

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU'NDA *SUPERFICIES* (ÜST HAKKI)

DOKTORA TEZİ

Tunay YÜCE

Ankara- 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU'NDA *SUPERFICIES* (ÜST HAKKI)

DOKTORA TEZİ

Tunay YÜCE

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Ankara- 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU'NDA *SUPERFICIES* (ÜST HAKKI)

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

1. Prof. Dr. Nadi GÜNAL

.....

2. Doç. Dr. Yıldız ABİK

.....

3. Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK

.....

4. Dr. Öğr. Üyesi Ümit Vefa ÖZBAY

.....

5. Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI

.....

Tez Sınavı Tarihi: 16.12.2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim (16/12/2022).

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Tunay YÜCE

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ.....	1
I. Genel Olarak.....	1
II. Konunun Sınırlandırılması	3

BİRİNCİ BÖLÜM

SUPERFICIE’NİN KÖKENİ

I. Roma Hukukunda Mülkiyet Kavramı ve İrtifak Hakları	4
II. <i>Superficies</i> Kavramı ve “ <i>Superficies Solo Cedit Prensibi</i> ”	10
A. <i>Superficies</i> ’in Anlamı	10
B. “ <i>Superficies Solo Cedit</i> ” Prensibi	16
C. <i>Superficies Solo Cedit</i> ilkesinin <i>Ius Civile</i> ’deki Uygulamaları.....	20
D. <i>Superficies</i> ’in Doğuşu	25
1. <i>Superficie</i> ’nin Doğuşuna Sebep olan Tarihsel ve Siyasal Süreç	25
a. <i>Lex Icilia De Aventino</i> ’dan önceki süreç	25
b. <i>Lex Icilia de Aventino Publicando</i>	28
c. <i>Locus Publicus</i> İmtiyazları	33
2. <i>Superficie</i> ’nin Kamu Hukuku Doğası ve Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanışı.....	41
III. <i>Superficies</i> ’nin Sınırlı Ayni Hak Olarak Değerlendirilmesi	42

İKİNCİ BÖLÜM

SUPERFICIE’NİN YAPISI VE HÜKÜMLERİ

I. <i>Superficies</i> ’nin Kurulması	47
A. <i>Superficies</i> ’nin Kira Sözleşmesinin Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü	49
B. <i>Superficies</i> ’nin Alım-Satım Sözleşmesinin Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü	54
C. Miras Yoluyla Üst Hakkının Kurulması	62
D. Bağış Yoluyla Üst Hakkının Kurulması.....	67
II. <i>Superficiarius</i> ’un Zilyetliği Sorunu	67
A. Genel Olarak Zilyetlik Kavramı	67

B. Zilyetliğin <i>Superficies</i> ile İlişkilendirmesi	70
C. Üst Hakkı Sahibinin <i>Possessor</i> (Zilyet) Olarak Değerlendirilemeyeceğine İlişkin Görüşler	72
D. Üst Hakkı Sahibinin <i>Quasi Possessor</i> (Zilyet benzeri) Olarak Değerlendirilebileceğine İlişkin Görüşler	76
III. <i>Superficiarius</i> Yetki ve Yükümlülükleri	81
A. Genel Değerlendirme	81
B. <i>Superficiarius</i> 'un Hak ve Yetkileri	82
1. Üst Hakkı Sahibinin Devir Yetkisi:	83
2. Üst Hakkı Sahibinin Üst Hakkı Üzerinde Bir Başka Sınırlı Aynı Hak Tesis Etme Yetkisi	85
3. Üst Hakkı Sahibinin Rehin Hakkı Tesis Etme Yetkisi	86
4. Üst Hakkı Sahibinin Kullanma ve Yararlanma Yetkisinin Sınırı	88
5. Üst Hakkı Sahibinin Diğer Yetkileri	90
C. <i>Superficiarius</i> 'un Yükümlülükleri	90
1. <i>Solarium</i> Ödeme Yükümlülüğü	90
2. <i>Solarium</i> 'un Niteliği, <i>Vectigal</i> ve <i>Pensio</i> ile İlişkisi	94
3. Diğer Yükümlülükleri	97
a. Vergi Ödeme Yükümlülüğü	97
b. Kullandığı Binayı İyi Durumda Tutma Yükümlülüğü	99
D. <i>Dominus Soli</i> 'nin Yetki ve Yükümlülükleri	99
1. <i>Dominus Soli</i> 'nin Yetkileri	99
2. <i>Dominus Soli</i> 'nin Yükümlülükleri	102
E. <i>Superficies</i> 'nin Sona Ermesi	105
1. Yıkma veya Kendi Kendine Yıkılma Sonucu Üst Hakkının Sona Ermesi	106
2. Kullanılmama Sonucu Üst Hakkının Sona Ermesi	109
3. Terk Sebebiyle Üst Hakkının Sona Ermesi	110
4. <i>Solarium</i> Ödemesinin Yapılmaması	112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUPERFICIARIUS'U KORUYAN YASAL DÜZENLEMELER

I. Üst Hakkı Sahibinin Korunmasındaki Yasal ve Ekonomik Beklentiler	117
II. <i>Interdictum de superficibus</i>	120
A. Genel olarak <i>Interdictum</i> Kavramı	120

B. <i>Interdictum de Superficiebus</i>	122
1. <i>Interdictum de Superficiebus</i> 'un Ortaya Çıkış Zamanı	122
2. <i>Interdictum de Superficiebus</i> 'un Özellikleri.....	125
III. <i>Actio de Superficie</i>	127
A. Roma Hukukunda Davaların Sınıflandırılması.....	127
B. <i>Actio de Superficie</i> 'nin Sınıflandırılması.....	130
1. <i>Causa Cognita</i> Özelliği	130
2. <i>In factum</i> özelliği	133
3. <i>Actio in Rem Utilis</i> Özelliğinin Verilmesi	135
4. <i>Quasi in Rem</i> Olarak Bir Başka Sınıflandırması	138
IV. <i>Actio Publiciana in Rem Utilis</i>	140
V. Diğer Koruma Yolları.....	143
SONUÇ	149
KAYNAKÇA.....	156
ÖZET	165
SUMMARY	166

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BIDR	: Bullettino dell'istituto di diritto romano
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CIL	: Corpus Inscriptum Latinarum
Çev.	: Çeviren
Cod.	: Codex
D.	: Digesta
Dion. Hal.	: Dionysius Halicarnassus
Ed.	: Edictum
FIRA	: Fontes Iuris Romani Anteiustiniani
HISTORIA	: Rivista di Storia Antica
Gai.	: Gaius
Ins. Gai.	: Gaius Institutiones
Ins. Iust.	: Iustinianus Institutiones
Liv.	: Livius
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
pr.	: principium
Provinc.	: Provinciale
POLIS	: Studi interdisciplinari sul mondo antico
RDPC	: Rivista di diritto processuale civile
RIDA	: Rivista Internazionale di diritto romano e antico
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SDHI	: Studia Documenta Historiae et Iuris
Theo.	: Theodosianus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

I. Genel Olarak

Tezin konusu “Roma Hukuku’nda *Superficies* (üst hakkı)” olarak belirlenmiştir.

Roma Hukukunda özellikle Klasik dönem ve *Iustinianus* döneminde üst hakkına ilişkin gelişim aşamaları sırasıyla değerlendirilirken, üst hakkının sistem olarak içinde yer aldığı *iure in re aliena* (sınırlı ayni haklar) üzerinde kısaca durulacak, üst hakkına ilişkin kurallar ve uygulamalar yer yer diğer sınırlı ayni haklar ile kıyaslanacak ve ortak uygulamaları ortaya çıkarılacaktır.

Özel hukuk alanında, *ius civile* tarafından üst hakkının Klasik dönem öncesi tanınmıyor olması, Praetor faaliyetleri ile *ius honorarium* tarafından hukuki bir tanınırlık elde etmesi sonucu üst hakkı dönemin ekonomik ve toplumsal ihtiyaçlarına cevap vermek üzere doğmuş bir kurumdur. İlk başlarda kamu topraklarının özel kişilere kullanımının bırakılması amaçlanarak yaratılan kamu hukuku imtiyazlarını rol model olarak özel hukuk alanında bireyler arası toprak ilişkilerini düzenleyen bir kurum olmuştur. Tezde, üst hakkının kamu imtiyazlarının bir özel hukuk uzantısı olarak nasıl şekillendiği, üst hakkının niteliği, uygulanan hükümler, sona ermesi ve koruma yolları üzerinde durulacaktır.

Tez, giriş ve sonuç bölümleri dışında üç ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, mülkiyet kavramından ve mülkiyet hakkının sınırlandırmalarından kısaca bahsedilecek ve üst hakkının da içinde yer aldığı mülkiyet hakkını sınırlayan en önemli kurumlardan *servitudes* (irtifak) haklarından bahsedilecektir. Aynı bölümde *superficies* kavramının anlamından, *superficies*’in doğuşuna neden olan tarihsel süreçten, *ius civile* tarafından kabul edilen ve klasik dönem sonuna kadar üst hakkının bir kurum olarak değerlendirilmesinin önüne geçen “*superficies solo cedit*” (üst alta tabidir) kuralından bahsedilecektir. Bu bölümde son

olarak *superficies*'in kamu hukuku doğasından nasıl özel hukuk ilişkilerine geçiş yaptığından ve hangi aşamada bir sınırlı ayni hak olarak değerlendirildiğinin üzerinde durulacaktır.

İkinci bölüme, *superficies*'in yapısı değerlendirilerek başlanacaktır. Bu doğrultuda, superficies ilişkisinin kurulması, üst hakkı sahibinin zilyetlik sorunu, *superficies*'in ve *dominus soli*'nin (arazi sahibinin) yetki ve yükümlülükleri ile üst hakkı ilişkisinin sona erme şekilleri incelenecektir.

Üçüncü ve son bölümde, *praetor* tarafından üst hakkı için sağlanan koruma yolları ve uygulamaları ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sonuç bölümünde ise tezde üst hakkına ilişkin inceleme konusu olan tüm verilerin sonucu ortaya konacaktır.

Roma Hukuku'nda üst hakkına ilişkin olarak yabancı literatürde birkaç adet kitap niteliğinde eser ve konunun genelini içermemekle birlikte ayrı ayrı üst hakkının yapısı, niteliği, kuruluşu veya koruma yollarını incelemiş birçok makale mevcuttur.

Roma Hukuku'nda Üst Hakkı'nın yeniden çalışılması ve değerlendirilmesine yönlendiren sebepler şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle bu tez konuyu ayrıntısıyla incelemiş yazarlar bakımından İtalyan, İngiliz ve nispeten Alman ekolleri doğrultusunda, eski epigrafik kaynaklar bakımından Latince ve Yunanca eserlere ağırlık verilerek üretilmiştir. Nitekim üst hakkına ilişkin gelişmeler ve kurumlar ayrıntılı olarak incelenmiş ve farklı birtakım sonuçlara ulaşılmıştır.

Tezde üst hakkına ilişkin olarak kullanılan Latince ve Yunanca metinler doğrudan incelenmiş ve çevrilmiştir. Üst hakkına başlıca kaynak, *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta* bölümünde yer alan “D. 43.18.1-2: *De superficibus*” (Üst hakkı sahibi) başlığı altındaki kurallardır. Aynı zamanda genel kurallar anlatılırken *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Intitutiones*'inden, tarihçede *Livius* ve *Dionisius*'un eserlerinden,

Dünya'nın çeşitli yerlerinde Roma kalıntılarında ortaya çıkarılmış yazıtlarda bulunan *lex* (kanun) metinlerinden yararlanılmıştır.

Konuya ilişkin kitaplar, makaleler ve tezler birincil kaynak olarak kullanılmış olup, epigrafik eserlere ulaşılmasında internet kaynaklarından da oldukça yararlanılmıştır.

II. Konunun Sınırlandırılması

Tez'de *Iustinianus* döneminde aynı bir nitelik kazanan ve sonradan sınırlı aynı hak türlerinden biri olarak değerlendirilen üst hakkı ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda sınırlı aynı hakların üzerinde kuruldukları mülkiyet hakkından ve sınırlı aynı hakların türlerinden kısaca bahsedilmiştir. Tezin konusu yalnız üst hakkına ilişkin olduğundan ve tezin hacmini diğer sınırlı aynı hakları da içine alacak şekilde genişletmemek için diğer sınırlı aynı haklar ile üst hakkının kıyaslaması ayrı bir bölümde değerlendirilmemiştir. Başlıklar altında kısaca değinilmiştir.

Tezde üst hakkının Roma Hukuku'ndaki doğuş nedenleri, gelişimi ve son hali incelenmiştir. Bu doğrultuda tezde Türk Hukuku'nda üst hakkına ilişkin uygulamalara değinilmemiştir. Roma Hukuku'nda da üst hakkının içtihadı girdiği kabul edilen Klasik hukuk dönemi ile *Iustinianus* dönemi incelenmiştir. Özellikle, M.Ö. 456'da çıkarılan *Lex Icilia de Aventino Publicando* ile başlayan gelişim süreci, *Iustinianus*'tan sonra üst hakkını uzun süreli kira ile birleştirilen *Zeno*'nun emirnamesine kadar olan süreç dikkate alınacaktır.

Bu sebeple Roma Hukuku'ndan sonra Pandekt Hukuku ve Türk Hukuku'ndaki üst hakkına ilişkin gelişim aşamaları bu tezin kapsamı dışında tutulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUPERFICIES'NİN KÖKENİ

I. Roma Hukukunda Mülkiyet Kavramı ve İrtifak Hakları

Roma Devleti kurulmadan çok önce antik çağda Orta Doğu'da, Asya'da, Afrika'da mevcut olan toplumsal örgütlenmelerde, örgütün en değerli varlığı onun üzerinde egemenlik kurduğu toprağı olmuştur. Bu nedenle siyasal örgütlenmeye ait toprak parçaları her zaman topluma, dolayısıyla da toplumun temsilcisi statüsündeki en yetkili kişi olan yönetici, hükümdar veya krala ait olmuştur.¹ Sanayi ve ticaretin olmadığı bu dönemde toplumun yaşamını devam ettirmesi ve kalkınması için toprağın işlenmesi gerekmiştir. Bu noktada topluma veya hükümdara ait bu topraklardan yararlanmak zorunluluğı doğmuştur. Roma Krallığının daha kurulmadığı bu zamanlarda dahi topluma veya krala ait toprakların özel kişiler aracılığı ile kalkındırılması ve bu topraklardan özel kişiler aracılığıyla ürün elde edilmesi yoluna gidilmiştir. Hükümdarın sağladığı bu imtiyaz karşılığında özel kişilere de bir takım kamusal yükümlülükler yüklenmiştir.

Roma'da da Krallık döneminde savaşlar sonucu elde edilmiş toprakların bir kısmı devletin mülkiyetinde kalmakta iken bir kısmı *gens*²'lere bırakılmıştır.³ Kamu toprağına ilişkin özel mülkiyet sağlanması ilk olarak *Romulus* ve *Numa* zamanında

¹ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., “Roma'da Kamu Topraklarının Çeşitli Kullanım Biçimleri”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın Armağanı, (1988), Ankara, s. 711.

² Roma'da aynı soydan gelenlerin oluşturduğu aile topluluklarına verilen isimdir. Bkz.: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, (2014) Ankara: Turhan Kitabevi, s. 18.

³ ROSELAAR, S. T., Public Land in the Roman Republic, (2010), Oxford University Press, s.

(M.Ö. 753 - M.Ö.672) olmuştur.⁴ *Gens*'lerin başındaki aile babalarına (*Pater Familias*'a) hem işlemeleri hem de devletin topraklarını komşu devletlerin fethedilme tehdidinden korumak ve güvende tutmak için devlete ait olarak kabul edilen ve *ager publicus* denilen toprak parçalarının fiili egemenliği -mülkiyeti Roma devletin'de kalmak koşuluyla- bırakılmaktaydı. Bu fiili egemenlik durumu zamanla aynı bir hakka dönüşmüş ve devlete ait bu toprak parçaları üzerinde özel kişilerin mülkiyet hakkı doğmuştur.

Mülkiyet hakkı bir mal üzerinde sahibine kullanma (*usus*) , yararlanma (*fructus*) ve tasarruf etme (*abusus*) yetkisi veren en geniş aynı hak olarak tanımlanır.⁵ Çağlar boyunca, toplum düzeninin olduğu coğrafyalarda mülkiyet kavramı, içeriği, ve sınırları her zaman sorgulanmış ve tartışılmış bir kavramdır. Ancak, ortaçağ hukukçuları özellikle Roma mülkiyet anlayışının her zaman ve her yerde mutlak, tekelci, değişmez ve sınırsız olduğu konusunda yanlış bir kanaatte bulunmuşlardır.⁶ Mülkiyet, her toplumda devletin ve bireylerin dönemsel ihtiyaçları doğrultusunda siyasal, sosyal ve ekonomik nedenlerle zaman zaman sınırları değiştirilmiş ve kısıtlanmıştır.⁷ Bu sınırlamalar devletin toprak politikaları gereği kamu hukuku kaynaklı olabileceği gibi özel kişiler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinden de kaynaklanabilmektedir. Bu sınırlamalar mülkiyet hakkı sahibine tanınmış bazı yetkilerden kaçınması veya malikin malını başkasının kullanmasına izin vermesi, engel olmaması şeklinde bir katlanma yükümlülüğü olarak da ortaya çıkabilmektedir.

⁴ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan'dan Batider, Cilt XIII, Sayı 3-4, 1987, Ankara, s. 165.

⁵ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Eşya Hukuku, (2015), Ankara: Turhan Kitabevi, s. 106; ERDOĞMUŞ, B., Roma Eşya Hukuku, İstanbul: Der Yayınları, s. 15 vd.

⁶ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., “Çağdaş Mülkiyet”, s. 164.

⁷ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma'da Kamu Toprakları, s. 705., KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı s. 165.

Özel Hukuk alanındaki sınırlamalar dikkate alındığında, mülkiyet hakkına benzer nitelik taşımakla birlikte, sahibine mülkiyet hakkı kadar geniş yetkiler vermeyen ancak mülkiyet hakkını sınırlandıran ve bir kimseye başkasına ait mallar üzerinde çeşitli yetkiler veren haklara sınırlı ayni haklar olarak sınıflandırılmaktadır. Sınırlı ayni hak söz konusu olduğunda mülkiyet hakkına ilişkin birtakım yetkilerin kısıtlı olarak bir başkasına devredilmesi söz konusudur. Başkasının mülkiyetinde olan mallar üzerindeki bu kısıtlı haklara Roma Hukuku'nda *iura in re aliena* olarak sınıflandırılmaktadır.

Roma hukuku kaynaklarındaki en eski sınırlı ayni haklar irtifak hakları (*servitutes*) olarak görülmektedir. İrtifak hakları belirli kimseler lehine kurulabileceği gibi komşuluk hukuku gereği taşınmazlar lehine de kurulabilmektedir. *Iustinianus* döneminde son şeklini alan irtifak hakları arzi ya da ayni irtifak hakları (*servitutes praediorum*) ve şahsi irtifak hakları (*servitutes personarum*) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Arzi irtifaklar da kendi içinde köy taşınmaz irtifakları (*servitutes praediorum rusticorum*) ve daha ileriki dönemde ortaya çıkan şehir taşınmaz irtifak hakları (*servitutes praediorum urbanorum*) olarak ikiye ayrılmaktadır.

Eski hukuk döneminde ortaya çıkan ilk irtifak türü sonradan arzi irtifaklar başlığı altında toplanan köy irtifakları olmuştur. Roma'da ekonominin ve geçimin yalnız tarıma dayandığı bu dönemde tarımsal irtifak hakları mevcuttu.⁸ Kaynaklardan anlaşıldığı üzere köy irtifakları da geçit irtifakları (*iura itinerum*)⁹, sulara ilişkin irtifaklar ve diğer irtifaklar olmak üzere çeşitli alt sınıflandırmalara tabi tutulmuştur.

Şehir irtifakları da giderek şehirleşen ve nüfüsü artan Roma şehrinde komşuluk ilişkilerinin düzenlenmesi ve kamu yararının sağlanması için sonraki dönemlerde ortaya

⁸ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 245; ERDOĞMUŞ, B., Eşya Hukuku, s. 99-100.

⁹ En eski köy irtifakları, başkasının taşınmazından yaya veya atla geçmeyi sağlayan iter, hayvanlarla veya araba ile geçme hakkını sağlayan actus ve iter ve actus'un içerdiği yetkileri bir araya toplayan via idi. Ayrıntılı bilgi için bkz: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Eşya Hukuku, s. 245.

çıkılmış çeşitli irtifak türlerinden oluşmaktadır. Bu şehir irtifaklarının en önemlileri yararlanan taşınmaz malikine, yükümlü taşınmaza gelen yağmuş sularını almak hakkı veren veya yararlanan taşınmazın malikine pis sularını yükümlü taşınmazdan geçirme imkanı sağlayan sulara ilişkin irtifaklar, hak sahibine yapacağı inşaatın duvarını komşu yükümlü taşınmaza dayandırma hakkı veren duvara ilişkin irtifak hakları veya aydınlığı ve gün ışığını kesmemesi için yükümlü taşınmazın malikine inşaat yaparken binayı belli bir yüksekliğe çıkarmamasına ilişkin irtifak hakları olarak düzenlenmiştir.¹⁰

Iustinianus dönemine gelindiğinde arzi irtifak hakları yanında son şeklini alan şahsi irtifak hakları da sınırlı ayni haklar olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.

D. 8.1.1: (Marcianus, lib. 3):

“Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.”

İrtifaklar intifa ya da kullanma gibi şahsi, ya da köy ve şehir irtifakları gibi aynidir.

Yukarıda bahsi geçen şahsi irtifaklar Klasik hukuk dönemi boyunca tek tek değerlendirmeye alınmıştır. *Iustinianus* döneminde tek bir başlık altında toplanmıştır.¹¹ Şahsi irtifak hakları başkasının mülkiyet hakkına konu olan bir taşınmaz üzerinde başka bir kimse lehine tanınan söz konusu taşınmazdan çeşitli şekillerde yararlanma imkanı tanıyan haklardır. Bu hakların en önemlileri sahibine yükümlü taşınmazı kullanma ve semerelerinden yararlanma hakkı tanıyan intifa hakkı (*ususfructus*), kullanma hakkı (*usus sine fructu*), oturma hakkı (*habitatio*), yalnız *semerelerinden yararlanma hakkı* (*fructus sine usu*), kölelerin ve hayvanların hizmetlerinden yararlanma hakkı (*operae servorum vel animalium*)’dır.¹²

¹⁰ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 245, ERDOĞMUŞ, B., Eşya Hukuku, 141.

¹¹ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 253; UMUR, Z., Eşya Hukuku, s. 102-107; ERDOĞMUŞ, B., Eşya Hukuku, s. 103.

¹² KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 254.

Iustinianus döneminde şahsi irtifak haklarına uygulamada kullanılan ancak yeni yeni sınırlı aynı hak benzeri bir nitelik tanınan düzensiz irtifak hakları (*servitutes irregulares*) eklenmiştir.¹³ Bu düzensiz şahsi irtifak haklarının en önemlileri de rehin hakkı (*hypotheca*), uzun süreli kira (*emphyteusis*) ve üst hakkı (*superficies*)'dir.

Rehin hakkı (*hypotheca*), Klasik öncesi dönemde *fiducia* denilen malın alacaklıya devrini ve mülkiyetin naklini gerektiren aynı bir sözleşme ilişkisi olarak doğmuş, sonradan alacaklıya yalnız zilyetlik durumunun naklini gerektiren *hypotheca* ilişkisine evrilmiş ve *Iustinianus* döneminde *hypotheca* olarak adlandırılan ve alacaklıya rehin konusu malın mülkiyetini veya zilyetliğin devredilmesine gerek olmadan yalnız sınırlı bir aynı hakkın sağlandığı bir yapıya bürünmüş teminat ilişkisidir.¹⁴ Rehin hakkı, borç ödenmediği takdirde alacaklıya, borçluya ait bir mal üzerinde sağlanan haktan yararlanarak o mal üzerinde tasarruf etmesini ve böylece alacağını elde etmesini sağlayan bir teminat hakkıdır.¹⁵ Sınırlı bir aynı hak ve düzensiz bir şahsi irtifak hakkı olarak değerlendirilen rehin hakkı sahibine hak konusu eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisi sağlamaz. Ancak rehin ilişkisinin dayandığı borç ödenmediği takdirde mal üzerinde tasarruf etme yetkisi sağlar. Sahibine sağladığı bu koşullu tasarruf yetkisi rehin hakkını diğer sınırlı aynı haklardan ayırmaktadır.

Uzun süreli kira (*emphyteusis*) hakkı ise bir başkasına ait taşınmaz üzerinde yıllık kira bedelini ödemek ve kiralanan şeyin değerini düşürmemek koşuluyla, hak sahibine kiralanan şeyi kullanmak ve semerelerinden yararlanmak yetkisi veren, gerektiğinde üçüncü kişilere devredilebilen ve miras yolu ile geçebilen bir sınırlı aynı

¹³ Bu sınıflandırmanın *Ius Commune*'nin ve Pandekt Hukuku'nun yorumlaması ve Roma Hukuku'nu sınıflandırması sonucu ortaya çıktığı düşünülmekle birlikte Roma Hukuku kaynakları değerlendirildiğinde *Iustinianus* döneminde somut olarak uygulandığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, s. 283.

¹⁴ KARADENİZ_ÇELEBİCAN, Eşya Hukuku, s. 297-304; ERDOĞMUŞ, B., 121 vd.

¹⁵ UMUR, Z., Ders Notları, 1990, İstanbul, s. 494.

haktır.¹⁶ Önceleri borçlandırıcı bir hukuki işlemle doğan ve taraflara yalnız şahsi hak ve yetkiler tanıyan uzun süreli kira hakkının aynı bir hak olarak düzenlenmesi *Iustinianus*'un iki emirnamesi ile olmuştur.¹⁷

Tıpkı *emphyteusis* gibi tezin konusunu oluşturan *superficies* yani üst hakkı da *Iustinianus* döneminde sınırlı bir aynı hak olarak değerlendirilmeye başlanmış düzensiz şahsi bir irtifak hakkıdır. Bu hak bir kimseye başkasının arazisi üstünde bina inşa etme veya halihazırda inşa edilmiş bir binayı kullanma ve ondan yararlanma yetkilerini içeren

¹⁶ KARADENİZ_ÇELEBİCAN, Eşya Hukuku, s. 284., ERDOĞMUŞ, B., Eşya Hukuku, 116.

¹⁷ C.4.66.2: “*Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos repellere et redditum minime velle suscipere, ut ex huiusmodi machinatione triennio elapso suo iure is qui emphyteusin suscepit cadat, licentiam ei concedimus attestazione praemissa pecunias offere hisque obsignatis et secundum legem depositis minime deiectionis timere periculum.* * *IUST. A. DEMOSTHENI PP.* * <A 529 D. XV K. OCT. CHALCEDONE DECIO VC. CONS.>” Uzun süreli kira sözleşmeleriyle ilgili olarak, bunların kuruluşunda herhangi bir sözleşme kullanılacaksa, diğer tüm hükümlerle birlikte gözetileceğini ve hatta bunları gerçekleştirmeyi taahhüt eden kişinin hükümlere uymaması nedeniyle sözleşmesel ilişkinin sona ereceği durumda bile arazi üzerindeki kira bedelini veya kamu vergilerini ödediğini gösteren makbuzu ibraz etmesi durumunda hakkın devam edeceğini bildiririz.

C.4.66.3: “*... necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio secundum praefatum modum vendita sit, accipere emphyteutam vel, ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere si emphyteuta maluerit, non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem nec per procuratorem, sed ipsos dominos per se vel per litteras suas vel, si hoc non potu erint vel noluerint, per depositionem in hac quidem civitate apud virum clarissimum magistrum censuum vel praesentibus tabulariis per attestacionem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.* *IUST. A. IULIANO PP.* * <A 530 D. XV K. APRIL. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTE VV. CC. CONSS.>” Bununla birlikte, aralarında bu tür bir sözleşme yapılmamışsa uzun süreli kira hakkı sahibinin hakkını arazi sahibinin rızası olmadan devretmesi mümkün değildir. Ancak bu şekilde uzun süreli kira hakkı sahibinin bu haktan kaynaklı avantajları zedelenmiş olur. Binayı inşa etmek için harcadıklarını devrederek başkasından alabilecekken, malikin haksız kazanımı olur. Arazi maliki, uzun süreli kira hakkı sahibinin üçüncü kişiden isteyeceği tutarı kendi ödemeyi tercih ederse, devir öncelikle arazi sahibine yapılmalıdır. Ancak arazi sahibine yapılan tebliğin üzerinden iki ay geçmiş ve arazi sahibi bunu reddetmişse, uzun süreli kira hakkı sahibi mal sahibinin izni olmaksızın malı devredebilir.

süreyile sınırlandırılmamış geniş bir sınırlı aynı hak tanıır. Dolayısıyla kimi hallerde üst hakkı sahibi arazi üstündeki binanın malikiymiş gibi değeriendirilir. Aslında *ius civile* kaideleri doğrultusunda *superficies solo cedit* (üst alta tabidir) kuralı gereğı arazinin sahibi binanın da sahibidir. Ancak ileride ayrıntısıyla görüleceğı gibi Romanın dönemsel ekonomik ve sosyolojik koşulları gereğı özel kişilere başkasının arazisi üzerinde kullanma, yararlanma ve hatta tasarruf edebilme yetkilerini devretme zorunluluğı doğmuştur. Üst hakkı zamanla *superficies solo cedit* kuralının bir istisnası haline gelmiştir.

II. *Superficies* Kavramı ve “*Superficies Solo Cedit*” Prensipli

A. *Superficies*’in Anlamı

Üst Hakkını incelemeye geçmeden önce hukuk terminolojisi açısından *superficies* teriminin *ius in re aliena* olarak değeriendirilmesine kadar geçen süreçte ne anlama geldiğini değeriendirmekte yarar vardır.

Üst Hakkı latince ifadesiyle *Superficies*, sahibine başkasının arazisi üzerinde bina inşa etme veya inşa edilmiş bir binayı kullanma ve yararlanma yetkisi veren sınırlı bir aynı haktır. Aynı zamanda Praetor’un tanıdığı düzensiz şahsi irtifaklar kategorisinde yer almaktadır.

Hukuk dilinde kullanılan terimler, ortak terimlerle aynı veya benzer olsa da, bazı durumlarda yasal düzenlemede bazı anlamsal farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada, ortaya çıkan terim için tek bir anlam olmadığı aksine her tarihsel süreçte ve her durumda söz konusu terimin hukuki tanımını belirleyen çeşitli farklılıklar olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir.

Etimolojik açıdan, *superficies* “*super*” ve “*facere*” kelimelerinin birleştirilmesi ile oluşturulmuş bir terimdir. “*Super*” latince “*üzerinde*”, “*üst*” anlamına gelir.

Böylece “*facere*” fiilinin de eklenmesiyle bir şeyin üzerine yerleştirilen her şeyi ifade etmek için kullanılır.¹⁸

Stoop¹⁹, *superficies*’i tepe, binalar, ağaçlar, bitkiler gibi yerden yukarı çıkan her şey olarak tanımlar.

D’Ors²⁰, *superficies*’i tanımlamak için çıkıntı, inşa edilen veya dikilen, ekilen veya başkaca bir şekilde toprağa ayrılmaz şekilde bağlı olan, üst üste bindirilmiş olan ifadelerini kullanır.

Edebi birkaç eserde de *superficies* terimi kullanılmıştır. Çalışmamız açısından *superficies* terimine değinen en önemli eserlerden biri *Plinius*’un *Naturalis Historia*²¹ adlı çalışmasıdır.

Nat. His. 19.56.10:

“...conpertumque non aliter quaestuosius censum haberi aut tutius ac minore fortunae iure: cum credatur pensio ea pauperrumis, in solo sponsor est et sub die reditus superficiesque caelo quocumque gaudens.”

...kefalet topraktır ve gelirler, tıpkı topraklarının yüzeyi gibi, görünümü ne olursa olsun gökyüzünde neşe içindedir.

Plinius’un bu çalışmasında *superficies*’ten yani toprağın üstünden bahsederken onu topraktan ayrı olarak belirtmesi, terimi hukuki anlam ve kullanımına

¹⁸ LEWIS, C. T., SHORT, C., A Latin Dictionary, Oxford University Press, 1969, s. 462

¹⁹ STOOP, B., “Law and economy in antiquity: the housing shortage in ancient Rome and the response of the classical jurists to the demands of commerce”, Studi Interdisciplinari sul Mondo Antico (POLIS) 2006, c. 2, s. 260.

²⁰ D’ORS, A., Derecho Privado Romano, Pamplona, 2004. s. 185.

²¹ Gaius Plinius Secundus, M.S. 35-79 tarihleri arasında etkin yılları olan Romalı yazar, doğa bilimci, Roma İmparatorluğu komutanı ve filozoftur. En önemli eserlerinden biri *Naturalis Historia* Türkçe ifadesiyle *Doğa Tarihi* kitabıdır. İlgili eserin latince ve ingilizce çevirileri için ilgili internet kaynağı kullanılmıştır: https://Iustinianus.loebclassics.com/view/pliny_eldernatural_history/1938/pb_LCL371.457.xml. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

yakınlaştırmaktadır. Hukuken toprak ve toprağın yüzeyi iki farklı değerdir. Eserde toplumsal anlayışta da bu ayrımı görmekteyiz.

Seneca, *superficies*'yi atmosferin bir parçası veya bir katmanının üzerine binmiş başka bir katman olarak tanımlar. Bu Romalı hukukçuların *superficies*'i toprağın üstünde bulunan herhangi bir bina ile özdeşleştirdiklerinde kullandıkları anlama çok yaklaşmıştır.

Sen. Nat. Quest., 7.13.3.2:

*“Huic proxima superficies ignea est, ita compacta ut solui uitarique non possit; habet tamen spiramenta quaedam et quasi fenestras per quas ex parte exteriori mundi influant ignes.”*²²

Örneğin, ona inanacak olursak, cennetin üst bölgeleri tamamen serttir, atom kütlelerinin birikmesiyle oluşan bir evin çatısı kadar sert, yüksek ve kalın bir tonoz. Hemen üstündeki yüzey ateşten o kadar yoğun ki parçalanamıyor veya değiştirilemiyor.²³

Toplumsal olarak *superficies* terimine atfedilen bu çeşitli kavramlar hukuk terminolojisine de yansımıştır. Pastori *superficies*'i “*quod supra faciem soli*” “arazinin yüzünün üstünde olan” ya da “*quod supra factum est*” “herhangi bir yüzün üstünde olan” olarak tanımlar.²⁴

Biondi²⁵ için *superficies* kelimesi hem inşaatı hem de ekim yapılması işlemini ifade eder. Ona göre ekim yapan çiftçinin faaliyeti de bir “*facere*” olarak değerlendirilir.

²² Seneca'nın *Naturales Quaestiones* adlı eserinin Latincesi için bkz.: <https://Iustinianus.thelatinlibrary.com/sen/sen.qn7.shtml>

²³ Seneca'nın *Naturales Quaestiones* adlı eserinin Türkçe çevirisi için kullanılan İngilizce versiyonunu için bkz.: https://Iustinianus.loebclassics.com/view/pliny_elder-natural_history/1938/pb_LCL371.457.xml. Son erişim tarihi: 15.12.2022.

²⁴ PASTORI, F., “Prospettiva storica del diritto di superficie”, *Studi Donatuti* II, Milano, 1973, s. 885.

²⁵ BIONDI, B., *La Categoria Romana Della Servitutes*, Milano, 1938, s. 460.

Superficies insan emeği sonucu yerin altında ve üstünde oluşturulmuş her şeydir. Her ikisi de insan tarafından yapıldığından hem inşaat hem de bitki ekimi *superficies* teriminin içinde yer alır.²⁶

Epitome Gai, 2.1.4.

“...uel si aliquis in agro nostro arbores aut uineas uel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat.”

...ya da biri tarlamıza ağaç, asma veya herhangi bir bitki dikmişse, toprağın yüzeyi de aynı şekilde verim verir.

Gaius da *Epitome* adlı eserinde *superficies*’i insan eliyle toprağa dahil edilmiş her şey olarak tanımlamaktadır. Genellemek gerekirse epigrafik eserlerde *superficies* inşa etmeye ve inşaata eş tutulmuştur.

Hukuki metinlerde de *superficies* terimi binaların inşasına, inşa edilmiş binaların kullanılmasına, özel bireylerin *locus publicus* olarak kategorilendirilen kamu arazilerini rahat bir şekilde kullanabilmesine hizmet eden bir kavram olmuştur. Kamu arazilerinin özel bireyler tarafından kullanılabilmesi için hukuk literatürüne dahil edilen *superficies* kavramı daha sonra özel hukuk alanında başkasının arazisi üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisini içeren bir anlam kazanır.

D.43.18.2: (Gaius 25 ad ed. provinc.):

“*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.*”

Evlerin, kira sözleşmesi kapsamında inşa edildikleri arazi yüzeyinin bir parçasını oluşturduğunu söylüyoruz ve bunların mülkiyeti hem medeni hem tabii hukuka göre toprağın sahibine aittir.

²⁶ BIONDI, B., *Le servitu prediali nel diritto romano*, Corso di Lezioni, Milano, 1954, s. 5.

Gaius'a göre *superficies* hem yürürlükteki kanuna göre hem de tabii hukuka göre kiralanan arazi üzerine inşa edilmiş evdir. Benzer şekilde *Paulus* da *superficies*'i belirli bir ücret karşılığında başkasının arazisi üzerinde inşaat yapmak olarak tanımlar.

D.6.1.74: (*Paulus 21 ad ed.*):

“Id est qui in alieno solo superficiem ita habeat, ut certam pensionem praestet.”

Yani belirli bir kira ödemek kaydıyla, başkasına ait olan toprak yüzeyini inşa etme hakkına sahip olan.

Klasik hukukçuların görüşünün yanı sıra hukuk alanında *superficies*, zeminin yani arazinin bir aksesuarı, eklentisi olarak da görülür. Bu anlam *Paulus* tarafından D.46.3.98.8'de özetlenmiştir.

D. 46.3.98.8 (*Paulus 15 quaest.*):

“...pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit.”

... çünkü ev toprağın bir parçasıdır ve hatta yüzey bile ona ait olduğundan, gerçekten de büyük bölümü olarak kabul edilir.

Maschi'ye göre²⁷, roma hukuku birleşme ilkesine (*accessio*) paralel olarak *superficies* terimini kullanır. Böylece *superficies* terimi yalnız arazinin üzerinde bulunan binalar için değil, aynı zamanda binanın her bir bölümü için de kullanılır.²⁸

Superficies teriminin ulaştığı hukuki gelişme sonucu hukukun bu terime yüklediği anlam ile toplumsal olarak bu terimin için kullanılan anlam birbirinden uzaklaşır. Etimolojik açıdan “öne çıkan, ayrılabilen, dış yüzeye yansımış” gibi ifadelerin karşılığı olarak kullanılan *superficies* terimi hukuk dilinde “zeminden ayrılamaz şekilde bağlanmış, inşa edilmiş şeyler” olarak karşımıza çıkar. Hukuken

²⁷ MASCHI, C. A., “La proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai pro vinciali del principio <superficies solo cedit>”, Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, c. 4, Napoli, s. 149.

²⁸ Bu doğrultudaki bir başka görüş için bkz.: STOOP, B., “Housing Shortage”, s. 260

yüzeyin zeminden bağımsız bir yapı olması, özerk bir niteliğe bürünmesi mümkün değildir. *Superficies* dediğimiz yüzey bir eklenti gibi araziden farklı hukuki ilişkilerin konusu olamaz ve sahibi muhakkak ve doğal hukuk gereği arazi sahibi olarak ifade edilen *dominus soli*'dir.

D.9.2.50: (Ulpianus 6 opin.):

“Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas extruxit, praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damni dati nomine actioni subicitur.”

Bir taraf, sahibinin rızası olmadan başkasının evini yıkıp arsaya hamam yaparsa, yüzeyin toprak sahibine ait olduğunu beyan eden doğal hukuk ne olursa olsun, zarar veren neden olduğu hasar sebebiyle takibata uğrar.

Superficies bugün algıladığımız şekliyle iki hukuki durumun bir araya gelmesiyle oluşmuştur. İlk hukuki durum *superficies solo cedit* prensibi gereği zeminin üstünde bulunan her şeyin onun ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu ilkesidir. İkinci olarak, *Gaius*'un kamu arazilerinin devredilmezliği ilkesinden bahsettiği *D. 1.8.1(Gaius 2 inst.)* *“...quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur:...”* ifadesine göre “Kamuya ait olanlar kimsenin malı olarak kabul edilemez, onlar topluma ait kabul edilir.”

Roma'da, Klasik hukuk döneminde, *superficies*'in hukuki konfigürasyonunda bu kavramı dönemin ekonomik şartları ve toplumsal ihtiyaçları ile birleştirerek yorumlamak gerekir.²⁹ *Superficies* kavramının oraya çıkmaya başladığı dönemde, Roma'da nüfusun artmasıyla birlikte toplumsal ihtiyaç olarak hissedilen barınma ihtiyacı, bir başkasına ait olan arazinin üstünün kullanımı ve buradan yararlanma hakkı gibi konuları düzenleyen yasal düzenlemelerin ilk itici gücü olmuştur.³⁰

²⁹ STOOP, B., Housing Shortage, s. 260.

³⁰ PASTORI, F., La Superficie Nel Dritto Romano, Milano, 1962, s. 63.

Superficies terimi altında iki farklı hukuki duruma atıfta bulunulduğunu kabul etmemiz gerekir; ya halihazırda inşa edilmiş bir binanın kısımlarının devri ya da üzerine bina inşa edilecek arazinin kullanımının devri. Roma edebi ve epigrafik kaynaklarında da *superficies*'in anlamını, bir bireye üzerine bir bina inşa edebilmesi için bir başkasının arazisinin üstünün devri olarak kabul eden metinler mevcuttur.³¹

Superficies'i ayrı bir kurum olarak incelemeye geçmeden önce terimin *Ius Civile*'de ilk ortaya çıktığı ve "*superficies solo cedit*" "üst alta tabidir" şeklinde temel bir prensip olarak kabul edildiği haliyle değerlendirmekte yarar vardır.

