni ile olabileceğine dair hükümler vardır.

Doktrinde; bağımsız bir üst hakkında devredilebilirliğin kural olarak tamamen değil de yüklü taşınmaz malikinin devredilebilir kişileri önceden seçmesi ya da belirli kişilere devri izne bağlaması halinde bağımsızlık kriterinin korunduğunu ileri sürülmüştür. Biz bağımsız üst hakkı sahibinin bu hakkı üzerindeki tasarruf özgürlüğünün sınırlandırılmasının hakkın bağımsızlık niteliğiyle bağdaşmayacağı görüşündeyiz.

Üst hakkı sahibinin yetkilerini ya da yükümlüklerini ağır şekilde ihlal etmesi sonucu üst hakkının süresinden önce yüklü taşınmaz malikine “üzerindeki aynı yükleri” ile taşınmaz malikine dönmesi, yüklü taşınmaz malikini zor duruma düşürebilecektir. Yüklü taşınmaz malikinin böylesi bir durumla karşılaşması halinde; zararlarını en aza indirgeyebilmesi için, üst hakkı sahibinden yeterli ve uygun teminatları talep etmesini tavsiye edebiliriz.

Doktrinde üst hakkının aynı etkiye haiz kapsam ve içeriğini tespit edilmesinin zorluğu ifade edilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmelerin tapu siciline şerh edilmesi de yine eşya hukukun sınırlı sayı ilkesi gereği kanunlarda da sınırlı şekilde sayıldığından üst hakkının içerik ve kapsamı ile aynı etkiye haiz hususların şerh verilebilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla resmi sözleşmede belirlenen aynı etkiye haiz üst hakkının kapsam ve içeriği ile hükümlerin üçüncü kişilerce bilinebilmesi mümkün olmayabilir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda 1 Ocak 2012 yılında yürürlüğe giren yenileme sonucunda taraflar arasında nispi sözleşmelerin tapu siciline şerh edilebilme imkânı getirilmiştir. Kanaatimizce; benzer şekilde bir uygulamanın Türk Hukukunda da yapılması veya en azından üst hakkı sözleşmelerinde aynı etkiye haiz olan hususların şerh edilebilmesi imkânı kanun koyucu tarafından sağlanabilirse, bu konuda netlik ve aleniyet sağlanmış ve pek çok hukuk ihtilafının önüne geçilmiş olur.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Acar, Faruk, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017

Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya. Eşya Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Baskı, 2018

Akipek Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap, Mahdut Ayni Haklar, (Menkul Rehni Hariç). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974

Akipek Jale G., Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Prof Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan. Ankara: Sevinç Matbaası, 1972

Akman, Galip Sermet. Taşkın İnşaat. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982

Aktürk, İpek Yücer. Üst Hakkı Sözleşmesi. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku. 1. Basım, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009

Antalya, Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C. I. 1. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2012

Antalya, Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. c. I. 1. Baskıya Ek 2. Tıpkı Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.

Antalya, Gökhan. Eşya Hukuku. c. IV/1. Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019

Aral, Vecdi. İnşaat (Üst) Hakkı. 1. Basım. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962

Atamer, Yeşim M..Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Ayan, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. 5. Basım. Konya: Mimoza Basım, 2013

Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. Eşya Hukuku Dersleri. Fakülteler Matbaası, 1981

Aybay, Aydın, Hüseyin Hatemi. Eşya Hukuku. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012

Ayiter, Kudret. Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975

Baysal, Başak. Sözleşmenin Uyarlanması. 4. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020

Belge, Ayşe Merve. Arazi Mülkiyetinin Maddi Kapsamı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016

Burcuoğlu, Haluk. Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993

Çelebican Karadeniz, Özcan. Roma Eşya Hukuku. 3. Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006

Demirsatan, Barış. Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları. 1. Basım. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016

Erdoğan, Belgin. Roma Eşya Hukuku. 2. Basım. İstanbul: DER Yayınları, 2003

Erekmeççi, Müge. Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİP) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı. 1. Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013

Erel, Şafak. N. Eşyaya Bağlı Borç. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982

Ergani, Emre Ergin, Üst Hakkı, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2015

Erman, Hasan. Eşya Hukuku Dersleri. Gözden Geçirilmiş 3. Basım. İstanbul: DER Yayınları, 2013

Ertaş, Şeref. Eşya Hukuku. 10. Basım. İzmir: Meta Basım, 2012

Esener, Turhan ve Kudret Güven. Eşya Hukuku. Genişletilmiş 4. Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008

Gözler, Kemal. İdare Hukuku Dersleri. 10. Baskı. Bursa: Ekin Basım, 2010

Gümüş, Alper. Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, cl. II. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003

Gürsoy, Kemal T., Fikret Eren ve Erol Cansel. Türk Eşya Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978

Gürzumar, Osman Berat. Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı. Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Kısmen Genişletilmiş 2. Basım. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001

Havutçu, Ayşe. Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması. İzmir: Güncel Yayınevi, 2003.

Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991

Isler Peter R. ve Renato Costantini, Kommentar, Basler, Obligationenrecht II, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011

Karahasan, Mustafa Reşit. Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cl. I. 1. Baskı. İstanbul: Arıkan Basım, 2007

Karahasan, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cl. II. 1. Baskı. Kırklareli: Beta Basım, 2002

Karauz, Agah Kürşat. Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi. Medeni Hukuk Monografileri. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022

Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. Sınırlı Aynî Haklar. 2. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. Eşya Hukuku. Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 24. Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Güncellenip Geliştirilmiş 17. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019

Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. Medeni Hukuk. 28. Bası. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2022

Özakman, Cumhur. Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978

Özmen, Etem Saba ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu. Kat İrtifakı, 5711 Sayı ile 5912 Sayılı Kanunlarla Değişik 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa ve 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna Göre Yenilenmiş 2. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2020

Rey Heinz ve Strebel Lorenz, Kommentar, Basler, Obligationenrecht II, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011

Serozan, Rona. Eşya Hukuku, Cl. I. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014

Sirmen, A. Lale. Eşya Hukuku. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013

Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, 1. Basım, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981

Tan, Turgut. İdare Hukuku. Güncelleştirilmiş 6. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2017

Tandoğan, Haluk. Türk Mesuliyet Hukuku. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Yayınevi, 2010

Tek, Gülen Sinem. Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (TMK m. 785). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017

Tekinay, Selahattin Sulhi. Eşya Hukuku. Cl. I. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978

Tekinay, Selahattin Sulhi. Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar. 1. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994

Tekinay, Selahattin Sulhi. Kat Mülkiyeti. 1. Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991

Umur, Ziya. Roma Hukuku. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983

Ünal, Mehmet. Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı. 1. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 1988

Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. Şekli Eşya Hukuku. 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008

Velidedeoğlu, Hıfzı V. Türk Medeni Hukuku. 3. Baskı. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1963

Yavuz, Nihat. 6098 Türk Borçlar Kanunu Şerhi, cl. I. 2. Basım. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015

Yeşilirmak, Ali. Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümüne Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2011

Sürelî Yayınlar

Aslan, Zehreddin ve Arat, Nilay. “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. Güz/2005, Yıl 4, S. 8, s. 1-25. <https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00116.pdf> (21.02.2019)

Atamer, Yeşim M.. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 2012, s. 9-73. (21.08.2019)

Atlı, Banu. Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan. 2017, cl. 19, s. 981-1023. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/26-BANU-ATLI.pdf> (13.10.2018)

Boz, Selman Sacit. Kamu Özel İşbirliği (PPP Modeli), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2013, cl. 4, S. 2, s. 277-332. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208295> (17.02.2019)

Çabri, Sezer. “Kira Sözleşmelerinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 2012, cl. 18, S. 3, s. 163- 199. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789028> (12.04.2023)

Demir, Mehmet. 2008 Şubat Tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (md.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S. 76, s. 217-230. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-424> (20.06.2023)

Erden, H. Roma Hukukunda “Superficiis Solo Cedit” İlkesinin Bir İstisnası Olarak Superficiis (Üst Hakkı) ve Hukukumuzda Yansıması, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1997, Y.1, S.1, s. 323-338 (15.12.2018)

Ergüne, Mehmet Serkan. Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Sorunlar, İÜHFİM. 2008, cl. LXVI, S.1, s. 275-292. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95683> (16.12.2018)

Kaşıkçı, Osman. “Eski Hukukumuzda Üst Hakkı” AÜEHFD. 1999, cl. 3. S. 1, s. 49-60. https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/1999_III_5.pdf (18.10.2018)

Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti, İsviçre Medeni Kanununun "Sınırlı Ayni Haklar" Bölümünde Yapılan Değişiklikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1981, cl. 45, S. 1-4, s. 421 – 430. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96064> (15.11.2018)

Kuntalp, Erden. “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 1991, S.4 , s.528-551.(20.06.2023)

Özbilen, Arif Barış. “Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı” 2016, cl. Eylül-Ekim, S. 126, s. 263-310. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-126-1604> (10.09.2019)

Özmen, E. Saba ve Tuba Korkmaz. “Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2020, S.1, s. 153-186 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1847167> (30.03.2023)

Ulusan, Hasan. “Yeni Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İBD*. 1987, cl. 61, s. 21 vd. (12.01.2019)

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar” *Ankara Barosu Dergisi*. 2016 S.1, s. 305-331. (16.04.2023)

Yıldız, Hayrettin. “Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği” Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, *TBB Dergisi*. 2014, S. 111, s. 279-296. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1368> (19.02.2019)

Diğer Yayınlar

Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı (<https://www.corpus.com.tr/>)

Karataş, Sinem. İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi (Son Anayasal Değişikliklerle). 2011, s. 1-17. http://www.dayanirsagkan.av.tr/index9829.html?page_id=40 (19.02.2019)

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (<https://www.lexpera.com.tr/>)

Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası (<http://www2.meseyazilim.com/>)

Yargıtay Başkanlığı-Yargıtay Karar Arama (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)