B. "*Superficies Solo Cedit*" Prensibi

Superficies Solo Cedit kuralı, Türkçe ifadesiyle "üst alta tabidir" kuralı kaynağını *Ius Civile*'den, Roma gayrimenkul mülkiyet hakkını düzenleyen kurallardan alan, temel bir eşya hukuku prensibidir. Bu prensibe göre, yüzeyi zeminden ayrı bir mülk veya başka bir nesne olarak farklı bir hukuki statüye tabii tutmak yasaklanmaktadır. Bu prensip ile sağlanan arazinin üstünde halihazırda var olan veya sonradan inşa edilen binaların veya binada yer alan her bir kat ve bölümün arazinin bütünleyici bir parçası olarak düşünülerek arazinin hukuki statüsüne tabi tutulmasıdır. Arazinin üstünde ve hatta altında olanlar, araziden ayrı düşünülemez.

Bu kuralın temel bir prensip olarak benimsenme sebebi, Roma'nın ilk dönemlerinden beri siyasal olarak elinde belirli bir güç bulunduran ve gücünü sahip olduğu toprak parçalarından alan roma ailelerinin yapısını ve bu ailelerin sahip olduğu arazilerin mülkiyetini ve bütünlüğünü korumaktır.³²

³¹ D. 43.18.2 (Gai, 25 ed. prov.); CIL VI 1585; CIL X 1783; CIL VI 266.

³² PASTORI, F., *La Superficie*, s. 31; COVIELLO, N., *Della Superficie*, *Archivo Giuridico*, S. 49, Pisa, 1892, s. 3 vd.; WENGER, L., "*Superficies solo cedit*", *Philologus* 88, 1933, s. 254 vd.; MASCHI, C., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937; MASCHI, C., "*La proprietà divisa*" s. 332 vd.; RICCOBONO, S., "*La violazione del principio superficies solo cedit nel diritto giustiniano*", *Scritti di Diritto*

Bu temel prensibin kaynağı konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Roma hukukçuları, *superficies solo cedit* kuralının *ius naturale*³³ kaynaklı olduğunu öne sürmektedir³⁴. *Ius Civile*'de *superficies solo cedit* kuralı sıkça kullanılmış olsa da bu kural, temelde yazılı bir hukuk kuralı olmayıp, kaynağını gelenek hukukundan alan tabii bir hukuk kuralı olarak nitelendirilmektedir.³⁵

Gaius, Institutiones'inde ve *Digesta*'da yer alan metinlerinde *superficies solo cedit* prensibinin *ius naturale* kaynaklı olduğunu vurgulamıştır: *Gai. Ins. II. 73*: “...iure naturali nostrum fit”.

D. 43.18.2 (Gaius 25 ad ed. provinc.)

“*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.*”

Üst Hakkına konu binalar derken kastettiğimiz uzun süreli kiralanmış arazilerin üzerinde olanlardır. Hem *ius civile* hem de tabii hukuk gereği bu binaların mülkiyeti arazi sahibine aittir.

Tabii hukuk kuralı olarak varlık bulmuş olmasının yanında *superficies solo cedit* prensibinin yazılı olarak *Ius Civile*'de de yerini aldığı gözlemlenmektedir. Bu kural

Romano. Dal Diritto romano classico al Diritto moderno, Palermo, 1964, s. 301 vd.; MEINCKE, J., “Superficies solo cedit”, ZSS 88, Weimar, 1971, s. 137 vd.; STOOP, B., Housing Shortage, s. 260.

³³ Tabii Hukuk: “Kanun koyucunun, hiç olmazsa kısmen bir iradesinin eseri olan *ius civile* karşısında *ius naturale* (tabii hukuk) kanunun görünür bir iradesine tabi olmayan, fakat *Iustinianus*'a göre ilahi kuvvet tarafından vaz'edilmiş, ideal ve cihanşumul hukuk. Bkz.: UMUR, Z., Lügat., s. 101.

³⁴ Gelenek Hukukunun latince tanımı *Mos Maiorum*'dur. Roma toplumunun sosyal normlarını içeren, yazılı hukuk normları dışındaki tamamlayıcı nitelikteki kurallar bütünüdür. Bkz: WENGER, L., “Superficies solo cedit”, Philologus 88, De Gruyter, 1933, s. 255; MASCHI, C., La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani, Milano, 1937, s. 304 vd.,

³⁵ PASTORI, F., La Superficie, s. 31; Coviello, N., Della Superficie, s. 3 vd.

yazılı olarak ilk kez 12 Levha Kanunu'nda varlık bulmuş ve bu durumu yüzyıllar sonra, Klasik hukukçuların çalışmalarından gün yüzüne çıkartmak mümkün olmuştur.

D.41.1.7.10. (Gaius 2 rer. cott.)

“Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet.”

Bir kişi bir başkasının malzemesiyle kendi arazisine bina inşa ettiğinde, onu binanın sahibi olarak da kabul etmek gerekir çünkü arazinin üstüne yapılan her şey toprağın bir parçası olur. Ancak malzemenin sahibi malzeme üzerindeki mülkiyet hakkını da kaybetmemiştir, ancak bina orada dururken malzemeler için bir vindicatio (istihkak davası) da açamaz. 12 Levha Kanunun'dan kaynaklanan kural gereği kimse kendi arazisi üzerine başkasının malzemesiyle yapılan binayı teslim etmek zorunda değildir, ancak değerinin iki katını malzeme sahibine ödemek zorundadır.

Digesta'da Ulpianus ve Paulus'un metinlerinde de *superficies solo cedit* kuralının *ius naturale* kaynaklı olduğunu belirten görüşleri yer almaktadır: Ulpianus'a göre, D.9.2.50 (Lib. Sex. Op.) *“praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet³⁶”*; tabii hukuk kaynaklı arazinin üstüne inşa edilen her şey arazi sahibine aittir. Paulus'a göre de *“...superficies transeat, quae natura solo cohaeret.³⁷”*; tabii hukuk gereği araziye bağlı binayı teslim etmemenin etkisi yoktur.

Superficies solo cedit ilkesi *Ius Civile*'deki varlığını herhangi bir temele veya gerekçeye ihtiyaç duymadan sürdürmüştür. Bu ilke hukuk metodolojisi dışında da

³⁶ D.9.2.50 (Lib. Sex. Op.)

³⁷ D.44.7.44.1 (Paulus 74 ad ed. Praet)

kullanılan, sezgisel ve doğal bir prensip olarak değerlendirilmektedir. Filozof Seneca da matematik ve felsefe arasındaki bağlantıyı anlatırken *superficies solo cedit* kuralına değinmiştir.

Seneca ep. 8.8.

“Philosophia nil alio petit, totum opus a solo excitat. Mathematica, utita dicam, superficiaria est, in alieno aedificat.”

Felsefe hiçbir disipline bağlı değildir. Tüm işi kendisi karıştırır. Matematik, daha önce de söylediğim gibi başkasının arazisinin yüzeyine inşa edilen şey gibidir.

Filozof Seneca gibi Roma hukukçuları da *superficies solo cedit* kuralını bir temele dayandırmadan doğrudan kullanmışlardır. *Ulpianus* D.43.17.3.7’de (Ulp. 69 ed.) *“semper enim superficiem solo cedere”* “üst her zaman arazinin bir parçasıdır” ifadesi ile ve *Paulus* da 46.3.98.8 (Paul. 15 quaest.) *“pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit”* “doğrusu (arazi) evin büyük bir kısmını oluşturur, çünkü üst alta aittir.” ifadesi ile bahse konu prensibe doğrudan atıf yapmıştır.

Doğal hukuk kaynaklı olduğu kabul edilen bu ilke, insan iradesinin bir ürünü olan *Ius Civile* ve *Ius Gentium*’un çok ötesinde doğal sebeplerle varlık bulmuş bir ilkedir.³⁸ Bu düşüncüyü Roma hukukçuları *Paulus* ve *Ulpianus*’un *Digesta*’da yer alan başkaca metinlerinden de çıkartmak mümkündür:

D. 44.7.44.1 (Paulus 74 ad ed. praet.):

“Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.”

Aynı şekilde, bir kimse, bir araziyi teslim ederken, üzerindeki yapı olmaksızın toprağı taşıdığını söylese, bu, doğası gereği toprağı bağlı olan yapının onunla birlikte geçmesine mâni olmaz.

³⁸ MASCHI, C., “La proprietà divisa”, s. 138.

D. 9.2.50 (Ulpianus 6 opin.):

“Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas exstruxit, praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damni dati nomine actioni subicitur.”

Bir taraf, sahibinin rızası olmadan başkasının evini yıkıp, arsaya hamam yaparsa, yüzeyin toprak sahibine ait olduğunu beyan eden doğal hukuka bakılmaksızın, evi yıkan neden olduğu zarar nedeniyle sorumlu tutulur.

Başkasının arazisine bina inşa edilmesi veya ağaçlandırma yapılması durumunda, yapılan veya dikilen şeyler toprağa bağımlı hale gelmektedir. Bu durum Roma’da mülkiyetin aslen kazanılması yollarından biri olan “*accessio*”³⁹, Türkçe ifadesi ile “birleşme” ilkesiyle de mantıksal bir paralellik göstermektedir.

C. Superficies Solo Cedit ilkesinin Ius Civile’deki Uygulamaları

Roma Hukuku kaynaklarından *Gaius*’un *Institutiones*’inde *superficies solo cedit* prensibinin *Ius Naturale*’den *Ius Civile*’ye “*accessio*” ya da “*pars rei*”⁴⁰, Türkçe ifadesiyle “birleşme ilkesi” yada “bütünleyici parça” kavramına bürünerek aktarıldığının çeşitli örnekleri mevcuttur.

Gai. Ins. II. 73

“Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.”

Dahası, başkası tarafından arazimiz üzerine inşa edilen bir bina, inşa eden kendi adına yapmış olsa bile, tabii hukuk gereği arazinin üstü de araziye ait bir parça olduğu için, bina bize ait sayılır.

³⁹ COVIELLO, N., “Della superficie”, s. 33; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, A., Eşya Hukuku, s. 157.

⁴⁰ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 61.

Accessio'nun türlerinden biri olan *Inaedificatio*⁴¹ olarak adlandırılan hallerde, başkasına ait bir arazi parçası üzerinde, başka bir kişiye ait malzemelerle bir yapı veya ev inşa edilmesi durumunda taşınmazın maliki taşınırın da maliki olmaktadır. Bu durum *superficies solo cedit* ilkesinin mülkiyet hakkının aslen kazanılması yollarında da benimsendiğini göstermektedir.

Gai. Ins. II. 74

“Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.”

Bu kural kökleriyle toprağa bağlandığı düşünüldüğünde bizim arazimize ağaç diken kişi için de uygulanır.

*Implantatio*⁴² olarak terimlendirilen bir başka mülkiyetin aslen kazanılması yönteminde ise başkasının arazisi üzerine dikilen ağaçların, kök salmış olmaları koşuluyla, arazi sahibine ait olacağı yine *superficies solo cedit* kuralının temel alınarak uygulandığını göstermektedir.

Gai. Ins. II. 75

“Idem contingit et in frumento, quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit.”

Bu kural bizim arazimize başkası tarafından ekilmiş olan tahıl için de uygulanır.

⁴¹ UMUR, Z., Lügat, s. 84, Binayı inşa ederken kullanılan malzeme doğrudan taşınmazın malikine ait olmamakla birlikte, evi oluşturan malzemenin ayrılmasının istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Malzeme malikine, malzemelerinin değerinin iki katını taşınmaz malikinden isteyebileceği bir ceza davası ya da malzeme herhangi bir sebeple binadan ayrılırsa rei vindicatio açabilme imkânı tanınmıştır. Malzemenin çalıntı olması durumunda ise ceza davası malzemenin değerinin dört misli üzerinden açılabilirdi. *Iustinianus* devrinde ise malzeme malikine tanınmış ceza davasının niteliği karma davaya dönüşmüştür. Bu karma dava açıldığında malzemenin değerinin 2 katını talep edebilmekle birlikte, rei vindicatio açma hakkını yitirmekteydi. Bkz.: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 158-159.

⁴² UMUR, Z., Lügat, s. 83, KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 158.

Superficies solo cedit kuralı *Ius Naturale*'deki gibi *Ius civile*'de de taşınmaz mülkiyeti konusunda değiştirilemez ve sınırlandırılmaz bir prensip olarak varlık bulmuştur. Doğrudan toprak hukukunu düzenleyen kurallar içinde yer alan bir prensip olarak düşünüldüğünde ve devletin kurulduğu ilk zamanlarda toprağa ilişkin her türlü hukuki ilişki devletin gücüyle kamu hukuku kurallarına göre yönetildiğinden, Roma hukuk düzeninde bu prensibin önce kamu hukuku alanında varlık bulunduğunu sonradan ise özel hukuka aktarılan bir kural haline geldiğini söylemek doğru olur.⁴³ Nitekim, Roma'nın her döneminde toprak sahibi olmak, mülk sahibi olmak sosyal statüyü belirlediğinden önceleri söz konusu kurala çok fazla atıf yapılmıştır.

Accessio ilkesinin de etkisiyle yüzeyin topraktan ayrılamaz ve onun hukuki statüsüne tabi bir eşya, bir parça olduğunu söylemek mümkündür. *Ius civile*'ye göre topraktan fiziksel olarak ayrılamayan her şey hukuken de ondan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla toprağın üstünde inşa edilmiş binalar, ağaçlar topraktan ayrı bir hukuki varlık olarak değerlendirilemez. Arazinin mülkiyet hakkı kime ait ise, toprağa fiziken bağımlı olan her şeyin mülkiyeti de toprak sahibindedir.

Klasik hukukçuların prensibe ilişkin yaptığı atıfların benzeri ifadeler sonradan *Iustinianus*'un *Codex*'inde de doğrudan yer almıştır:

C.3.32.2 (Imp. Sevr et. Ant. A.A. Aristaeneto)

“Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur. Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet. Si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit, sive bona fide sive mala fide aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint” (a.213)

⁴³ GARCIA, A. Z., *La superficies en Dercho Romano*, Madrid, 2017, s. 19.

“Toprağa bağlı binanın alt kısmının size ait olduğunu kanıtlayabilerseniz, komşunuzun üzerine inşa ettiği her şey şüphesiz sizin mülkünüz olacaktır, çünkü araziye dikilen her şey aynı durumda kaldığı sürece kanunen size ait olacaktır. Ancak, yıkılması durumunda, bina ister iyi niyetle ister kötüniyetle yapılmış olsun, onu oluşturan malzemeler eski sahiplerine iade edilecektir, başkasına ait arazi üzerine, kendisine takdim edilmek maksadıyla yapılmamış olması şartıyla.”

İmparator Severianus’un yasasında *rei vindicatio*⁴⁴ başlığı altında yer alan bu metinde, *Aristaeneto* isimli bir vatandaşın bir hukuki uyuşmazlık için *Consul*’e başvurusu üzerine *Consul*’lerin cevabı *superficies solo cedit* kuralına atıf yapmaktadır. *Aristaeneto* kendi arazisi üzerine inşa edilen yapının mülkiyetini talep edip edemeyeceğini sormaktadır. O dönemde imparator adına cevap vermekle yetkilendirilmiş devlet memurları ise *superficies solo cedit* kuralına dayanarak binanın yıkılmadığı sürece üzerine inşa edilen arazi sahibine ait olduğunu ifade etmektedir.

C. 3.32.16 (Imp. Dioclet. et. Maxim. AA. Ianuario)

“*Si in area communi domum aliquis extruxit, hanc vobis communem iuris fecit ratio. Cuius portionem ab eo, qui bona fide possidens aedificavit, si velis vindicare, sumptus offerre debes, ne doli mali possis exceptione submoveri (a. 293)*”

“Bir kimse başkalarıyla ortak olduğu arazi üzerine bir ev inşa ettiğinde, hukuk kuralları hepiniz arasında müşterek mülkiyet kurar ve bu nedenle eğer evi kullanıyorken, evi iyi niyetle veya kötü niyetle inşa eden kişinin payını talep etmek isterseniz, bir engelle karşılaşmamak için önce o kişinin yaptığı harcamaları ortak ödemeniz gerekir.”

⁴⁴ İstihkak davası. *Ius civile* mülkiyetini korumak amaçlı, zilyet olmaıan *Ius civile* malikinin, *Ius civile*’ye göre malik olmayan zilyede açtığı aynı davadır. Ayrıntılı açıklama için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 178.

Üstteki kanun metninde de *lanuario* isimli vatandaşın ortak mülkiyete tabii bir arazi üzerinde inşa edilen binanın mülkiyetinin ortak erişime açık olup olmadığı sorusu üzerine *Consul*’ler yine *superficies solo cedit* kuralını ve kesinliğini öne sürmektedir.

Ancak, Pleblerin bir parça toprak sahibi olabilmek için girdikleri mücadeleler⁴⁵ ve ticaret hayatının gelişmesiyle, ticari faaliyetlerin gerçekleştirileceği alanların inşası gibi yeni durumlar sonucunda Romalılar toplumun taleplerine istinaden *superficies solo cedit* kuralını yumuşatmaya başlamıştır.

Örneğin *Lex Romana Visigothorum*⁴⁶ 2.1.4⁴⁷’te diğer metinlerden farklı olarak arazinin yüzeyinin, arazinin hukuki statüsüne tabi olup olmayacağının tarafların iradesine göre değişiklik gösterebileceği yönünde bir uygulama benimsenmiştir:

***Epitome Gai* 2.1.4⁴⁸**

“*Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permissu, domum aedificauerit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat: uel si aliquis in agro nostro arbores aut uineas uel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedit; uel si messem in campo seminauerit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur*

⁴⁵ Örnek olarak; *Lex Icilia de Aventino Publicano* (M.Ö.456), *Lex Agraria*(M.Ö. 111) gösterilebilir.

⁴⁶ *Lex Romana Visigothorum* diğer bir adıyla *Epitome Gai*, Vizigotların Kralı II. Alaric’i emri ile Anianus tarafından düzenlenen bir Roma hukuku derlemesidir. 2 Şubat 506 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: UMUR, Z., *Lügat*, s. 122:

⁴⁷ Latince metin için bkz: *Lex Romana Visigothorum: ad LXXVI librorum manu scriptorum fidem*:

https://books.google.com.tr/books?id=4V1EAAAACAAJ&pg=PA325&lpg=PA325&dq=item+regulariter+constitutum+est,+ut+superposita&source=bl&ots=YjbaKDkpiA&sig=ACfU3U3yMRjiPakmDraldM35PpoEmO-gEA&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwiN1fmGwcj5AhULQ_EDHSIdDoAQ6AF6BAgTEAM#v=onepage&q=item%20regulariter%20constitutum%20est%2C%20ut%20superposita&f=false. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

⁴⁸ [https://la.wikisource.org/wiki/Epitome_Gai#TITVLVS_I_\[IX\]._DE_REBVS](https://la.wikisource.org/wiki/Epitome_Gai#TITVLVS_I_[IX]._DE_REBVS). Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

domino terrae adquirentur. Quod et de chartis uel pergamenis, si in alienis scribat, licet aureis aut argenteis litteris, similiter eius est scriptura, cuius chartae aut pergamena fuerint. Quod et de tabula, hoc est si aliquis in tabula mea picturam fecerit, obseruatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat.”

Aynı şekilde, üstlerin altlara tabi olduğu kesin olarak bellidir. Ancak bir kimse, bizim arazimize iznimiz olmadan bir ev inşa ederse, arazi kime aitse ev de ona ait olur. Aynı şekilde yüzeyin kayarak başka bir arazi ile birleşmesi, ya da başkasının arazisinde ekilen şeylerin hasadının yapılması yani başkasının arazisine atılan her şeyde bunların sahibi arazinin sahibi olabilir.

Bu metinde birleşme ilkesinden bahsederken “*sine nostro permissu*” (bizim iznimiz olmaksızın) ifadesi ile aslında birleşme ilkesinin yalnız arazi sahibinin izin vermediği durumlarda işletilebileceği belirtilmektedir. Tersini düşünülüğünde, arazi sahibinin, arazinin üstüne ev inşa edilmesine izin verdiği durumlarda birleşme ilkesinin esnetilebileceği anlaşılmaktadır. Böylece dönüştürülemez ve değiştirilemez bir kural olan “*superficies solo cedit*” kuralı tarafların iradesi ile yok sayılamayan ancak esnetilebilen bir ilke halini almaya başlamıştır.

D. Superficies’in Doğuşu

1. Superficies’in Doğuşuna Sebep olan Tarihsel ve Siyasal Süreç

a. Lex Icilia De Aventino’dan önceki süreç

Üst hakkı kavramının tam olarak ne zaman ortaya çıktığı bilinmemekle birlikte bu kavramın ilk kez Roma şehrinde *locus publicus*⁴⁹ denilen devlet arazileri üzerinde özel kişilere tanınan imtiyazla ortaya çıktığı düşünülmektedir. Bu imtiyazın, Krallık döneminde sağlanmaya başladığı günümüze gelen kaynaklardan anlaşılmaktadır.

⁴⁹ *Locus Publicus*: *Populus*’a ait olan ve *interdictum* ile özel kişilere karşı koruma altına alınmış arazi. D. 43.7.8.9. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 128.

Nitekim M.Ö. 456 yılında yürürlüğe giren *Lex Icilia de Aventino*'ya kadar üst hakkına ilişkin herhangi bir yasal bir düzenleme veya kesin bir kayıt bulunamamıştır.

Lex Icilia de Aventino'nun içeriğini incelemeden önce, o dönemde bu yasanın yürürlüğe girmesine sebep olan tarihsel, siyasal ve sosyo-ekonomik süreci incelemekte yarar vardır. Bu inceleme *Titus Livius*⁵⁰ ve *Dionysius*⁵¹ isimli iki eski Roma tarihçisinin, Cumhuriyet döneminin en başlarında, toprak yasaları ile ilgili patricius ve pleb sınıfının birbirleriyle girdikleri mücadeleyi anlattıkları eserlerinden yola çıkılarak ortaya konulmuştur.

Cumhuriyet döneminin ilk yılları Roma'da siyasal ve sosyal açıdan en yoğun ve şiddetli buhranların yaşandığı bir dönem olmuştur. Şehirde, Patricius'lar dışında kalan diğer tüm sınıfların (*Plebler*, Latinler vb.) ekonomik ve sosyal statüleri yaşamlarını idame ettirmek için oldukça yetersizdi. Yönetici sınıf gibi mülk edinmiyorlar ve ticaret yapamıyorlardı. Devlete karşı çeşitli ayaklanmalar ve isyanlar baş göstermişti. Bu ayaklanmalar çoğunlukla borcu yüzünden özgür Roma yurttaşlarının köle statüsüne düşürülmenin önüne geçilmesi, pleb sınıfının açlık grevleri ve *ager publicus*'un kullanımının halka açılması gibi sebeplerle ortaya çıkmıştı. Roma şehri hayatta kalmak için bir yandan çevresinde müttefik devletler edinmeye çalışırken, bir yandan da iç karışıklıklarını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir politika izleyerek dengeli bir yönetim

⁵⁰ *Titus Livius* M.Ö.59 ve M.S 17 yılları arasında yaşamış Romalı tarihçidir. Bu tezde *Livius*'un “*Ab urbe condita*” (Roma Tarihi: Şehrin Kuruluşundan itibaren) adlı eserinden yararlanılmıştır. Kitabın çevirisinde yararlanılan internet sitesi için bkz: <http://Iustinianus.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0198%3Aletter%3D1%3Aentry%3Dabaci-teub-1>. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

⁵¹ Bu tartışmalar yunan tarihçi ve yazar Halikarnaslı *Dionysius*'un “*Roman Antiquities*” isimli kitabında anlatılmış ve bu kitap sayesinde günümüze ulaşmıştır. Kitabın çevirisinde yararlanılan internet sitesi için bkz: “http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Dionysius_of_Halicarnassus.html”, Son Erişim Tarihi: 02.07.2019.

sistemi oturtmaya çalışmaktaydı.⁵² Bu sebeple yöneten sınıf, şehirde yaşayan Etrükslerin ve *Pleblerin* taleplerini dikkate almaya başladı. O zamanlarda, bu talepleri dikkate alıp ilk dile getiren kişi *Cassius gens*'ine mensup *Spurius Cassius*⁵³ olmuştu. M. Ö. 486 yılında *Spurius Cassius*'un ve *Proculus Virginius consul* görevindeyken sınır komşuları *Hernici*'ler ile yaptıkları anlaşma gereği *Hernici*'lerin topraklarının üçte ikisi Roma'ya verilecekti.⁵⁴ Bu aşamada diğer consul *Virginius*'un ve tüm *patricius* sınıfının karşı çıkmasına rağmen⁵⁵, *Cassius* kazanılan yeni toprakların Latinlere ve *Pleblere* tahsis edilmesi için bir yasa teklifi verdi.⁵⁶ Bu yasa teklifi hem ilk toprak yasası olma özelliğine sahipti hem de ilk kez *Pleb* sınıfının taleplerinin yönetici sınıf tarafından

⁵² DE MARTINO, F., *Storia della Costituzione Romana I*, Napoli, 1972, s. 219-220.

⁵³ DI'PPOLITO, F., "La legge agraria di Prurio Cassio", *Labeo*, c. 21, 1975, s. 200.

⁵⁴ Liv. 2.42.1-2.: "Sp. Cassius deinde et Proculus Verginius consules facti. Cum Hernicis foedus ictum; agri partes duae ademptae. Inde dimidium Latinis, dimidium plebi divisurus consul Cassius erat. Adiciebat hic muneri agri aliquantum, quem publicum possideri a privatis criminabatur. Id multos quidem patrum, ipsos possessores, periculo rerum suarum terrebat; sed et publica patribus sollicitudo inerat largitione consulem periculosas libertati opes struere."

⁵⁵ Dion. Hal.; *Rom. Ant.*, 8.68.2-4.

⁵⁶ Cic. *Rep.*, 2.35.60.: "Quo in statu rei publicae Sp. Cassium de occupando regno molientem, summa apud populum gratia florentem, quaestor accusavit, eumque ut audistis cum pater in ea culpa esse conperisse se dixisset, cedente populo morte mactavit. gratamque etiam illam legem quarto circiter et quinquagesimo anno post primos consules de multa et sacramento Sp. Tarpeius et A. Aternius consules comitiis centuriatis tulerunt. annis postea XX ex eo quod L. Papirius P. Pinarius censores multis dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterant..." Cumhuriyet zamanında, Questor, Sp. Cassius'u halkı en iyi şekilde kullanmakla ve hükümdarlık koltuğunu zorla elinde tutmakla suçladı. Cassius'un kendi babası bile onun bu şekilde suçlanmasından memnundu. Halk da bunu onayladı. Bu suçlamalar onu idama götürdü. Bu insanlara ne büyük lütuftur ki bu ilk consul'den elli dört yıl sonra consuller Sp. Tarpeius ve A. Aternius bu imtiyaza ilişkin bir yasa çıkardı. Bundan yirmi yıl sonra da consuller L. Papirius ve P. Pinarius özel kişi topluluklarına kamu arazilerinin kullanımını vererek onların gücünü artırdı... Çeviri için bkz: The Republic of Cicero, çev. G. W. FEATHERSTONHAUGH, ESQ. "https://iustinianus.gutenberg.org/files/54161/54161-Iustinianus/54161-Iustinianus.htm#II", son erişim tarihi: 02.07.2019.

dikkate alındığını göstermekteydi. Bu yasaya kadar *Particiuslar* yönetimde söz sahibi olan ve *ager publicus*'u kullanma imtiyazına sahip olan ekonomik ve politik alanda tek güçlü sınıftı. *Pleblerin* kamuya ait toprakları kullanması ve onlardan yararlanması mümkün değildi. Bu yasa teklifi senatoya sunulduğunda oldukça tartışılmıştı. Tartışmaların sonunda, senatonun en eski on üyesi kamu arazilerinin sınırlarını belirleyip ne kadar miktarının satılabileceğini ne kadar miktarının da pleblerin kullanımına beş yıllığına bırakılabileceğini belirlemek için görevlendirilmişti.⁵⁷ Ancak patriciusların karşı çıkması sonucu bu yasa teklifi tüm çalışmalara rağmen senato'da kabul edilip yürürlüğe girememiştir.⁵⁸

b. *Lex Icilia de Aventino Publicando*

Üst hakkı (*superficies*) Roma Hukuku'nda, Cumhuriyet döneminin son döneminde tam olarak hukuki bir kurum olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.⁵⁹ Bu

⁵⁷ *Dion. Hal., Rom. Ant. 8.76.1.2.*

⁵⁸ Roma Cumhuriyet döneminde toprak reformlarının Tiberius Gracchus isimli tribinus plebis'in önerdiği *lex sempronia agraria* ile başladığı, sonradan kardeşi Gaius Sempronius Gracchus'un aynı reform hareketini devam ettirdiği bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: KÜÇÜK, E., SAYGILI, A., Roma Hukukunda İstisna Halinin Paragmatik Biçimi Iustitium Kurumu, İÜHFD, C.5. S2, 2014, s. 259-272. Ancak bu reform hareketleri hiçbir zaman yasalaşmamış ve başarıya ulaşmamıştır. Yine de Roma'nın o dönemdeki siyasal, toplumsal ve ekonomik dönüşümünde tetikleyici rol oynamışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞAHİN, O. G., *Lex Sempronia Tiberiana*: Tiberius Gracchus'un Toprak Reformu ve Toplumsal Kökenleri, AndHD C. 6, S. 1, 2020, s. 183-238.

⁵⁹ PUGLIESE, G., "Note sulla superficie nel diritto giustiniano", Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segri'Emiliana, Temi, Milano, 1943, s. 119-144; BRANCA, G., "Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto giustiniano", Revue internationale des droits de l'antiquité, 1950, S. 4, s. 189-201; SOLAZZI, S.: "La 'superficies' nel diritto giustiniano", Archivio Giuridico «Filippo Serafini», 1954, S.146, s. 24-32; PASTORI, F., La superficie, s. 65; MAYER-MALY, T., "Problemi della «Superficies»", Labeo, 1965, C. 11, s. 78-82; SITZIA, Francesco, Studi sulla superficie in epoca giustiniana, Milano, 1979; PASTORI, Franco, Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti, Milano, 1988.

değerlendirmeden önce üçüncü şahıslara başkasına ait bir arazinin üstündeki inşaatın kullanımının verilmesi veya başkasına ait bir arazi üzerinde inşaat yapma yetkisi verilmesi özel hukukta henüz şekillenmemiş bir hukuki ilişkiydi. Zaten Roma'daki tüm araziler halka dolayısıyla devlete ait sayılıyor ve bu arazilerin yalnız kullanımları sınırlı veya sınırsız süreyle çeşitli biçimlerde özel kişilere bırakılabiliyordu⁶⁰ Özellikle savaş ganimeti sayılan *ager publicus*⁶¹ olarak tanımlanan eyalet toprakları, belirli imtiyazlar sağlanarak soylu sınıfın kullanımına bırakılıyordu. Roma şehrinde ise *locus publicus* denilen devlete ait ancak halkın kullanımına açık alanlar mevcuttu. Bu alanların kullanım hakkı da devlet tarafından kimi zaman özel kişilere imtiyaz sağlanarak devredilebiliyordu.

Sosyo-ekonomik açıdan değerlendirildiğinde, Cumhuriyet döneminin son yüzyılında, yalnız Roma şehrinin nüfusu adeta zirveye ulaşmış ve özellikle Principatus döneminin ilk yıllarında 750.00 ila 1 milyona yaklaşan bir nüfus oranına sahip olmuştur.⁶² Bu yoğun nüfus oranı karşısında şehirlerde yerleşim yeri kıtlığı baş göstermiş, *insulae*⁶³ denen çok katlı apartmanların inşasına başlamak zorunluluğu doğmuştur. *Domus*⁶⁴ 'tan farklı olarak *insulae* birden fazla roma ailesini içinde barındırmaya olanak tanıyan birbirinden ayrı bölümleri olan büyük binalardır. Bu

⁶⁰ KARADENİZ- ÇELEBİCAN, Ö., Kamu Toprakları, s. 712.

⁶¹ *Ager Publicus*: Savaş ganimeti olarak düşmandan alınan, malik olarak değerlendirilen devlet tarafından çeşitli yollarla (*ager occupatorius*, *ager vectigalis*...) özel kişilerin kullanımına terke edilen arazilerdir. Tanım için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 22; *Ager Publicus*'ların çeşitli kullanım biçimleri için bkz.: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö. A.g.e. s. 707-725.

⁶² STOOP, Ben, Housing Shortage, s. 259.

⁶³ *Insulae*: Mimari açıdan, eski Roma ve Ostia'da gruplanmış veya ayrı ayrı inşa edilmiş tek veya iki katlı küçük yapılar, evler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://Iustinianus.britannica.com/technology/insula>

⁶⁴ *Domus*: Bir aile reisinin yönetimi altında yaşayan herkesin oluşturduğu aile grubunun içinde yaşadığı müstakil, tek katlı, bahçeli yapılar. Ayrıntılı bilgi için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 60.

binaların alt katlarındaki dükkâna⁶⁵ benzer küçük bölümleri de şehrin ticari yollarına açılmaktaydı bu sebeple özellikle ticaretle uğraşan halk kesimi için cezbedici bir konumdaydı. Ancak *superficies solo cedit* kuralı gereği söz konusu binalar ve binaların bölümlenmiş kısımları binanın üzerine inşa edildiği toprağın sahibine ait oluyordu. Binanın ticari alanlarının veya üst katlarının kullanımı ancak kullanana fazla bir hukuki koruma imkânı sağlamayan kira sözleşmesi ile devredilebiliyordu. Bu hukuki durum da tacirin veya evi kiralayan pleb sınıfının toprak sahibinin inisiyatifinde, güvensiz bir ortamda iş yapmasına ve yaşamasına yol açıyordu.

Soylular, en önemli ekonomik ve siyasi güç sağladığı düşünülen topraklar üzerinde, *pleblere* herhangi bir erişim izni vermiyorlardı. *Ager publicus*'ların tek sahibi patriciuslardı.⁶⁶ O dönemdeki toplumsal düzen içinde toprağa erişim hakkına ilişkin bu mücadele ve gerilim nedeniyle pleblerin ana talepleri arasında toprağa erişim hakkı öne çıkmaktaydı.

Siyasal açıdan karmaşanın devam ettiği M.Ö. 462 yılında pleb tribunu *Gaius Tretilius Harsa*'ydı.⁶⁷ *Tretilius*, pleblerin patriciusların yarattığı adil olmayan kanunlar önünde ezilmelerini, kanunların öngördüğü tüm cezalara pleblerin katlanmak zorunda kalmasını engellemek için konsüllerin yetkilerini sınırlamayı amaçlayan bir kanun teklifi sunmak üzereydi.⁶⁸ Bu hazırlık *patricius* ve *pleb* sınıflarının arasındaki gerginliği daha da arttırdı. *Patriciuslar*'ın *pleb* tribünlüğünü kaldırmak ve eski siyasal

⁶⁵ Tabernae: Başlangıçta, taberna, mal veya hizmet satışı için ayrılmış tek odalı dükkanlardı. Cumhuriyetten önce Roma İmparatorluğu'nda mevcuttu. Genellikle bir evin parçasıydılar ve ev sahibinin ticareti kendisinin yaptığı durumlarda kendi satış yaptığı veya mülkü üçüncü şahıslara kiraladığı bir evin parçasıydılar. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://Iustinianus.romanports.org/en/articles/human-interest/687-tabernae-at-ostia.html>

⁶⁶ CAPOGROSSI COLOGNESI, L, “Ager Publicus” e “Ager Privatus” dell’eta arcaica al compromesso patrizio-plebo, Estudios en homenaje al profe sor Juan Iglesias, Madrid, 1988, s. 639.

⁶⁷ Liv. 3.9.2.

⁶⁸ Liv. 3.9.5

düzene geçilmesini planlaması plebleri daha da öfkелendirdi.⁶⁹ Halihazırda komşu kabilelerle özellikle Sabin ve Etrüks lejyonlarıyla savaş içinde olan⁷⁰ ve onların saldırılarına karşı korunaksız olan *patriciuslar*, *pleblerin* de bir isyan çıkmasından korktular.⁷¹ *Pleblerin* kendi yanlarında yer alması için onların isteklerini karşılamaya karar verdiler. Bu isteklerden biri de Aventine Tepesi ile ilgili olandı. Böylece, *Lex Icilia de Aventino Publicando* M.Ö. 456 yılında kabul edilerek yürürlüğe girdi.⁷² Bu kanuna göre devlete ait olan Aventine Tepesi⁷³ üstündeki arazi halka açılarak yerleşim alanı olarak kullanılabilecek bir statü kazandı.⁷⁴

Bu yasa *pleblere* siyasal açıdan *patriciuslar*'a eşit bir konum sağlarken aynı zamanda ekonomik açıdan da büyük bir başarı oldu. Yasa yürürlüğe girer girmez, *plebler* toplandı, aralarında kura çektikten sonra her biri elinden geldiğince büyük bir parseli alarak bina veya ev inşa etmeye başladı.⁷⁵

Dionisius'un eseri incelendiğinde, *Lex Icilia de Aventino*'nun içeriği ve *pleblere* sağladığı ekonomik yetki ve yükümlülükler daha ayrıntılı olarak görülebilmektedir. Söz konusu kanun öncelikle Aventine tepesindeki araziye üç kategoriye ayırmış ve bu arazilere uygulanacak kuralları belirlemiştir.

⁶⁹ Liv.3.15.4

⁷⁰ Liv. 3.16.1

⁷¹ Liv. 3.15.

⁷² OLIVIERO, G, “La Lex Icilia de Aventino publicando”, Index 25, 1997, s.528.

⁷³ Aventine Tepesi tarıma uygun olmayan bir otlak alanı olmasına rağmen eski zamanlardan beri kullanılan bir yerleşim yeri idi. Etrüks Hanedanı'nın ikinci kralı olan Servius Tullius, Diana Tapınağını bu alanda inşa ederek burayı hem Roma vatandaşları hem de yabancılar için kullanılabilir bir alan haline getirmişti.

⁷⁴ Liv. 3.31.2

⁷⁵ Dion. Hal. Ant. Rom. 10.32.5: “κομίσαντες εἰς τὸ τῆς Ἀρτέμιδος ἱερόν. κυρωθέντος δὲ τοῦ νόμου συνελθόντες οἱ δημοτικοὶ τὰ τε οἰκόπεδα διελάγχανον καὶ κατακοδόμουν ὅσον ἕκαστοι τόπον δυνηθεῖν ἀπολαμβάνοντες. εἰσὶ δ' οἱ σύνδυο καὶ σύντρεις καὶ ἔτι πλείους συνιόντες οἰκίαν κατεσκευάζοντο μίαν ἑτέρων μὲν τὰ κατάγεια λαγχανόντων, ἑτέρων δὲ τὰ ὑπερῶα. ὁ μὲν οὖν ἐνιαυτὸς ἐκεῖνος εἰς τὰς κατασκευὰς τῶν οἰκήσεων ἑδαπανήθη.”

- a) Özel vatandaşların, özellikle soyluların, zorla veya hırsızlıkla işgal ettikleri araziler, üzerinde inşaa edilmiş bir yapı bulunsa dahi halka teslim edilmelidir. Bu kişilerin söz konusu inşaatlar için yaptığı masraflar hakemler tarafından tespit edilmeli ve harcamaları kendilerine geri ödenmelidir.⁷⁶
- b) Bu yasadan önce yasal olarak elde edilmiş araziler, aynı koşullar altında daha önce o araziye mülkiyetine geçirenlerin mülkiyetinde kalmalıdır.⁷⁷
- c) Aventine tepesinin oluşturan arazinin geri kalanı ise halka bedelsiz olarak dağıtılmalı ve halk bu arazileri kendi aralarında bölüşmelidir.⁷⁸

Bu kanun ile *Lex Icilia de Aventino*'nun sınıflandırdığı birincil nitelikteki topraklar, yani şiddet ve hırsızlık ile soylu kesim tarafından işgal edilmiş topraklar *patricius*'ların kullanımından alınarak *pleb* sınıfına verilecektir. Bu devir işleminde belirlenen hakem *patricius* 'ların hâlihazırda inşa ettiği binaların değerini saptayacak ve belirlenecek olan bedel karşılığı *plebler* o bedeli ödeme karşılığında arazi parçasına sahip olacaklardı.⁷⁹

Yasa'nın sınıflandırdığı ikincil nitelikteki arazi yani yasal olarak *patricius*'lar tarafından edinilmiş olanlar, *patricius*'ların kullanımında kalmaya devam edecekti.

Üçüncü kategoride yer alan topraklar ise, henüz herhangi bir inşaat faaliyeti yapılmamış ve kullanımda olmayan arazi parçalarıdır. Bu toprak parçaları, herhangi bir bedel tayin edilmeden ücretsiz olarak halka dağıtılacaktı.⁸⁰ Kuşkusuz bu kategorideki

⁷⁶ *Dion. Hal. Ant. Rom. 10.32.2.2.*: “... ὅσα μὲν ἰδιῶται τινες εἶχον ἐκ τοῦ δικαίου κτησάμενοι, ταῦτα τοὺς κυρίους κατέχειν: ὅσα δὲ βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες ὠκοδομήσαντο, κομισάμενους τὰς δαπάνας, ἅς ἂν οἱ διαιτηταὶ γνῶσι, τῷ δήμῳ παραδιδόναι:....”

⁷⁷ *Dion. Hal. Ant. Rom. 10.32.2.2* “παντοδαποὺς εἰς τοῦτο παρασκευασάμενος λόγους. ὥς δ’ ἀπελύσατο ταύτας τὰς κατηγορίας, τὸν ὑπὲρ τοῦ λόφου νόμον εἰσέφερεν. ἦν δὲ τοιόσδε:...”

⁷⁸ *Dion. Hal. Ant. Rom. 10.32.2.2.*: ἐτὰ δὲ ἄλλα, ὅσα ἦν δημόσια, χωρὶς ὧνῃς τὸν δῆμον παραλαβόντα διελέσθαι

⁷⁹ Oliviero, G., *Lex Icilia*, s. 528 vd.

⁸⁰ Oliviero, G., a.g.e., s. 528.

topraklar *pleb* sınıfının ekonomik yönden en dezavantajlı durumda olanları için arazinin kullanımına ulaşma imkanı tanımaktadır.

Lex Icilia de Aventino'nun üst hakkının tarihi gelişimi konusunda önemli bir mihenk taşı olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu yasa ile, özel kişilere arazi imtiyazı sağlanarak, onlara şehir içinde konut yapmak imkanı sağlanmıştır. Kamusal alanda yaratılan bu yüzey ilişkisinin formülü daha sonra özel alanlarda kurulacak olan üst hakkı ilişkisinin temel formülünü oluşturmuştur.

c. *Locus Publicus* İmtiyazları

Labeo'ya⁸¹ göre *locus publicus*⁸² şehirlerde halka açık alanlardaki boş arazileri, binaları, tarlaları, büyük yolları ve ara yolları içeren geniş bir alandır. Kural olarak bu yerler tüm bireylerin kullanımına bırakılmış ve bir imtiyazla yetkilendirilmedikçe hiç kimse tarafından özel kullanıma tahsis edilemeyen halka ait alanlardır. Şehir içinde *locus publicus*'un kullanımının imtiyazlar ile bireylere bırakılması *Lex Icilia de*

⁸¹ D.43.8.2.2 (Ulpianus 68 ad ed.):“Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat.” Labeo, kamusal alan terimini, topluluğa ait olan bu tür yerler, evler, tarlalar, otoyollar ve yollar için geçerli olarak tanımlar.

⁸² Kent içinde yer alan Roma şehrinin toprakları yazıtsal ve epigrafik eserlerde *locus publicus* adını alır: CIL I 593 (*Tabula Heracleensis (lex Iulia de municipalis)*) II. 29-31: “...quae loca publica porticusve [p]ublicae in u(rbe) R(oma) p(ropius)ve u(rbi) R(omae) p(assus) M sunt erunt quorum locorum quousque porticus / aedilium [e]orumve mag(istratuom) quei vieis loceisque publiceis u(rbis) R(omae) p(ropius)ve u(rbi) R(omae) p(assus) M purgandeis praerunt legibus / procuratio est erit nequis in ieis loceis inve ieis porticibus quid in aedificatum inmolit[u]mve habeto / neve ea loca porticumve quam possideto neve eorum quod saeptum clausumve habeto quo minus eis / loceis porticibusque populus utatur pateantve nisi quibus uteique leg(ibus) pl(ebei)ve sc(itis) s(enatus)ve c(onsultis) concessum permissumve e(st)...”

Aventino'nun yürürlüğe girmesinden çok önce uygulanan bir yöntemdi.⁸³ Yüzey ilişkisinin kurulmasındaki ilk kamusal imtiyazlar, *argentarii*⁸⁴ ismindeki bankacılık işi ile uğraşan kimselere verilen imtiyazlardı. Forum'da *argentarii*'nin istikrarlı bir şekilde bankacılık faaliyetlerini sürdürebilmesi, vatandaşların da bu faaliyetten faydalanabilmeleri için devlete ait alanların bankacılık işi ile uğraşanlara tahsis edilmesi gerekliliği doğmuştur. Bu tür alanların imtiyazı için *censor* tarafından yürütülen yeni bir prosedür oluşturulmuştur.⁸⁵

Bu noktada devletin özel bireylere sağladığı imtiyazların verilış yöntemi açısından *locus publicus* ve *ager publicus* arasındaki farkı belirtmemiz gerekir. Ager publicus imtiyazının verilmesi halkın meclisi tarafından oluşturulmuş bir kanun olan *lex agraria* ile yetkilendirilen magistraların veya kanunun atadığı “*tres viri agrisdandis assignati*” olarak ifade edilen üç kişilik yetkili bir heyetin izni ile kamu alanlarının özel kişilerin kullanımına tahsis edilmesidir. Bu imtiyaz işlemine *adsignatio*⁸⁶ denmektedir. Bu imtiyaz işlemi siyasi egemenlik yetkisi kullanılarak halk tarafından bir yasa ile veya magistra tarafından yetki verilmesiyle gerçekleşir. Roma'nın en eski kurumlarından biridir. Bu imtiyaz ile eyalet topraklarına ilişkin mülkiyet hakkı veya kullanım yetkisi devredilir. Bu tür imtiyazlarla devredilen *ager publicus* statüsündeki araziler vergiden

⁸³ ROSELAAR, S. T., Public Land in the Roman Republic, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 48 vd.; FRIER, B. W., Landlord and Tenants in Imperial Rome, New Jersey, 1980, s. 86 vd.

⁸⁴ *Argentarii* bankacılık işi ile uğraşanlara verilen isimdir. *Taberna Argentariae* bankanın konumlandığı dükkan anlamına gelir. Latince ifadelerin çevirisinde ilgili internet sitesinden yararlanılmıştır.: <https://latin-dictionary.net/search/latin/argentariae>

⁸⁵ BRANCA, G., Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto quistiniano, RIDA (Revue Internationale des droit de l'antiquite) III, Brüksel, 1960, s. 194.

⁸⁶ Özellikle savaş zamanlarında, devlet yetkililerince devlete ait olduğu kabul edilen eyalet topraklarının mülkiyetinin özel kişilere bırakılması yöntemidir. CIL II 1721: “...*loco adsignatio ponendas curavit...*”; CIL X 1782: “...*eius statum ponere Annio Modesto loco adsignato a Ilviris nostris...*” İlgili CIL metinlerine erişim <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/> adresinden sağlanmıştır.

muaf tutulmuştur.⁸⁷ Sınırsız süre ile verildikleri için de adeta özel mülkiyetin konusu haline gelmişlerdir.⁸⁸

Diğer bir imtiyaz işlemi türü olan *adtributio*'da ise mülkiyet hakkının imtiyaz verende kaldığı, kamuya ait *locus publicus* olarak sınıflandırabileceğimiz yerlere ilişkin imtiyazdır.⁸⁹ Bu işlem devlete ait kentsel alanlardaki binaları ve arazilerin kullanımını özel kişilere devretmek için yapılmaktaydı. *Adtributio* ile *adsignatio* arasındaki temel fark *adtributio* işlemine konu *locus publicus* alanlarının mülkiyetinin kamuya ait olmaya devam etmesi, ancak kullanım yetkisinin özel kişilere devredilmesidir.

Roma şehrinde binalar ve araziler *adtributio* yoluyla elden çıkarılırdı. Cumhuriyet döneminde bu tür kamu arazilerinin özel kişilere tahsis edilmesi *censor*'lar aracılığıyla gerçekleştirilirdi.⁹⁰

Censor'ların söz konusu kamu mallarının imtiyaz işlemini gerçekleştirdiğini aktaran birçok örnek vardır:

D. 39.4.15 (Alfenus 7 Dig.):

“*Caesar cum insulae Cretae catorias locaret, ...*”

İmparator, Girit adasının taş ocaklarını kiraya verdiğinde...

Lex agraria'da da *censor*'un imtiyazlara ilişkin olarak yer aldığı konuma atıfta bulunulmuştur:

CIL I, 585:

“*agro aedi[fficio locoque ex l(ege) dicta q[uam L(ucius) Caecilius Cn(aeus) Domitius cen]s(ores) agri aedifici loci vectigalibusve publiceis fruendeis locandeis vendundeis legem deix//erunt publi/cano dare oportuit*”

⁸⁷ ROSELAAR, S.K., Public Land, s. 27.

⁸⁸ FRIER, B., W., Landlord and Tenants, s. 58.

⁸⁹ Tanım için bkz.: DE RUGGIERO, E., Dizionario Epigrafico di Antichita Romane, 1859, c. 4, S. 2, s. 114.

⁹⁰ De LIGT, L., Studies in Legal and agrarian History II: Tenancy under Republic., Athenaeum, S. 88, 2000, Pavia, 2000, s. 379.

Domitus'un censor'leri, binaların yerel gelirleri ve kamu kiralari için satışına ilişkin bir yasa çıkardı. Bu yasaya göre bunların kamu görevlisine verilmesi gerekiyordu.

Ayrıca *Lex Iulis Municipalis*'te⁹¹, Roma şehrinde *censor*'un kamuya ait inşa edilebilir araziye köleler lehine imtiyaz vererek tahsis ettiğine ilişkin bir atıf da bulunur:

CIL I, 593:

“quae loca serveis publiceis ab cens(oribus) habitandei utendei caussa adtributa sunt ei quominus eis locis utantur e(ius) Iustinianus(ac) l(ege) n(ihil) r(ogatur)...”

Hangi kamu hizmetine ayrılmış yerlerin ikamet ve kullanımının censor tarafından kendine atfedildiğini, böylece bu yasanın bu yerlerin kullanımını elde etmek için başkaca hiçbir şey gerektirmediğini...

İlk başta kamu arazileri, meslek birliklerine, zanaatkarlara, kutsal yerler inşa eden derneklere ve *tabernae argentariae*'ye verilirdi.⁹² Daha sonra özellikle fethedilen şehirlerde, devlet halihazırda inşa edilmiş binaları özel kişilerin kullanımına bıraktı.⁹³ Zamanla bu uygulama, kendi evlerini inşa edebilmeleri için özel vatandaşları da kapsayacak şekilde genişletildi.

⁹¹ *Lex Iulia Municipalis* (M.Ö. 80-43) Vatandaşların oturduğu *municipium* (belediye) idaresini ve Roma şehrinin asayişini düzenleyen kanun. *Heraclea*'da bulunan bronz bir levha üzerinde okunduğundan modern zamanlarda bu kanuna *Tabula Heracleensis* de denmektedir. Bkz.: Umur, Z., *Lügat*, s. 119.

⁹² ROSELAAR, *Public Land*, s. 136.

⁹³ Liv. 27.3.: “...Milites aedificiis emotos, simul ut cum agro tecta urbis fruenda locarentur...” ...Şehirdeki evlerin arazi ile birlikte kiralanabilmesi için önceki sakinleri (askerler)” evden çıkarılmıştı... Yeni fethettiği yerleri vatandaşlara kiralayarak, *populus Romanus* daha fazla gelir elde etmenin yanı sıra, fethedilen şehirleri de kontrol altına almış oldu. Çünkü asıl sakinleri evlerinden ayırdı ve yerlerine Roma vatandaşlarını yerleştirmiş oldu.

Ancak söz konusu imtiyazların nasıl verildiğine ilişkin kesin bir bilgi veya uygulama yöntemini gösteren bir kanun mevcut değildir.⁹⁴ Yalnız imtiyaz verme yetkisinin *censor*'a verildiği bilgisi mevcuttur. İmtiyaz sahibinin yükümlülüklerini ve yetkilerini, kiralama süresini, ödeme yöntemini, garanti şartlarını içeren *censor* tarafından oluşturulan “*leges censoriae*” isimli bir şartnamenin kiracı tarafından imzalanmak suretiyle imtiyazın kurulduğu epigrafik kaynaklardan anlaşılmaktadır.⁹⁵ Özel kişilerin üzerine ev inşa etmeleri için *locus publicus*'lara sahip olmalarına ilişkin prosedürel ilişkiyi düzenleyen bir kanun yoktur. Epigrafik kaynaklarda, bu tür imtiyazların magistralar tarafından *locatio conductio* (kira sözleşmesi) aracılığıyla özel kişilere verildiği görülmektedir.⁹⁶ Özellikle *Lex Flavia Malacitana* veya *Lex Irnitana*'nın bir bölümü idari imtiyazlara ayrılmıştır. Böylece söz konusu imtiyazların içeriğini tespit edebilme imkânı doğmuştur.

Leges censoriae'ye göre, kamu imtiyazının verilmesi prosedürü kamuya ait bina veya arazi için *censor* ya da yetkili *magistra* tarafından bir teklif sunulmasıyla başlar.⁹⁷ Bu teklifin *magistra*'nın iş yeri sayılan, halka açık ve oldukça görünür bir yerde sergilenmesi gerekirdi.

Lex Iulia municipalis'te de kamu arazisi imtiyazlarının yürütülebilmesi için yasalara ve senato kararlarına yapılan atıflar vardır:

CIL I², n. 593:

“...*quae loca publica porticusve [p]ublicae in u(rbe) R(oma) p(ropius)ve u(rbi) R(omae) p(assus) M sunt erunt quorum locorum quousque porticus / aedilium [e]orumve mag(istratuom) quei vieis loceisque publiceis u(rbis)*”

⁹⁴ BIONDI, B. La Catagoria, s. 567.

⁹⁵ ROSELAAR, Public Land, s. 129.

⁹⁶ ROSELAAR, a.g.e., 129.

⁹⁷ Lex Flavia Malacitana, başlık 63 (CIL, II, 4, n. 1201): “...*R(ubrica) de pecunia communi municipum deque rationibus eorumdem*...” “...Kiralama teklifleri ile ilgili kanunlar ve bunların belediyenin kayıtlarına atıfta bulunması...”

R(omae) p(ropius)ve u(rbi) R(omae) p(assus) M purgandeis praerunt legibus / procuratio est erit neiquis in ieis loceis inve ieis porticibus quid in aedificatum inmolit[u]mve habeto / neve ea loca porticumve quam possideto neve eorum quod saeptum clausumve habeto quo minus eis / loceis porticibusque populus utatur pateantve nisi quibus uteique leg(ibus) pl(ebei)ve sc(itis) s(enatus)ve c(onsultis) concessum permissumve e(st)...”⁹⁸

Roma şehrinde veya Roma şehrinin yakınında hangi halka açık yerler veya halka açık galeriler? Bu yerleri işgal etmiyor musunuz? Sundurmaların veya sundurmalı yerlerin sahibi değilsiniz, çitle çevrili veya kapalı yerleriniz yok mu? Halkın onlara erişememesine, yerlerin ve sundurmaların açık olmasına, pleblerin yasaları tarafından veya senatonun istişaresiyle izin verildiğini bildiğiniz durumlar dışında halkın kullanımına açık olması gerekir.

Arazi veya binanın imtiyazı en iyi teklif veren lehine gerçekleştirilirdi.⁹⁹

Böylece kanunda belirtilen şartlara uygun olarak tüm başvurular açısından eşit koşullar altında bir imtiyaz verme süreci sağlanırdı.¹⁰⁰

Lex municipi Malacitana’nın idari imtiyazların düzenlenmesine ilişkin kurallar koyan 63. ve 65. bölümleri imtiyaz usulüne ilişkin iki kural koymaktadır. İlk olarak, *censor*’un imtiyazın verileceği koşulları kamuya açıklama yükümlülüğü vardır. İkinci olarak, imtiyazı belediye siciline kaydetme yükümlülüğü vardır.¹⁰¹

⁹⁸ *Lex municipii Malacitana*, b. 67.

⁹⁹ BOVE, L., *Ricerche sugli agri vectigales*, Napoli, 1969, s. 6.

¹⁰⁰ BURDESE, A., *Studi sull’ager publicus*, s. 46.

¹⁰¹ *Lex municipii Malacitana*, b. 63; CIL I₂, n. 593: “...*subsignata obligatave sint quique prae/diorum cognitores accepti sint in tabu/las communes municipum eius municipi(i) / referantur facito et proposita habeto per / omne reliquom(!) tempus honoris sui ita ut /...*” “...imzalandıktan sonra belediyelerin ortak kayıtlarına kabul edilmiş olmaları gerekir. Kaldıkları süre boyunca rapor edileceklerdir...”

Buna ek olarak, *Malacitana* yasası, belediye arşivinde kaydedilmesi gereken imtiyazlara atıfta bulunurken, ilk olarak imtiyazdan yararlanan kişinin veya bu kişiye garantör olacak kişinin teminat sağlama yükümlülüğünden bahseder.

Tüm kamu arazilerinin imtiyazla kiralınmasındaki bir başka gereklilik imtiyazın verileceği sürenin belirlenmesidir. *Locus publicius* imtiyazlarının yasayla önceden belirlenmiş bir süresi yoktu.¹⁰² Ancak, başlangıçta beş yıllık bir süre için verilmesine ilişkin genel bir uygulama mevcuttu.¹⁰³ Beş yıllık imtiyaz süresine ilişkin atıf yapan birçok kaynak mevcuttur.¹⁰⁴

Ancak, D'ors'a¹⁰⁵ göre 5 yıllık süre sınırlaması *Gaius*'un *Institutiones*'inin 3.145.¹⁰⁶ bölümünde bu imtiyazların süresinden bahsederken belirttiği uzun süreli kiralama yöntemiyle çelişmektedir. Bu noktada, kamu imtiyazlarının 5 yıllık süre ile kurulmasına karşın, her beş yıllık sürenin sonunda zımnen yenilenebileceği kabul edilmelidir.¹⁰⁷ Kamu arazisini kendisine tanınan imtiyaza dayanarak fiili hakimiyetine alıp üzerine bina inşa eden imtiyaz sahibinin 5 yıllık sürenin sonunda imtiyazından mahrum edilmesi düşünülemez. Kaldı ki, ilerideki bölümlerde değinileceği gibi bu tür

¹⁰² BOVE, L., *Ricerche sugli agri vectigales*, s. 40.

¹⁰³ FRIER, B. IUSTINIANUS., *Landlord and Tenants*, s. 165.

¹⁰⁴ *Lex municipii Malacitana*, 63; D.49,14,3,6

¹⁰⁵ D'ORS, A., *Epigrafica juridica de la Espana romana*, Madrid, 1953, s. 331.

¹⁰⁶ *Gai.Ins. 3.145.:* “*Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse*”. Bu nedenle, alım ve satım ile kiralama ve kiralamanın birbirine aşına olduğu görülür, bu nedenle bazı durumlarda genellikle alım ve satımın sözleşmeli mi yoksa kiralama ve kiralamanın mı yoksa bir şeyin süresiz olarak mı kiralandığı sorulur. Bu kanunla kiralanan belediye mülklerinde meydana geldiğini, böylece söz konusu gelir sağlandığı sürece, mülkün kiracının kendisinden veya mirasçılardan alınamadığını; ama daha çok kiralamaya ilişkin olması gerektiğine karar verildi.

¹⁰⁷ D'ORS, A., a.g.e.; s. 331.

imtiyazların imtiyaz sahibinin mirasçılara da geçebilmesi mümkün olduğundan herhangi bir süreye tabi olmadığı yorumu daha doğrudur.

Bu imtiyazların konusu olan kamu alanına ilişkin kiralamalar, özel hukuka ilişkin *locatio-conductio* ilişkisinden oldukça farklıdır. İmtiyaz sahibine sunulan yasal savunma aracı *ius civile* tarafından tanınan kira sözleşmesine ilişkin *actio ex conducto* değil, praetor tarafından getirilen *interdictum de loco publico fruendo*'dur.

D.43.9.1 pr. (Ulpianus 68 ad ed.):

“Praetor ait: " quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto". ”

Praetor şöyle diyor: “Kamu malını kiralayan birinin veya ortağının kiralama kuşullarına uygun olarak bu mülkten yararlanmasını önlemek için güç kullanılmasını yasaklarım.”

Söz konusu *interdictum de loco publico fruendo*, kamu arazisinin özel kullanım için bireylere verilmesine dayanır. Bu nedenle kamuya açık bir yerin kullanılması ve ondan yararlanılması öncelikle bir imtiyazın varlığını gerektirir. Bu nedenle, *interdictum*'un verilme amacı, *locus publicus*'un kira sözleşmesi ile üzerinde bina inşa etmek için bireylere tahsis edilmesinin sağlanmasıdır.

İmtiyaz sahipleri ile *populus* ya da devlet arasındaki *locatio-conductio* ilişkisi, kendine özgü *sui generis* bir kurumun yapılandırılması ile sonuçlanır. Bu ilişki üst hakkına ilişkin bir yapıdadır.¹⁰⁸ Özel hukukta sonradan ortaya çıkan üst hakkının latince ifadesiyle *superficies*'in temelini oluşturmuştur.

¹⁰⁸ BURDESE, A., Studi sull'ager publicus, s. 106; PASTORI, F., La superficie, s. 33.

2. *Superficies*'nin Kamu Hukuku Doğası ve Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanışı

Yukarıdaki bölümde bahsedildiği gibi özel hukuk alanında uygulanan üst hakkına, *superficies*'e uygulanan hükümler, eski dönemlerden beri uygulaması olan kamu imtiyazlarına uygulanan kuralların bir yansımasıdır.

Klasik hukuk döneminde üst hakkına ilişkin metinler de kamusal imtiyazlara ilişkin metinler de *locatio conductio*'ya (kira sözleşmesi'ne) atıfta bulunmaktadır. Özel hukuk alanında yer alan kira sözleşmesi hükümleri hem özel hukukta kiraya veren ile kiracı arasındaki ilişkileri düzenlerken, hem de kamu alanında imtiyaz sahibi ile devlet arasındaki ilişkileri düzenler. İki kurum arasındaki belirleyici fark ilişkinin öznelerinin *Digesta*'da farklı ifadelerle belirtilmesidir. *Digesta*'daki metinlerde üst hakkını devreden özel kişiye “*dominus soli*” yani arazi sahibi denilirken, kamu imtiyazını sağlayan kişi (*populus*) için “*inquilinius*”¹⁰⁹ terimi kullanılmıştır. Benzeri şekilde, özel hukuka ilişkin uygulamada “*in cuius solo superficies est*” “kimin toprağının üstündeki yüzey” ifadesi kullanılırken, kamu imtiyazları için “*is cuius est solum*” “kimin toprağı” ifadesi kullanılmıştır. Son olarak, *digesta* metinlerinde özel uygulamada üst hakkına ilişkin araziye “*conductum solum*” “kiralanmış toprak” denirken, kamu imtiyazına ilişkin metinlerde söz konusu araziye “*alienum solum*” “yabancı toprak” denilmektedir.¹¹⁰

Vogt¹¹¹ Klasik dönem boyunca yüzeysel ilişkinin kamu niteliğini öne sürerek, özel ilişkiler alanında yüzeysel ilişkinin varlığını kabul etmemektedir. Yazara göre, *dominus soli* ifadesinde yer alan “*dominium*” veya “*proprietas*” gibi mülkiyet terimini

¹⁰⁹ Inquilinius: Populus'a ait bir evde oturan kimse, Locatio conductio rei ilişkisi içinde conductor'a verilen isim. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 87.

¹¹⁰ PASTORI, La Superficie, s. 36.

¹¹¹ VOGT, IUSTİNİANUS., Das Erbbaurecht des Klassischen Römischen Rechts. [Marburg an der Lahn: Simons Verlag. 1950. 118 pp. DM. 8.40.]. The Cambridge Law Journal, 11(1),1951, 162-163. doi:10.1017/S0008197300015762

ifade etmek için kullanılan latince kavramlar Pandekt hukuku tarafından sonradan yorumlanmıştır. Yazar, hukukçuların kamu hukuku ilişkisini tanımlamak için özel hukuk terminolojisinden yararlandıklarını öne sürmektedir. İfadeler enterpolasyona uğramıştır. Bu yüzden ki kaynaklarda kira sözleşmesine ilişkin dava, imtiyazlar için var olan idari koruma yollarına ek olarak getirilmiş tali bir nitelik taşır.

Vogt, tezinde özel hukuktaki üst hakkı ilişkisinin kamu hukuku çerçevesinde genişlediğini kabul eder ancak Vogt'un düşüncesini eleştiren hukukçulara göre¹¹² enterpolasyon düşüncesi yanlıştır. Nitekim tüm metinlerde kamu hukuku imtiyazlarında imtiyaz sahibi olarak devletten önceki dönemlerde “*civitates*” olarak bahsetmesi sonraki devirlerde ise devletleşen ve “*populus romanus*” ismini alan yapıdan veya belediyelerin imtiyaz yetkisinden bahsederken literatüre sonradan dahil olan “*municipes*” “belediye” terimini kullanmaması söz konusu metinlerin enterpolasyona uğramadığını gösteren en büyük ispattır.

Üst hakkı kurumunun kamu arazilerinin imtiyazları bağlamında ortaya çıktığı varsayılmalıdır. Üst hakkına ilişkin olarak sağlanan ilk *Praetor* koruması olan *interdictum de superficiebus*, kamu imtiyazlarına sağlanan koruma yolu olan *interdictum de loco publico fruendo*’ya yapısal olarak çok benzer nitelikler taşımaktadır. Bu yasağın başlangıçta kamu imtiyazları için getirilmiş olduğu, sonradan özel hukuk ilişkilerine uygulanacak şekilde genişletildiğini düşünmek doğru bir yaklaşım olacaktır.

III. Superficies’nin Sınırlı Ayni Hak Olarak Değerlendirilmesi

Önceki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklandığı gibi üst hakkının öncelikle kamu arazilerinin kullanımının özel kişilere bırakıldığı kamu imtiyazları ile birlikte

¹¹² SOLAZZI, S., Studi Romanistici, RISG 3, cilt. 1-4, 1949, Milano, s. 25; PUGLIESE, G., Note sulla superficie nel diritto Giustiniano, Temi Emiliana, S.20, 1943, Milano, s. 120; MASCHI, C. A., Proprieta divisa, s. 159.

doğduğunu, zamanla bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerine uygulanacak şekilde genişlediğini tespit ettik.

Özel hukuk ilişkileri bakımından üst hakkı önceleri *locatio conductio* ilişkisindeki kiracı ve kiraya veren arasında kurulmuş basit bir adi kira ilişkisi niteliğindedir. Bu hukuki işlemde doğan borçlar ve alacaklar yalnız sözleşme taraflarını bağlıyordu. Bu nedenle kiracı üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunmuyordu. Sözleşmeden doğan şahsi hakkına ilişkin saldırılarda yalnız sözleşmenin diğer tarafı olan kiralayana başvurabiliyordu. Kiralayan ise *dominus soli* olarak kendisine tanınmış mülkiyet hakkına ilişkin aynı koruma yollarından faydalanıyordu. Ancak kiracı niteliğindeki *superficiebus* ile *dominus soli* niteliğindeki kiraya veren arasında herhangi bir anlaşmazlık yaşandığında *dominus soli* güçlü konumdaydı. Kiracı statüsündeki üst hakkı sahibini dilediği zaman kendi inşa ettiği binadan çıkaracak, dilediği zaman sözleşmeyi sonlandırarak hukuki ilişkiyi bitirecek yetkilere sahipti.

Oysa üst hakkının verilmiş amacı üst hakkı sahibinin başkasının arazisinin yüzeyini rahat kullanma ve ondan rahat faydalanma hakkını elde etmesiydi. Üst hakkı sahibi dilerse arazi üzerindeki hâlihazırda inşa edilmiş binayı kullanma ya da yeni bir bina inşa etme yetkileriyle donatılmıştı. Özellikle yeni bir bina inşa edebilme yetkisinin tanındığı hallerde, üst hakkı sahibine kira ilişkisinden doğan şahsi bir hak tanımak adil bir durum yaratmamaktadır. İşte bu sebeple *Praetor*'lar üst hakkı sahibine öncelikle üçüncü kişilerin saldırılarına karşı kendisini koruyabileceği bir yasaklama getirdi: "*interdictum de superficiebus*".¹¹³ Sonradan, üst hakkı sahibine bir ayni dava hakkı

¹¹³ D.43.18.1.pr. (Ulpianus 70 ad ed.): "Ait praetor: "uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto..." Praetor dedi ki: "Söz konusu yüzeyin kiralınması veya kiralınması yasasına göre, ne zorla, ne gizlice, ne de tehlikeli bir şekilde, biri diğerinden daha az yararlandığı bir şeyden yararlanamaz, bu zorlamayı yasaklıyorum.

tanıdılar: “*actio superficiei*”¹¹⁴ Bu koruma yolları ile birlikte şahsi nitelikte olan üst hakkı aynı bir niteliğe dönüşmüş oldu.

Genel görüşe göre üst hakkına aynı bir nitelik tanınması *Iustinianus* dönemine denk gelmektedir. Kimi yazarlar aynı niteliğin Klasik hukuk döneminde verildiği görüşünde olsalar da ileride üst hakkının gelişimi ayrıntılı olarak incelenirken aynı hak niteliğinin sonradan geliştiği açıklanacaktır.

Üst hakkının aynı bir hak olarak nitelendirilmesinden sonra, bu hakkın hangi kategori içinde değerlendirileceği tartışılmıştır. Bir görüş bu hakkın mülkiyet hakkına benzer bir nitelik taşıdığını öne sürmektedir. Nitekim arazi sahibini mülkiyet hakkından kaynaklı kullanma ve yararlanma yetkilerini devretmesiyle malikin elinde kalan şey çıplak mülkiyettir. Hatta üst hakkı sahibine tanınan üst hakkını devredebilme ve üzerinde başkaca irtifak hakları kurabilme yetkisi üst hakkı sahibini adeta malik statüsüne sokmaktadır. Biondi’ye göre¹¹⁵ *Praetor*’un sağladığı yetkilerle donatılmış üst hakkı sahibi mülkiyete çok yakın bir aynı hakka sahip olmaktadır. Savigny¹¹⁶ de üst hakkını *quasi dominium* olarak mülkiyet benzeri niteliğiyle yorumlamıştır.

Üst hakkı kimi hukukçular tarafından bir irtifak hakkı, “*servitutes*” olarak değerlendirilmiştir.¹¹⁷ Kuruluşu, içerdiği yetkiler, nitelikleri arasındaki benzerlikler ve sona ermesinde başvuru olan ortak hukuk kuralları üst hakkının diğer irtifak haklarına benzer bir nitelikte olduğunun değerlendirilmesine yol açmıştır. Ancak, üst hakkını

¹¹⁴ D.43.18.1.1: (Ulpianus 70 ad ed.): “*Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto,...*” Başkasının arazisinde bir yüzeye sahip olan, bir dava ile desteklenir...

¹¹⁵ BIONDI, *Catagoria Romana*, s. 125

¹¹⁶ SAVIGNY, F.C., *Traite de la Possession en la Droit Romain*, Paris, 1983, s.94.

¹¹⁷ BUCKLAND, W. W., *A text-book of Roman Law*, s. 276, BUCKLAND, W. W., *Main Institutiones of Roman Private Law*, Cambridge, 1931, s. 152.

irtifak hakları içine dahil etmeyen görüşler de mevcuttur. Nitekim bu görüşlere göre¹¹⁸, üst hakkının kendine has, *sui generis* bir yapısı vardır. Üst hakkı önceleri kamu imtiyazları için uygulanan, kira veya satım sözleşmesi ile kurulabilen diğer tüm irtifak haklarından ve mülkiyet hakkından farklı niteliklere sahip özel bir kurumdur.

Kimi yazarlar¹¹⁹, üst hakkını intifa benzeri *quasi ususfructus* olarak nitelendirmektedirler. Ancak *Iustinianus* hukukunun üst hakkına intifa hakkından bağımsız olarak yeni bir nitelik verdiği görülmektedir. İntifa hakkının şahsiliği, devredilmezliği ve intifa hakkı sahibinin yetki ve yükümlülükleri üst hakkının devredilebilir bir yapıda olması ve üst hakkı sahibine tanınmış yetkilerin içeriği üst hakkını intifa hakkından farklı bir niteliğe büründürmektedir.

Nitekim başlangıçta kamu hukuku imtiyazlarının özel hukuktaki bir yansıması olarak doğduğu düşünülen üst hakkına¹²⁰ *Iustinianus* döneminde İmparator *Zeno*'nun bir emirnamesi¹²¹ ile *emphyteusis* (uzun süreli kira) hükümleri uygulanmaya başlandı.¹²²

¹¹⁸ BUCK, R., Agriculture and Agricultural Practice in Roman Law, HISTORIA, S. 45, 1983, s. 15.

¹¹⁹ D. 43.18.1.6 (*Ulpianus 70 ad ed.*) *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum sive usum quandam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est.* Yine toprak üzerinde hak sahibi olan kimseye ayni dava tanındığından, aleyhine de açılmış sayılır; ve bir nevi intifa hakkı veya kullanım hakkına sahip olduğu ve hakkının preator tarafından tesis edildiği savunulmaktadır. PASTORI, La superficie, s. 116.

¹²⁰ PASTORI, a.g.e., s. 36-43

¹²¹ C. 4.66.1: “*Imperator Zeno. Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri* :...* ZENO A. SEBASTIANO PP. * <A 476 - 484 >” İmparator Zeno: Uzun süreli kira hakkı kiralama ve satım sözleşmesi yoluyla verilen haklarla aynı kategoride sınıflandırılmamalıdır. Ancak bunun, daha önce belirtilenlerden ayrı ve hiçbirine

Böylece üst hakkı ile uzun süreli kira hakkı birleşti ve düzensiz şahsi irtifak hakları olarak değerlendirilerek kendilerine özgü bir sınıflandırmada yerlerini aldılar.



benzemeyen üçüncü bir sözleşme türü oluşturacağına ve kendi doğasına ve tanımına sahip olacağına karar verdik...

¹²² KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö. Eşya Hukuku, s. 295

İKİNCİ BÖLÜM

***SUPERFICIES*'NİN YAPISI VE HÜKÜMLERİ**

I. *Superficie*'nin Kurulması

Praetor'un üst hakkına ilişkin olarak yürürlüğe koyduğu fermanında ve özellikle Ulpianus'un üst hakkına ilişkin metinlerdeki yorumlarında belirttiği gibi, üst hakkının kurulmasının farklı yollarından bahsedilmiştir. Bu farklılık üst hakkının kuruluşu aşamasında doktrinsel olarak farklı görüşlerin ortaya çıkmasına da sebep olmuştur. Farklılığın temel kaynağı dönemsel olarak roma hukukunda üst hakkına önce şahsi bir hak niteliği verilmesi, sonraki dönemlerde ise bu hakkın aynı bir hakka dönüşmesidir. Bu gelişim süreci içinde üst hakkının kuruluşunun bağlandığı yasal hukuki ilişki *Ius Civile*'nin tanıdığı hukuki ilişki çerçevesi içinde değerlendirilmeye çalışılırken, *Praetor*'un müdahalesi ile onun tanıdığı ve sağladığı bir takım yeni hukuki ilişkilere bağlanmaya başlanmıştır.

Üst hakkının şahsi bir hak olduğu düşünüldüğünde bir sözleşme ilişkisi ile mi kurulduğu yoksa aynı hak niteliği düşünüldüğünde genel roma eşya hukuku prensiplerine göre genel devir yöntemlerine göre mi kurulduğu dönemsel olarak tartışmalıdır. Üst hakkının gelişimi aşamasında üst hakkının henüz bir şahsi hak olarak değerlendirildiği dönemlerde *digesta* metinlerinde herhangi bir kuruluş yöntemi belirtilmediği için üst hakkının bir sözleşme ile kurulabileceği varsayılmıştır.¹²³ Üst hakkının gelişiminin tamamlandığı *Iustinianus* dönemi sonrası ise üst hakkına tanınan sınırlı aynı hak niteliği ve diğer irtifak hakları ile eş tutulması sonucu eşya hukuku

¹²³ UMUR, Z., Ders Notları, s. 160.

prensiplerine göre *traditio* yönteminin bir türü olan *quasi traditio* ile de üst hakkının kurulabileceği sonucuna ulaşılabilmektedir.¹²⁴

*Traditio, mancipatio*¹²⁵ ve *in iure cessio*¹²⁶ yanında Klasik hukuk döneminde mülkiyetin devren kazanılma yollarından üçüncüsü olarak karşımıza çıkmaktadır. *Iustinianus* döneminde, her türlü malın mülkiyetinin naklinde kullanılan tek devir yöntemi haline gelmiştir.

Bu gelişime paralel olarak *Iustinianus* döneminde, hakların kurulmasının, kullanılmasının ve devrinin zilyetliğe benzer sonuçlar doğuracağı kabul edilmiştir. Böylece haklara zilyetlik (*possessio iuris*) ya da zilyetlik benzeri (*quasi possessio*) olarak değerlendirilmeye başlayan intifa hakkı, uzun süreli kira, üst hakkı gibi sınırlı ayni hakların devrinde Pandekt hukukçularının geliştirdiği *quasi traditio* olarak ifade edilen teslim benzeri olarak ifade edebileceğimiz yeni bir yöntem kabul edilmiştir.

Traditio'nun sebebe bağlı yapısı nedeniyle üst hakkının kuruluşunda her halükârda geçerli bir taahhüt işleminin yani bir sözleşmenin yapılması şarttır. Üst hakkının *Iustinianus* döneminde geçerli şekilsiz bir anlaşma ile kurulabileceği kabul edilmektedir. Klasik dönemde ise, üst hakkının kuruluşuna ilişkin sözleşmenin arazinin

¹²⁴ Buckland, W. W., The main Institutiones of Roman Private Law, Cambridge, 1931, s. 159.; Buckland, W. W., A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1950, s. 275-276.

¹²⁵ Mancipatio: 12 Levha zamanında, daha basılı paranın bulunmadığı zamanlarda malın tartılan metal ile değiştirilmesine dayanan ius civile'nin tanıdığı en eski devir biçimidir. Mancipatio ile res mancipi olarak değerlendirilen İtalya arazisi, italya arazisi üzerindeki tarımsal irtifak hakları, köleler ile yük ve çeki hayvanlarının Ius Civile mülkiyetinin nakli sağlanırdı. *Iustinianus* döneminde res mancipi- res nec mancipi ayrımının Bir emirname ile ortadan kalkmasıyla mancipatio ile devir işlemi de sona ermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Eşya Hukuku, s.169-172.

¹²⁶ In Iure Cessio ile hem res mancipi hem de res nec mancipi malların Ius Civile mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi için kullanılan farazi bir dava olarak karşımıza çıkan bir mülkiyeti devir yöntemi idi. In Iure cessio Klasik sonrası dönemde önemini yitirmiş, mancipatio işleminden çok önce yürürlükten kalkmıştır. Karadeniz-Çelebican, Eşya Hukuku, s. 172-173.

üstünün kullanımının devrini içermesinden dolayı kira sözleşmesine göre mi değerlendirilmesi gerektiği, yoksa hakkın sınırsız süreli olarak kurulabilmesi ve kullanım yetkisinden öte inşa etme, değiştirme ve hatta tasarruf yetkisi de sağlayabilmesinden ötürü satım sözleşmesi hükümlerine mi tabi olması gerektiği tartışılmalıdır.

Ölüme bağlı tasarruf işlemi ile de üst hakkının kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Digesta metinlerinde bağışlama ve miras yoluyla üst hakkının kurulabileceğine ilişkin çeşitli hükümler de bulunmaktadır. Burada ayrıntılı olarak incelenmesi gereken konu Klasik hukuk döneminde hangi sözleşmenin üst hakkına ilişkin olarak uygulanacağıdır.

A. *Superficies*'nin Kira Sözleşmesinin Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü

Kira sözleşmesi latince ifadesiyle *locatio conductio*, mülk sahibinin kendi binası veya arazisi üzerindeki kullanım yetkisini üçüncü kişilere devredebilme imkânı sağlayan bir sözleşme türüdür.¹²⁷ Kamu imtiyazlarında, kira sözleşmesi ile vatandaşlar belirli bir ücret karşılığında devlete ait arazilerin üzerinde bina inşa edebilme veya hâlihazırda mevcut bir binayı kullanabilme yetkisine sahip olmaktadır.

Klasik hukuk döneminde, üst hakkının daha yeni tanınmaya başladığı ilk zamanlarda bu hakkın kurulabilmesi için taraflar arasında nasıl bir sözleşmenin mevcut olduğu tartışmalıdır.¹²⁸ Üst hakkının karakteristik özelliklerine bakıldığında arazi sahibinin arazinin üstünü kullanma ve yararlanma yetkisini karşı tarafa devrettiği bir ilişki söz konusudur. Üst hakkı sahibine sağlanan bu yetki, Klasik dönemde *locatio conductio* sözleşmesi ile kiracıya sağlanan yetki ile paraleldir. Dolayısıyla, üst hakkının kuruluşunda *locatio conductio* sözleşmesini uygulamak mantıklıdır. Üst hakkının

¹²⁷ RADO, T., Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014, s. 95 vd.

¹²⁸ PASTORI, F., *Superficie e Negozio Costitutivo*, Studi in Onore di Biondo Biondi II, Milano, 1965, s. 387.

locatio conductio sözleşmesi aracılığıyla kurulmasının iki yöntemi olabilir. Ya *locare solum* olarak ifade edilen toprağın kiralınması ya da *locare aedificium* olarak tanımlanan arazi üzerinde inşa edilmiş binanın kiralınması. Her iki durum için de *Ius Civile*'ye göre *accessio* ilkesinin bir sonucu olarak arazinin üstünün ayrı bir hukuki statüye tabi olması mümkün değildir. Hâlihazırda inşa edilmiş bir binayı *locatio conductio* sözleşmesine göre kiralamak *superficies solo cedit* ilkesine aykırı düşmez. Kiracı söz konusu binanın zilyedi bile olamayacağı için üst hakkı sahibiyle arazi sahibi arasında kira sözleşmesi hükümleri kolaylıkla kurulabilir. Ancak başkasının arazisi üzerinde özellikle kendi malzemeleriyle bir bina inşa etme durumu söz konusu olduğunda kiralamaya ilişkin sözleşme ile üst hakkı ilişkisinin kurulması belirli şartlar altında gerçekleşmelidir.

Kaynaklarda her iki durum için de çeşitli örnekler yer almaktadır. Digesta 43.18.2 “*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae*” ifadesi ile arazi üzerindeki binanın üst hakkına ilişkin olarak kiralınması durumundan bahsedilirken, Digesta 43.18.1.1’de “*nam si conduxit superficies*” arazinin kiralınmasından bahsedilmektedir.

Bazı yazarlar¹²⁹ bu iki durum arasında sonuç bakımından fark olduğunu savunurlar. Arazinin kiraya verilmiş olduğu varsayımından hareketle, binanın yıkılması veya yok olması söz konusu olduğunda üst hakkının devam ettiği, ancak binanın kiraya verilmiş olması durumunda binanın yıkılmasıyla üst hakkının konusuz kalacağı için ilişkinin sona ereceği düşünülmektedir.

Diğer yazarlar ise¹³⁰, iki durum arasında farklılık olmadığını savunur. Üst hakkına ilişkin arazinin kiralınmasının henüz bina yokken de yapılabildiğini, arsada bir

¹²⁹ JUSTINGER, J., Economic Significance of the Ancient Roman Superficie, 8 JEHL 98, 2017, s. 99, STOOP, B. Law and Economy, s. 260-261, PASTORI, F., Superficie e Negozio, s. 388.

¹³⁰ PASTORI, F., La Superficie, s. 40, COVIELLO, a.g.e., s. 48.

binanın olması durumunda üst hakkının yüzeyin tamamı için kurulduğundan hareketle üst hakkının tüm yüzeyi kapsadığını düşünürler.

Roma hukuku kaynaklarında, arazi üzerinde halihazırda bir bina olup olmaması durumunda sonuç bakımından ne gibi bir farklılık olacağı net olarak belirtilmemiştir. Nitekim aynı kaynaklar, üst hakkı sahibinin aynı hakkını binanın devamlılığına da tabi kılmamaktadır. Halihazırda bir binanın kullanımını basit bir kira sözleşmesi ile üst hakkı sahibinin kullanımına devretmek kolay ve sorunsuz bir yoldur. Ancak bir başkasının arazisi üzerinde bina yapmak yetkisini içeren bir üst hakkı ilişkisini kira sözleşmesine dayandırmak bir takım riskli durumları ortaya çıkarır.

Üst hakkına ilişkin kira ilişkisi, normal kira ilişkisinden farklı ve yeni yasal durumlar içerir. İlk olarak üst hakkına ilişkin kira ilişkisi belirli bir süre ile kurulmuş normal kira ilişkisinden bağımsız olarak, uzun süreli veya kalıcı bir ilişki doğurur. İkinci olarak üst hakkı sahibinin normal kiracıya göre daha geniş bir yetkisi vardır. Üst hakkı sahibi başkasının arazisi üzerinde inşa ettiği binanın kullanımını başkasına devretmek, bina üzerinde başkaca sınırlı aynı haklar kurmak gibi tasarruf yetkisine benzer yetkilerle donatılmıştır. Aynı zamanda üst hakkı sahibine çıplak arazinin üstüne ev inşa etme yetkisi vererek, arazinin üstünün şeklinin değiştirilebilmesi yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiler normal bir kira ilişkisinde kiracının bağlı olduğu kira sözleşmesi hükümleriyle elde edemeyeceği çok daha geniş yetkililerdir.

Kira sözleşmesi hükümlerinin üst hakkına uygulanıp uygulanmayacağı noktasında, üst hakkına ilişkin hükümlerde geçen “*locare*” teriminin neden kullanıldığını araştırmakta yarar vardır. Bove¹³¹, bu terimin üst hakkına ilişkin hükümlerde kira sözleşmesine atıfta bulunulmadığını öne sürer. Ona göre Klasik hukuk dönemindeki gelişmeler ışığında üst hakkına ilişkin yetki ve yükümlülükleri belirlemek, bu belirlemeyi de kira sözleşmesi hükümleri altında değerlendirmek mümkün değildir.

¹³¹ BOVE, L., Ricerche sugli “agri vectigales”, Studi in Onore di Biondo Biondi II, Milano, 1965, s. 82 vd.

Hem sınırlı aynı haklar bakımından hem de sözleşmeler bakımından bir değerlendirme ve sınıflandırma yapılması zaman açısından ancak *Iustinianus* dönemine denk gelmektedir. Nitekim Amirante'ye göre¹³², üst hakkına ilişkin kaynaklarda kullanılan “*locare*” terimi herhangi bir hukuki ve teknik anlamdan bağımsız olarak, basit anlamıyla yani “bir şeyin kullanım yetkisinin belirli bir ücret ödenmesi şartıyla devrini” belirtmek için kullanılmıştır. Pastori'ye göre¹³³ de hem üst hakkına ilişkin hem de *ager vectigales*'e ilişkin metinlerde “*locare*” ifadesinin kullanılması Klasik dönemde henüz kira sözleşmesine ilişkin yasal bir tanımın yapılmış olmamasından kaynaklanmaktadır.

Riccobono¹³⁴, üst hakkı ilişkisinin *locatio conductio rei* ilişkisi sayesinde kurulduğunu öne sürmektedir. Bu adi kira ilişkisi sayesinde arazi sahibi üçüncü bir kişiye arazisi üzerinde ev inşa etme ve onu kullanma yetkisi tanımaktadır. Coviello¹³⁵ da benzeri görüştedir. Ona göre kira sözleşmesi üst hakkına ilişkin tek ve gerçek kuruluş ilişkisidir. Klasik hukuk döneminde devlete ait *locus publicus*'ların halkın kullanımına bırakılmasının tek yöntemi olan kira sözleşmesi aynı dönemde ortaya çıkan üst hakkının kuruluşuna ilişkin de tek yöntemdir. Nitekim üst hakkının kuruluşunda kira sözleşmesi hükümlerinin uygulandığını savunan görüşlere göre bu düşüncenin ispatı Klasik hukukçuların metinlerinden çıkarılabilmektedir.

Gaius, D. 43.18.2'de şu ifadeyi kullanmıştır:

D. 43.18.2 (Gaius 25 ad ed. Provinc.):

“*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.*”

¹³² AMIRANTE, L, Ricerche in tema di locazione, BIDR, S. 62, 1959, s. 23.

¹³³ PASTORI, F., La superficie, s. 43.

¹³⁴ RICCOBONO, S., La violenza del principio “*superficies solo cedit*” nel diritto giustiniano, Dal Diritto Romano Classico al Diritto Moderno, Palermo, 1915, s. 303.

¹³⁵ COVIELLO, N., Della superficie, s. 43.

Evlerin, kira sözleşmesi kapsamında inşa edildikleri arazi yüzeyinin bir parçasını oluşturduğunu söylüyoruz ve bunların mülkiyeti hem medeni hem de doğal hukuka göre toprağın sahibine aittir.

Üst hakkının kira sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu içeren benzeri bir ifade Paulus'un metninde de yer almaktadır:

D. 39.2.18.4 (Paulus 48 ad ed.):

“Ei, qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debet nec soli domino superficiarius, quia invicem ex conducto et locato habent actiones: in quas tamen actiones ultra culpam nihil venit... .”

Arazi maliki, kiraladıktan sonra, söz konusu araziye ev inşa eden bir kimseye, arazinin durumundan kaynaklanabilecek herhangi bir zarara ilişkin olarak teminat vermek zorunda değildir, çünkü her birinin kiralama kapsamında dava açma hakkı vardır ve bu işlemlerde ihmalden başka bir şey düşünülemez... .

Klasik metinler incelendiğinde, üst hakkı ilişkisinin *ager vectigalis* ilişkilerinde olduğu gibi *locatio conductio* ilişkisi kapsamında doğduğuna şüphe yoktur. Kaynaklarda üst hakkı sahibi kiracı olarak nitelendirilmiştir.

D. 39.1.3.3 (Ulpianus 52 ad ed.):

“Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? movet, quod quasi inquilinus sum: sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutium causa actio mihi dabitur et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.”

Sadece arazinin yüzeyinde bir hakkım varsa ve komşu tarafından yeni bir bina inşa edilirse, ona vazgeçmesi için bildirimde bulunabilir miyim? Bu durumda bir zorluk vardır; çünkü ben deyim yerindeyse sadece bir kiracıyım. Ancak Praetor bana aynı bir dava bahşeder ve bu nedenle bu ilişkiye dayanarak bir dava açma

hakkım olur, bu nedenle işlemleri durdurmayı talep etme hakkı bana verilmelidir.

Sonuç olarak, Klasik hukuk döneminde üst hakkının kuruluşuna ilişkin olarak *locatio conductio* hükümlerinin uygulandığına dair şüphe yoktur. Ancak bu aşamada üst hakkı sahibine tanınan imtiyazın boyutuna göre *locatio conductio*'nun da türü değişmelidir. Üst hakkı sahibine tanınan yetki hâlihazırda arazi üzerinde inşa edilmiş olan bir binanın kullanımına ilişkinse *locatio conductio rei* yani adi kira sözleşmesi hükümleri uygulanır. Ancak üst hakkı ilişkisi mülk sahibinin arazisi üzerinde bir bina inşa etmek ve sonradan o binanın kullanımı yetkisini içeriyorsa üst hakkı *locatio conductio operis*¹³⁶ yani eser sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır. Bina inşa edildikten sonra ise binanın kullanımı için üst hakkı ilişkisi *locatio conductio rei*'e dönüşmelidir.

B. Superficies'nin Alım-Satım Sözleşmesinin Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü

Alım- satım sözleşmesi latince ifadesiyle *emptio venditio* satıcının bir malı alıcıya nakletmek, alıcının da ona karşılık olarak bir semen ödemek borcu altına girdiği iki taraflı, rızai bir sözleşmedir.¹³⁷

Klasik hukuk döneminde üst hakkının kuruluşunda kira sözleşmesi hükümlerinin uygulandığına atıf yapan roma hukuku metinleri ve doktrinsel görüşler yanında alım-satım sözleşmesinin de kira sözleşmesine paralel olarak uygulandığını söylemek mümkün müdür?

¹³⁶ Bu sözleşme ile yüklenici alacağı bir ücret karşılığında iş dahilinde bir sonuç, bir eser meydana getirmeyi üstlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ERDOĞMUŞ, B., Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014, s. 102, RADO, T., Borçlar Hukuku, s. 107 vd.

¹³⁷ RADO, T., Borçlar Hukuku, s. 87; ERDOĞMUŞ, B., Borçlar Hukuku, s. 71

Üst hakkının kurulmasında alım-satım sözleşmesi hükümlerinin uygulandığını söylemek bazı sorunları beraberinde getirir. Öncelikle, dönemsel olarak değerlendirildiğinde, üst hakkının kuruluşunda alım-satım sözleşmesinin üst hakkına uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesinde *Ius Civile* ve *Ius Honararium*’un üst hakkına ilişkin hükümlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesinde yarar vardır. *Ius Civile* üst hakkı ve benzeri ilişkileri tanımamaktadır. *Ius Civile*’nin tanıdığı *superficies solo cedit* kuralı arazinin üstünün ayrı bir mülkiyet hakkına konu olmasını engeller. Ancak uzun süreli kira ve üst hakkı ilişkisinde bu ilişkiye devamlılık, süreklilik ve hatta sınırsız süre tayin edilmesinin söz konusu olması nedeniyle bu tür ilişkilerin kurucu sözleşmesinin alım-satım olabileceği değerlendirilmiştir. Bu nedenle, D. 18.1.80.3’te Labeo bu tür bir üst ilişkisinin *locatio conductio* mu yoksa alım-satım kaynaklı mı olduğunu sorgulamaktadır.

D. 18.1.80.3 (Labeo 5 post. a iav. epit.):

“*Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*”

Mülkiyeti söz konusu olan malı teslim etmedikçe hiç kimse bir şeyi satmış olmaz; çünkü bu ya bir kiralama ya da başka türlü bir sözleşmedir.¹³⁸

Labeo’nun düşüncesi doğrudur. Üst hakkına ilişkin arazi parçasının mülkiyet hakkının karşı tarafa geçirilememesi, alım-satım sözleşmesinin üst hakkının kurucu ilişkisi olarak değerlendirilememesinin temel nedenidir. Bu nedenle kiralama veya herhangi bir isimsiz sözleşme üst hakkı ilişkisi için daha uygundur.

Benzeri ifadeler *Gaius* tarafından da gündeme getirilmiştir. Hukukçu, kamu arazilerinin kalıcı kiralınmasında *emptio venditio* hükümlerinin mi yoksa *locatio conductio* hükümlerinin mi uygulanması gerektiğini sorgular:

¹³⁸ Burada Labeo, kalıcı, sınırsız süreli imtiyazlarla ilgili olarak bir yaklaşımda bulunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: FIORI, R., La definizione della “locatio conductio”, *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, s. 179.

Gai. Ins. 3. 145:

“Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.”

Alım-satım ve kiralama birbiriyle o kadar yakın ilişkili kabul edilir ki, bazı durumlarda sözleşmenin alım-satım mı yoksa kiralama mı olduğu sorunu ortaya çıkar. Örneğin belediyelere ait taşınmazlar için söz konusu olan arazi sürekli olarak kiralanmışsa, kira ödendiği sürece ne kiracı ne mirasçısı araziden yoksun bırakılamaz. Bunun bir kiralama sözleşmesi olduğu görüşü daha doğrudur.

Hem *Labeo*’nun hem de *Gaius*’un metinlerinde belediyeye ait mülklerin kiralanmasına ilişkin atıflar yapılmıştır. Ayrıca, *Gaius*’un metninde kiralanın şeyin bedelini ödedi sürece kira sözleşmesinin feshedilemeyeceği ifade edilmiştir. Her iki metinde de bir şeyden yararlanma karşılığında ekonomik bir bedelin ödenmesi, sözleşmenin türünü alım-satım sözleşmesinden çıkarıp kira sözleşmesine yakınlaştırmaktadır.

Bu noktada yüzeyin satışından bahseden *Iustinianus* dönemine ilişkin birtakım kanunlar ve interpolasyona uğradığı tespit edilen bir takım *digesta* metinleri de mevcuttur.

***Lex Thoria*¹³⁹ 85:**

“...agri aedificii loci vectigalibusve publiceis fruendeis locandeis vendundeis legem deixerunt...”

“...onlar, yerel gelir ve kamu kirası elde etmek için binaların satışına ilişkin yasa çıkarttılar...”

***Lex Thoria* 92:**

“...superficium q(uaestor) pr(aetor)ve pu[blice vendiderit... ”

... praetor’un yüzeyi halka satıp satmadığı...

D.18.1.32: (Ulpianus 44 ad sab.):

“Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.”

Bir kimse bankacılık amaçlı kullanılan dükkanları veya kamu arazisi üzerine inşa edilen diğer dükkanları sattığında, araziyi satmaz, sadece hakkı satar; çünkü bunlar halka açık dükkanlar olduğundan, bunların kullanımı yalnızca özel kişilere aittir.

Yukarıdaki metinler kamu arazilerinin kullanımının özel kişilere bırakıldığı imtiyazlara ilişkindir. İlk iki metin bir kamu tarım yasasına dahil edilmiştir. Bu hallerde satım teriminin anlamı özel hukuktakinden farklıdır. Satım terimi ile kastedilen kamu hukuku alanında bir *canon* karşılığı özel kişilere imtiyaz sağlanmasıdır.

Özel hukuk alanında bireyler arasındaki üst hakkının kuruluşunda satım sözleşmesi hükümlerinin uygulandığına ilişkin örnekler için birkaç *digesta* metnini yorumlamak gerekir.

¹³⁹ Lex Thoria M.Ö. 118 yılında yürürlüğe girmiş olan ve halka toprak dağıtımını yasaklayan bir kanundur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: BAYDUR, N., “Roma’da İslam Öncesi II. Yüzyıldaki Reformlar”, *Belleten* 40, 1976, s. 225.

D.23.3.32 (Pomponius 16 ad sab.):

“Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non essent, sive superficium aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.”

Koca, karısının rızasıyla dotal (çeyize özgülenmiş) arazideki taş ocaklarından elde ettiği taşları veya kar sayılmayan ağaçları veya bu yerdeki binaları satarsa, satıştan elde edilen para, çeyizden pay olarak kabul edilir.

D.6.2.12.3 (Paulus 19 ad ed.):

“Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.”

Aynı kural, mülk sahibi olmayan bir kişiden, arazinin üstündeki evi iyi niyetle satın aldığımda da geçerlidir.

Her iki metin de üst hakkının *Praetor*’un müdahalesiyle getirilen *interdictum de superficiebus*’tan sonraki gelişim aşamasında ortaya çıkmıştır. Bu nedenle alım-satım sözleşmesi yoluyla üst hakkının kurulabileceğine ilişkin yasal metinler *Ius Civile* kaynaklı değildir. *Ius honorarium* tarafından tanınmış yeni bir yol olabilir.

Üst hakkının alım satım sözleşmesi ile kurulup kurulamayacağına ilişkin olarak Roma hukuku uygulamalarını inceledikten sonra doktrinsel görüşlere de değinmekte yarar vardır. Alım satım sözleşmesi ile üst hakkının kurulabileceğine ilişkin en belirgin görüş Biondi ¹⁴⁰ tarafından aktarılmıştır. Yazara göre, üst hakkında veya *ager vectigalis*’lerin imtiyazında kira sözleşmesi hükümleri de satım sözleşmesi hükümleri de uygulanabilir. Nitekim yazara göre Klasik hukuk döneminde yüzey ilişkileri için kullanılan bu iki sözleşme yapısal olarak birbirine çok benzer nitelikteydi. İmtiyaz sahibi kimsenin tek bir seferde ödeyebileceği bir bedel karşılığında arazinin üstünün sınırsız süreli kullanımının o kimseye bırakılması satım sözleşmesinin yapısına

¹⁴⁰ BIONDI, B., La categoria, s. 454.

benzemektedir.¹⁴¹ Aynı zamanda yazar, *Praetor* fermanında geçen “*frui ex lege locationis*” teriminin “kiraya ilişkin kullanım hakkından yararlanma” şeklinde açıklandığında bunun *superficies solo cedit ilkesi* ile çeliştiğini ancak satış durumunda kullanılan “*habere licere*” yani “sahip olmasına izin verme” teriminin söz konusu ilke ile çelişmediğini söyler. Gerçekten de Biondi’nin yorumu doğrultusunda *superficies solo cedit* kuralı ile toprağın üstü topraktan ayrılmaz bir parça olarak değerlendirildiğinden üstün kullanım hakkının başkasına devri mümkün olmamakla birlikte, satım sözleşmesi ile yüzeyin tamamına sahip olmasına izin verecek şekilde üçüncü bir kişiyle satım sözleşmesi yapmak *superficies solo cedit* ilkesine aykırı düşmez. Üçüncü kişi satım sözleşmesi ile kurulmuş bir üst hakkı ile yüzey üzerinde inşaat yapmak ve sınırsız süreyle inşaatı malikmiş gibi kullanmak, hatta inşaatı satmak, üçüncü kişiler lehine üzerinde başkaca sınırlı aynı haklar kurmak yetkilerine de haiz olur. Bu yetkiler satım sözleşmesinin hükümlerinin uygulandığını gösteren somut örneklerdir.

Ancak Biondi’nin düşüncesi diğer yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Pastori¹⁴²’ye göre, üst hakkı sahibi hiçbir dönemde malik olarak görülmemiştir. Satım sözleşmesi ile satıcı sözleşme konusu malın mülkiyetini, mülkiyetin nakledilemediği durumlarda ise zilyetliğini karşı tarafa teslim etmek zorundadır. Üst hakkı sahibi malik olarak görülemediği gibi zilyet olarak dahi kabul edilmemiştir. Bu yüzden ki *Praetor* üst hakkı sahibine özel bir *edictum* ile zilyetlik benzeri bir koruma sağlamıştır. Klasik dönemde *Ius Civile*’nin üst hakkına ilişkin yaklaşımı satım sözleşmesinin hükümleri ile çelişir. Satım sözleşmesi ile *superficies solo cedit* kuralına aykırı olarak araziden ayrılmış bir yüzeyin el değiştirmesi söz konusu olur ve bu durum o dönemdeki genel teamüle aykırıdır. Bir arazinin üstünün kullanımı veya o arazinin üstüne bir binanın inşa edilmesi yetkisi tanınması ancak kira sözleşmesi ile gerçekleşebilir. Satım

¹⁴¹ BIONDI, B., a.g.e. s. 458.

¹⁴² PASTORI, F., La superficie, s. 52-53.

sözleşmesinin ancak üst hakkının *Iustinianus* döneminde bir *ius in re aliena* olarak değerlendirilmeye başlamasından sonra devreye girebilir.¹⁴³ Çünkü araziden bağımsız olarak yüzey bir sınırlı ayni hak konusu olarak görülmeye başladığında bu hakkın satım sözleşmesinin konusu olması mümkün hale gelmiştir. Pastori, *Digesta*'da yer alan klasik metinlerin *Iustinianus*'un derleyicileri tarafından enterpolasyona uğradığını iddia eder.¹⁴⁴

Praetor'un üst hakkına ilişkin edictum'unda¹⁴⁵ yer alan *Ulpianus*'un yorumunda “*si emit, ex empto agere cum dominosoli potest*” Türkçe anlamıyla “satın alma durumunda yalnız malik ile muhatap olur” ifadesinin yer alması üst hakkına satım sözleşmesinin uygulandığına ilişkin şüpheleri artırmaktadır. Romanist yazarların bir kısmı bu satım sözleşmesine ilişkin bu ifadenin *Iustinianus*'un derleyicileri tarafından metne bir şerh olarak yerleştirildiğini öne sürer.¹⁴⁶

Satım sözleşmesini arazinin yüzeyinin üçüncü kişilere aktarılması için geçerli bir sözleşme olarak gören Coviello'ya göre üst hakkı sahibinin hakkını üçüncü kişilere devretmesi durumunda buradaki aktarım biçiminin satım sözleşmesi olduğunu belirtmek için *digesta* metinlerinde “*ex empto*” terimini yer almaktadır. Yazara göre, sözleşmenin hüküm ve sonuçları, yapısı, niteliği üst hakkı sahibi ile arazi sahibi arasındaki ilişki için uygulanamaz. Üst hakkının kuruluşunda bedelin tek bir seferde ödendiği durumlarda, üst hakkı sahibi yalnızca hakkını alım-satım yolu ile üçüncü kişilere iletebilir. Riccobono¹⁴⁷ da benzeri bir görüştedir. Satım sözleşmesine atıfta bulunan *digesta* metinlerinin, alt kiracı konumunu üstlenen üçüncü bir kişiye üst hakkı sahibi tarafından kendi hakkının devretmesi durumunda satım sözleşmesini

¹⁴³ STOOP, B, “Law and Economy, s. 262.

¹⁴⁴ PASTORI, F., La Superficie, s. 57.

¹⁴⁵ D. 43.18.1.1

¹⁴⁶ ARANGIO-RUIZ, V., La struttura dei diritti sulla cosa altrui, Archivio Giuridico “Flippo Serafini cilt. 10-11, s. 436.”

¹⁴⁷ RICCOBONO, S., “La violazione”, s. 303.

barındırdığını iddia eder. Bu yazarlara göre üst hakkına ilişkin hakkın satış yolu ile devri üst hakkı sahibi ile *dominus soli* arasındaki ilişkiyi etkilemez.

Tüm bu değerlendirmeler doğrultusunda *Praetor*'un fermanı ve neredeyse bir asır sonra *Ulpianus*'un bu fermana ilişkin yorumu dikkate alındığında satım sözleşmesinin tıpkı kira sözleşmesi gibi üst hakkının kuruluşu aşamasında kullanıldığını söylemek mümkündür. Özellikle toprak hukukunun gelişimi ile birlikte, üst hakkının *ager publicus*'lara uygulanan hükümlerle paralel hükümlere tabi olması satım sözleşmesinin üst hakkı için uygulanabilir bir sözleşme olduğunu doğrular. Üst hakkının gelişim aşamalarına bakıldığında, *Praetor* önce üst hakkına ilişkin fiili durumu korumak için bir yasaklama getirmiştir. Bu aşamada, üst hakkı yalnız kira sözleşmesi aracılığı ile oluşturulduğu kabul edilmelidir. Sınırlı ayni hak özelliği verilinceye kadar *Ulpianus* gibi klasik hukukçular da üst hakkına kira ilişkisine göre daha güçlü koruma yolları tanıdılar. *Ulpianus*'un yorumunda üst hakkı sahibine arazi sahibine karşı *actio empti* açma yetkisi tanınması üst hakkının şahsi bir hak niteliğinden ayni bir hak niteliğine yönelmesinin doğal bir sonucudur. Nitekim *Iustinianus* döneminin başında, özellikle üst hakkının *iura in re aliena* olarak değerlendirilmesi ile birlikte hem kira, hem satım sözleşmesi ile birlikte, üst hakkının şekilsiz anlaşmalarla kurulabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu gelişim *digesta*'da yer alan üst hakkına kuruluşunda satım sözleşmesinin uygulanabileceğine ilişkin diğer metinlerde de görülebilmektedir.

D.18.1.32 (Ulpianus 44 ad sab.):

“Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.”

Bir kimse bankacılık amaçlı kullanılan dükkanları veya kamu arazisi üzerine inşa edilen diğer dükkanları sattığında, araziyi satmaz, sadece hakkı satar,

çünkü bunlar halka açık dükkanlar olduğundan, bunların yalnızca kullanımı özel kişilere aittir.

Satım sözleşmesini barındıran benzeri yorumlar *D.6.2.12.3 (Paulus 19 ad ed.)* ve *D.23.3.32 (Pomponius 16 ad sab.)*'da da yapılmıştır.¹⁴⁸

Bu üç digesta metni üst hakkının satışını içerir. Birincisi *Ulpianus* ilk metinde kamu arazisi üzerine inşa edilmiş taberna söz konusu olduğu için, arazinin satışından söz etmenin mümkün olmadığını yalnız hakkın satışından söz edilebileceğini doğrular. *D. 6.2.12.3*'te *Paulus* üst hakkına konu olan bir evin satışından bahseder. Bu örnekte de hâlihazırda inşa edilmiş bir bina üzerinde üst hakkı ilişkisinin satım sözleşmesi yoluyla kurulduğu aktarılır. Aynı şekilde *D.23.3.32*'de *Pomponius*, bir kadının babası tarafından çeyiz olarak verilen bir binanın satışından bahseder. Bu metinler satım sözleşmesinin üst hakkı ilişkisinin kurulmasında etkin olduğunun en açık ifadeleridir. Üst hakkının satışına ilişkin bu metinler, *Pastori*'nin iddia ettiği enterpolasyon şüphesini ortadan kaldırır. Bu metinlerin ayrı zaman ve ayrı topografik koşullarda oluşturulmuş olması gerçeği ve yazarlarının farklı klasik hukukçular oluşu *Iustinianus*'un derleyicilerini üst hakkının kuruluşuna ilişkin olarak satım sözleşmesini metne dahil etme olasılığını yok eder.

Tıpkı diğer irtifak haklarında ve intifa hakkında olduğu gibi gelişim süreci içinde *Praetor*'un üst hakkına ilişkin olarak getirdiği koruma yolunu güçlendirmek ve geliştirmek için satım sözleşmesi hükümlerinin üst hakkına uygulandığını söylemek doğru olacaktır.

C. Miras Yoluyla Üst Hakkının Kurulması

Legatum Türkçe ifadesiyle muayyen mal vasiyeti Roma borçlar hukukunda akit benzeri¹⁴⁹ olarak değerlendirilen, bir kimsenin ölümünden sonra geçerli olmak üzere

¹⁴⁸ Bu digesta metinlerinin çevirisi yukarıdaki bölümlerde yapılmıştır. Burada akışı bozmamak için yalnız hangi maddede olduğuna değinilmekle yetinilecektir.

belli bir malını veya mallarını mirasçı belirtmeden belli bir kimseye vasiyet etmesidir.¹⁵⁰

Üst Hakkının kuruluş yolu olarak miras ilişkisi, *Ulpianus*'un *Praetor* fermanına yaptığı yorumda şu şekilde ifade edilmiştir:

D. 43.18.1.7 (*Ulpianus 70 ad ed.*):

“*Sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit.*”

Anlaşılmalıdır ki üst hakkı satım yoluyla devredilebileceği gibi vasiyet ve hibe yoluyla da devredilebilir.

Ulpianus bu metinde, üst hakkı ilişkisinin oluşturulması için uygulanacak miras ilişkisinin türüne herhangi bir atıfta bulunmaz. *Iustinianus*'un derleyicilerinin farklı miras ilişkilerini tek bir başlık altında toplama, kısaltma ve vasfını değiştirme eğiliminde olduğu düşünülmektedir.¹⁵¹ Bu doğrultuda, üst hakkına ilişkin fermana açıklayıcı ve uzun şerhler koyan Ulpianus'un D. 43.18.1.7'deki kısa şerhinin derleyiciler tarafından kısaltıldığını iddia etmek yanlış olmaz.

Miras yolu ile üst hakkının kurulmasında, Klasik hukuk döneminde ne tür bir miras ilişkisinin geçerli olduğunu araştırmak gerekir. Pastori'ye göre¹⁵², üst hakkı için geçerli olabilecek en temel miras ilişkisi *legatum sinendi modo*¹⁵³ 'dur. Bu miras ilişkisinde aslında üçüncü bir kişiye ait olan bir malın mirasçıya satılması ve teslim edilmesi için talimat verilmesi söz konusudur. Klasik dönemde üst hakkının sınırlı bir aynı hak kazanmış olmaması ve şahsi bir kira sözleşmesinin ürünü olarak düşünülmesi

¹⁴⁹ Akit benzeri yani quasi contractus taraflar arasında amacına uygun yapılmış bir sözleşme olmadan bir sözleşmenin hükümlerine benzer sonuçlar doğmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ERDOĞMUŞ, B., Borçlar Hukuku, s. 124.

¹⁵⁰ RADO, T., Borçlar Hukuku, s. 136-137.

¹⁵¹ BIONDI, B., La catagoria, s. 496.

¹⁵² PASTORI, F.; La superficie, s. 64.; PASTORI, F., Negozio costitutivo, s. 407.

¹⁵³ Legatum sinendi modo: Başkasına ait malın vasiyet edilmesidir. Mirasçının mirasa konu bu malı üçüncü şahıstan satın alarak vasiyetliye teslim etmesi, satın almadığı takdirde, para olarak ödemesi gerekirdi. Tanım için bkz. UMUR, Z., Lügat, s. 109.

sonucu, üst hakkı sahibinin miras bırakan olarak arazinin üstündeki binanın kullanımını mirasçısına devretmesinin tek yolunun *legatum sinendi modo*¹⁵⁴ olabileceği tezini ortaya koyar. Bu tür bir miras yolu ile birlikte arazi sahibi üst hakkına ilişkin olan yetki ve yükümlülükleri üst hakkı sahibinin mirasçısına devredebilecektir.

Bu yapıyla birlikte, yine Klasik dönemde üst hakkının diğer sınırlı ayni haklara tanınan yetkilerle donatılmaya başlamasıyla birlikte üst hakkına uygulanan mirasın türü *legatum per damnationem*¹⁵⁵ olmuştur. Üst hakkına tanınmaya başlanan yasal özerklik doğrultusunda muayyen mal vasiyeti ile alacak hakkına benzer bir borç ilişkisi ile üst hakkının kurulabileceği kabul edilmiştir. Bu miras ilişkisinde mirasçıya sağlanan üst hakkının rahat kullanımının miras bırakan tarafından bırakılan bir talimatla arazi sahibi tarafından karşılanmasını talep etme hakkıdır. Doktrin¹⁵⁶ bu aşamada üst hakkının kuruluşunda *legatum per vindicationem*¹⁵⁷ ilişkisinin uygulanabilirliğini kabul etmez.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: GÜNAL, N. A.; Roma Miras Hukuku'na Genel bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras, AHFD Cilt 44, Sayı:1-4, 1995, s. 439

¹⁵⁵ Legatum per damnationem: Lehine mal vasiyet edilen kimseye, mirasçıya karşı bir alacak hakkı temin eden bir vasiyet türüdür. Bu muayyen mal vasiyeti ile birlikte gerek vasiyet edene gerek mirasçıya gerekse üçüncü şahsa ait bir malı “mirasçım, şu malımı şu kimseye vermeye mecbur olsun” ifadeleriyle vasiyet edilebilirdi. Tanım için bkz: UMUR, Z.; Lügat, s. 108. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Nadi, G.; a.g.e., s. 438.

¹⁵⁶ BIONDI, B.; La catagoria, s. 458; PASTORI, F.; La superficie, s. 64.

¹⁵⁷ Lagatum per vindicationem ilk ortaya çıkan muayyen mal vasiyeti ilişkisidir. Bu miras ilişkisinde vasiyet edilen malın mülkiyeti, muayyen mal vasiyetçisinin mülkiyetine geçer ve söz konusu mal kendisine verilmeyecek olursa malik olarak rei vindicatio davası ile malı talep edebilirdi. GÜNAL, N.; Roma Miras Hukuku, s. 438.

¹⁵⁸ Gai. 2. 194.: “Ideo autem per uindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius uel ab herede uel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, uindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.” Bu şekilde vasiyet edilen bir miras kabul edilemez, çünkü terekeye girdikten sonra, mülkiyetin hemen mirasçıya intikal etmesi gerekir ve miras bırakan, malı mirasçıdan veya malı elinde bulunduran başka bir kimseden talep ederse, onu geri almak için dava açmalıdır, yani mülkün kendisine ait olduğunu iddia etmelidir.

Superficies solo cedit prensibi gereği üst hakkına ilişkin bina veya ev ayrı bir mülkiyet hakkına konu olamaz, ancak bir alacak hakkı doğurabilir.

Ulpianus'un yorumunda, vasiyet ve bağışın yanında mülkiyeti devir işlemlerinden biri olan *traditio*'dan bahsedilmesi dikkat çekicidir. Nitekim üst hakkının tasarruf biçimi olarak yalnız *traditio*'dan bahsedilmesi, ancak Klasik dönemde hala uygulamada olan *in iure cessio* devir işleminden bahsedilmemesi de *Iustinianus*'un derleyicilerinin *Ulpianus*'un metnini kestiğini işaret eden önemli ayrıntılardan biridir. Çünkü o dönemde hem *traditio* hem de *in iure cessio* bu tür aynı hakların devri için kullanılan işlemlerdendi.¹⁵⁹ *Iustinianus*'un derleyicileri miras yolu ile üst hakkının kurulabileceğine genel olarak değinmekle yetinmişlerdir.

Ulpianus'un yorumuna ek olarak bazı *digesta* metinlerinde de miras yolu ile üst hakkının kurulmasına ilişkin örnekler yer almaktadır.

D.30.81.3. (*Iulianus* 32 *dig.*):

“*Qui fundum excepto aedificio legat, appellatione aedificii aut superficiem significat aut solum quoque, cui aedificium superpositum est. si de sola superficie exceperit, nihilo minus iure legati totus fundus vindicabitur, sed exceptione doli mali posita consequetur heres id, ut sibi habitare in villa liceat: in quo inerit, ut iter quoque et actum in ea habeat.*”

¹⁵⁹ *Gai.* 2.204.: “*Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si Mancipi sit, Mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec Mancipi sit, sufficit, si tradiderit. nam si Mancipi rem tantum tradiderit nec Mancipauerit... .*” Bu şekilde yapılan herhangi bir vasiyet, bir terekeye girdikten sonra, koşulsuz yapılmış olsa bile mirasçı tarafından hemen iktisap edilmez ancak yine de mirasçıya aittir. Geri almak için dava açmalı yani mirasçının onu kendisine devretmesi gerektiğini iddia etmelidir, malın hacze konu olması halinde, malı yinede mirasçıya bu şekilde devretmeli veya mahkeme yoluyla ona teslim edip, zilyetliği vermelidir. Bununla birlikte eğer *Mancipatio*'ya tabi değilse sadece teslim etmesi yeterlidir... .

Vasiyet eden, bina hariç olmak üzere bir arazi parçasından bahsettiğinde “bina” teriminden ya yapı ya da üzerine inşa edildiği toprak anlaşılır. Sadece binanın kendisini hariç tutarsa, yine de arazinin tamamı miras hükümlerine göre talep edilebilir, ancak mirasçı, kötü niyet nedeniyle bir *exceptio* sunarsa, evde oturmak için izin alabileceği gibi, araziden geçmek için geçiş hakkı elde edebilir.

Bu metinde *Iulius* miras ilişkisini *legatum per vindicationem* dışında tutar. Yani vasiyet eden bina hariç sadece araziyi miras bırakmaktadır. Burada *Praetor* vasiyet verenin iradesine uygun olarak bina hariç, sadece arazi için mirası yürürlüğe koyar. Böylece *Ius honorarium*'da üstün alt araziden bağımsız olarak değerlendirilmeye başladığı görülmektedir.¹⁶⁰

Pastori'ye¹⁶¹ göre, mirasın türü olarak *legatum per vindicationem*'i üst hakkının kuruluşunun dışında tutmak üst hakkına klasik hukukta atfedilen nitelik açısından doğru bir yoldur. Nitekim, Klasik dönemde henüz üst hakkına diğer sınırlı ayni haklara benzer bir nitelik tanınmamıştır.

Digesta metinlerinde üst hakkının kuruluşunda kullanılan miras türünün belirtilmemiş olması yanında, Klasik dönemde özellikle *traditio* işlemini üst hakkının kuruluşu için uygun gören digesta metinleri ve doktrinsel görüşler doğrultusunda, üst hakkına ilişkin miras ilişkisini *legatum per damnationem* ile sınırlı tutmak doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu dönemde üst hakkının *Ius Civile* tarafından tanınmış bir hak olmadığını düşündüğümüzde *legatum per vindicationem*'in uygulanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

¹⁶⁰ MASCHI, C. A., *Proprieta divisa*, s. 159.

¹⁶¹ PASTORI, F.; *La superficie*, s. 66.

D. Bağış Yoluyla Üst Hakkının Kurulması

Ius Civile açısından *pactum*¹⁶² olarak görülen bağışlama sözleşmesi bağışlayan tarafından bağışlanana yapılan karşılıksız kazandırmalardır.¹⁶³

Üst hakkının kurulmasının bir yolu olarak bağışlama, *Ulpianus* tarafından mirasa ilişkin hükümleri içeren aynı metinde yer alır.

D. 43.18.1.7 (*Ulpianus 70 ad ed.*):

“*Sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit.*”

Anlaşılmalıdır ki üst hakkı satım yoluyla devredilebileceği gibi vasiyet ve hibe yoluyla da devredilebilir.

Bağışlamada da diğer kuruluş yöntemleri olan satım sözleşmesi ve vasiyetteki benzeri doktrinsel tartışmalar mevcuttur. Bu noktada önceki bölümlerdeki tartışmaların varlığına değinmekle yetinilecektir.

Coviello¹⁶⁴, bağışlamanın da borçlandırıcı bir işlem olarak düşünüldüğünde, *Ius Civile* açısından üst hakkının kuruluşunda bağışlama ilişkisinin uygulanabilmesinin bir sorun teşkil etmeyeceğini ifade eder.

Bağış yoluyla üst hakkının kurulmasını satım sözleşmesi ve vasiyet yolu ile üst hakkının kurulmasındaki adımları izlediğini, üst hakkı kavramının gelişimi aşamasında üst hakkına dahil edildiğini kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır.

II. *Superficiarius*'un Zilyetliği Sorunu

A. Genel Olarak Zilyetlik Kavramı

Zilyetlik (*possessio*) kelime anlamıyla bir yerde bulunmak, oturmak veya malik gibi oturmak anlamlarını taşımaktadır.¹⁶⁵ Hukukten değerlendirildiğinde ise zilyetlik, bir

¹⁶² Hukuk düzeni tarafından korunmayan ancak fertler arasındaki irade uyumunu dikkate alan şekilsiz anlaşmalardır. Bkz.: ERDOĞMUŞ, B., Borçlar Hukuku, s. 116.

¹⁶³ RADO, T.; Borçlar Hukuku, s. 131-132.

¹⁶⁴ COVIELLO, N., Della superficie, s. 56.

¹⁶⁵ OĞUZÖĞLU, C.; Roma Hukuku, Ankara, 1959, s. 295.

eşya üzerinde fiili hakimiyetin kurulması olarak tanımlanan maddi bir durum olarak ifade edilir.

Çağdaş Türk Medeni Kanun'un m. 972/II'ye göre zilyetliğin varlığı için fiili egemenlik (*corpus*) ve fiili hakimiyet altında bulundurma iradesi (*animus*) yeterli görülmektedir.¹⁶⁶ Günümüz hukuk düzenlerinde bu fiili durum ister ayni bir hakka veya geçerli bir sözleşmeye dayansın ister dayanmasın kamuya açıklandığı şekliyle korunur.¹⁶⁷

Roma Hukukunda ise zilyetliğin varlığı için maddi unsur "*corpus*" ve manevi unsur "*animus*" özel olarak düzenlenmişti. Roma Hukukuna göre zilyet olabilmek için maddi öge olarak kabul edilen fiili egemenliğin yanında manevi öge olarak elinde bulundurma niyetinden öte kendi adına elinde bulundurma niyeti¹⁶⁸ (*animus rem sibi habendi*) aranmaktaydı. Roma Hukukunda yalnız zilyet olan kimseler *Praetor*'un korumasından yararlanabilirlerdi. Bir malı başkası adına fiili egemenliğinde bulunduran kimseler yani *detentor*'lar ise Roma hukukuna göre söz konusu korumadan yararlanamazlardı.

Zilyetliğin maddi unsuru olan "*corpus*", diğer bir ifadeyle fiili hakimiyet altında bulundurma durumu da zilyetliğin üzerinde kurulduğu şey bakımından Roma Hukuku dönemlerine göre zaman zaman değişikliğe uğramıştır. Eski dönemlerde maddi malların yanında, *res incorporales*¹⁶⁹ sayılan çeşitli haklar üzerinde de zilyetlik kurulabileceği

¹⁶⁶ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 106; ERDOĞMUŞ, B., Eşya Hukuku, s. 15 vd.

¹⁶⁷ OĞUZMAN, M. K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, S., Eşya Hukuku, İstanbul, 2016, s. 264 vd.; SİRMEN, L., Eşya Hukuku, Ankara, 2016, s. 41 vd.

¹⁶⁸ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya, s. 106., ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 18.

¹⁶⁹ Maddi varlığı bulunmayan ancak hukuk düzeninin içinde varlığı farazi olarak kabul edilmiş haklardır. Örneğin alacak hakkı, miras hakkı, üst hakkı, intifa hakkı, tarımsal köy irtifakları gibi. Digesta 1.8.1.1'de maddi varlığı olmayan haklar şu şekilde ifade edilmiştir: "...denique aliae res innumerabiles: incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae..."

görüşü hakimdi. Özellikle 12 Levha Kanunu zamanında, zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması hususunda “*usus*” teriminin kullanıldığı ve bu terimin hem maddi mallar hem de maddi olmayan haklar üzerinde zilyetlik olarak tanımlandığı ve bu nedenle *possessio*’ya göre daha geniş bir zilyetlik kavramı olduğu düşünülmektedir.¹⁷⁰ Ancak yine de eski hukuk döneminde *usus*’tan ayrı olarak *possessio* terimi de kullanılmaktaydı. Özellikle devlet arazilerinin özel kişilerin kullanımına tahsis edilmesinde bu özel kişilerin zilyetlik durumu *possessio* olarak ifade edilirdi.¹⁷¹ *Possessio* yalnız maddi mallar üzerinde tam olarak fiili hakimiyetin kurulması olarak değerlendirilmekteydi. Klasik döneme gelindiğinde, M.Ö. 50 yılında çıkarılan *Lex Scribonia* ile haklar üzerinde zilyetlik kurulamayacağı kuralı getirilmiştir.¹⁷²

D.41.2.3.pr. (Paulus lib. 54 ad Edictum)

“*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.*”

Zilyetlik maddi mallar üzerinde kurulur.

Lex Scribonia ile getirilen bu kural gereği, “*usus*” terimi ortadan kalkmış yerine zilyetliğin kurulması için daha dar anlamda maddi mallar üzerinde fiili hakimiyetin sağlanması olarak ifade edilen *possessio* terimi kullanılmaya başlanmıştır. Klasik

Cismani olmayan şeyler, fiziken dokunulamayan, hukuk düzeninin tasarlamasıyla sınıflandırılan, örneğin, ölmüş kimsenin terekesi, bir irtifak hakkı, bir borç ilişkisinden doğmuş hak gibi.” UMUR, Z., Lügat, s. 181.

¹⁷⁰ Ius civile mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasında malın belirli bir süre zilyetlik “*usus*” altında bulundurulması önem arz etmekteydi.

¹⁷¹ OĞUZOĞLU, C., Roma Hukuku, s. 293; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 111.

¹⁷² Özellikle en eski dört tarımsal köy irtifakı olan via (yaya olarak geçme), iter (at ile geçme), actus (hayvan sürüsü geçirme) ve aquaeductus’un (su yolu geçirme) zamanaşımı ile kazanılamayacağı çünkü bu irtifakların maddi bir varlığı bulunmadığı için fiili egemenliklerinin maddeten edinilemeyeceği, dolayısıyla üzerinde zilyetlik kurulamayacağı ve zilyetliğin de zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması için gereken unsurlardan biri olması sebebiyle artık bu dört tarımsal köy irtifakının zamanaşımı ile kazanılamayacağı düşüncesi hakim olmuştur. Karadeniz-Çelebican, s. 111.

dönemde felsefi düşünceden etkilenen bu hukuki değişim maddi varlığı olmayan ve başkasına ait mallar üzerinde kurulan hakların zilyetliğinin edinilemeyeceği sonucunu doğurmuştur. Şu halde intifa hakkı, uzun süreli kira, üst hakkı, rehin hakkı gibi sınırlı ayni haklara sahip olan kişilerin zilyet olamayacağı görüşü hakim olmuştur. Bu durum ise sınırlı ayni hak sahiplerinin, üçüncü kişilerin veya mülkiyet hakkı sahibinin saldırılarına karşı *Praetor* tarafından zilyet olarak korunmaması sonucunu doğurmuştur. Nitekim Klasik hukuk döneminde söz konusu haklar bir sınırlı ayni hak statüsünde olmadığı için ayni niteliğe benzer davalarla da korunamamışlardır. Bu boşluk her somut olaya göre *Praetor*'un sağladığı bir takım koruma yöntemleri ile giderilmeye çalışılmıştır. *Iustinianus* dönemine gelindiğinde ise sınırlı ayni hakların gelişimi tamamlanmış ve ayni hak benzeri bir niteliğe sahip olmuşlardır. Sınırlı ayni hakların her birine ayrı bir dava hakkı tanınmış ve bu tür haklar üzerinde zilyetliğin sağlanması *possessio iuris* denilen haklar üzerinde zilyetlik ya da *quasi possessio* denilen zilyetlik benzeri bir kurum ile gerçekleştirilmiştir.¹⁷³

B. Zilyetliğin *Superficies* ile İlişkilendirmesi

Üst hakkı da *Praetor* tarafından tanınan bir sınırlı ayni hak türüdür. Üst hakkı önceki devirlerde devlet arazileri üzerinde özel kişilere tanınmış, sonradan özellikle Klasik hukuk döneminde özel kişiler arasında da kullanılmaya başlanmış hukuki bir kurumdur. Klasik hukuk döneminde haklara zilyet olunamayacağı düşüncesi üst hakkı sahibinin statüsünü de etkilemiştir. Üst hakkı sahibinin zilyetliği konusu üst hakkı kavramının en tartışmalı ve en önemli konusudur. Klasik hukuk döneminde doktrin hep şu sorular üzerinde yoğunlaşmıştır: Arazinin üzerine inşa edilmiş şeylerin zilyetliği kimdedir? Ve *Praetor*'un *interdictum* ile korumak istediği bu zilyetliğin türü nedir?

¹⁷³ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 111.

Kimi yazarlara¹⁷⁴ göre, üst hakkı sahibi, intifa hakkı sahibinden farklı olarak *possessio civilis*¹⁷⁵’e sahiptir. Bu düşüncenin dayanağı, üst hakkı sahibinin arazi üzerinde inşa edilmiş yapının maliki gibi değerlendirilerek, bir ayni hakka sahip olduğu varsayımdır. Ancak bir başka görüşe göre¹⁷⁶, intifa hakkı sahibinde zilyetliğin kurucu manevi unsuru olan kendisininmiş gibi elinde bulundurma niyeti (*animus possidendi*) olmadığından, üst hakkı sahibinin *possessio naturalis*¹⁷⁷’e sahip olduğu düşünülmektedir. Bu görüşe göre üst hakkı sahibi yalnız *detentor*’dur.¹⁷⁸ Her iki görüşte de zilyetliğin bir arazinin üstünde bulunan ve maddi bir mal (bina, vb.) üzerinde kurulan fiili hakimiyetten bahsedilmektedir.

Üst hakkı sahibinin zilyetliğini değerlendirirken dönemsel bir ayrım yapmakta fayda vardır. Nitekim *Ius Civile*’ye göre üst hakkının bir kira sözleşmesi olarak kurulduğu varsayımında üst hakkı sahibini şahsi bir hakka sahip olduğu ve bu nedenle zilyet olamayacağı düşüncesi hâkimdir. *Iustinianus* döneminde ise üst hakkı sınırlı bir ayni hak niteliğine büründüğünden burada üst hakkı sahibinin zilyetliğinden bahsedilebilir. Konumuz açısından üst hakkı sahibine sağlanan hak ve yetkilerin sınırlarını çizmek için üst hakkı sahibinin zilyetliğinin türünü belirlemekte fayda vardır.

¹⁷⁴ BOZZA, F., *La possessio dell’ager Publicus*, Napoli, 1938, s. 75.

¹⁷⁵ Klasik Hukuk döneminde hukuki ilişkinin sonucu olarak ortaya çıkan zilyetliktir. Bu zilyetlik türünde zilyedin aynı zamanda bir mal üzerinde ayni hakka sahip olması gerekmektedir. Örneğin *Ius Civile* veya *praetor* malikinin durumu bu şekildedir. Tanımlama için bkz. UMUR, Z., *Lügat*, s. 159

¹⁷⁶ NETELSON, R. G., *Comments on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin*, *Oklahoma City University Law Review*, S. 12. C. 1, 1987, s. 53.

¹⁷⁷ Bir mal üzerinde başkası adına kurulmuş fiili hakimiyettir. *Detentio* da denilen bu fiili durum *interdictum* ile korunan zilyetlikten farklıdır. Bu nedenle *Iustinianus* dönemine kadar bu durum *interdictum* yolu ile korunmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 21; UMUR, *Lügat*, s. 159.

¹⁷⁸ OĞUZOĞLU, C., *Roma Hukuku*, Ankara, 1959, s. 171.

C. Üst Hakkı Sahibinin *Posessor* (Zilyet) Olarak Değerlendirilemeyeceğine

İlişkin Görüşler

Albertario¹⁷⁹ üst hakkı kavramının ilk ortaya çıktığı dönem olan Klasik hukuk döneminde üst hakkı ile zilyetlik kavramı arasında hiçbir ilişki olmadığını savunmuştur. Üst hakkına ilişkin *Digesta* metinleri *Iustinianus* döneminde *interpolatio* yolu ile değiştirilmiş ve bu doğrultuda üst hakkı sahibinin zilyetliğinden bahsedilmiştir. Albertario'ya göre¹⁸⁰, *Ulpianus*'un *Digesta* 41.18.1.pr.'de açıkladığı üst hakkına ilişkin praetor'un getirdiği *interdictum* bir zilyetlik *interdictum*'u değildir.

D.43.18.1. pr. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Ait praetor: *Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto.*”

Praetor der ki cebren, gizlice veya precarium olarak başkasından elde etmediğin, mümkün olduğu ölçüde *lex locatio conductio* hükümlerine tabi olan üst hakkından yararlanmanı engelleyen cebir kullanımını yasaklarım.

Üst hakkına ilişkin bu *digesta* metninin kira sözleşmesini anlamına gelen “*lex locationis*” terimini içermesi ve üst hakkı kullanımı için “*possessio*” terimi yerine “*frui*”¹⁸¹ kelimesinin kullanılması *Ulpianus*'un üst hakkı sahibini zilyet olarak değerlendirmedikini göstermektedir.

¹⁷⁹ ALBERTARIO, E.; *Studi di Diritto Reali*, Milano, 1941, 2. Cilt, s. 412.

¹⁸⁰ ALBERTARIO, E., a.g.e., s. 413-414.

¹⁸¹ *Fru* terimi ilk olarak eski çağlarda tarımsal arazilerin kira sözleşmesi (*locatio conductio rei*) ile kullanımlarının bir başka kişiye bırakıldığı durumlarda araziden yetişen ürünlerin kiralayan tarafından elde edilmesi için kullanılmış dar bir tanımdır. Klasik dönemde şehir mülklerinin kiralanmasında ve oturma hakkının tesis edilmesinde de kiralayana o şeyin kullanma ve yararlanma yetkisini bırakan intifa hakkı veya oturma hakkı gibi geniş bir anlamda kullanılmıştır. Bkz.: *D.19.2.15.2(Ulpian, 32 ad Ed.)*, *D.19.2.24.5 (Paulus, 34 ad Ed.)*, *D. 5.3.29 (Ulpianus 15 ad Ed.)*

D.43.18.1.1. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“... Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.”

... Ancak, kiranın varlığı hususunda bir belirsizlik olabileceği ve zilyetliğe dayanılarak dava açmanın şahsi dava açmaktan daha yararlı olabileceği bu durumda, bu interdictum’u sağlamak ve quasi in rem bir dava hakkı vermek en avantajlı düzenlemedir.

Albertario’ya göre¹⁸² üst hakkına ilişkin tüm digesta metnindeki zilyetlik kavramı Iustinianus dönemi commentatorlar’ın yorumlama ve eklemeleri ile ortaya çıkmış sonraki bir kavramdır.

Gerçekten de kimi digesta metnlerinde üst hakkı sahibine zilyetlik tanınmadığı ve Praetor’un zilyetliğin korunması için getirdiği interdictum’lardan yalnız arazi sahibinin yaralanabileceği açıkça ifade edilmiştir.

D.43.17.3.7 (Ulp. 69 ed):

“Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. Plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo videri non ab eo aedes possideri, qui kruptas possideret, sed ab eo, cuius aedes supra kruptas essententiarum verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur. Dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficarium tuebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat.”

¹⁸² ALBERTARIO, a.g.e., s. 414

Ancak, eğer zilyetliğimde bulunan bir evin yukarısında başka bir kimsenin mülkiyetinde olan bir apartman dairesi varsa, Labeo şöyle der: söz konusu apartman dairesi için o (apartman dairesi maliki) değil fakat ben (altındaki evin sahibi) *interdictum uti possidetis* kullanabilirim, çünkü toprağa her ne inşa edilirse edilsin onun bir parçası olur. Labeo der ki, şu açıktır ki, eğer apartman dairesinin cadde girişi var ise, altındaki evin maliki zilyet olmaz, cadde girişine sahip olan kimse zilyettir. Bu cadde girişi olan apartman dairesi referans alındığında doğrudur. Ancak arazinin üstündeki binanın zilyetliğine sahip olan taraflar Praetor tarafından kendilerine tanınmış özel bir *interdictum* ve davalar ile korunur. Ancak arazi maliki bir *interdictum uti possidetis* durumunda yalnız binanın sahibine karşı değil aynı zamanda üçüncü kişilere karşı da öncelikli durumdadır. Hala, Praetor kira sözleşmesi hükümleri çerçevesinde, üst hakkı sahibini korur. Pomponius da aynı görüştedir.

Bu *Digesta* metninde üst hakkı sahibine zilyetlik koruması verilmemekte ancak, arazi sahibi ile gerçekleştirdikleri kira sözleşmesi dikkate alınarak Praetor tarafından verilen kiraya ilişkin özel bir *interdictum* ve dava ile korunacağı belirtilmektedir.

Yine bir başka *Digesta* metninde üst hakkı sahibinin zilyet olmadığı şu şekilde ifade edilmiştir:

D.39.2.15.12 (Ulpianus, 53 Edictum)

“An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus. Et extat Sabini sententia in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat: et verior est sabini sententia.”

Bir evin tüm kısımları için *missio in possessionem*¹⁸³’in uygun olup olmadığını görelim. Sabinus’un görüşüne göre *missio* evin tümü için geçerlidir; Aksi halde evin üst hakkına ilişkin bir zarar meydana gelmiş ise bunun çözümü yoktur, davacıya zilyetliğe sahip olamamışken, *missio in possessionem* vermenin hiçbir değeri yoktur. Sabinus’un görüşü daha doğru olandır.

Görüldüğü gibi D.39.2.15.2’de zilyetliğin üst hakkı sahibinde ait olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Şu halde zilyetlik *superficies solo cedit* prensibi gereği halen arazi sahibindedir.

Coviello¹⁸⁴ da üst hakkı sahibinin zilyetlik *interdictum*’undan yararlanmadığını aksine zilyetlik *interdictum*’undan arazi sahibinin yararlandığını savunmaktadır. Ona göre üst hakkı sahibine sağlanan *interdictum* genel zilyetlik *interdictum*’undan farklı bir yapıya sahiptir. Bu durum üst hakkına ilişkin davada da açıkça görülmektedir. *Actio superficiei*’nin niteliği bir *actio in rem* değil *actio in rem utilis*’tir. *Superficies solo cedit* ilkesi gereği, araziye bağlı aynı hak davası arazi sahibine ait iken, araziye inşa edilmiş binaya ilişkin dava kıyasen üst hakkı sahibine verilmiş bir davadır. Dolayısıyla üst hakkı sahibinin zilyetliği de *interdicta utiles*¹⁸⁵ ile korunmaktadır.

¹⁸³ *Missio in Possessionem*: Roma topraklarında Praetor tarafından, eyaletlerde ise Proconsul tarafından onların imperium yetkisine dayanarak başkasına ait mallar üzerinde belirli kişilere fiili hakimiyet tanınması, malı alan zilyet olmaz ancak bazı hallerde praetor ona malı satma hakkı gibi geniş yetkiler verebilir, gerektiğinde de fiili duruma sebebiyet veren hukuki ilişki devam ederse bu durumu gerçek bir zilyetlik haline dönüştürebilir. Bkz. UMUR, Z., Lügat, s. 135.

¹⁸⁴ COVIELLO, N., Della Superficie, s. 3-88.

¹⁸⁵ UMUR, Z., Lügat, s. 90. Praetor edictum’unda yer almayan ancak kıyas yoluyla her somut olaya ayrı ayrı uygulanan *interdictum*lar. Örneğin D. 43.32.1.3 (Ulpian 73 ad edictum): *Si tamen gratuitam quis habitationem habeat, hoc interdictum utile ei competet*. Eğer bir kimse ücretsiz oturma hakkına sahip ise, o *interdictum utiles*’e sahiptir.

Pastori¹⁸⁶, üst hakkı sahibinin zilyetliği konusunda önemli araştırmalar yapmış ve literatürdeki en geçerli sonucu ulaştırmıştır. Pastori de üst hakkı sahibinin zilyetliğini normal zilyetlikten tamamen bağımsız olarak değerlendirmiştir. Üst hakkı'nın hükümlerini *ius civile*'ye göre bir kira sözleşmesi olarak değerlendirip, basit bir kiracı gibi bina sahibine Klasik dönemde zilyetlik tanınmadığını savunmuştur. Yazar, üst hakkına ilişkin gelişmeler doğrultusunda üst hakkına ilişkin *Digesta* metinlerinde yer alan hukuki kavramların enterpolasyona uğrayarak ve yeni kavramlar eklenerek değiştiğini onaylar.

D. Üst Hakkı Sahibinin *Quasi Possessor* (Zilyet benzeri) Olarak Değerlendirilebileceğine İlişkin Görüşler

Pastori'nin Klasik hukuk döneminde üst hakkı için kabul ettiği zilyetlik biçimi “*quasi corporis possessio*” yani fiziksel olarak elinde bulundurma olarak ifade edilen fiili durumdur.¹⁸⁷ Nitekim üst hakkı, çıplak malikin zilyet olduğu intifa hakkı rejimine daha yakındır, ancak “*uti frui*” olarak ifade edilen kullanma ve yararlanma yetkisi intifa hakkı sahibine aittir. Üst hakkı sahibine de intifa hakkı sahibine benzer bir zilyetlik *interdictum*'u sağlanmıştır.

Digesta'da doğrudan veya dolaylı olarak, üst hakkı sahibinin zilyetlik durumuna atıfta bulunan birkaç metin vardır. Metinler Klasik hukuk boyunca, üst hakkının gelişimini yansıtır. Önceleri *Praetor* tarafından sağlanan zilyetlik *interdictum*'u *dominus soli*'nin korunması için getirilmiştir. Ancak üst hakkının tanınmaya başlamasıyla diğer tüm *iure in re aliena*'lardaki gibi üst hakkı sahibi de zilyetlik korumasından yararlanmaya başlamıştır. İntifa hakkında olduğu gibi, üst hakkı sahibi de

¹⁸⁶ PASTORI, La superficie s. 129-154.

¹⁸⁷ PASTORI, a.g.e. s. 145.

hiçbir zaman zilyet olarak kabul edilmemiştir.¹⁸⁸ Ancak, zilyetliğin arazi sahibine verilmesinin yanında, üst hakkı sahibi fiili durumunu üçüncü kişilerin olası rahatsız etmelerinden korumak için *dominus soli*'ye başvurur. *Dominus soli*, kendisine sağlanan zilyetlik korunmasından yararlanması için üst hakkı sahibine izin verir. Bu sayede üst hakkı sahibi *possessio ad interdicta*¹⁸⁹ 'dan yararlanacak şekilde yarı bir zilyetlik durumu kazanmış olur.

Üst hakkının yarı zilyetlik (*quasi possessio*) durumu kazanması kimi yazarlara¹⁹⁰ göre enterpolasyon yolu ile *Iustinianus* dönemine, kimi yazarlara¹⁹¹ göre de Klasik hukuk döneminde *Ulpianus*'un etkin olduğu döneme denk gelmektedir. Üst hakkının zilyetliğinin Klasik hukuktaki gelişimi D. 43.16.1.3-5'teki metinlerde yer alan *Ulpianus*'un yorumlarında açıkça görülmektedir.

D. 43.16.1.3-5 (*Ulpianus 69 ad ed.*):

“(3) *Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiciuntur. ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo deiciuntur, ut puta de fundo sive aedificio: ad alium autem non pertinet.* (4) *Et si quis de area deiectus sit, sine dubio interdicto locus est: et generaliter ad omnes hoc pertinet interdictum, qui de re solo cohaerenti*

¹⁸⁸ İntifa hakkı sahibi Klasik dönemin sonlarında *quasi possesor* yani zilyetlik benzeri olarak kabul edildi. D. 43.26.6.2: *Ulpianus 71 ad ed.* *Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident. Güvencesiz bir imtiyazla arazide oturmak için izin isteyen kişi, arazinin zilyedi değildir, ancak zilyetlik kendisine izin veren kişiye aittir. Zira hukukçular, bir intifa hakkı sahibinin veya bir kiracının araziyi kullandığını ancak yine de arazinin zilyetliğine sahip olmadıklarını kabul eder. Ayrıntılı bilgi için bkz.: LA ROSA, R., Usus Fructus, Napoli, 2008, s. 30*

¹⁸⁹ *Possessio ad interdicta*: Zilyetlik *interdictum*'ları ile korunan zilyetlere verilen ad olarak ifade edilmektedir. Tanım için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 159.

¹⁹⁰ BIONDI, B., *La categoria*, s. 473.

¹⁹¹ PASTORI, F., *Della superficie*, s. 137, ALBERTARIO, E.; “*Il Possessio della superficie*”, *Studi di Diritto Romano*, s. 425.

deiciuntur: qualisqualis enim fuerit locus, unde quis vi deiectus est, interdicto locus erit.(5) Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est, apparet interdicto fore locum.”

(3) Bu yasak, her türlü şiddete atıfta bulunmamakta, sadece zilyetlikten yoksun bırakılan kişilere karşı kullanılan türlere atıfta bulunmaktadır. Yalnızca fazlaca şiddetle ve tarafların topraktan yoksun bırakıldıkları durumlarla ilgilidir; örneğin bir arazi parçasına veya bir binaya, başka bir şeye değil. Bir kimse, üzerinde hiçbir binanın bulunmadığı bir arazinin zilyetliğinden yoksun bırakılırsa, kuşkusuz bu yasaklamanın temelini oluşturur. (4) Genel olarak, bu yasak, toprağa bağlı mülkü elinden alınan zorla çıkarıldığı yer neresi olursa olsun herkese karşı uygulanır. (5) Dolayısıyla, bir evden kovulmuşsa ve evin bulunduğu zeminde herhangi bir menfaati yoksa da yasağın geçerli olacağı açıktır.

Albertario’ya¹⁹² göre bu metindeki dördüncü ve beşinci cümlelerin, üçüncü cümle ile herhangi bir bağı yoktur. Paragrafta bahsi geçen *unde vi*¹⁹³ koruması her ne kadar üst hakkı sahibi için genişletilmiş gibi görünse de bu genişletme eğiliminin Klasik hukukta hiçbir karşılığı yoktur. Albertario’ya göre, kullanılan ifadeler ve terimler fazlasıyla *Iustinianus* hukukuna aittir.

Biondi’ye¹⁹⁴ göre, *interdictum unde vi*’nin üst hakkı sahibi dışında *dominus soli*’ye verilmesine rağmen, içtihat üçüncü kişilerin saldırılarına karşı üst hakkı sahibinin korunması için *dominus soli*’nin bu yetkiyi üst hakkı sahibine devrettiğini savunur. Nitekim yazara göre, D. 18.1.1’de üst hakkı sahibine tanınmış üst hakkına

¹⁹² ALBERTARIO, a.g.e., s. 425.

¹⁹³ *Interdictum unde vi*: Zilyetliğin iadesini emreden yasaklamalardan biridir. Bunu, gayrimenkul üzerindeki zilyetliğini cebir kullanarak, elinden alan aleyhine herkes talep edebilir. Tanım için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 93

¹⁹⁴ BIONDI, B., La catagoria, s. 476.

ilişkin *interdictum* ile *interdictum unde vi* uyum içindedir. Bu sayede Klasik hukuk döneminde üst hakkı sahibi olası bir cebir eylemine karşı korunmasız kalmamıştır.

Pastori'ye¹⁹⁵ göre D. 43.16.1.3-5 geçen *interdictum unde vi* yasağı üst hakkı sahibinin de bu yasaktan yararlanabilmesi için genişletilemez. Bu zilyetlik koruması taciz edilen ve arazinin yüzeyinin kullanması engellenen *dominus soli*'ye aittir. Bu durumda, *dominus soli*'nin *interdictum unde vi* yasağına başvurma hakkını aralarındaki sözleşmesel ilişki doğrultusunda üst hakkı sahibine devretme yükümlülüğü saklıdır.

Iustinianus zamanında değişime uğrayan bu metinden¹⁹⁶, *Ulpianus* zamanında¹⁹⁷ üst hakkına ilişkin gelişimi görmemizi mümkün kılmaktadır. *Ulpianus*, *Labeo* ve *Sabinianus*'un sözlerini yorumladığı önceki metinlerde zilyetlik durumunu yalnız *dominus soli*'ye tanımaktaydı. Çünkü *Labeo* ve *Sabinianus*, *Ulpianus*'tan çok daha önce yaşamış, muhtemelen üst hakkının daha ortaya çıkmadığı dönemlerde etkin olmuş hukukçulardı. *Ulpianus* zamanında ise üst hakkı tanınmaya başlanmış ve bir takım *Praetor* yasaklamalarına konu olmaya başlamıştır. Dolayısıyla, *interdictum unde vi*'nin üst hakkı sahibine tanınması tarihin olağan akışı içinde normal karşılanmalıdır. D. 43.16.1.'in dördüncü ve beşinci fıkralarının enterpolasyona uğramadığı düşüncesi daha doğrudur. Üst hakkının gelişimi doğrultusunda zilyetliğe benzer bir *quasi possessio* durumunun gerek *Praetor*'un 43.18.1.1'de gerekse D. 43.16.1.3-5.'te yer alan diğer *interdictum*'lar ile üst hakkı sahibine tanındığı kabul edilmelidir.

Corpus Iuris Civilis dışında *Iustinianus* dönemindeki gelişmelere kadar olan ara dönemde de üst hakkının zilyetliğine ilişkin bir takım yasal atıflar bulunur. Örneğin *Lex*

¹⁹⁵ PASTORI, Della superficie, s. 135.

¹⁹⁶ LEVY, E., RABEL, E., Index Interpolatio, Weimar, 1969, s. 286.

¹⁹⁷ Hukukçunun etkin olduğu yılların M.S 170 ile M.S. 228 yılları arasında olduğu varsayımından hareketle, Klasik hukuk dönemi sonu, Post Klasik dönem başında üst hakkına ilişkin yorumlamalar yaptığı göz önünde tutulmalıdır.

Thoria'da ¹⁹⁸ geçen “*Quei in Africa agrum possessionemve agrive possessionisve superficies habet possidetve]e fruiturve, quem agrum possessionemve quousve agri possessionisve superficies q(uaestor) pr(aetor)ve pu[blice vendiderit...*” “Afrika’da arazinin zilyetliğı veya arazinin üstünün zilyetliğine sahip olanalar, arazinin kullanımına zilyet olanlar ile *Praetor* tarafından arazinin üstü korunmuş ve halka satılmış olanlar...” ifadesinde üst hakkına ilişkin olarak zilyetlik durumundan bahsedilmiştir. Yine Tunus bölgesinde Roma İmparatorluğına bağlı bir eyalet olan *Ain Ouassel*’de bulunan bir yazıtta¹⁹⁹ üst hakkına ilişkin olarak “*pos[sidendi ac frudi{i} eredique su]o relinquiendi id ius datur...*” “zilyet olma, yararlanma ve mirasçılara bırakma hakkı” ifadesi yer almaktadır. Yine *Puteoli*’de bulunan bir yazıtta²⁰⁰ kamu inşaat faaliyetlerinin ihalesine ilişkin bir kanunda üst hakkının zilyetliğinden şu ifadelerle bahsedilmektedir: “*...usus et fructus | potestasque aedificii...*”²⁰¹ “...kullanma ve yararlanma, binanın zilyetliğı...”

¹⁹⁸ FIRA, Leges, Lex Agraria, 90-95. İlgili metin GIRARD, P. F., Senn, F., *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, pp. 107-126, Kısım 8’de yer almakla beraber bu metne <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/> internet adresinden ulaşılmıştır.

¹⁹⁹ Ain-Ouassel Yazıtı [ca. 193/8-211/2] (Tunus), CIL VIII 26416 = FIRA I 493 [Hadrian Kanunu] İlgili latince metne şu makaleden ulaşılmıştır: BATTAGLIA, F, *Superficies, Emphyteusis, Autorentreffen des Handbuches des Römischen Privatrechts*, Universität Wien, Wien (A), 2014, s. 4. İlgili makaleye https://iustinianus.academia.edu/11479283/Superficies_Emphyteusis_Autorentreffen_des_Handbuches_des_Römischen_Privatrechts_Universität_Wien_Wien_A_June_2014 internet sitesinden ulaşılmıştır.

²⁰⁰ Yazıtın latince metni ilgili makalede bulunmuştur: TAKMER, B.; KAŞKA, G., *Fahri Duumviratus: Colonia Caesarea Antiochensis Örneğı, Arkeoloji, Tarih Ve Epigrafi’nin Arasında: Prof. Dr. A. Vedat Çelgin’in 68. Doğum Günü Onuruna Makaleler*, Arkeoloji Ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2018, s. 840.

²⁰¹ İlgili ifadenin tam metni şu şekildedir: “*CIL X 1783 = ILS 5919: IIII Nonas Septembres in curia templi basilicae Augusti Annianae scribundo adfuerunt | Q. Granius Atticus M. Stlaccius Albinus A. Clodius Maximus M. Amullius Lupus Marcus Fabius Firmus | quod T. Aufidius Thrasea Ti. Claudius Quartinus IIviri verba fecerunt de desiderio Laeli Atimeti optimi civis quid de ea re fieri placeret de ea re ita censuerunt | cum M. Laelius Atimetus vir probissimus et singulis et universis karus petierit in ordine nostro uti solarium | aedifici*

Üst hakkının zilyetliğine ilişkin bu atıflar, *Iustinianus* döneminde kavramın ulaştığı aynı nitelikten önce üst hakkına zilyetlik benzeri bir niteliğin verildiğini göstermektedir. *Iustinianus* hukuku, zilyetlik benzeri kavramını (*quasi corporis possessio*) yalnız üst hakkına ilişkin olarak değil, tüm *iure in re aliena* durumlarına etki edecek şekilde *quasi poeessio* olarak uygulamışlardır.²⁰²

Sonuç olarak, üst hakkının varlığına rağmen arazi sahibinin arazi ve üstü üzerindeki “*dominium*” yetkisi devam etmekte ve bu doğrultuda yasal olarak zilyetlik de arazi sahibine ait olmaktadır. Bu durum roma Klasik hukuk döneminde yürürlükte olan kanunlarda yer alır. Ancak o dönemdeki yargı içtihatlarında ve klasik hukukçuların görüşlerinde üst hakkı sahibine *uti possidetis* görüntüsünde bir koruma sağlanmıştır. Bunun temel nedeni *Ius Civile*’nin üst hakkına ilişkin zilyetliği tanımaması yanında toplumun o dönemki ekonomik ve sosyolojik beklentiler doğrultusunda fiilen hâkimiyet sağlamayı koruma altına alma ihtiyacı hissetmesidir. Bu sebeptendir ki *Iustinianus* dönemine kadar *quasi possessio*’ya benzer bir korumaya sahip olduğu incelenen metinlerden görülen üst hakkı sahibinin, artık *Iustinianus* döneminde tüm sınırlı aynı haklara tanınan *quasi possessio*’ya yani zilyetlik benzeri bir yetkiye sahip olduğunu yorumlamak mümkündür.

III. *Superficiarius* Yetki ve Yükümlülükleri

A. Genel Değerlendirme

Üst hakkının içeriğinin değerlendirilmesinde ve sınıflandırılmasında üst hakkı sahibinin ve arazi sahibinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi üst hakkının

quod extruit in transitorio remitteretur | sibi ea condicione ut ad diem vitae eius usus et fructus | potestasque aedificii sui ad se pertineret postea autem rei publicae nostrae esset placere huic ordini tam gratam voluntatem optimi civis | admitti remittique ei solarium cum plus ex pietate promissi eius res publica nostra postea consecutura sit in curia fuerunt numero LXXXII.”

²⁰² GROSSO, G., *Le Servitu’Prediali Nel Diritto Romano*, Torino, 1958, s. 334.

sınıflandırılması açısından önem arz etmektedir. Ancak üst hakkı açısından roma kaynaklarının sınırlı olması, yapısı ve niteliği bakımından çok fazla tartışmaya girilmiş olması yanında üst hakkı sahibinin yetki ve yükümlülüklerinin yeteri kadar incelenmemiş olması hakkın içeriğinin net bir şekilde belirlenmesi konusunda eksikliğe yol açmıştır.

M.S. 292 yılında çıkarılan bir İmparator emirnamesi ile tüm imparatorluk toprakları (İtalya arazisi ve Eyalet arazisi) aynı statüde sayılmış ve devletin *Imperium*'a dayanarak maliklerden vergi alabileceği hükme bağlanmıştır. Bu aşamada, Post Klasik dönemde İmparator *Zeno*'nun bir emirnamesi ile bu topraklar üzerindeki tüm kullanım biçimleri (uzun süreli kira, intifa hakkı, üst hakkı) *emphyteusis* (uzun süreli kira) biçimine dönüştürülmüştür.²⁰³ *Iustinianus*'un emirnameleri ile de üst hakkının içeriğine ilişkin gelişme tamamlanmıştır.

Tüm bu nedenlerle, üst hakkı sahibinin yetki ve yükümlülükleri değerlendirilirken *Iustinianus* dönemi dikkate alınacak ve o dönemde *emphyteusis*'e uygulanan kurallar üst hakkı sahibinin ve arazi sahibinin yetki ve yükümlülükleri değerlendirilirken kıyasen uygulanacaktır.

B. *Superficiarius*'un Hak ve Yetkileri

Üst hakkı sahibinin tıpkı uzun süreli kira hakkı sahibine tanınmış yetkinin içeriğinde olduğu gibi üst hakkına konu arazi üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisi vardır. Üst hakkı sahibi arazi üzerinde bir bina inşa etmek yetkisine veya önceden inşa edilmiş bir binayı kullanma yetkisine sahiptir. Arazi üzerinde inşa edilmiş olan bir bina üzerinde üst hakkı tesis edilmesi durumunda sınırlı bir ayni hakka sahip olduğu düşüncesinden hareketle üst hakkı sahibinin yetkileri şu şekilde genişletilebilir:

²⁰³ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 295

1. Üst Hakkı Sahibinin Devir Yetkisi:

Üst hakkı sahibi, kullanma ve yararlanma yetkisinin yanında üst hakkının konusu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.²⁰⁴

Üst hakkı sahibinin devir yetkisi incelenirken Roma hukukundaki genel devir kurallarına kısaca değinmekte yarar vardır. Klasik hukuk döneminde maddi olmayan malların (res incorporales) devri için *traditio*²⁰⁵ işlemi uygulanamazdı.²⁰⁶ Üst hakkının bir hak olarak başkasına devredilemeyecek olması *Gai. Ins. 2.28*'deki genel kuraldan kaynaklanmaktadır. "*Res incorporales traditionem non recipere manifestum est.*" "*Maddi olmayan malların teslim ile devri kabul edilemez.*" Ancak daha önce de belirtildiği gibi üst hakkının zilyetliğine ilişkin gelişim sonucunda üst hakkına *quasi possessio* niteliğinin verilmesiyle bu zilyetliğin devri için *quasi traditio*²⁰⁷ işleminin yapılabileceği sonucuna ulaşılmıştır.²⁰⁸

D. 43.18.1.7 (Ulpianus 70 ad ed.) :

"*Sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit.*"

Üst Hakkı sahibinin hakkını teslim yoluyla devredebileceği, vasiyet edebileceği ve bağışlayabileceği anlaşılmaktadır.

²⁰⁴ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, s. 294; GÜNAL, A. N., Roma Hukukunda Üst Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.47, c. 1-4, Ankara, 1998, s. 117; TALAMANCA, M., Diritto Romano, Milano, 1990, s. 472-473.

²⁰⁵ Eski ve Klasik hukukta res nec mancipi malların Quirites mülkiyetini devretmeye yarayan Roma hukukuna özgü bir çeşit devir işlemidir. Tanım için bkz: Lügat, s. 208, yırıntılı bilgi için bkz: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 173 vd.

²⁰⁶ VOICI, P., Diritto Romano, Milano, 2004, s. 260

²⁰⁷ Quasi Traditio: Teslim benzeri olarak Türkçeleştirilebilir. Pandekt hukukçularının yorumuna göre semerelerin kiracı tarafından kazanılması. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 174.

²⁰⁸ PASTORI, F., La superficie, s 57.

Ulpianus'un *Digesta*'da yer alan yorumundan üst hakkının devredilebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu tasarruf işlemleri *inter vivos*²⁰⁹ olabileceği gibi *mortis causa*²¹⁰ olarak da yapılabilir.

Inter vivos işlemlere örnek olarak bağış, çeyiz olarak verme, satım sözleşmesi gösterilebilir. *Ulpianus*'un değerlendirmesine göre, üst hakkı sahibinin *mortis causa* işlemlerinden de miras, vasiyet, eyaletler arası veraset veya ölüme bağlı bağışlar gibi işlemleri yapabileceği hükme bağlanmıştır.

Üst hakkı sahibinin tasarruf haklarını serbestçe kullanabilir. Üst hakkının kuruluşunda üst hakkı sahibinin yetkileri herhangi bir şekilde sınırlandırılmamıştır. Ancak, üst hakkı sahibi tasarruf yetkisini kullanırken, üst hakkını devredeceğini arazi sahibine bildirme yükümlülüğündedir. Bu yükümlülük *emphyteusis*'e uygulanan C.4.66.3'ten gelmektedir.

C.4.66.3pr. (Imperator Justinianus):

“Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae graeco vocabulo emponemata dicuntur, alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum, sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari : sin autem nullo modo huiusmodi pactio posita est vel forte instrumentum emphyteuseos perditum est, minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre. * iust. a. iuliano pp. * <a 530 d. xv k. april. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons.>”

Emphyteusis'in yunanca *emphyteuta* adı verilen haklarını devretmek için arazi sahibinin rızasının alması gerekip gerekmediği konusunda bir şüphe ortaya

²⁰⁹ Yaşayanlar arasında yapılan hukuki işlemler. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 94

²¹⁰ Ölüme bağlı, ölüm sebebiyle gerçekleşen tasarruf işlemleridir. Bir kimsenin ölümü sonucu hak kazanma işlemidir. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 137.

çıkıldığında aralarındaki sözleşme hükümlerine riayet edilecektir. Bununla birlikte, aralarında bu tür bir sözleşme yapılmamışsa uzun süreli kira hakkı sahibinin hakkını arazi sahibinin rızası olmadan devretmesi mümkün değildir. Ancak bu şekilde uzun süreli kira hakkı sahibinin bu haktan kaynaklı avantajları zedelenmiş olur. Binayı inşa etmek için harcadıklarını devrederek başkasından alabilecekken, malikin haksız kazanımı olur. Arazi maliki, uzun süreli kira hakkı sahibinin üçüncü kişiden isteyeceği tutarı kendi ödemeyi tercih ederse, devir öncelikle arazi sahibine yapılmalıdır. Ancak arazi sahibine yapılan tebliğin üzerinden iki ay geçmiş ve arazi sahibi bunu reddetmişse, uzun süreli kira hakkı sahibi mal sahibinin izni olmaksızın malı devredebilir.

D. 43.18.1.7 ve C.4.66.3 pr. birlikte değerlendirildiğinde, uzun süreli kirada olduğu gibi üst hakkı sahibinin hakkını üçüncü kişilere devretmesi için bir koşul vardır. Söz konusu üst hakkını başkasına devredeceğini arazi malikine bildirmek zorundadır. Arazi maliki bu ön alım hakkını iki ay içinde kullanmazsa, üst hakkı sahibi hakkını serbestçe kullanabilmekte ve bu hakkını üçüncü kişilere devredebilmektedir.

2. Üst Hakkı Sahibinin Üst Hakkı Üzerinde Bir Başka Sınırlı Ayni Hak Tesis Etme Yetkisi

Paulus ve *Gaius*'un *Digesta*'da yer alan metinlerine göre, üst hakkı sahibi kendi hakkı üzerinde bir intifa hakkı veya kullanım hakkı oluşturabileceği gibi üçüncü kişiler lehine rehin hakkı da kurabilirdi.

D.43.16.1.6 (*Ulpianus 70 ad ed.*):

“Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum sive usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est.”

Yine arazi üzerinde üst hakkı sahibi olan kimseye aynı bir dava hakkı tanındığı için, o (üst hakkı sahibi) bir tür intifa ve kullanım hakkına da sahiptir. Bu haklarını Praetor'un tanıdığı işlemler yoluyla tesis edebilir.

Üst hakkı sahibi, üst hakkına konu bina üzerinde *Ulpianus*'un yorumunda belirtildiği gibi üçüncü kişiler lehine intifa hakkı (*usus fructus*) ve kullanım hakkı (*usus*) kurabilirdi. Bu tür haklar önceleri *in iure cessio*²¹¹ adı verilen bir devir işlemi ile kurulabiliyordu. Eyalet arazilerinde ise *Praetor*'un tanıdığı *pactiones et stipulationes*²¹² ile tarafların karşılıklı anlaşması sonucu üst hakkı sahibinin hakkı üzerinde intifa ve kullanım hakkı tesis edebilmesi mümkün oldu.

3. Üst Hakkı Sahibinin Rehin Hakkı Tesis Etme Yetkisi

Roma'nın en eski dönemlerinde, alacaklıya borç karşılığı aynı bir teminat sağlamak için, bir şeyin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile mülkiyetin nakledilmesi olarak tanımlanan *feducia* işlemi ile rehin ilişkisi kurulmuş olurdu.²¹³ Alacaklı rehin konusu malı maliki haline gelirdi. *Feducia* ilişkisi yalnız *res corporales* (maddi) mallar üzerinde sağlanabilirdi. Mülkiyetin alacaklıya nakledilmesi borçlunun aleyhine bir takım sakıncalı durumlar ortaya çıkardığı için sonradan mülkiyetin borçluda kaldığı ancak mal üzerindeki zilyetlik durumunun alacaklının üstüne geçtiği *pignus* ilişkisi

²¹¹ *In iure cessio*: 12 Levha kanunu zamanında rahip hukukçuların çalışmaları sonucu ortaya çıkan, M.S. III. Yüzyılın sonunda artık kullanımına başvurulmayan, Klasik hukuk döneminde mülkiyetin devren kazanılması yollarından biridir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., *Eşya Hukuku*, s. 172-173.

²¹² *Pactiones et Stipulationes*: Eyalet arazilerinde tasarruf hakkına sahip olan kişilerin, eyalet arazilerinde tasarruf etme yetkisine sahip başkaca kişilere içerikleri Roma'dakilerinkine benzer irtifak hakları tesis etmeleri için kullandıkları bir sözleşme türü. Bkz: UMUR, Z. *Lügat*, s. 147.

²¹³ DI MARZO, S., *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur, İstanbul, 1954, s. 295.

tanındı.²¹⁴ Ancak *pignus* ilişkisi de zilyetliğin devrini gerektirdiğinden borçlu nezdinde teminat gösterdiği malları fiili olarak kullanamama ve bu nedenle zarara uğrama sakıncasına yol açıyordu. Aynı zamanda, maddi olmayan mallar üzerinde zilyetlik (fiili hakimiyet) kurulamayacağı için intifa hakkı sahibi, uzun süreli kiralayan, üst hakkı sahibi gibi irtifak haklarına sahip olan kimseler rehin ilişkisi kuramıyordu.

Nihayet *Iustinianus* zamanında rehin konusu malın mülkiyetinin veya zilyetliğinin naklini gerektirmeyen, yalnız şekilsiz bir anlaşma ile kurulabilen *hypotheca* olarak adlandırılan bir rehin ilişkisi tanındı.²¹⁵ Bu tanımayla birlikte diğer tüm irtifak hakkı sahipleri gibi üst hakkı sahibi de üst hakkına konu hakkını rehnedebilir yetkiye sahip oldu.

D.20.4.15 (Paulus 68 ad ed.):

“Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium.”

Bir başkasının arazisi üzerinde inşa edilmiş bina, arazi saibinin ön alım hakkı saklı kalmak üzere bir başkasına rehin verilebilir.

D.13.7.16.2 (Paulus 29 ad ed.):

“Etiam vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.”

Uzun süreli kiraya konu olan araziler bile, üzerinde üst hakkı olan araziler gibi rehin verilebilir, çünkü şu anda üst hakkını kazandığı söylenen tarafa hakkaniyete uygun utiles davalar verilmektedir.

²¹⁴ D. 43.32.1.pr. Bir çiftliği kiralayan kiracının oraya getirdiği hayvanlar ve malzemeler, mal sahibi olan alacaklıya, kira bedelinin ödenmeyecek olması karşılığında teminat olarak gösterilirdi. Kiracı kira bedelini ödemeyecek olursa, mal sahibi alacaklı praetor'un tanıdığı *interdictum Salvianum* ile bu malların zilyetliğini talep edebilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz: UMUR, Z., Ders Notları, s. 496.

²¹⁵ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 302-304.

Paulus'a göre üst hakkı sahibi aynı intifa hakkı sahibi veya uzun süreli kiracı gibi hakkına ilişkin şeyi teminat olarak gösterebilmektedir. Di Marzo'ya göre üzerinde ipotek hakkı tesis edilmiş bir ev yıkılmış veya yanmışsa, *superficies solo cedit* kuralı gereği, rehin hakkı sona ermez, arazi üzerinde devam ederdi.²¹⁶ İşte bu nedenle, D.20.4.15'te arazi sahibine ön alım hakkı tanınmıştır.

4. Üst Hakkı Sahibinin Kullanma ve Yararlanma Yetkisinin Sınırı

Üst hakkı sahibi, arazi üstündeki binayı mümkün olan en geniş yetkiyle kullanma ve yararlanma hakkına sahiptir. Doktrinde bu binayı kullanma hakkının ne kadar geniş olduğu tartışılmaktadır.

En eski doktrin, üst hakkı sahibinin, yararlanma yetkisine dayanarak üst hakkına konu taşınmazı yok edebileceği veya değiştirebileceğini savunmaktaydı.²¹⁷ Bu düşünceye göre çıplak mülkiyet sahibi olarak değerlendirilen²¹⁸ arazi malikinin, üst hakkının konusu olan taşınmazla ilgili değişikliklere karşı çıkma yetkisi yoktu.

Ancak 19. Yüzyılın sonundan itibaren üst hakkı sahibine verilmiş bu sınırsız yetkinin aslında sınırlı olması gerektiği savunulmuştur. Coviello'ya göre²¹⁹, üst hakkı sahibine inşa ettiği veya önceden inşa edilmiş binayı yıkabilme imkanının tanınması ona dilediği zaman üst hakkı ilişkisinden ve bu ilişkiye bağlı *solarium* ödeme yükümlülüğünden kurtulma imkânı sağlayacağı için haksızlık yaratır. Arazi sahibinin katılımı ve onayıyla kurulan üst hakkı ilişkisi yalnız üst hakkı sahibinin bir eylemi ile sona erdirilebilir bir yapıya bürünmesi hakkaniyete aykırıdır.

²¹⁶ UMUR, Z., Ders Notları, s. 497.

²¹⁷ COVIELLO, N, Della Superficie, s. 51.

²¹⁸ KARADENİZ- ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 293.

²¹⁹ COVIELLO, N., Della Superficie, s. 57.

D.39.2.39.2'(Pomp. 21 Sab.):

...et ideo et ei, qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quid in superficie damnum datum fuerit, et nihilo minus et soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda.

...dolayısıyla bu şart, bir başkasının arazisi üzerinde inşa edilen binası hasar gören için avantajlıdır. Arazinin tüm yüzeyi tahrip olacak şekilde hasar görmesi durumunda, arazi sahibi için de avantajlıdır. Aksi halde elde edeceği geliri (solarium) kaybedecektir.

Biondi'ye göre²²⁰, *ius abutendi*²²¹ yetkisi yalnız arazi malikine, *dominus soli*'ye tanınmış bir yetkiydi. Yetkisi ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın üst hakkı sahibi binanın sahibi değildir. *Superficies solo cedit* kuralı gereği arazinin üstüne inşa edilmiş tüm yapılar arazi malikine ait olur. Üst hakkı sahibi binanın sahibi değil, bina üzerinde kurulmuş olan üst hakkının yani bir sınırlı ayni hakkın sahibidir.

Üst hakkı konusu şeyi yok edememenin yanında üst hakkı sahibi bina ile ilgili tüm iyileştirmeleri ve değişiklikleri yapmak, binanın bir kısmını büyütmek veya bir kısmını ortadan kaldırmak, binayı tamamen yıkıp yeniden inşa etmek gibi yetkilere sahiptir.²²² Bu yetkiler arazi sahibi ile aralarında kurdukları üst hakkı ilişkisinin verdiği yetkiye dayanır. Bu geniş yetki, üst hakkı sahibiyle arazi sahibinin üst hakkının kuruluşu aşamasında aralarında gerçekleşen şekilsiz anlaşmaya bir hüküm eklenerek bertaraf edilebilir.

²²⁰ BIONDI, B., La catagoria, s. 535.

²²¹ *Ius Abutendi*: Ortaçağ hukukçuları tarafından ortaya çıkartılmış bir tanımdır. Bir mal üzerinde, onu kısmen veya tamamen devretmek, tüketmek veya harcamak imkanları sağlayan tasarruf yetkisidir. Malı gereksiz yere yok edilmesi, genel menfaate aykırı sayılırdı. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 98.

²²² KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 294.

5. Üst Hakkı Sahibinin Diğer Yetkileri

Üst hakkı sahibi genel olarak sınırlı bir ayni hak sahibi olarak, hakkını engelleyen herkese karşı ileri sürebilecek *interdictum de superficiebus*'un sağladığı yetkilere sahipti.²²³

Önceki bölümlerde belirtildiği gibi üst hakkı sahibinin çeşitli davaları açabilme yetkisi ile üst hakkını koruyabilmesi mümkündü. Asıl olarak, *Iustinianus* döneminde üst hakkının kullanımını engelleyen herkese karşı açabileceği *actio superficiei*' kullanma yetkisine sahipti. *Dominus soli*'nin malik olduğu ancak kendisinin yalnız mülkiyete konu arazi üzerinde sınırlı bir ayni hakka sahip olduğu düşüncesinden hareketle, *quasi possessor* sayılan üst hakkı sahibinin rahat zilyetliğini engelleyenlere karşı *actio publicana in rem* açabilme yetkisi de vardı.²²⁴ Aynı şekilde üst hakkı sahibinin, üst hakkının kullanımını engelleyen herkese karşı açabileceği *actio negatoria utilis*, *actio confessoria utilis*, *actio cautio damni infecti*, *operis novi nuntiatio* ve *Praetor*'un sağladığı yasaklardan biri olan *interdicto unde vi*'ye²²⁵ başvurma yetkisi vardı.

C. *Superficiarius*'un Yükümlülükleri

1. *Solarium* Ödeme Yükümlülüğü

Üst hakkı sahibinin asli yükümlülüğü kendisine tanınmış bu sınırlı ayni hak karşılığında arazi malikine *solarium* adı verilen belirli bir ücret ödemesidir. Roma doktrini üst hakkının kurulmasında *solarium*'un temel bir gereklilik olup olmadığını tartışmaktadır.

Lucci'ye göre²²⁶, *solarium vectigal* ile aynı doğaya sahiptir. *Vectigal*, devlete ait olan topraklar üzerinde, özel kişilere önceleri beş yıllığına sonradan ise sürekli olarak,

²²³ D. 43.18.1.pr (Ulp. 70. Ed)

²²⁴ ERDOĞMUŞ, B., Klasik Roma Hukukunda Actio Publicana In Rem, İstanbul, 1984, S. 67.

²²⁵ D. 43.16.1.3 (Ulp. 69 ed.)

²²⁶ LUCCI, A., Il diritto di superficie, Archivio Giuridico, c. 51, 1893, s. 286.

üzerinde tasarruf etme yetkisinin tanındığı durumlara karşılık olarak belli zamanlarda ödenecek tutardır.²²⁷ Hukuki ilişkinin kurucu unsurudur.

Üst hakkının kuruluşunda kira sözleşmesi hükümlerinin mi yoksa satım sözleşmesi hükümlerinin mi uygulanacağı tartışmalarının ışığında ve üst hakkının gelişimi aşamaları dikkate alındığında *solarium*'un niteliğinin nasıl değerlendirileceği karşımıza çıkmaktadır.

Coviello'ya göre²²⁸, *solarium* üst hakkının kullanılması için bir koşuldur. Bu hakkı kullanmak isteyen herkesin bedeli ödemesi gerekmektedir. *Paulus*, D.13.7.16.2 (Paul. 29. Ed.)'de üst hakkı üzerinde rehin hakkı kurulan kişinin üst hakkını kullanabilmesi için *solarium*'u ödemesi gerektiğine işaret etmektedir.

D.13.7.17 (Marcianus l.S. ad form. hypoth.):

“Sane divi severus et antoninus rescripserunt, ut sine deminutione mercedis soli obligabitur.”

Ancak kutsal severus ve antoninus bir fermenda rehne konu arazinin kirasını etkilemeden bağlayıcı olacağını belirtmiştir.

Bu metinde kiracı olarak belirtilen üst hakkı sahibi tarafından başkasının arazisi üzerine inşa edilen bina üzerinde üst hakkına bir zarar gelmeden üst hakkının rehin edilebileceği söylenmektedir. Dolayısıyla, *solarium* rehne konu üst hakkının devam ettirilmesi için bir zorunluluktur.

Epigrafik²²⁹ birtakım yazıtlarda da bir başkasının arazisinde bir bina inşa etmek için ödenmesi gereken kira bedelinden bahsedilirken “*solarium*” tabiri kullanılmıştır.

²²⁷ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Kamu Toprakları, s. 715.

²²⁸ COVIELLO, N., Della superficie, s. 55.

²²⁹ Epigrafi: Yazıt bilimi, Konusu yazıtları inceleyerek tarihe ışık tutmak olan tarihe yardımcı bilim. Tanım için sozluk.gov.tr adresinden yararlanılmıştır.

Bir yazıtta²³⁰, İmparator *Marcus Aurelius*’un Mars Meydanındaki imparatorluk sütünün koruyucusu olan İmparatorluk azatlısı *Septimus Severus*’a, üzerinde bir hastane inşa etmesi için kamu arazisinin imtiyazını talep etmesi ile başlayan bir süreçten bahsedilmektedir.

***CIL VI, n.1585*²³¹**

“*Libellus L(uci) [Septimii Aug(usti) l(iberti) Adrasti ex officio] / operum publi[corum in verba haec] / scripta Severo [Augusto] / domine permitta[s rogo ut rectius fungar of]/ficio meo pos<t> colu[mnam centenariam divorum] / Marci et Faustina[e pecunia mea loco publi/co] pedibus plus min[us . . . aedificium me exs/tru]ere et in matri[culam referri quod sine / in]iuria cuiusqua[m fiat et reliqua fieri] / secundum litter [as Aeli Achillis Cl. Perpetui] / rationalium [tuorum quas huic libello] / subieci dat[... Romae Falcone et Claro cos.]”*

Semptimius Severus ve Albinus lordlarının nezdinde yazılan mektupların kopyasıdır. İçeriği, imparator tarafından özgür bırakılmış Adrastus’a halihazırda bir klübenin olduğu yere herkes gibi bir ücret vermesi karşılığında bir bina inşa etmesi için izin verilmesini içerir.

İmparator *Septimus Severus* belirli bir kamu arazisinin üzerinde inşaat yapmak ve onu kullanmak üzere azat edilmiş bir köleye (azatlıya) verilmesini, ancak bunun karşılığında azatlıya “*solarium*” ödeme yükümlülüğünün getirilmesini buyurduğu bir mektup metnidir:

²³⁰ Hospitium procuratoris columnae Divi Marci. DE RUGGIERO, E., Lo Stato e le opere pubbliche in Roma Antica, 2020, s. 151-158; BECKMANN, M, “The meaning of pons in the inscription of Adrastus (CIL VI, 1585)”, Mouseion, Journal of the Classical Association of Canada, LI, c. 3, f. 7, 2007, s. 123 vd.

²³¹ Çeviri için yararlanılan kaynak: MOORE, D. W., A Note on CIL VI.1585a-b and the Role of Adrastus, procurator pf the Column of Marcus Aurelius, Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, 2012, Bd. 181, 2012, s. 221-229.

CIL VI, n.1585

“Exemplaria litte/rarum rationali/um dominorum nn (= nostrorum) / scriptarum pertinen/tes ad Adrastum / Augg (= Augustorum) nn (= nostrorum) lib(ertum) quibus {a}ei / permissum sit aedifi/care loco cannabae / a solo iuris sui pecunia / sua prestaturus solari/um sicut c{a}aedifi/care loco cannabae / a solo iuris sui pecunia / sua prestaturus solari/um sicut c{a}eteri /”

Uygun kulübe ve barakalardan tüm tuğlalar ve inşaat malzemeleri Kutsal Marcus Aurelius’un sütününun bekçisi Adrastus’a tahsis edilidr. Böylece kendisi için sahip olabileceği veya mirasçılarına bırakabileceği bir konaklama yeri inşa edebilir.

Bu mektuba cevaben, başka bir imparatorluk azatlısı olan *Epaphoroditus*’a bir ev inşa etmek için gerekli malzemelerini ücretsiz olarak sağlayabilmesinin buyurulduğu ve bu ayrıcalıktan imtiyaz sahibinin ve mirasçılarının da yararlanabileceğini söyleyen bir emirname yayınlanır:

CIL VI, n.1585

“Rationales Seio Superstiti / et Fabio Magno procurat/or columna centenari[a]e / divi Marci exstruere hab[i]/tationem in contermini[s] locis iussus opus adgre- di/etur si auctoritatem ves/tram acceperit petimus / igitur aream quam demo/nstraverit Adrastus lib(ertus) domini n(ostri) adsignari ei iubea/tis praestaturus secundum / exemplum cet so/larium litterae datae.”

Muhasebeciler Seius Supersititi ve Fabio Magno’ya. Kutsal Marcus’un yüz metrelik stününun bekçisi, bir arazide bir konut inşa etmeye davet edildi, yetkinizi alırsa işe başlayacak. Bu nedenle imparatorumuzun azatlısı Adrastus’un ona tahsis ettiği alanı, herkes gibi arazi kirasını (solarium’u) ödeyeceği anlayışıyla rica ediyoruz.

Yazıt, mektup diğer tüm imparator tarafından ayrıcalık tanınmış imtiyaz sahiplerinin geri kalanı gibi imtiyaza karşılık gelen *solarium*'un ödenmesi şartıyla *Adratus* için talep edilen arazinin verilmesi ricası ile son bulur.

Yazıt her ne kadar kendi şahsına münhasır bir *locus publicus* imtiyazı ile ilgili olsa da söz konusu belgede, *solarium* ödeme yükümlülüğünden sıkça bahsediliyor olması konumuz açısından aydınlatıcıdır. Nitekim yazıtta imparatorun kamu arazisini özel kişinin kullanımına vermesi, inşaat malzemelerinin ücretsiz temin edilmesi gibi olağandışı imtiyazlar yanında *solarium* için ödeme zorunluluğu getirmesi bu unsurun her türlü imtiyazda gerekli olan varlığını desteklemektedir.

2. *Solarium*'un Niteliği, *Vectigal* ve *Pensio* ile İlişkisi

*Ager publicus*²³² adı verilen Roma devletine ait olup, özel kişilerin kullanımına bırakılan araziler söz konusu olduğunda, devlet ile özel kişiler arasındaki bu ilişkinin temel unsuru bu özel kişilerin elde ettikleri menfaat karşılığında bir bedel ödemesidir. Roma'nın farklı dönemlerinde bu bedele genel olarak *fiscal*²³³ denmekle birlikte, *vectigal*, *pensio* ve *solarium* tanımları da kullanılmıştır.

Vectigal, *ager publicus*'un kullanımı için halktan olanlar tarafından gerçekleştirilen kamu kiralamaları için ödenen tutar olarak nitelendirilmektedir. Grocke²³⁴, bu ödemenin devlete yapılan bir vergi ödemesi olarak açıklar.

D.50.10.5.1 (*Ulpianus l.S. de off. curat. rei p.*):

“Fines publicos a privatis detineri non oportet. curabit igitur praeses provinciae, si qui publici sunt, a privatis separare et publicos potius reditus augere: si qua loca publica vel aedificia in usus privatorum invenerit,

²³² Tanım için bkz: UMUR, Z., Lügat, s. 22; Ayrıntılı bilgi için bkz: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Kamu Toprakları, s. 707

²³³ GORECKI, D. M., Land Tenure in Byzantine Property Law: iura in re aliena, Greek Roman and Byzantine Studies, 1981, s. 192.

²³⁴ GORECKI, D. M., a.g.e., s. 192.

aestimare, utrumne vindicanda in publicum sint an vectigal eis satius sit imponi, et id, quod utilius rei publicae intellexerit, sequi. ”

Kamu arazilerinin sınırları özel şahıslara ait olmamalıdır. Ancak, vali devlete ait olan arazilerle, özel kişilere ait olan arazileri birbirinden ayırarak, kamu gelirini arttırmaya çalışmalıdır. Herhangi bir kamusal arazinin veya binanın özel kişiler tarafından işgal edildiğini tespit ederse, bunların kamu yararı için geri istenip istenemeyeceğini ya da bunları yeterli bir kira tutarı karşılığında kiraya vermenin daha iyi olup olmayacağını hesaplamalıdır ve her zaman Devlete en büyük yarar sağlayacağını düşündüğü yolu seçmelidir.

D. 30.39.5 (Ulpianus 21 ad sab.):

“Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum vel tributum vel solarium vel cloacarium vel pro aquae forma.”

Mirasçı, vasiyet edilen arazi, güneş saati ve kanalizasyon için veya su iletme hakkı için belirlenen vergi veya haraç ödemeye mecburdur.

Metinlerden de anlaşıldığı üzere *vectigal* terimi, daha çok kamusal arazilerin özel kişiler tarafından kullanılması durumunda adeta Devlet tarafından kamu yararına yönelik olarak alınan bir çeşit “vergi” olarak nitelendirilmektedir. Gerçekten de Solazzi’ye göre²³⁵, Roma metinlerinde *vectigal* ile *solarium* terimlerinin birbirine eş anlamlı olarak kullanılabildiğini ancak, her ikisi de iki farklı alanlara özgü olduğunu iddia etmektedir. *Vectigal* daha çok kamusal alanların kullanımı ile ilişkilendirilirken, *solarium* özel hukuk alanı ile sınırlıdır. Dolayısıyla Romalı hukukçuların roma özel hukuk terminolojisini kamu hukuku alanına doğru genişletmeleri ve özel hukuk ilişkilerinden doğan ödeme yükümlülüğünün devlet *solarium*’u olarak nitelendirilmesi yanlıştır. *Solarium* teriminin kamusal nitelikteki ilişkilere atfedilmemesi gerekmektedir.

²³⁵ SOLAZZI, S., Studi Romanistici, s. 24-25.

Vectigal'den daha geniş bir terim olarak kullanılan *pensio* ise kaynaklarda herhangi bir geliri, bedeli tanımlamak için kullanılmaktadır. Kira veya benzeri hukuki ilişkilerde, malı kullanan tarafın ödeme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmek için kullanılmış genel bir ifadedir.

D.6.1.74 (Paulus 21 ad ed.):

“Id est qui in alieno solo superficiem ita habeat, ut certam pensionem praestet,”

Yani, belirli bir *pensio* ödemek kaydıyla, başkasına ait toprak yüzeyini işgal etme hakkına sahip olan,

D. 39.2.39.2 (Pomponius 21 ad sab.):

“... et ideo et ei, qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quid in superficie damnum datum fuerit, et nihilo minus et soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda.”

... dolayısıyla bu şart, bir başkasının arazisi üzerinde inşa edilen binası hasar gören için avantajlıdır. Arazinin tüm yüzeyi tahrip olacak şekilde hasar görmesi durumunda, arazi sahibi için de avantajlıdır. Aksi halde elde edeceği geliri (*pensio*) kaybedecektir.

Pensio'nun yanında *solarium* daha kesin bir terimdir. *Pensio*, daha spesifik olarak ister kamu ister özel hukuka tabi bir arazi parçasını kullanan özel kişinin bu kullanım karşılığında yapması gereken ödemeyi belirtmek için kullanılır.

Ulpianus, D.43.8.2.17'de *solarium*'u özel kişilerin arazinin üstünü kullanması karşılığında ödediği kira bedeli olarak tanımlamaktadır.

D.43.8.2.17(Ulpianus 68 ad ed.):

“Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. si tamen obstat id aedificium publico usui, utique is, qui operibus

publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstat, solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur.”

Bir kimse, halka açık bir yerde, kimse onu engellemeden bir ev inşa ederse, yıkmakla korkutmasıyla onu oradan kaldırmaya zorlanamaz, interdictum yasaklayıcıdır, eski hale getirmeye (restitutio) yönelik değildir. Ancak söz konusu yapı, kamu yararına kullanımına engel bir durum teşkil ederse, yetkililerin öngördüğü yolla yıkılmalıdır. Ancak yıkılmadığı durumda, üzerinde bir solarium (arazi vergisi) oluşturulabilir. Çünkü vergi arazinin kullanımı için ödendiğinden bu adı alır.

Hem kamusal nitelikli hem de özel kişiler arasında doğan üst hakkına ilişkin hukuki durumlarda bir bedelin ödenmesi zorunluluk olarak ifade edilmektedir.

3. Diğer Yükümlülükleri

Üst Hakkı sahibinin solarium ödeme yükümlülüğü yanında üst hakkına konu şeyi kullanma ve semerelerinden yararlanma gibi geniş yetkilerinin karşılığında bir takım ek yükümlülükleri de vardır. Bu yükümlülükler tıpkı intifa hakkı veya uzun süreli kira hakkında olduğu gibi genel niteliktedir.

a. Vergi Ödeme Yükümlülüğü

Üst hakkı sahibinin arazi sahibine solarium ödeme yükümlülüğü dışında, üst hakkına konu bina ile ilgili yapılandırılmış tüm vergi ve harçları ödeme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük C. 10.16’de yer almakta olup intifa hakkına ilişkindir. Kıyasen üst hakkına da uygulanır.

C.10.16.1.2 (Imperatores valer., gallien):

*“Aes quidem alienum pro portionibus, ex qua quisque defuncto heres extitit, praestare oportet, annonas autem is solvere debet, qui possessiones tenet et fructus percipit. * valer. et gallien. aa. et valer. c. antiocho.”*

Mirasçı terekenin borçlarından hissesi oranında sorumlu olacaktır. Ancak tahıl vergisini mutlaka arazide fiili hakimiyeti olan (zilyetliğı) bulunan ve ekinleri toplayan kişi öder.

Metinde fiili hakimiyete sahip olan kişi olarak bahsedilen intifa hakkı sahibidir. Üst hakkı sahibi de intifa hakkı sahibi gibi nispeten sınırları oldukça geniş olan kullanım yetkisinin bir uzantısı olarak arazinin üstünde yer alan malların vergisini ödeme yükümlülüğündedir.²³⁶

D. 7.1.7.2 (Ulpianus 17 ad sab.):

“...unde celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relictas. et ita Marcellus libro tertio decimo scribit.”

(İntifa konusu şey ile ilgili) Bu nedenle Celsus ne kadar ne kadar onarım yapılması gerektiğini soruyor. Herhangi bir kısım eskiliğı sebebiyle yok edilirse, (intifa hakkı sahibi) onları onarmaya zorlanamaz ve çünkü intifa hakkı kendisine bırakıldığı için, örneğin vergiler, harç, kira ve mülk üzerindeki diğer ücretlendirmeleri zaten karşılık olarak yapmalıdır.

İntifa hakkı için öngörülen vergi ödeme yükümlülüğü, üst hakkına ilişkin olarak da uygulanır. Üst hakkı sahibinin *solarium* ödeme yükümlülüğü yanında vergi ödeme yükümlülüğü de bulunmaktadır.

²³⁶ COVIELLO, N., Della Superficie, s. 56.

b. Kullandığı Binayı İyi Durumda Tutma Yükümlülüğü

Üst hakkı sahibi eşyayı iyi durumda tutmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, roma hukuku kaynaklarında belirtilmediği için doktrin tarafından reddedilmiştir.²³⁷ Ancak üst hakkı sahibi bir başkasının mülkiyet hakkına bağlı sınırlı bir aynı hak sahibi olduğu için hak konusu şeyin özünü değiştirmeden korumakla yükümlüdür.

Yalnız malike ait olan *ius abutendi*²³⁸ yetkisi üst hakkı sahibinde olmadığı için, üst hakkı sahibi hakkına konu binayı korumakla yükümlüdür.

D. Dominus Soli'nin Yetki ve Yükümlülükleri

Dominus soli yani arazi sahibi kendi mülkiyet hakkına ilişkin tüm yetkileri muhafaza eder. Hem arazi hem de arazinin üstündekilerle ilgili mülkiyet hakkına ilişkin olan tüm *Ius Civile* korumalarına ve *Praetor* korumalarına sahiptir.

1. Dominus Soli'nin Yetkileri

Öncelikle *dominus soli*, mülkiyet hakkına ilişkin olarak tanınmış aynı bir dava olan *rei vindicatio*'yu üçüncü kişilere karşı ve ayrıca üst hakkı sahibine karşı ileri sürebilme yetkisine sahipti.

²³⁷ Üst hakkı konusuna göre iki şekilde kurulabilir. Bir arazi üzerinde var olan bir bina üzerinde o binanın kullanım hakkının devrine yönelik olabileceği gibi, çıplak bir arazi üzerinde doğrudan üst hakkı sahibinin bina inşa etmesine yönelik de olabilir. Var olan bir binayı kullanmasına yönelik üst hakkının tanındığı durumlarda zaten arazi sahibine ait olan bir binayı iyi durumda kullanması beklenir. Üst hakkı sahibi kendi malzemeleriyle üst hakkı kurduğu arazi üzerinde bir bina inşa ettiğinde binanın mülkiyeti superficies solo cedit kuralı gereği yine arazi sahibinin olacağından her halde üst hakkı sahibi binayı iyi durumda tutmak zorundadır. JUSTINGER, J. Economic Significance, s. 101-102.; STOOP, B., Law and Economy, s. 266.

²³⁸ *Ius abutendi*: Ortacağ hukukçularının tasniflemesiyle, bir mal üzerinde onu kısmen ya da tamamen temik etmek, harcamak, tüketmek imkanı sağlayan tasarruf yetkisidir. Tanım için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 98. Bu hak en geniş yetkilere sahip olan malikte bulunur.

D.43.18.1.4. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. Plane si adversus superficiarium velit vindicare, dicendum est exceptione utendum in factum data: nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.”

Ayrıca, arazisine bina yapılan kişinin hakkaniyete uygun olarak verilecek bir davaya ihtiyacı yoktur. Ancak, toprağı geri almak için onun aynı hakkına dayanan aynı bir dava hakkı vardır. Üst hakkı sahibine dava açmak istediğinde, üst hakkı sahibi fiili bir istisnadan (exceptio in factum) yararlanacaktır.

Rei vindicatio açma yetkisi olan arazi maliki, üst hakkı sahibine davayı açtığında üst hakkı sahibi kendisini *Praetor* tarafından kendisine tanınmış in factum bir *exceptio* (def'i) ile koruyabilmektedir.

Benzeri şekilde dominus soli kendi zilyetlik durumundan kaynaklanan her türlü zilyetliğin korunması yollarından da yararlanır.

D. 43.17.1.3 (Ulpianus 69 ad ed.)

“Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.”

Bu nedenle, davacılar arasında mülkiyete ilişkin bir anlaşmazlık ortaya çıktığında veya aralarında birini zilyet, diğerinin davacı olacağını kabul ettiklerinde veya böyle hiçbir anlaşmanın yapılmadığı durumlarda sonuç aşağıdaki gibi olacaktır. Anlaşmaya varılırsa mesele derhal çözülür, üzerinde anlaşılan kişi zilyetlik avantajlarından yararlanır. Aralarında hangisinin zilyet

olduğu yönünde ihtilaf varsa davaya konu mal üzerinde kim en kuvvetli hakka sahipse o bu yasaklamadan(*interdictum*) yararlanır.

Dominus soli, mülkiyet hakkına dayanarak *Praetor*'un tanıdığı zilyetliğe ilişkin *interdictum*'dan da yararlanır.

D. 43.17.1.7 (Ulpianus 69 ad ed.):

“Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.”

Bu yasağı, aynı zamanda arazinin tamamına veya sadece belirli bir kısmına veya bölünmemiş bir kısmına sahip olduğunu iddia eden bir kişi de kullanabilir.

Dominus soli için esas hak kendisine *solarium* ödemesinin yapılmasıdır. Üst hakkı ilişkisinde *solarium* ödemesi üst hakkı sahibinin asli yükümlülüğü olduğu kadar *dominus soli* için temel bir haktır.

D.13.7.16.2 (Paul 29. Ed.)

“Etiam vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.”

Daimi kiraya konu olan araziler bile, üst hakkının konusu olan araziler gibi rehin verilebilir, çünkü şu anda üst hakkına sahip kişilere tanınmış dava (*utiles*) imkanları vardır.

Üst hakkı sahibi hakkı üzerinde bir irtifak hakkı veya rehin hakkı tesis etme hakkına sahipti. Üzerinde bir rehin hakkı tesis edilmiş bir binada, arazi sahibi *solarium* ödemesi karşılığında öncelikli bir alacak hakkına sahip olmaktadır.²³⁹

Bundan başka, arazi sahibinin mülkiyet hakkına ilişkin olarak, arazi sahibinin *accessio*²⁴⁰ ‘dan doğan hak ve yetkileri mevcuttur.²⁴¹ Örneğin bir yağmur birikintisinin

²³⁹ Arazi maliki diğer rehin alacaklılarının yanında öncelikli bir hakka sahiptir. Bu öncelikli hak Roma hukukundaki *prior tempore potior iure* ilkesinden gelir. Zamanca önce gelen, hukuken daha kuvvetlidir manasındadır. (C.8.17.3). Ayrıntılı bilgi için bkz.: ATAÇ, H., Roma Hukuku’nda Üst Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999, s.90.

taşıdığı alüvyon toprak parçasının kendi arazisi ile birleşmesi sonucu arazi sahibi söz konusu alüvyon birikiminin de sahibi olur.

2. *Dominus Soli*'nin Yükümlülükleri

Arazi sahibinin temel yükümlülüğü üst hakkı sahibine üst hakkına konu taşınmazın rahat kullanımını sağlamaktır.

Klasik hukuk döneminde üst hakkı kira sözleşmesi hükümlerine göre kurulduğu ve üst hakkı sahibinin yalnız arazi sahibine karşı kullanabileceği şahsi bir hakkı doğduğu düşünüldüğünden arazi sahibinin üst hakkı sahibine üst hakkına konu malı sorunsuz kullanabilmesi için teminat göstermesi gerekiyordu.²⁴²

D.43.18.1.1. (*Ulpianus libro 70 ad edictum*):

“Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.”

Her kim başkasına ait arazi üzerinde üst hakkına sahip ise causa cognita dava hakkına güvenmelidir. Eğer o (üst hakkı sahibi) kiralamış ise kiraya ilişkin

²⁴⁰ Accessio: Bir ortaçağ terimi olan accessio bir malın esas mala doğal yollarla onun bir kısmı sayılacak şekilde birleşmesi demektir. Birleşen parça esas malın malikinin mülkiyetine geçer. Tanım için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 1.

²⁴¹ GARCIA, A.Z., La superficie, s. 207

²⁴² Roma Hukukunda kiracı şahsi bir hak sahibi olarak düşünülmekte, kendisine kira konusu taşınmaz üzerinde zilyetlik koruması sağlanmamaktadır. Kiracı yalnız detentor yani vazülyet konumundadır. Bu nedenle praetor'un sağladığı zilyetlik korumalarından yararlanamaz. RADO, T., Borçlar Hukuku, s. 105., ERDOĞMUŞ, B., Borçlar Hukuku, s.

davayı veya satın almış ise, alım-satım ilişkine davayı arazi sahibine veya satıcıya açabilir. Ve eğer arazi maliki onu engelliyorsa, o (üst hakkı sahibi) bir dava açarak menfaatinin kapsamını elde edebilir; eğer başka bir kimse tarafından engellenirse, arazi sahibi dava açma hakkını ona devir ve teslim etmelidir. Ancak, kiranın varlığı hususunda bir belirsizlik olabileceği ve zilyetliğe dayanılarak dava açmanın şahsi dava açmaktan daha yararlı olabileceği bu durumda, bu *interdictum*'u sağlamak ve *quasi in rem* bir dava hakkı vermek en avantajlı düzenlemedir.

D. 43.18.1.1'e göre üst hakkı sahibi arazi malikiyle aralarındaki ilişki kira sözleşmesi hükümlerine göre kurulmuşsa *actio conducti*²⁴³, satım sözleşmesi hükümlerine göre kurulmuşsa da *actio empti*²⁴⁴ davasını açabiliyordu. Aynı zamanda üçüncü kişilerin üst hakkının kullanımını engellediği durumlarda arazi sahibinin mülkiyet hakkının sağladığı koruma imkanlarını üst hakkı sahibine devretmesi yükümlülüğü vardı.²⁴⁵

İlerleyen dönemlerde üst hakkına önce *quasi possessio* (zilyetlik benzeri) bir fiili durum tanınması ile üst hakkı sahibi praetor'un korumalarından yararlanabilir hale geldi. *Iustinianus* döneminde üst hakkına aynı bir nitelik kazandırılmasıyla da üst hakkı sahibi mülkiyete benzer güçlü bir hakka sahip olduğu için arazi malikinin üçüncü kişilerin müdahalesinde mülkiyet hakkının sağladığı davaları üst hakkı sahibine devretme yükümlülüğü ortadan kalkmış oldu. Üst hakkı sahibi adeta malik gibi üçüncü

²⁴³ *Actio conducti*: *Locatio conductio* (kira sözleşmesi) ilişkisinde, locator'un(kiracının) conductor'a açtığı kira davasıdır. Tanım için bkz: UMUR, Z., *Lügat*, s. 3. Ayrıntılı bilgi için bkz.: RADO, T., *Borçlar Hukuku*, s. 106; ERDOĞMUŞ, B., *Borçlar Hukuku*, s. 97.

²⁴⁴ *Actio empti*: Alım satım sözleşmesinde alıcının rahat zilyetliğini sağlayamayan ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getiremeyen satıcıya karşı alıcının açtığı davadır. Tanım için bkz: UMUR, Z., *Lügat*, s. 6. Ayrıntılı bilgi için bkz.: RADO, T., *Borçlar Hukuku*, s. 98-99; ERDOĞMUŞ, B., *Borçlar Hukuku*, s. 81-89.

²⁴⁵ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., *Eşya Hukuku*, s. 293.

kişilerin müdahalelerine karşı onlara *actio negotoria utilis* (müdahalenin men'i benzeri) davasını açma yetkisine sahip oldu.

Bundan başka, üst hakkına konu binanın arazi maliki tarafından önceden inşa edildiği ve üst hakkı sahibinin hakkın kurulmasıyla hâlihazırdaki bu binanın kullanım ve yararlanma yetkilerine sahip olduğu durumlarda arazi sahibi binadan kaynaklanan kusurdan doğan zarar nedeniyle hem üst hakkı sahibine karşı hem de komşu arazi maliklerine karşı sorumludur.

D. 39.2.9.4 (Ulpianus 53 ad ed.):

“Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti an satisdare debeat. et iulianus scribit, quotiens superficialia insula vitiosa est, dominum et de soli et de aedificii vitio repromittere aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisdare: quod si uterque cesset, vicinum in possessionem mittendum.”

Arazinin başkasına ait olduğu ve üstündekilerin başkasına ait olduğu durumlarda şu sorun ortaya çıktı: Bir zarar tehdidinin ortaya çıktığı durumda arazi malikinin bir tazminat vaad etmesi mi gerekir, yoksa önceden bir güvence vermesi mi gerekir. Iulianus der ki bir başkasının arazisi üzerindeki ev harap olduğunda, arazi sahibinin yalnız arazinin kusurlu durumu için değil, aynı zamanda binanın durumu için de tazminat sözü vermesi gerekmektedir. Hem üst hakkı sahibi hem de arazi sahibi, hem arazi hem de ev ile ilgili teminat sağlamalıdır. Bunlardan biri bunu başaramazsa, zilyetlik komşu arazinin malikine geçer.

D. 39.2.9.4'te hem arazi malikine hem de üst hakkı sahibine getirilen yükümlülük *cautio damni infecti*²⁴⁶ yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük müşterek bir yükümlülüktür.

²⁴⁶ Gerçekleşmesinden korkulan zarara karşı teminat. Yıkılma tehlikesi bulunan bir evin malikini veya yıkılma tehlikesinde olan bir binanın sahibini komşu gayrimenkul sahibine

E. *Superficies*'nin Sona Ermesi

Roma Hukuku kaynaklarında üst hakkının sona ermesiyle ilgili özel bir hüküm veya uygulama bulunmamaktadır. Bu hüküm boşluğunda, üst hakkının sona ermesine ilişkin olarak sınırlı aynı haklar için uygulanan genel sona erme hallerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmelidir.²⁴⁷

Bu noktada öncelikle üst hakkı bağlı bulunduğu arazinin yok olmasıyla kendiliğinden sona erer. Uzun süreli kira hakkı olan *emphyteusis*'e ilişkin olarak uygulanan kural üst hakkı için de geçerlidir.

Cod. Iust. 4.66.1: (Imperator Zeno, a476-484)

“... ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum.”

... ortaya çıkabilecek öngörülemeyen bir olay nedeniyle, *emphyteusis*e konu olan mülk imha olursa, zarar hiçbir şeyi kalmayan *emphyteuta* tarafından değil, mülkin sahibi tarafından karşılanacaktır.

Arazi üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkının aynı kişide birleşmesi ile (*confusio*²⁴⁸) de üst hakkı sona erer.²⁴⁹

Üst hakkı sahibi ile arazi sahibinin aralarında yaptıkları anlaşma hükümlerince üst hakkının varlığı için belirli bir süre belirlenmiş olması durumunda sürenin sona ermesiyle üst hakkı kendiliğinden sona erer.²⁵⁰

teminat oluşturmak üzere sorumluluk altına sokan *praetor stipulatio*'sudur. Tanım için bkz.: Umur, Z., Lügat, s. 34.

²⁴⁷ VOI, P., Istituzioni, s. 325.

²⁴⁸ *Confusio*: Başkalarına ait hakların aynı hak sahibinde birleşmesi ya da bir boş ilişkisine taraf bir kimsenin ilişkide hem aktif hem pasif taraf haline gelmesi durumu. UMUR, Lügat, s. 45.

²⁴⁹ CASCIONE, C., Manuale Breve Diritto Romano, Milano, 2007, s. 162; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 294.

D. 6.3.3 (Paulus 21 ad ed.):

“Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit.”

Aynı kural, belirli bir süre için kiralama yaptıkları ve üzerinde anlaşmaya varılan sürenin henüz sona ermediği durumlarda da geçerlidir.

Üst hakkı sahibi ile arazi sahibinin karşılıklı anlaşması ile de üst hakkı sona erer.²⁵¹ Aynı zamanda üst hakkı sahibinin, üst hakkına ilişkin sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması durumunda da üst hakkının sona ereceği kabul edilmektedir.²⁵²

Mirasçısı olmayan veya üst hakkına ilişkin bir vasiyette bulunmayan üst hakkı sahibinin ölümü ile de üst hakkı sona erer.²⁵³

Yukarıda sayılan ve irtifak haklarına genel olarak uygulanan bu sona erme halleri dışında, üst hakkına ilişkin özel durumlar da karşımıza çıkmaktadır. Üst hakkına ilişkin özel sona erme halleri ayrı ayrı başlıklandırılarak aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

1. Yıkma veya Kendi Kendine Yıkılma Sonucu Üst Hakkının Sona Ermesi

İlke olarak üst hakkına konu olan binanın yıkılması üst hakkını sona erdiren bir neden olarak görülmelidir. Ancak roma hukuku doktrininde binanın yıkılması durumunda üst hakkının sone erip ermeyeceği ile ilgili çeşitli görüşler mevcuttur.

Üst hakkının kuruluşunda bir bina inşa etmek üzere üst hakkı sahibine hak tanınmasıyla, hâlihazırda bir binanın kullanımının üst hakkı sahibine bırakılması, üst

²⁵⁰ GÜNAL, N., Üst Hakkı (Superficies), s117-118.

²⁵¹ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 294, GÜNAL, N., Üst Hakkı (Superficies), s. 118.

²⁵² C.4.66.3 (Imp. Iust. A 530): “...minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre.” “Bununla birlikte uzun süreli kira hakkı sahibi yasanın öngördüğüne aykırı şekilde hareket ederse uzun süreli kira hakkını kaybeder.” GÜNAL, N.; Üst Hakkı (Superficies), s. 118.

²⁵³ DALLA, D., LAMBERTINI, R., Istituzioni di Diritto Romano, Torino, 2006, s. 286.

hakkının binanın yıkılması sebebiyle sona ermesi durumunda farklılık gösterir. Coviello'ya²⁵⁴ göre ilk durumda, bina yıkılsa bile üst hakkı sahibi yeniden bir bina inşa edebilir çünkü zaten bina inşa etmek üzere yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla üst hakkı sona ermez. İkinci durumda ise hâlihazırdaki bir binanın kullanım yetkisi olan üst hakkı sahibi binanın yıkılmasıyla sınırlı aynı hakkı konusuz kalacağı için üst hakkı sona erer.

D.39.2.39.2'deki *cautio damni infecti*²⁵⁵ şartı üst hakkı sahibine de uygulanabilir yapıdadır.

D. 39.2.39.2 (Pomponius 21 ad sab.):

“Damni infecti stipulatio latius patet. et ideo et ei, qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quid in superficie damnum datum fuerit, et nihilo minus et soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda.”

Sonradan doğacak zarar ile ilgili şartın çok geniş bir uygulama alanı vardır. Dolayısıyla bu şart, bir başkasının arazisi üzerine inşa edilen evi hasar gören için avantajlıdır. Zararın üst hakkını ortadan kaldıracak şekilde olduğu durumlarda arazi sahibi için de avantajlıdır, aksi halde elde etmekte olduğu geliri kaybetmiş olacaktır.

Causa damni infecti şartına göre binanın yıkılması durumunda doğan zararı arazi sahibi üstlenir. Üst hakkı sahibi de üst hakkının içeriğindeki kullanma ve yararlanma yetkisini kullanamayacağı için *solarium* ödemesi yapmaktan kaçınabilir. Bu nedenle üst hakkına ilişkin binanın tamamen yok olması durumunda üst hakkının sona erdiği kabul edilmelidir.

²⁵⁴ COVIELLO, N., Della Superficie, s. 82-83

²⁵⁵ *Cautio Damni Infecti*: Gerçekleşmesinden korkulan bir zarara karşı teminat. Bu teminat, bir Praetor stipulatio'su ile yapılan, arazi sahibinin arazinin üstündeki binanın yıkılma riskine karşı doğacak zararı komşu arazi sahiplerine ödemeyi önden taahhüt ettiği bir anlaşmadır. Bkz. UMUR, Z., Lügat, s. 34.

Karşıt görüş²⁵⁶ ise farklı bir açıdan üst hakkının sona ermeyeceği görüşündedir.

Bu görüşe göre, üst hakkına konu binanın yok olması durumunda, üst hakkının sona ermemesi gerekir. Üst hakkının kuruluş aşamasında bir süreye tabi tutulduğu durumlarda o süre sonuna kadar hakkın devam ettiği, eğer sınırsız süreli bir üst hakkı tanınmışsa da üst hakkının binanın yıkılıp yıkılmamasına bakılmaksızın devam edeceği savunulmaktadır.

Üst hakkı ister bir başkasının arazisi üzerinde bir bina inşa etmek üzere verilsin, isterse arazi sahibi tarafından inşa edilmiş bir binanın kullanım ve yararlanma yetkisini içerecek şekilde doğmuş olsun inşaatın tamamen yok olması üst hakkını sona erdirir. İnşaatın yeniden üst hakkı sahibi tarafından inşa edilebileceği ve bu konuda üst hakkı sahibinin yetkisi olduğu yönündeki görüşlerin aksine kanaatimce yeniden inşa etme yetkisinin üst hakkı sahibiyle arazi sahibi arasında anlaşarak yeni bir üst hakkı kurulmasıyla mümkün olabileceği sonucu doğrudur.

Bu noktada başka bir sorun da yıkılan binanın malzemelerinin kime ait olduğu düşüncesidir. Burada da eğer binayı yapma yetkisi üst hakkı sahibinse yıkılan binanın malzemeleri de üst hakkı sahibine ait olur. Eğer hâlihazırdaki bir binayı kullanma ve yararlanma yetkisi tanınmış bir üst hakkı mevcutsa binanın yıkılması durumunda arazi maliki binanın malzemelerinin de sahibi olur. Bu kural birleşme (*accessio*) türlerinden biri olan *inaedificatio*²⁵⁷, nun doğal bir sonucudur.²⁵⁸

²⁵⁶ LUCCI, A., Del Diritto di Superficie, Archivo Giuridico, c. 51, s. 288.

²⁵⁷ Inaedificatio: Menkulün gayrimenkul ile birleşmesinden doğan bir aslen kazanma yoludur. Bir arsa üzerinde, başkasına ait malzeme ile bir bina inşa edilmesi durumunda, o binanın mülkiyeti ipso iure gayrimenkul sahibine ait olur. Ancak binanın yıkılması durumunda herhangi bir doğal sebepten bina yıkılacak olursa malzemenin maliki malzemesini rei vindicatio ile talep edebilir. Bkz. Umur, Lügat, s. 84.

²⁵⁸ D.6.1.59: (Iulianus 6 ex minic): *Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: quaero, is qui imposuerat possetne ea vindicare. respondit posse: nam quae alienis aedificiis conexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in*

2. Kullanılmama Sonucu Üst Hakkının Sona Ermesi

Arazi sahibi üst hakkı sahibinin kullanım karşılığında ödediği solarium'u temin ettiği sürece üst hakkı devam etmeli, üst hakkı sahibi kullanım ve yararlanma yetkisini kesintisiz olarak kullanabilmelidir. Bu temel düşünceden hareketle üst hakkı sahibinin binayı fiilen kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın ödeme yaptığı sürece üst hakkının devam edeceği aşıkardır.

Doktrin de üst hakkının kullanılmamasının bu hakkın sona ermesi için yeterli bir sebep oluşturmadığı görüşündedir.²⁵⁹

Bu noktada, üst hakkına uygulanan uzun süreli kira hükümlerini de dikkate almakta yarar vardır. Üst hakkının veya uzun süreli kira hakkının veya şehir gayrimenkullerinin üzerinde kurulan diğer irtifakların hadim gayrimenkul menfaatine zamanaşımı ile sona ermesi *usucapio libertatis* olarak adlandırılmış ve D.41.3.4.28'de düzenlenmiştir:

D.41.3.4.28 (Paulus 54 ad ed.):

“Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi putaliceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.”

pristinam causam reverti. Başkasına ait bir evde oturan, oraya pencereler ve kapılar yerleştirmiş, bina sahibi de bunları bir yıl sonra kaldırmış, Soruyorum: Onları oraya koyan o pencere ve kapıların geri alınması için dava açabilir mi? Cevap şudur: Bir başkasının binasına bağlı olan her şey devam ettiği sürece onun bir parçası olur, ancak kaldırıldığında heen eski durumuna geri döner; D. 7.1.15.pr. Dig. 7.1.15pr. (Ulpianus 18 ad sab.): Sed si quid inaedificaverit, postea eum neque tollere hoc neque refigere posse: refixa plane posse vindicare. Ancak müstakil olan her şeyi geri alabilmesi mümkün olmasına rağmen, eve herhangi bir ilave yapılacak olursa, daha sonra onu geri kaldıramaz veya ayıramaz.

²⁵⁹ COVIELLO, N., Della Superficie, s. 84.

Doğrudur ki bir irtifak hakkı zamanaşımı ile sonlanabilir. Çünkü irtifak haklarını tesis eden Scribonia yasası irtifak hakkının zamanaşımı ile sona ermesini yasaklamıştır, ancak irtifak hakkı çoktan sona ermişse, bu irtifak zamanaşımı sebebiyle sona ermiş sayılmaz. Örneğin, evimin yüksekliğini artırmamak üzere sana bir irtifak hakkı tesis etmişsem ve belirlenen süre içinde binamı yükseltmişsem irtifak hakkı zaten sona ermiştir.

Usucapio libertatis ile üst hakkının veya uzun süreli kira hakkının sona ermesi koşula bağlanmıştır. Bu koşula göre, üst hakkı sahibinin ya da uzun süreli kiracının hakka konu gayrimenkulü yalnızca kullanmaması zamanaşımı ile sona erme açısından dikkate alınmaz. Hadim gayrimenkul malikinin irtifakı imkânsız hale getiren bir hareketine üst hakkı sahibinin klasik devirde iki, *Iustinianus* döneminde on veya yirmi yıl karşı çıkmaması gerekirdi.²⁶⁰

3. Terk Sebebiyle Üst Hakkının Sona Ermesi

Vazgeçme ya da terk durumunda, iki hipotezi birlikte değerlendirmekte yarar vardır. Öncelikle üst hakkının bedelsiz olarak bağış yoluyla kurulduğu varsayımından hareketle üst hakkı sahibi tarafından bir terk durumu söz konusu olduğunda bunun üst hakkının sona erme nedenlerinden biri olarak düşünmekte şüphe yoktur.

D. 7.4.25 (Pomponius 11 ex var. Lect.):

“Placet vel certae partis vel pro indiviso usum fructum non utendo amitti.”

İntifa hakkının, ister ayrı bölümler için kurulmuş olsun, ister bir bütün için kurulmuş olsun, kullanım eksikliği nedeniyle kaybedilebileceği tespit edilmiştir.

Bu noktada intifa hakkına uygulanan hükümler, üst hakkının kullanılmamasının veya terk edilmiş olması durumunda kıyasen uygulanabilecektir. Üst hakkı bedelsiz olarak kurulduğunda kullanımın terk edilmesi üst hakkının bir sona erme nedenidir.

²⁶⁰ GÜNAL, N., Roma Hukuku’ndan günümüze kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin iktisabı (*Usucapio*), Ankara, 2006, s. 53; UMUR, Z., Lügat, s. 214.

Ancak üst hakkının kuruluşunda kullanım karşılığında bir bedel belirlenmişse ve bu bedel sözleşme hükümlerine göre düzenli olarak ödenmişse veya ödenmekteyse üst hakkı sahibinin binanın kullanımını terk etmesi üst hakkının sona ermesine yol açmamalıdır. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakkın kullanımından vazgeçilmesi, onun ortadan kalkmasına yol açmamalıdır. Aksi yönde düşünüldüğünde şu sorun ortaya çıkacaktır: Üst hakkı sahibi dilediği her an dominus soli ile karşılıklı anlaşmadan ya da feragat ettiğini bildirmeden hakkından vazgeçebilecek, dolayısıyla arazi sahibine güvensiz bir ortam sağlanmış olacaktır.

Cod. Iust. 4.10.5 (Imperatores Diocletianus, Maximianus):

“Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renunciare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest. quapropter intellegere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.”

Başlangıçta herkesin sözleşme yapma veya yapmama konusunda özgür yetkisi olduğu gibi, bu nedenle, bir kez yükümlülük altına girdiğinde, taraflardan hiçbiri, karşı tarafın rızası olmadan bunu(yükümlülüğünü) reddedemez. Bu nedenle, bir kez rızaen bir sözleşmeye taraf olduğunuzda, sözleşmenizde bahsettiğiniz diğer tarafın rızası olmadan hiçbir koşulda bunu (yükümlülüğünüzü) reddedemeyeceğinizi anlamalısınız.

Sözleşme ile yükümlülük altına girmiş üst hakkı sahibi karşı taraf olan arazi sahibinin rızasını almadan terk yoluyla yükümlülüğünden kurtulamaz.

Doktrin bu konuda bir görüş ayrılığı yaşamaktadır. Lucci²⁶¹ de dahil olmak üzere bir grup yazar üst hakkı sahibinin *solarium* ödeme yükümlülüğü ile kullanım yetkisini bağdaştırmaktadır. *Solarium* ödenmesi üst hakkının kurulması için olmazsa

²⁶¹ LUCCHI, A., Il diritto di superficie, s. 55.

olmaz bir şarttır. Kullanım yetkisi ise üst hakkı sahibine *solarium* ödemesi karşılığında tanınmış bir yetkidir. Üst hakkı sahibi kullanma yetkisinden dilediği zaman vazgeçebilir. Ancak *solarium* ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Dolayısıyla üst hakkına ilişkin kullanma yetkisini terk etmek sözleşmenin kurucu unsuru olmadığı için üst hakkını sona erdirmez. Bu yazarlar, uzun süreli kiraya ilişkin hükümleri görüşleri lehine kullanırlar. Uzun süreli kirada hak sahibi araziyi istediği zamanda terk edemezdi.²⁶² Arazi sahibinin onayını alması gerekirdi.

Aksi görüş olarak Coviello²⁶³ gibi yazarlar, üst hakkının kullanılması için *solarium* ödemesini bir şart olarak görürler. Üst hakkının kullanılmasının bir şartı olarak düşünüldüğünde *solarium* ödeme yükümlülüğü, hakkın kullanılmasından vazgeçmesiyle kendiliğinden sona erer. Bu sebeple üst hakkı üst hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesi veya terk etmesiyle sona erer.

Kanaatimce, *Iustinianus* Dönemi ve sonrasında üst hakkı ilişkisinin uzun süreli kira ile bütünleşmesi ve üst hakkına da uzun süreli kira hakkının hükümlerinin uygulanması nedeniyle vazgeçme veya terk durumunda uzun süreli kira hükümlerini uygulamak mantıklıdır. Bu sebeple, uzun süreli kirada olduğu gibi terk veya üst hakkı sahibinin haktan tek taraflı olarak vazgeçmesi üst hakkını sonlandıran bir sebep olarak görülmemelidir.

4. *Solarium* Ödemesinin Yapılmaması

Önceki bölümlerde *solarium* yükümlülüğüne ilişkin tüm tartışmalar ışığında, üst hakkının kurulması ve devamlılığı için arazi sahibine belirli bir ücretin ödenmesi gerekliliğinin olduğu belirtilmişti. Özetle, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, üst hakkının kullanılması için belirli bir ücretin ödenmesi gerekirken ödeme yapılmaması üst hakkının doğmamasına ya da doğmuş bir hakkın sona ermesine yol açar.

²⁶² ERDOĞMUŞ, B., Eşya Hukuku, s. 116.

²⁶³ COVIELLO, N., Della Superficie, s. 84-85.

Ancak üst hakkına ilişkin özel bir düzenleme olmadığı için hakkın sona ermesi bakımından ödemelik süresinin ne kadar olmasına ilişkin bir belirsizlik ve tartışma vardır. Bu belirsizlik durumunda da uzun süreli kira hakkına uygulanan hükümleri kıyasen yorumlamakta yarar vardır.

D.19.2.4 (Pomponius 16 ad sab.):

“Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet, morte eius qui locavit tollitur.”

Kiralama veya belirsiz süreli kiralama şu şekilde yapılır: Kiralayan veya kiracı ne kadar süreyle talep ediyorlarsa. Böylece kiralayanın ölümü ile sözleşme sona erer.

Üst hakkı ilişkisi bir *ius in re aliena* olduktan sonra ona uygulanacak yasal rejim aynı haklara uygulanan genel kurallar olacaktır. Bu durumda *codex* ve *novella*'da yer alan uzun süreli kiraya ilişkin kurallardan *solarium* ödemesinde süre bakımından neyin uygulanacağı belirtilmiştir.

Cod. Iust. 4.66.2.1: (Imperator Justinianus):

“Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere.”

Bununla birlikte, sözleşmeye ek bir koşul eklenmediği durumlarda, taraflar hiçbir şey üzerinde anlaşmaya varamadığında, malike üç yıllık sürenin tamamı için ne kirayı ne de vergileri ödememişse ya da bunlar için makbuz ibraz etmemişse malik isterse onu (uzun süreli kira hakkı sahibini) topraktan çıkarabilir.

Bu metinden anlaşıldığı üzere üst hakkı sahibi *solarium*'u üç yıl üst üste ödemediği takdirde arazi malikine üst hakkı sahibini araziden çıkarma yetkisi

verilmektedir. Bu nedenle üç yıl üst üste ödeme yapılmaması üst hakkını sona erdiren bir neden olarak görülebilir.²⁶⁴

Bu noktada *Cod. Iust.* 4.66.2.1 belirtilen vergi borcunu ödememek üst hakkını sona erdiren bir neden olarak görülmemektedir.

D. 39.4.10.1 (Hermogenianus 5 epit.):

“Non solutis vectigalium pensionibus pellere conductores necdum etiam tempore conductionis completo vel ab his usuras ex mora exigere permittitur.”

Gelir elde eden çiftçiler, Hazine’ye olan borçlarını ödemedikleri takdirde, kira süreleri dolmuş olsa dahi mülkten tasfiye edilemezler; ancak temerrüde düşüklerinde onlardan faiz tahsil edilir.

Üst hakkı sahibinin hakkından kaynaklanan vergi borcunu ödememesi onun üst hakkını ortadan kaldırmamakta ancak devlete karşı faiz borcu doğurmaktadır.

Nov. 7.3.2.

“Scire autem emphyteotas convenit quia, si in biennio continuo non exolverint emphyteoticum canonem (hoc enim tempus pro triennio aliorum hominum sufficere ad casum ecclesiasticarum aut ptochicarum emphyteosium pro non soluto canone ponimus)...”

Üst üste iki yıl kira ödemezlerse (diğer emphyteuta’lar için üç yıllık süre belirlenir, ancak kilise arazisi olması durumunda iki yıl olmasına karar verdik), bunlar emphyteusis’den yoksun bırakılır ve dini evlerin sorumu görevlileri, yapılmış olan herhangi bir iyileştirmeden dolayı sorumlu tutulmaksızın (mülkiyeti) yeniden ellerine geçirebilir.

Novella’da ise solarium ödemesine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre kutsal sayılan kilise’ye ait arazilerin uzun süreli kiralanmaları durumunda

²⁶⁴ LUCCHI, A., *Il diritto di superficie*, s. 55.

üst üste iki yıl ödeme yapılmaması durumunda uzun süreli kira hakkı sahibi hakkını kaybetmiş sayılır.²⁶⁵

Coviello²⁶⁶ aksine solarium ödeme zamanı bakımından üst hakkına ne kiralamaya ilişkin kuralların ne de uzun süreli kiraya ilişkin kuralların uygulanamayacağını savunmaktadır. Kira ve uzun süreli kira ilişkisinin üst hakkı ilişkisinden farklı bir doğası vardır. Uzun süreli kiraya *locatio conductio*'nun hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. Üst hakkı ilişkisinde *locatio conductio*'ya benzer ama ondan tamamen bağımsız bir durum vardır. Üst hakkı arazi sahibinin mülkünde *in bonis*²⁶⁷ bir yapı içerir. Üst hakkı sahibi arazinin üstünde mülkiyet hakkı olmasa bile mülkiyete çok yakın bir sınırlı ayni hakka sahiptir. Kiralamada kira bedelinin ödenmemesi kiralama sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğurur. Ancak üst hakkı solarium ödemesinden bağımsız olarak varlığını sürdürür.²⁶⁸ Üst hakkına ilişkin hak solarium ödememesi durumunda ancak askıya alınabilir. Ancak Coviello bu askıya almanın nasıl gerçekleşeceğini belirtmemektedir.

İmparator Zeno'nun emirnamesi ile üst hakkı ve uzun süreli kira hakkı birleştiği ve her iki durumda da uzun süreli kiraya ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde

²⁶⁵ Nov. 120.8'de kutsal yerler bakımından, solarium'un iki yıllık ödenmemesi durumu düzenlenmiştir.: “*Si vero quis aut locator aut emphyteosa alicuius rei competentis aut sanctissimae maiori ecclesiae aut alteri venerabili domui in quolibet loco nostrae reipublicae constitutae aut deteriore faciat rem, quam [quod] aut accepit aut post haec acceperit,...*” En Kutsal Ana Kilise'ye ve İmparatorluğumuz içinde yer alan diğer herhangi bir dini kuruluşa ait olan arazinin kiracısı veya *emphyteuta*'sı bu anayasanın şartlarına göre teslim aldığı ve bundan sonra alabileceği mülke ilişkin iki yıllık kirayı veya uzun süreli kiraya ilişkin bedeli ödemezse haciz gelir veya kiraya veren dini eve *muaccel* olan kirayı tahsil etmesi ve eski hale getirmeyi talep etmesi için yetki veririz.

²⁶⁶ COVIELLO, N. Della Superficie, s. 78-80.

²⁶⁷ In bonis: In bonis Rem Habere ya da in bonis esse olarak da metinlerde karşımıza çıkan durumda bir kimsenn, *ius civile*'ye göre maliki olmadığı bir malı, praetor'un tanıdığı vasıtalara ile kendisininmiş gibi, diğer malları arasında bulundurabilme halidir. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 84.

²⁶⁸ COVIELLO, N., Della Superficie, s. 85.

kuvvetli doktrin görüşü olduğundan solarium ödemesinin düzenli yapılıp yapılmamasına ilişkin uzun süreli kira hükümlerinin uygulanmasının doğru olduğu kanaatindeyiz.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

***SUPERFICIARIUS*'U KORUYAN YASAL DÜZENLEMELER**

I. Üst Hakkı Sahibinin Korunmasındaki Yasal ve Ekonomik Beklentiler

Üst hakkının oluşumunda, kuruluşunda ve işleyişindeki tüm belirsizliklere rağmen kaynaklara bakıldığında üst hakkına uygulanan pozitif hukuk normlarının *Ius Civile* ve *Ius Honorarium* kaynaklı olduğu aşıkardır. Bu gelişim yalnız Klasik hukuk döneminde değil Post Klasik hukuk döneminde ve *Iustinianus* döneminde de devam etmiştir.

Üst hakkı kavramının oluşumunda *Ius Civile* ile *Ius Honorarium* tarafından farklı değerlendirilen temel bir hukuki ve ekonomik sorun vardır. *Ius Civile*'ye göre üst hakkı diğer tüm mülkiyet hakkını sınırlandıran irtifak haklarından farklı olarak değerlendirilmesi gereken bir kurumdu. Zamanın ekonomisinin ihtiyaçlarına uygun olarak²⁶⁹ ortaya çıkartılmıştı. *Ius civile*'ye göre üst hakkı sahibinin aynı bir hakkı bulunmuyordu. Arazi maliki ya arazinin mülkiyetini devrederek ya da arazinin üzerinde halihazırda bulunan veya arazi sahibinin dışındaki kişiler tarafından inşa edilmesi planlanan binaların inşa hakkını veya kullanım hakkını kira sözleşmesi ile başkasına devredebiliyordu. Bu sözleşmesel ilişki tezin önceki bölümlerinde²⁷⁰ bahsedilen mülkiyet hakkının bütünlüğü ilkesiyle çelişmeyen ve zamanın ihtiyaçlarını karşılayan basit hukuki bir çözümdü.

²⁶⁹ Cumhuriyet döneminin son yüzyıllarında nüfusun artması ve özellikle Roma şehri ve civarının yoğun göç alması sonucu konut yetersizliği sorunu ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: STOOP, Ben; Law and Economy, s. 51

²⁷⁰ Bkz: Gai. Ins. 2.73 ve Seneca, ep. 8.3.: Superficies solo Cedit kuralı

Herhangi bir yasal sorun ortaya çıktığında, arazinin mülkiyetini edinen kişi *actio empti*²⁷¹ ile eski malike karşı hakkını öne sürebiliyordu. Binanın kullanımını kira sözleşmesi ile edinen kiralayan statüsündeki kişi ise hakkını yine bu sözleşmesel ilişkiye dayanarak *actio conducti*²⁷² ile öne sürebiliyordu.

D.43.18.1.1. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.”

Her kim başkasına ait arazi üzerinde üst hakkına sahip ise causa cognita dava hakkına güvenmelidir. Eğer o (üst hakkı sahibi) kiralamış ise kiraya ilişkin davayı veya satın almış ise, alım-satım ilişkili davayı arazi sahibine veya satıcıya açabilir. Ve eğer arazi maliki onu engelliyorsa, o (üst hakkı sahibi) bir dava açarak menfaatinin kapsamını elde edebilir; eğer başka bir kimse tarafından engellenirse, arazi sahibi dava açma hakkını ona devir ve teslim etmelidir. Ancak, kiranın varlığı hususunda bir belirsizlik olabileceği ve zilyetliğe dayanılarak dava açmanın şahsi dava açmaktan daha yararlı olabileceği bu durumda, bu interdictum’u sağlamak ve quasi in rem bir dava hakkı vermek en avantajlı düzenlemedir.

²⁷¹ Actio empti: Kaynaklarda actio de empto olarak da geçen dava alım satım aktinden doğan rahat zilyetliğini sağlayamayan ve alım satımdan doğan borçlarını yerine getiremeyen satıcıya karşı alıcının açtığı davadır. Tanım için bkz: UMUR, Z., Lügat, s. 6.

²⁷² Actio conducti: Locatio conductio (kira, hizmet ya da eser sözleşmesi) sözleşmesinde sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmeyen kiralayana karşı kiracının açtığı davadır. Tanım için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 3.

D.43.18.1.1'e göre üst hakkının kuruluş türüne göre devralan kişi malik ile aralarındaki hukuki ilişkisinin türüne göre ya kiralayan gibi ya da yeni malik gibi hareket etme imkanına sahip oluyordu. Üçüncü bir kişi tarafından üst hakkı sahibinin haklarının engellendiği durumda ise, arazi maliki dava açma haklarını üst hakkı sahibine devrederek üst hakkı sahibine yasal bir koruma sağlıyordu.

Bu çözüm, aslında kamu arazilerinin kullanımının özel kişilere devredilmesini düzenleyen eski yasalardan kaynaklanıyordu. Kamu arazilerinin devredilmezliği ilkesine paralel olarak yalnız belirli kişilere imtiyaz tanınarak bu arazilerin kullanımlarının devredilebileceği ve bu sözleşmesel ilişkinin *Ius Civile* tarafından koruma altına alınması söz konusuydu.

Ancak özellikle Cumhuriyet döneminin son yüzyıllarında Romanın nüfusu, yaşayanların sayısıyla yerleşim alanlarının miktarı arasında açık bir eşitsizlik ortaya çıkardı. Ekonomik açıdan roma geleneklerinde yer alan tek katlı evlerin inşası yerine çok katlı binaların inşasına başlanması mecburiyeti doğdu. Hukuki açıdan ise, özel kişiler arasında artan ekonomik ilişkiler, popülasyonun artması, pleblerin artan bir ekonomik güçle patriciusları bastırmaya başlamaları, kamu arazilerinin kullanımının devri konusundaki yasal düzenlemelerin, özel ilişkiler bakımından ne ekonomik ne de yasal olarak kişilere gerekli korunma ve güven ortamının sağlanamamasına yol açtı. *Ius Civile*'nin düzenlemeleri yetersiz hale geldi. Bu noktada *Praetor*'lar *Ius Honorarium*'u geliştirecek ve üst hakkı sahibine daha hızlı, güçlü ve güvenli bir koruma yolu sağlayacak bir formül geliştirdiler: *Interdictum de superficibus*. Bu *interdictum* ile rahat kullanımı engellenen üst hakkı sahibi dava açma gibi külfetli ve uzun bir işleme başvurmadan önce fiili durumunu korumak için praetor'un üst hakkı için sağladığı *interdictum*'a başvurmaktaydı.

Üst hakkının sınırlı bir ayni hak olarak görülmeye başlamasıyla birlikte *Praetor interdictum* yanında üst hakkı sahibinin ayni hakkının varlığını tanıyan *actio de superficie* ile üst hakkı sahibine bir başka koruma yolu sağladı.

D.43.18.1. pr. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Ait praetor:... . Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.”

Praetor der ki Eğer üst hakkına dayanan başka bir dava talep edilirse, gösterilen nedene göre dava hakkı verebilirim.

Superficie’ye ilişkin interdictum ve actio’nun içeriği, karakteristiği ve uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgiye ilerideki bölümlerde değinilecektir.

II. Interdictum de superficiebus

A. Genel olarak Interdictum Kavramı

Ius civile tarafından korunmayan bazı hukuki ilişkileri düzenleyen interdictum’lar praetorlar tarafından tanındılar. Kelime anlamıyla “*interdicare*” men etmek ya da yasak etmek anlamına gelmektedir.²⁷³ Bazı metinlerde yalnız yasak etmek değil “bir şeyin yapılmasını emretmek” anlamları taşıdığı da görülmektedir.²⁷⁴ Aralarında ihtilaf olan taraflardan birinin praetor’a başvurması sonucunda *Praetor* ya bir işin müsbet olarak yapılmasını ya da menfi olarak yapılmamasını emrederdi.

Interdictum’a maruz kalan taraftan çeşitli davranışları yapması veya yapmaması istenirdi. Sonucundaki davranışın çeşidine göre *interdictum*’lar sınıflandırılabilir. Bir malı iade etmesi istenilen *interdictum*’lara *interdicta restitutoria* denirdi. Bir malı ortaya çıkarılmasını emreden *interdictum*’lara *interdicta*

²⁷³ I. 4.15.1. UMUR, Z.; Roma Hukuku, 1982, s. 620 vd.

²⁷⁴ Bir şeyin yapılması anlamı taşıyan emre çoğunlukla *decretum* denilmektedir. Sonradan hepsinin ismi *interdicta* olmuştur. TALAMANCA, M., Istituzioni di Diritto Romano, s. 346 vd.

exhibitoria denirdi. Bir işin yapılmamasını emreden *interdictumlar*'a *interdicta prohibitoria* denirdi.

Bu genel grupların içinde yer alan bazı özel *interdictum*'ları da şöyle örnekleyebiliriz: *Interdictum unde vi* durumunda bir gayrimenkulün zilyetliğinin zorla elinden alınmış olduğunu iddia eden tarafın isteğine uyulur, diğer taraftan malı iade etmesi istenirdi. *Interdictum de homine libero*'da hür bir şahsı köle gibi sakladığı iddia edilen tarafa, o şahsı ortaya çıkarması için emir verilirdi. *Interdictum de migrando*'da evde oturan kiracıya, kira bedelini ödemedten eşyasını alarak evi terketmemesi emredilirdi.

Tüm bu fiili durumların *interdictum* ile koruma altına alınırdı. Burada fiili durumu korumak için *Praetor*'un emrine başvurmuş olanın veya emre itaat etmek zorunda olanın ileri sürdükleri iddiaların detayına, haklı veya haksız olunduğuna bakılmaksızın hukuki bir koruma sağlamak *interdictum*'a başvurulmaktadır. *Interdictum* fiili durumu korumak için geçici bir çözüm sağlamaktadır.

Gai. Ins. 4.141:

Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresue itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit uel an factum non sit, quod is fieri iusserit.

Bir şeyin yapılmasını emri veya yapılmaması yasağı, işi derhal sona erdirmiş olmaz, hâkimin veya *recuparatorlar*'ın önüne giderek, orada, *praetor*'un *interdictum*'una aykırı bir şey yapıp yapılmadığını ve onun yerine getirilip getirilmediğini, formula ile soruşturmak lazımdır.

Gaius'un *Institutiones*'indeki bu ifadeden yola çıkarak *interdictum*'un yalnız geçici bir durum sağladığını, emre tabi olan kimsenin emre uyup uymama kararını

bizzat vererek ya emre uygun davranışı sergileyeceğini ya da emir karşısında hakkının çiğnendiğini düşünüyorsa dava açarak hakkını arayabileceğini söylemek mümkündür.

B. *Interdictum de Superficiebus*

1. *Interdictum de Superficiebus*'un Ortaya Çıkış Zamanı

Ius Civile'nin üst hakkı sahibine sağladığı koruma, bir binanın inşasının yarattığı büyük ekonomik tutarlar için oldukça yetersizdi. Bu nedenle bu tür işlerin artmasıyla birlikte, kiralayan ya da üst hakkı sahibinin hukuki statüsünü güçlendirmek isteyen *Praetor* arazinin üstüyle ilgili yüzölçüm ilişkilerine özel bir koruma sağlamaya karar verdi: *superficiebus* yasağı. Bu yasak üst hakkının bağımsız bir ayni hak olarak gelişmesinin temel bir parçası oldu. Bu *interdictum* üst hakkı sahibine *Ius civile*'nin kabul ettiğinin dışında güvenli ve yeni bir koruma imkanı sağlamanın yanında *superficies solo cedit* ilkesini de esneten arazinin yüzeyini araziden özerk, kendi hukuki statüsüne tabii kılan bir konuma getirdi. Bu aşamada, üst hakkı kavramı kamu arazilerin devredilmesinden ayrılmış oldu.

D.43.18.1. *pr. (Ulpianus libro 70 ad edictum)*:

“*Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficiei postulabitur, causa cognita dabo.*”

Praetor der ki cebren, gizlice veya *precarium* olarak başkasından elde etmediğin, mümkün olduğu ölçüde *lex locatio conductio* hükümlerine tabi olan üst hakkından yararlanmanı engelleyen cebir kullanımını yasaklarım. Eğer üst hakkına dayanan başka bir dava talep edilirse, gösterilen nedene göre dava hakkı verebilirim.

Superficiebus yasağını *Ulpianus*'un *Praetor* beyannameleri hakkındaki yorumlarından çıkarmak mümkündür. Ancak bu korumanın Klasik dönemin

başlangıcında, *ager vectigalis*'e benzer, vatandaşlara kamu arazileri için verilen imtiyazlar zamanında mı yoksa sonradan ayrıca mı oluşturulduğu konusunda çeşitli görüş farklılıkları mevcuttur.

Beseler²⁷⁵, söz konusu *interdictum*'un *Iustinianus*'un derleyicilerinin düzenlemesinin bir ürünü olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, derleyiciler *Praetor*'un intifa hakkı için verdiği emri üst hakkına göre dönüştürmüşlerdir. Dolayısıyla Beseler'e göre ilk metinde yer alan "*Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei*" ifadesinin aslında şu şekilde olması gerekmektedir: "*Ait praetor: Uti eo fundo quo de...*"

Beseler'in teorisi Albertario²⁷⁶ tarafından eleştirilmiştir. Albertario'ya göre eski bir kavram olan "*ex lege locationis*" ifadesinin *superficiebus interdictum*'unu düzenleyen metnin içinde yer alması nedeniyle bu yasaklamanın *Iustinianus* dönemine ait olduğu savunulamaz. Nitekim, üst hakkının doğuşundan önce kamu arazilerinin başkasına devri söz konusu olduğunda *praetor*'un kamu arazilerini kiralayan kimselerin o maldan rahat yararlanması için getirdiği *interdictum*'da²⁷⁷ da "*ex lege locationis*" ifadesinin yer alması²⁷⁸ da, bu ifadenin üst hakkına has olarak değiştirilmediğinin basit bir kanıtıdır.

Pastori²⁷⁹'ye göre de üst hakkı için getirilen *interdictum* Klasik hukuk karakteri taşımaktadır. Yazara göre bu *interdictum*, *Iustinianus* döneminde yaratılmış olsaydı, o dönemde çoktan aynı bir hak olarak tanınan üst hakkı için *praetor*un bu hakka dava

²⁷⁵ SALIS, L., *Condominio e Servitu*, Studi in onore di Giuseppe Grosso, C. 4, Torino, 1971, s. 726., CARCATERRA, A., *In tema di tutela e possesso delle servitu prediali in Diritto Romano*, Bari, 1957, s. 131.

²⁷⁶ ALBERTARIO, E., *Il Possessio della superficie*, Studi di Diritto Romano, c. 2, s. 416.

²⁷⁷ *Interdictum de loco Publico Fruendo*. Tanım için bkz.: UMUR, Z., *Lügat*, s. 91.

²⁷⁸ D. 43.9.1pr. Ulpianus 68 ad ed. *Praetor ait: "quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto"*.

²⁷⁹ PASTORI, F., *La Superficie*, s. 80-81

vermek yerine yalnız ihtiyati tedbir niteliğindeki *interdictum*'u sağlaması alışlagelmişin dışında olurdu.

Toplumun dönemsel ihtiyaçlarına göre hukuku şekillendiren *Praetor*'un Klasik hukuk döneminde üst hakkı ile büyük benzerlikleri olan *ager vectigalis* ve intifa hakkını (*usus fructus*) düzenleyip, o dönemde üst hakkına koruma sağlamamış olması düşünülemez.

Nitekim önceleri, *interdictum de superficibus*'u düzenleyen D. 43.18.1.1'de, üst hakkı sahibinin üçüncü kişilerin saldırılarına karşı arazi malikinin onayıyla malikin dava açma hakkını üst hakkı sahibine devrederek koruma sağlanabileceği hükme bağlanmıştır.

D.43.18.1.1. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere.”

Her kim başkasına ait arazi üzerinde üst hakkına sahip ise causa cognita dava hakkına güvenmelidir. Eğer o (üst hakkı sahibi) kiralamış ise kiraya ilişkin davayı veya satın almış ise, alım-satım ilişkili davayı arazi sahibine veya satıcıya açabilir. Ve eğer arazi maliki onu engelliyorsa, o (üst hakkı sahibi) bir dava açarak menfaatinin kapsamını elde edebilir; eğer başka bir kimse tarafından engellenirse, arazi sahibi dava açma hakkını ona devir ve teslim etmelidir.

Arazi malikinin dava haklarını üst hakkı sahibine devir ve teslim etmesinin zahmetli ve güvensiz olduğu gerçeğinden hareketle ve bu tür ilişkilerin zamanla artmasıyla *Praetor* üst hakkı sahibine *interdictum uti possidetis*²⁸⁰ 'e benzer bir *interdictum* sağlamaya yönelmiştir. *Interdictum de superficibus* doğrudan üst hakkı

²⁸⁰ *Interdictum uti possidetis*: Halihazırda var olan bir zilyetlik fiili durumunun aynen korunmasını sağlayan bir *interdictum* türüdür. Tanım için bkz: UMUR, Z., Lügat, s. 93.

sahibinin hem malike hem de üçüncü kişilere karşı kullanabileceği bir koruma yöntemi olmuştur.

D.43.18.1.1. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.”

Ancak, kiranın varlığı hususunda bir belirsizlik olabileceği ve zilyetliğe dayanılarak dava açmanın şahsi dava açmaktan daha yararlı olabileceği bu durumda, bu interdictum’u sağlamak ve quasi in rem bir dava hakkı vermek en avantajlı düzenlemedir.

Digesta metninde Praetor’un *interdictum de superficibus*’u düzenlenlediği tüm aşamalar dikkate alındığında ve üst hakkının gelişiminin Klasik dönemde düzenlenen *ager vectigalis* ve intifa hakkının gelişimi aşamalarına paralellik gösterdiği düşünüldüğünde *interdictum de superficibus*’un Klasik dönemde yaratıldığı kanaati ön plana çıkmaktadır.

2. Interdictum de Superficiebus’un Özellikleri

Interdictum de superficibus ile üst hakkı sahibi *locatio conductio* ilişkisi içinde yer alan normal kiracıdan ayrılmaktadır. Üst hakkı sahibinin zilyet olup olmadığı tartışmaları bir kenara bırakıldığında, praetor’un sağladığı bu koruma ile üst hakkı sahibinin fiili durumu üçüncü kişilerin veya malikin saldırılarına karşı korunur.

Interdictum’u düzenleyen D.43.18.1 pr.’ye göre üst hakkı sahibinin bu *interdictum*dan yararlanmasının koşulları vardır.

D.43.18.1 pr. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto.”

Praetor der ki cebren, gizlice veya precarium olarak başkasından elde etmediğin, mümkün olduğu ölçüde lex locatio conductio hükümlerine tabi olan üst hakkından yararlanmanı engelleyen cebir kullanımını yasaklarım.

Üst hakkı sahibinin bu interdictumdan yararlanması için zilyetliğin, cebren (vi), gizlice (clam) veya precarium²⁸¹ olarak elde edilmemiş olması gerekir.

Bu interdictum, *interdicta prohibitoria*²⁸² özelliğine de sahiptir. Interdicta prohibitoria özelliğine sahip interdictum'larda Praetor D.43.18.1 pr. 'deki emrinde belirttiği gibi "...vim fieri veto." yani "kullanmayı yasaklarım" ifadesine değinilmektedir.

Aynı zamanda *interdictum de superficiebus interdicta duplica*²⁸³ türündeki Praetor yasaklamalarından biriydi.

D.43.18.1.2 (Ulpianus libro 70 ad edictum):

"Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. Tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat. Omnia quoque, quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur."

Bu interdictum çift koruma (*interdicta duplica*) sağlar, interdictum uti possidetis örneğinde olduğu gibi. Praetor üst hakkının varlığını ileri süren kimseye onun zilyetliğinin dayandığı yasal süreci doğrulamadan koruma sağlar. Onun (üst

²⁸¹ Precarium: Bir kimsenin kendisinden ricada bulunan başka bir kimseye, kullanması için, genel olarak taşınmaz bir malın zilyetliğini veya bir hakkını vermesi ve kendi istediği zaman geri alabilmesini sağlayan, Post Klasik dönemde isimli sözleşmeler grubuna giren bir aynı sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 166.

²⁸² Interdicta Prohibitoria: Bir işin yapılmamasını, yani olumsuz bir davranışın yapılmasını icap eden interdictumlardır. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 90; BUCKLAND, W. W., Text-Book, s. 732.

²⁸³ BUCKLAND, W. W., Text-Book, s. 740.

hakkı sahibinin) tek ihtiyacı zilyetliği karşı kimseden şiddetle, tehditle veya precarium ile almamış olmasıdır. Ve arazinin zilyetliğine ilişkin interdictum'un tüm şartları burada da uygulanır.

Interdicta duplica'ların özelliği herhangi bir ihtilaf halinde, her iki tarafın da dava açma hakkı olduğu için, ihtilaf halindeki tarafların her ikisine birden emir vermesidir.

Interdictum de superficiebus davacı olacak tarafların hakkını koruyan bir koruma yöntemi değildir. *Praetor* dava açılana ya da sonuçlanana kadar ileride doğabilecek hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için yalnız rahat kullanımı engellenen tarafın fiili durumunu korumaya yönelik olarak bu yasaklamayı getirmiştir. Yasağa maruz kalan taraf ister praetor'un emrine uyarak fiili durumun korunmasını sağlar isterse emre uymaz ve kendi iddia ve hakkını savunmak için dava açar.

III. Actio de Superficie

A. Roma Hukukunda Davaların Sınıflandırılması

Roma Hukukunda hak ile dava (*actio*) arasında sıkı sıkıya bir ilişki mevcuttur. Bir hakkın oluşması ve hukuki bir kurum olarak değerlendirilmesinde davaların özel bir önemi vardır.²⁸⁴ Roma'nın en eski dönemlerinden itibaren kişiler Krallık döneminde krala, Cumhuriyet döneminde magistralara veya yargı işlerinden sorumlu praetor'lara başvurarak haklarını arama yoluna gitmiştir.

Romalılar *actio*'yu *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde “*actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur*” (I. 4, 6, pr.) ifadesiyle tanımlar. Bu latince

²⁸⁴ TAHİROĞLU, B., ERDOĞMUŞ, B., Roma Usul Hukuku, İstanbul, 1997, s. 8.

ifadeye göre *actio*, kendisine ait olan şeyi, hakim önünde talep etmek hakkından başka bir şey değildir.²⁸⁵

Actio'nun bu tanımından, Romalıların *actio* kavramını bir hak (*ius*) olarak gördükleri ortaya çıkmaktadır. Hakkının ihlal edildiğini düşünen taraf yani *actor*²⁸⁶, hakkının ihlal edildiği iddiasıyla, karşı tarafa yani *reus*²⁸⁷'a dava açmak suretiyle hakkını aramaktadır.

Roma'da *Praetor, Ius Civile*'nin dava hakkı tanımadığı bazı hukuki durumlara, hakkaniyet gereği uygun gördüğü takdirde bir dava hakkı tanırdı. Böylece bir hakkın söz konusu olmadığı hukuki fiiller de korunmuş olurdu. Aynı şekilde, *Ius Civile*'nin tanıdığı bazı ilişkilerde de hakkaniyet gereği dava hakkı vermeyebilirdi.²⁸⁸ Kimi halde de dava hakkını tanımakla birlikte davacıya bir def'i (*exceptio*) tanıyarak, davanın sonucunda gerçekleşecek mahkumiyeti önleyebilmekteydi.²⁸⁹

Praetor'un uygulamaları doğrultusunda Roma hukukunda, korunan haklar ve bunun yanında korunan fiili durumlar mevcuttur. Romalıların, roma hukuku kaynaklarında hak yerine çoğunlukla *actio* kavramını kullanması hak (*ius*) ve dava (*actio*) arasında *Praetor* tarafından yaratılan ki bu sıkı bağı göstermektedir.

²⁸⁵ Aynı ifade D. 44, 7, 51'de Romalı hukukçu Celsus'un ifadelerinde de yer almaktadır. KARADENİZ - ÇELEBİCAN,Ö., Roma Hukuku, s. 118.

²⁸⁶ Actor: Kelime harekete geçmek manasına gelen "agere" fiilinden türetilmiştir. Davada aktif tarafı, davacıyı tanımlamak için kullanılmaktadır.

²⁸⁷ Reus: Davada pasif tarafı, kendini savunmak zorunda olan, davalı tarafı tanımlamak için kullanılmaktadır.

²⁸⁸ Denegare actionem: Dava hakkını reddetmek. *Praetor*'un, davacıya, hâkim önünde hakkını savunması imkanını tanımaması, yani istediği formula'yı vermemesi. Bkz. UMUR, Z., Lügat, s. 56.

²⁸⁹ UMUR, Z., Roma Hukuku, s. 512

Romalılar günümüz çağdaş özel hukuk sisteminin temelini oluşturan aynı hak-şahsi hak ayrımını yapmışlardır.²⁹⁰ Hak ve dava'nın sıkı bağından dolayı, davalar da şahsi dava (*actiones in personam*), aynı dava (*actiones in rem*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım ve iki dava türü *Gaius*'un *Institutiones*'inin davalara ilişkin olan üçüncü bölümünde tarif edilmiştir:

Gai. Ins. 4, 1.:

“Superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus, quot genera actionum sint, uerius uidetur duo esse, in rem et in personam.”

Geriye davalardan bahsetmek kalıyor. Ve kaç çeşit dava olduğunu sorgularsak aynı ve şahsi olmak üzere iki tane olduğunu söylemek daha doğru görünüyor.

Gai. Ins. 4, 2.:

“In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.”

Şahsi dava, bir sözleşme kapsamında veya haksız fiilden dolayı borçlu olanı, yani bize bir şey vermek, yapmak yahut bir edimi yerine getirmekle yükümlü olan tarafı bizim şahsen takip etmemiz imkanını verir.

Gai. Ins. 4,3.:

“In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue, aut cum actio ex diuerso aduersario est negatiua.”

Aynı bir dava, maddi bir mülkiyetin bize ait olduğunu iddia ettiğimiz ya da mülkiyet üzerinde belirli bir hakka, örneğin kullanma, semerelerinden yararlanma hakkına sahip olduğumuz durumda; ya da başka birinin

²⁹⁰ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 119.; SOHM, R., The Instituties of Roman Law, Oxford, 1982, s. 186.

topraklarından geçme, araba ile geçme; ya da topraklarından su geçirme, ve ya bir belirli bir yüksekliğe kadar inşaat yapmak veya manzarayı engellemek gibi durumlar söz konusu olduğunda söz konusudur.

Gaius'un tanımlamasından da anlaşıldığı üzere aynı davalar, başta mülkiyet hakkı olmak üzere, sınırlı aynı haklar olarak tanımlanan intifa, üst hakkı, uzun süreli kira hakkı, rehin hakkı gibi hakları da koruyan ve söz konusu hakkı ihlal eden herkese karşı hak sahibi tarafından açılabilen davalardır. Şahsi davalar ise genel olarak borç ilişkilerinden ve haksız fiillerden doğan, yalnız borç ilişkisi taraflarının birbirlerine karşı yahut bir haksız fiilden zarar görenin, haksız fiile yol açan kişiye karşı açabileceği davalardır.

Roma'daki aynı-şahsi dava genel sınıflandırmasının altında *Praetor*'un hukuk yaratması sonucu ortaya çıkan çok çeşitli dava türleri vardır. Üst hakkına ilişkin olarak *Praetor* tarafından tanınmış *Actio de superficte* de aynı bir dava olarak tanımlanmaktadır. Ancak, üst hakkının *Iustinianus* döneminde aynı bir hak olarak nitelendirilmesine kadar geçen süreçte üst hakkına ilişkin *actio de superficte*'nin hukuki mahiyetindeki değişimi ve doktrinsel tartışmaları incelemekte yarar vardır.

B. *Actio de Superficie*'nin Sınıflandırılması

1. *Causa Cognita* Özelliği

Praetor, Postk Klasik dönemde, üst hakkı sahibine (*superficiebus*) *actio de superficte* adında bir dava hakkı tanımıştır. Kaynaklarda bu davanın herhangi bir tanımı bulunmadığı gibi belirli bir dava sınıflandırmaya da dahil edilmemiştir. *Actio de superficte* kendine has yapısı olan ve birçok dava türünün özelliklerini içinde barındıran bir yapıya sahiptir.

Actio de superficte, *Praetor* tarafından üst hakkı sahibine tanınmış, malik ile üst hakkı sahibinin arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak üst hakkı sahibinin arazi üzerinde

halihazırda mevcut olan bir binayı kullanmasını ya da arazi üzerine bir bina inşa etmesini engelleyen malik ya da üçüncü kişilere karşı açılabilen *actio in rem* (ayni dava) özelliğine sahip bir davadır.

Bu dava D. 43.18.1 pr. incelendiğinde *causa cognita* olarak verilen bir dava türüdür. *Causa cognita* davalarda ihtilaflı olan bir durumun bizzat magistra tarafından incelenmesi, araştırılması söz konusudur.²⁹¹ *Causa cognita* dava hakkı tanıyarak ortak bir dava hakkı tanımak yerine, her somut olay ayrı ayrı incelenerek dava hakkı tanınıp tanınmayacağı değerlendirilir. Praetor bu inceleme sonucunda dava hakkı verip vermeyeceğine karar vermektedir. *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'un yorumu şu şekildedir:

D.43.18.1. pr. (Ulpianus libro 70 ad edictum):

“Ait praetor: Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.”

Praetor der ki Eğer üst hakkına dayanan bir dava talep edilirse, gösterilen nedene göre dava hakkı verebilirim.

Ulpianus'a göre *actio de superficie* genel olarak tüm üst hakkı sahiplerine tanınmış bir dava hakkı değildir. *Ulpianus*'un yorumunda davadan bahsederken “*causa cognita dopo*” ifadesine yer vermiş olması yalnız belirli koşulları taşıyan üst hakkı sahibine dava hakkının tanınabileceği şeklinde yorumlanmaktadır. Örneğin üst hakkı ilişkisinin belirli süreli bir kira sözleşmesine dayandığı durumlarda dava hakkı tanınamayacağını, ancak *locatio ad non modicum tempus* 'taki gibi süre belirlenmemiş bir kira sözleşmesine dayanan üst hakkına ilişkin olarak bu dava hakkının verilebileceği savunulmaktadır.²⁹²

²⁹¹ UMUR, Z., Lügat, s. 38.

²⁹² GARCIA, A. Z., La superficie, s. 121

D.6.1.75'te de Ulpianus benzeri bir yorumu yapmaktadır: “(superficiario)... *Praetor causa cognita in rem actionem pollicetur.*”, “*Praetor causa cognita (sebebini araştırarak) aynı bir dava vereceğim*”

Kimi yazarlar ²⁹³ , “*causa cognita*” özelliğinin *Iustinianus* zamanında *commnetatorlar* tarafından metne eklenmiş bir kavram olduğunu iddia etmektedir. Savigny'e göre *causa cognita* aynı davalara özgü bir durumdur. Bu sebeple üst hakkı sahibine praetor tarafından *causa cognita* olarak üst hakkına ilişkin *actio de superficie*'nin verilmesi *Iustinianus* döneminde getirilmiş bir yeniliktir.

Ancak, Pastori ²⁹⁴ 'ye göre, “*causa cognita*” terimi tamamen Klasik hukuk dönemine özgü bir kavramdır. Bu nedenle, üst hakkının *Iustinianus* döneminde aynı bir nitelik kazanıncaya kadar geçirdiği evreler dikkate alındığında üst hakkına Klasik hukuk döneminde tanınan *interdictum*'un yanında “*causa cognita*” bir dava imkânı tanınması gelişimin olağan akışına uygundur.

Kanaatimce, *Iustinianus* zamanında zaten aynı bir nitelik kazanmış olan üst hakkına tanınmış bir dava olan *actio de superficie*'ye derleyiciler tarafından *causa cognita* imkânı tanınması uygun değildir. *Iustinianus* döneminde üst hakkının kira sözleşmesine göre mi yoksa satım sözleşmesine göre mi kurulduğuna bakılmaksızın üst hakkının aynı bir nitelik kazandığı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, D.43.18.1. pr.'de Ulpianus'un yorumuyla praetor'un üst hakkının kira sözleşmesine göre kurulduysa bu sözleşmenin uzun süreli olup olmadığına göre üst hakkına sebebini araştırarak (*causa cognita*) bir dava hakkı tanınması uygun değildir. *Causa cognita* özelliği, Klasik hukuk döneminde *Praetor*'un üst hakkına ilişkin *interdictum*'u uygulanırken, hakkaniyet

²⁹³ SAVIGNY, Traite de la Possession en Droit Romain (çev. V.de Meulanaere), Paris, 1893. Naklen: ATAÇ, H., Roma Hukukunda Üst Hakkı (Superficies), İstanbul, 1999 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

²⁹⁴ PASTORI, F., Sulla struttura dell'actio de Superficie, Studi in Onore di Arnaldo Biscardi, c. 6, Milano, 1987, s. 326.

gereği fiili durumun korunamayacağı durumlarda, her bir somut olay incelenerek uygun görüldüğü takdirde üst hakkı sahibine tanınabilecek ek bir dava hakkıdır.

2. *In factum* özelliği

Actio de superficie'nin niteliği praetor'un beyannemesinde kesin bir şekilde belirtilmediği için, roma hukukçuları söz konusu davayı sınıflandırmak için çeşitli tartışmalara girmişlerdir. Bu tartışmaların temelinde davanın ve davaya tanınan özelliklerin Klasik hukuk döneminde mi doğduğu yoksa *Iustinianus* döneminde *commentator*ların düzenlemeleri sonucu mu geliştirdiği konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Davanın temel özelliklerinden biri olan “*in factum*” yapısının hangi dönemde ortaya çıktığının tespiti önem arz etmektedir.

“*In factum*”²⁹⁵ dava, *Ius Civile*'ye göre bir hak olarak nitelendirilmeyen, bu nedenle davası olmayan ancak *Praetor*'un korunmasını hakkaniyete uygun bulduğu hukuki durumlar için *formula*'nın *intentio* kısmına dahil ederek bu hukuki durumu koruduğu hallerdir. *Formula*'ya eklenen “*in factum*” özelliği ile *Praetor* hakime dava konusunun doğruluğunu tespit etme ve tespit ettiği takdirde davalıyı mahkum etme yetkisi verirdi.

Gai 4,46:

“*Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea uerba, per quae iudici damnandi absoluendiue potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius uocauit. nam in ea ita est:*”

Diğer Formulaların belirtilen (*Ius civile*'de yer alan) olgulara dayandığını söylüyoruz, yani bu tür iddialar onlara (*Ius civile*'de belirtilmiş haklara)

²⁹⁵ *Actiones In Factum Conceptae*: TALAMANCA, M., *Diritto Romano*, s. 74 vd.; UMUR, Z., *Lügat*, s. 15.

referansla yapılmaz; ancak, (dava konusu hukuki durum) formulanın başına “in factum” olarak belirtilmişse, hakime sanığı mahkum etmek yada beraat ettirmek için yetki verilir.

Actio de superficie’ye “in factum” özelliğinin verildiği zaman hususunda çeşitli görüşler mevcuttur. Lenel’e göre²⁹⁶ *Praetor*’un yasaklaması ile dava hakkı tanınmasının üst hakkına ilişkin beyannamede kullanılması tipik bir *commentator* yöntemidir. Biondi’ye²⁹⁷ göre, derleyiciler her zaman *Praetor*’un verdiği yasaklar ile tanıdığı davalarını birleştirme eğilimindedir. Ancak Pastori’ye²⁹⁸ göre asıl olan Klasik hukuk döneminde *Praetor*’un tanıdığı yasaklar ile davaların karıştırılması ve hatta birleştirilmesinin hatalı bir yaklaşım olduğudur.

D.43.18.1.4’de *Ulpianus* üst hakkı davasının in factum özelliğinin ilişkin atıfta bulunmaktadır.:

D. 43.18.1.4 (*Ulpianus 70 ad ed.*):

“Is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. Plane si adversus superficiarium velit vindicare, dicendum est exceptione utendum in factum data: nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.”

Ayrıca arazisine bina yapılmış olanın hakkaniyete ihtiyacı yoktur, ancak toprağı geri kazanmak için aynı bir davası vardır. Açıktır ki, bina hakkına sahip olan kişi (üst hakkı sahibine) dava açmak isterse, “in factum” bir istisnadan yararlanabilir, çünkü herhangi birine bir dava açılması durumuna göre, daha çok hak sahibi olduğunu söylememiz gerekir. Daha fazla sebebi olduğu için, bir istisna hakkına sahiptir.

²⁹⁶ LENEL, O., Das Edictum Perperuum, Leipzig, 1907, s. 224-225.

²⁹⁷ BIONDI, B., La catagoria, s. 480.

²⁹⁸ PASTORI, F., Sulla Struttura, s. 334-335.

Actio in factum bir hak tanınması üst hakkı sahibine Klasik dönemde atfedilen kira sözleşmesi tarafı statüsü ve bu ilişkiden doğan şahsi haklarının var olduğu gerçeği ile paraleldir. *Praetor, Ius Civile* tarafından üçüncü kişilerin saldırısına karşı korunmayan üst hakkı sahibini kendi vesayetinde korumayı amaçlamıştır. Nitekim üst hakkı sahibine öncelikli olarak bir *interdictum* sağlamıştır. Bu *interdictum*'un yetmediği durumlarda da *Ius Civile*'nin kaidelerine aykırı davranmamak adına aynı bir dava hakkı vermek yerine *causa cognita* bir dava hakkının yanında *in factum* özelliği olan bir dava hakkı tanımıştır. *In factum* özelliğinin Klasik dönemde getirildiği kabul edilmelidir, çünkü *Iustinianus* döneminde üst hakkına ilişkin dava aynı bir nitelik kazanacaktır.

3. *Actio in Rem Utilis* Özelliğinin Verilmesi

Üst hakkına *in factum* bir dava hakkı tanındıktan sonra bu davanın yavaş yavaş aynı niteliğe bürünmeye başladığı ve *Iustinianus* döneminde aynı bir nitelik kazandığı ileri sürülmektedir.²⁹⁹ Nitekim bu gelişimin başında, Klasik dönemde *praetor*'un üst hakkının niteliğine benzeyen diğer irtifak haklarına ve üst hakkının gelişiminde önemli bir role sahip olan *ager publicus* veya *locus publicus*'lar için eskiden beri uygulamada olan hükümlere atıf yapması olağan bir davranıştır. Bu nedenle *actio in rem vectigalis*, *praetor*'un, üst hakkı sahibine kendisini üçüncü kişilerin saldırılarından koruyacak bir dava verme konusunda bir referans noktası olmuştur. *Ager vectigalis*'lere tanınan *actio in rem vectigalis* kıyasen diğer bir ifadeyle “*in rem utilis*”³⁰⁰ olarak üst hakkına uygulanmaya başlanmıştır.

Paulus üst hakkına ilişkin davanın “*utilis*” özelliğinden D. 13.7.16.2'deki metninde bahsetmektedir:

²⁹⁹ PASTORI, F., La superficies, s. 104.

³⁰⁰ Actiones Utiles: Actiones ficticiae olarak da geçen, mevcut olan bir *ius civile* davasının ve bazen bir *Praetor* davasının, uygulama sahasını genişletmek için, özellikle *intentio*'ya bir faraziye ilave ederek, *praetor*'un yarattığı yeni dava çeşididir. Tanım için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 16.

D. 13.7.16.2 (Paulus 29 ad ed.):

“Etiam vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficarium, quia hodie utiles actiones superficariis dantur.”

Sadece yüzeyi söz konusu olduğu için, süresiz kiraya konu olan araziler de rehin verilebilir; çünkü şu anda yüzeysel hakların kazanıldığı taraflara utiles davalar verilmektedir.

Digesta’da yer alan birçok metinde davalara ilişkin olarak superficies ve *ager publicus*’tan bir arada bahsederek söz konusu kurumların niteliklerini birbirine yaklaştırmaktadır.

D.10.2.10 (Ulpianus 19 ad ed.)

“Item praedia, quae nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia vel superficaria: nec minus hae quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet.”

Ayrıca, mirasımıza ait olan gayrimenkuller ve sürekli kiralanan araziler (*ager vectigalis*) veya üst hakkına ilişkin olanlar. Miras bırakanın başkasına ait olsa bile iyi niyetle sahip olduğu mallar bu kuralın kapsamına girer.

Klasik dönemde hem *Paulus* hem de *Ulpianus* yorumlarında *ager publicus*’lar için var olan *actio in rem vectigalis* davasının kıyas yolu ile üst hakkına da uygulanabileceğini kabul etmişlerdir.

D.7.4.1pr. (Ulpianus 17 ad sab.):

“... proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.”

...Bu nedenle, bir intifa hakkı teslim edildiğinde veya sürekli bir kiralama (*ager vectigalis*) veya arazi yüzeyinin işgali (üst hakkı) yoluyla yaratıldığında, medeni hakların kaybedilmesiyle kaybedilir.

Bu metinde de *Ulpianus*’un *ager vectigalis* ile *superficies*’i kıyaslaması ve varlıkların aynı sonucu yüklemesi söz konusudur.

Bazı yazarlar³⁰¹, *Paulus*'un metninin enterpolasyona uğradığını iddia eder. Ancak *Paulus*'un bahsettiği üst hakkına ilişkin dava için getirilen *utiles* özelliği söz konusu davaya Klasik dönemde tanınmıştır. *Iustinianus* zamanında üst hakkına ilişkin olarak tanınan dava aynı ve kendine özgü bir niteliğe büründüğünden *utiles* özelliğinin sonraki dönemlerde verildiği savı gerçeği yansıtmamaktadır.³⁰²

Başka bir metinde *Ulpianus*, üst hakkına ilişkin davanın diğer sınırlı aynı haklara tanınan davaya kıyasen uygulanacağı belirtmiştir:

D.39.1.3.3 (Ulp. 52 ad ed.):

“Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? movet, quod quasi inquilinus sum: sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutium causa actio mihi dabitur et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.”

Eğer sadece arazi üzerinde bir hakkım varsa ve komşum tarafından yeni bir bina yapılmaya çalışılıyorsa, ona vazgeçmesi için ihbarda bulunabilir miyim? Bu durumda bir engel vardır, çünkü ben sadece kiracıyım. Bununla birlikte Praetor, bana bir aynı dava vererek, ki bu dava bir irtifak davası temelinde şekillenmiş olacak, işlemini durdurma bildiriminde bulunma hakkı verilebilir.

Ulpianus bu metinde üst hakkı sahibinin bir kez daha kiracı statüsünden bahseder, ancak üst hakkı sahibinin normal bir kiracı olarak değerlendirilemeyeceğini de bildirir. Bu sebeple *praetor* diğer tüm sınırlı aynı haklara dava hakkı tanınması gibi üst hakkına da kıyasen uygulanacak bir dava hakkı tanınmalıdır.

Sonuç olarak, Praetor Klasik dönemde üst hakkına ilişkin olarak tanıdığı davaya öncelikli olarak bir *causa cognita* özelliği vererek söz konusu davayı yalnız üst hakkına uygulanabilir özerk bir niteliğe büründürmüştür.³⁰³ Aynı zamanda, davaya *actio in rem*

³⁰¹ ALBERTARIO, E., “Il pegno della superficie”, Studi di Diritto Reali, s. 465.

³⁰² PASTORI, F., La superficie, s. 151.

³⁰³ PASTORI, F., a.g.e, s. 116.

utiles özelliği vererek üst hakkına ilişkin davanın içeriğini *in rem vectigalis* içeriğine benzeterek şekillendirdi.³⁰⁴ *Ager vectigalis*'ten farklı olarak üst hakkına ilişkin davaya gerçek bir dava hakkı verilmesi dönemin koşulları içinde *ius civile*'nin prensip ve kurallarına aykırı olduğu için mümkün olmamıştır. Ancak *ius honorarium*'da hakime “*in factum*” bir takdir yetkisi tanınması ve içtihatları uygulamaların “*utiles*” olarak genişletilmesiyle Klasik dönemde üst hakkına ilişkin dava koruması sağlanmaya çalışılmıştır.

4. *Quasi in Rem* Olarak Bir Başka Sınıflandırması

Klasik hukukta üst hakkının hukuki niteliğinin özerk bir yapıya sahip olmaması onu diğer irtifak haklarıyla kıyaslamaya ve yakınlaştırmaya sebep olmuştur.

D.43.18.1.6 (Ulpianus 70 ad ed.) :

“*Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum sive usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est.*”

Yine toprağın yüzeyinde hak sahibi olan kimseye aynı dava açılmış olduğu için, aleyhine açılmış sayılır., bir nevi intifa hakkı veya kullanma hakkına sahip olduğu ve hakkının preator tarafından tanınan davalarla ileri sürülebileceği düşünülmektedir.

Özellikle intifa hakkı kurumu ile nitelik bakımından benzer içerikte olması intifa hakkına uygulanan kuralların ve intifa hakkını koruyan yasal düzenlemelerin kıyasen üst hakkına da uygulanabilir olduğu düşüncesine yol açmıştır.³⁰⁵

İntifa hakkının gelişimine bakıldığında intifa hakkının ilk olarak “*pars rei*” yani mülkiyetin bir parçası olarak görüldüğü bu nedenle yalnız “*uti frui*” yani kullanma ve

³⁰⁴ BIONDI, B., La catagoria, s. 492.

³⁰⁵ PASTORI, F., La superficie, s. 123.

semelerinden yararlanma yetkilerini içeren fiili bir durum olduğu kabul edilmişti.³⁰⁶ Sonradan kullanma ve yararlanma yetkisinin *habere possidere* olarak ifade edilen mülkiyet hakkı sahibinin sahip olma dolayısıyla kullandığı yetkilerden ayrılmasıyla intifa hakkı mülkiyetten bağımsız *iure in re aliena* (sınır ayni hak) bir yapıya sahip oldu.³⁰⁷ Üst hakkı da tıpkı intifa hakkı gibi kendi hukuki özerkliğinden yoksun bir yapıyla doğdu.³⁰⁸ Ancak üst hakkı sahibine tanınan yetkilerin mülkiyetten bağımsız olarak aynı bir nitelik kazanmasıyla intifa hakkı gibi bağımsız bir nitelik kazandı. Bu bağımsız niteliğe tanınan davaya da *quasi in rem* ayni hak benzeri bir dava niteliği sağlandı.³⁰⁹

Üst hakkı ile intifa hakkı arasındaki bir başka benzerlik de önceki bölümlerde değinilen zilyetlik durumuna ilişkin gelişimdir. İntifa hakkı için Praetor tarafından sağlanan *interdictum*, *interdictum de superficiebus*'a benzer bir yapıya sahiptir.³¹⁰ Tek fark üst hakkına ilişkin fermana “*uti frui*” ifadesi varken, üst hakkına ilişkin fermana yalnız “*frui*” ifadesinin yer almasıdır. Bu fark da temelde başkasının malını kullanma yetkisini içerdiğinden göz ardı edilebilir. Nitekim üst hakkı sahibinin ve intifa hakkı sahibinin malı elinde bulundurma ve kullanma yetkisi *praetor*'un *edictum* aracılığıyla koruma altına aldığı özel bir zilyetlik türüne dönüşmüştür. Temelde her iki yasak da *praetor* tarafından tanınmış olup, hak sahibine *quasi possessio* zilyetlik benzeri bir statü sağlamıştır. Hem hakkın içerdiği yetkiler hem de zilyetlik durumu değerlendirildiğinde,

³⁰⁶ GROSSO, G., *Le servitu' prediali*, Torino, 1969, s. 204.

³⁰⁷ PASTORI, F. *La superficie*, s. 124.

³⁰⁸ LONGO, C., *La categoria delle servitudes nel diritto romano*, BIRD, c. 11, fas. 1, 1898, s. 311.

³⁰⁹ LONGO, a.g.e., s. 312.

³¹⁰ FEENSTRA, R., *Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction*, *New Perspectives in Roman Law of Property*, Essays for Barry Nicholas, Oxford, 1989, s. 117.

praetor fermanında getirilen üst hakkına ilişkin yasağın yanında üst hakkı sahibine tanınan davanın da *quasi in rem* nitelikte olabileceği söylenebilir.³¹¹

IV. *Actio Publiciana in Rem Utilis*

Actio publiciana in rem, *Ius civile*'nin tanıdığı *Quirites* mülkiyetini doğru tasarruf işlemleri ile devralamamış veya malik olmayandan malı devralmış malı zilyet olarak elinde bulunduran kişinin *Quirites* hukukuna göre malik olabilmesi için gerekli zamanaşımı şartlarını sağlayıp yalnız zamanaşımı ile iktisap şartlarından zaman koşulunu sağlamak için üçüncü kişilerin kendisinin rahat zilyetliğini engellediği durumlarda, o kişilere açtığı davadır.³¹² Bu dava sonucunda malı elinden çıkmış zilyet zamanaşımı ile iktisap için gerekli olan kesintisiz olarak malı malikmiş gibi elinde bulundurma koşulu farazi olarak sanki hiç kesilmemiş gibi yada zamanaşımı koşulunu sağlamış gibi malın zilyetliğini geri veriyordu. Bu sebeple bu dava *actiones ficticia*³¹³ kategorisine giriyordu.

Actio publiciana in rem açma hakkı malı zamanaşımı ile iktisap edebilecek iyiniyetli zilyede tanınmıştır.³¹⁴ Burada bahsedilen zilyetlik üst hakkı sahibinde olmayan gerçek zilyetlik durumudur. Üst hakkı sahibi ancak *Iustinianus* döneminde *quasi possessor* zilyetlik benzeri bir olarak nitelik kazanmıştır. Bu durumda üst hakkı sahibinin fiili durumunu engelleyen üçüncü kişilere karşı *actio publiciana in rem* açabilme yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır.

³¹¹ PASTORI, F., *La superficie*, s. 127.

³¹² KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., *Eşya Hukuku*, s. 231; Tanım için bkz.: UMUR, Z., *Lügat*, s. 11.

³¹³ Davanın formulasında yargıca davacıyı sanki zamanaşımı süresi tamamlanmış ve malik olmuş gibi kabul edilmesi konusunda bir talimat veriliyordu. Bkz. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., *Eşya Hukuku*, s. 232.

³¹⁴ Zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., *Eşya Hukuku*, s. 185 vd.

Digesta'nın Actio Publicana in rem'i düzenleyen 6. Kitabının 2. Bölümünde üst hakkına ilişkin olarak söz konusu davanın verilmesi Paulus tarafından değerlendirilmiştir.

D. 6.2.12.2 (Paulus 19 ad ed.):

“In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.”

Süresiz kiralamalar ve intifa yoluyla edinilemeyen diğer gayrimenkuller söz konusu olduğunda, arazinin iyiniyetli şekilde teslim edilmesi durumunda Actio Publicana verilir.

D. 6.2.12.3 (Paulus 19 ad ed.):

“Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.”

Arazinin üstünü beraberinde taşıyan bir evi malik olmayan bir kimseden iyiniyetle satın aldığımda da aynı kural geçerlidir.

Bu metinlere göre, üzerinde üst hakkı dayanarak üzerine bina inşa edilmiş evlerin üçüncü kişilere satılmış olması durumunda, evi gerçek malik olmayandan alan iyiniyetli zilyede bu davayı açma hakkı verilmektedir.

Lenel³¹⁵, zamanaşımı ile iktisabın üst hakkına uygulanamaz olduğu gerekçesiyle *actio publicana*'nın yüzey ilişkilerine uygulanamayacağını savunmuştur. Nitekim özellikle Klasik dönemde üst hakkı sahibine zilyetlik yetkisinin dahi verilmediği düşünüldüğünde üst hakkı sahibi ve üst hakkı sahibinin ilişkiye girdiği üçüncü kişiler bakımından zamanaşımı ile üst hakkına konu ev veya binanın mülkiyetini kazanmak, zamanaşımı ile iktisabın engellendiği durumlarda da *actio publicana* davasını açabilmek mümkün değildir.

³¹⁵ LENEL, O., Edictum Perpetuum, s. 173.

Biondi³¹⁶, *actio publicana* ve benzeri davaların özellikle üst hakkının kira sözleşmesi dışında satım sözleşmesi, bağış veya miras yoluyla kurulduğu durumlarda, *praetor* tarafından üst hakkı sahibine tanınmış olduğunu ileri sürer.

Pastori³¹⁷, *actio publicana*'nın geleneğinde mülkiyete, *traditio*'ya ve zilyetliğe ilişkin kurallar olduğu için üst hakkı sahibine *actio publicana* açma yetkisinin verildiğini kabul etmemektedir. Mülkiyet hakkına ilişkin tüm bu kavramlar üst hakkı ile bağdaşmamaktadır. Ancak hukukçunun görüşünün aksine üst hakkının fiilen kullanılması *quasi possessio* olarak ifade edilen ve Praetor tarafından koruma altına alınan zilyetliğin özel bir türünü oluşturan zilyetlik benzeri bir durum yaratmaktadır. Nitekim üst hakkının satım sözleşmesi yoluyla kurulduğu durumlarda *traditio*'ya benzer bir tasarruf işlemine başvurulması da mümkündür. Tüm bu sebeplerle, *actio publicana*'nın üst hakkına uygulanan hükümler gibi genişletilmesi ve bu davaya “*utiles*” özelliği verilmesi mümkündür.

Pastori görüşlerine ek olarak, D. 6.2.12.3'te aslında *ager vectigalis* niteliğindeki kamu topraklarının kullanımının özel kişilere bırakıldığı kamu imtiyazından bahsedildiğini, üst hakkına ilişkin “*superficiarium*” teriminin *Iustinianus* döneminde sonradan eklendiğini aktarır.³¹⁸ Ona göre Klasik hukuk döneminde üst hakkına ilişkin olarak *actio publicana*'ya başvurma yetkisi tanınmamıştır.³¹⁹ Ancak, Biondi'nin görüşüne paralel olarak satış, vasiyet veya bağışlama ilişkisinin üst hakkının kurucu unsurları olduğunu varsayarsak, *actio publicana* üst hakkına ilişkin zilyetlik benzeri durumu korumak için genel ihtiyaca cevap verebilir.

Bu noktada Klasik dönem incelenirken *actio publicana*'nın *ager vectigalis*'lere uygulanmasına değil intifa hakkına uygulanmasının incelenmesi daha doğru bir

³¹⁶ BIONDI, B., La catagoria, s. 498; STOOP, B., Law and Economy, s. 266.

³¹⁷ PASTORI, F., La superficie, S. 165.

³¹⁸ PASTORI, F., a.g.e., s. 166.

³¹⁹ PASTORI, F., a.g.e., s. 166.

yaklaşım olacaktır.³²⁰ Bu konuda *Ulpianus*'un D. 43.18.1.7'de yaptığı yorum dikkate alınmalıdır.

D. 43.18.1.7 (*Ulpianus 70 ad ed.*):

“*Sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit.*”

Toprağın üst hakkı teslimle devredilebileceği gibi vasiyet ve bağış ile de devredilebileceği anlaşılmalıdır.

Üst hakkının *traditio*, miras ve bağış yoluyla kurulabileceğini kabul eden yaklaşıma göre *actio publicana* da *actio publicana in rem utilis* olarak genişletilebilir.³²¹

Üst hakkının hem *Praetor* içtihatlarıyla hem de *Iustinianus* döneminde *commentator*ların çalışmalarıyla *in iure aliena* olarak nitelendirildiği Klasik hukuk dönemi sonunda üst hakkına ilişkin olarak *actio publicana in rem utilis* verildiği ve davanın kıyasen genişletildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

V. Diğer Koruma Yolları

Üst hakkına özgülenmiş bir koruma yolu olan *actio de superficie* yanında, diğer bütün aynı haklar için başvurulabilen genel bir takım koruma yolları, üst hakkı sahibine de sağlanmıştı.

Bu koruma yollarından ilki zilyetliğe ilişkin *praetor*'un sağladığı *interdictum*'lardır. Daha önce de açıklandığı gibi Klasik hukuk döneminde üst hakkı sahibi zilyet olarak değerlendirilmiyordu. Ancak *praetor*'un bir beyannamesi ile üst hakkı sahibini zilyetlikmiş gibi koruma altına almasıyla üst hakkı sahibini üçüncü kişilerin saldırılarından koruyan *intredictum de superficiebus* doğdu. Bu *interdictum* ile üst hakkı sahibi arazi üzerindeki veya bina üzerindeki fiili durumunu koruyan zilyetlik

³²⁰ PASTORI, F., a.g.e., s. 167.

³²¹ ALBERTARIO, E., “In tema di classificazione delle azioni (Actiones in rem e actiones in personam)”, RDPC., 5, 1928, s.188.

benzeri bir koruma elde etmiş oldu. Klasik hukuk döneminde kendisine tanınmış olan bu özel yasaklamadan yararlanan zilyet aynı zamanda *interdictum uti possidetis*³²² ve *interdictum unde vi*³²³ olarak adlandırılan genel zilyetlik korumasından da yararlanabiliyordu.³²⁴ Nitekim, *Iustinianus* döneminde üst hakkının *quasi possessio* (zilyetlik benzeri) veya *possessio iuris* (hak zilyetliği) statüsü kazanmasıyla, üst hakkı sahibi zilyetlik korumasına ilişkin tüm *interdictum*’lardan yararlanır hale gelmiştir.³²⁵

Zilyetlik *interdictum*’larından yararlandırılan üst hakkı sahibi, *Iustinianus* dönemi’nde hak sahibi olarak değerlendirilmeye başlandığından, *dominus soli*’ye ait bir takım koruma yollarından gerçek malikmiş gibi yararlanma imkanı bulmuştur. Klasik hukuk döneminde üst hakkı sahibi bu tür koruma yollarından ancak aralarındaki borçlandırıcı işleme dayanıp arazi malikinden fiili durumunu üçüncü kişilere karşı korumasını talep ederek ve malikin haklarından dolayı olarak yararlanarak elde edebiliyordu. *Iustinianus* dönemi ile birlikte Üst hakkı sahibi, *actio de superficies* yanında gerçek malike tanınmış birtakım davalara başvurma imkanını elde etmiştir.

Öncelikle kaynaklarda miras hukuku bakımından üst hakkı sahibinin *actio familiae erciscundae*’yi açabilme hakkı mevcuttu. Bu dava, müştereken mirasçı olan kimselerin, miras mamelekini bölmek için açtıkları bir çeşit taksim davası idi.³²⁶

³²² *Interdictum uti possidetis*: Mevcut bir zilyetliğin aynen muhafazasını sağlayan *interdictum*’du. Hem mağdura hem de zilyetliği hukuksuz olarak ele geçiren kişiye yöneldiği için *interdictum duplex* olarak nitelendirilirdi. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 93.

³²³ *Interdictum unde vi*: Zilyetliğin iadesini emreden *interdictum*’lardan birisidir. Zilyet olarak nitelendirilen kimse, bu yasağı bir gayrimenkul üzerindeki zilyetliğini cebir kullanarak elinden alan kişi aleyhine talep edebilirdi. Bu yasağa bir sene içinde başvurabilirdi. Bkz. UMUR, Z., Lügat, s. 93.

³²⁴ TALAMANCA, M., a.g.e., s. 474.; Voci, P., a.g.e., s. 326.

³²⁵ KÜÇÜKGÜNGÖR, E. Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara, 1998, s. 122.

³²⁶ Tarafların hem davacı hem de davalı olduğu bu dava ile taksim edilemeyen mallar taraflardan birine tahsis edilir (*adiudicatio*), eşitliği sağlamak için diğer taraflar lehine, alacak hakları, aynı haklar veya rehin hakkı gibi teminat hakları sağlanırdı. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 7.

D.10.2.10 (Ulpianus 19 ad ed.):

“Item praedia, quae nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia vel superficiaria: nec minus hae quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet.”

Ayrıca mirasımıza ait olan gayrimenkuller ve sürekli kiralanan araziler veya üst hakkına ilişkin olanlar. Miras bırakanın başkasına ait olsa bile iyi niyetle sahip olduğu mallar da bu kuralın kapsamına girer.

Metin Iustinianus’un derleyicileri tarafından değiştirilmiş olsa bile dikkate alınmalıdır. Üst hakkının satım sözleşmesi ile kurulup, *traditio* ile devredildiği durumlarda, üst hakkının da miras ile devredilebileceği ve miras taksimi davasına konu olabileceği kabul edilmiştir.

Başka bir metinde üst hakkı sahibinin *actio communi dividundum*³²⁷ açabilme imkanından bahsedilmiştir. D.43.18.1.6’de bu yetkiden şu şekilde bahsedilmiştir:

D. 43.18.1.8 (Ulpianus 70 ad ed.):

“Et si duobus sit communis, etiam utile communi dividundo iudicium dabimus.”

Bu hal iki kişi tarafından ortaklaşa kullanılıyorsa, onlara taksim davası benzeri bir dava vereceğiz.

Romalılar maddi bir malın hisseler halinde bölünerek bu bölümler üstünde müşterek mülkiyet kurulmasını kabul etmiştir.³²⁸ Üst hakkı da *Iustinianus* döneminde

³²⁷ İştirak halindeki mülkiyet sırasında doğabilecek ihtilafların, müşterek malları taksim ederek bölüşülmesi için maliklerden birinin açtığı davadır. Bkz., UMUR, Z., Lügat, s. 3.

³²⁸ D. 13.6.5.15 (Ulpianus 28 ad ed.): “*Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, celsus filius scribit ^ scripsit^ libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectum me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter*

sınırlı aynı hak statüsü elde ettiği için üzerinde müşterek mülkiyet kurulabilmektedir.³²⁹ Böylece maddi malların taksimi için kullanılan *actio communi dividundo, utiles* olarak üst hakkına uygulanabilir bir yapıya bürünmüştür.

Bu yönelimi takiben içtihat, intifa hakkı sahibine tanınan *cautio damni infecti* uygulamasını da üst hakkına ilişkin olarak genişletmiştir.³³⁰ *Cautio damni infecti* güvencesi, gerçekleşmesinden korkulan zarara karşı yıkılma tehlikesi olan bina malikinin veya tehlike arz eden bir inşaatın sahibinin, komşu gayrimenkul malikine teminat vermek üzere borç altına girdiği bir Praetor *stipulatio*'sudur. Korkulan zarar gerçekleştiği takdirde bina sahibi zararı tazmin etmeyi önceden taahhüt etmektedir.³³¹ Üst hakkı sahibi bu *stipulatio*'yu yaparken malikmiş gibi değerlendirilir.

Cautio damni infecti sorumluluğuna paralel olarak üst hakkı sahibinin *operis novi nuntiatio* sorumluluğu da vardı. Üst hakkı sahibine komşu arazi maliki tarafından hakkının ihlal edileceği korkusuyla inşaaata başlamaması ihtarına *operis novi nuntiatio* denirdi. İhtar alan üst hakkı sahibi ya işi durdurmaya ya da haklı olduğunu ispat etmeye

conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio.” Bir araç iki kişiye ödünç verildiğinde veya kiralandığında, oğlu *Celsus, Digesta*'nın Altıncı Kitabında, her birinin tüm tutardan mı yoksa aynı miktarın sadece bir kısmından mı sorumlu olduğu sorusunun ortaya çıkabileceğini söylüyor. Herhangi bir şeyin tüm mülkiyetinin iki kişiye ait olamayacağını, bunların tüm mülkiyete sahip olamayacağını ve bir kişinin bir eşyanın bir kısmının maliki olamayacağını, çünkü eşyanın tamamının ancak kısmi mülkiyetine sahip olabileceğini belirtmektedir yani bölünmemiş bir paya. Bununla birlikte, bir hamamın, bir revakın veya bir tarlanın kullanımı bütünüyle her bir tarafa ait olabilir, çünkü bir şeyi başkası da kullanıyor diye kullanmaktan daha az zevk almıyorum; ama bir araç ödünç verildiğinde veya kiralandığında, aslında aracın tüm alanını işgal etmediğim için, onun bir kısmını kullanırım; ama bütününe istinaden, dolandırıcılık ve ihmalden de sorumlu olmamın daha iyi fikir olduğunu doğrudur; bu nedenle, iki taraf müşterek borçlu sayılacak ve taraflardan biri dava edildikten sonra zararı öderse diğeri salıverilecek ve her ikisi de hırsızlık davasına hak kazanacaktır.

³²⁹ PASTORI, La superficies, s. 175.

³³⁰ PASTORI, La superficies, s. 175.

³³¹ UMUR, Z., Lügat, s. 34.

zorlanırdı.³³² Aksi takdirde ihtarda bulunan komşu arazi maliki *interdictum demolitorium*'a başvurarak yapılan inşaatı yıktırabilirdi.

Üst hakkı sahibine *Iustinianus* hukukunda tanınmış bir başka dava *actio confessoria utilis*'tir. Aslında arzi irtifaklar için uygulanan *actio confessoria* ile yükümlü taşınmaz malikine karşı yararlanan taşınmaz malikine verilen bir dava idi.³³³ Arzi irtifaklar *Ius Civile*'nin tanıdığı en eski ayni haklardır. Taşınmaz lehine diğer bir taşınmaz üzerinde kurulan sınırlı ayni haklardır.³³⁴ Üst hakkının da *Iustinianus* hukukunda bir irtifak hakkı olarak değerlendirilmeye başlanmasıyla bu tür haklara ilişkin olarak verilmiş genel bir dava türü olan *actio confessori* açma yetkisi *utiles* olarak üst hakkı sahibine de tanınmıştır.

D.43.18.1.9 (Ulpianus 70 ad ed.):

“*Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit.*”

İrtifaklar da Praetor tarafından tesis edilir ve bunların geri alınmasına yönelik işlemler, tıpkı *Ius Civile* tarafından tesis edilenler gibi, hakkaniyete dayalı (*utilis*) davalar yoluyla tesis edilebilir. Onlara atıfta bulunan bir yasaklama da verilecektir.

Actio confessori utilis ile davacı, üst hakkının varlığını ispat ederek, irtifaktan faydalanma hakkının sağlanmasının yanında, başkaca zararı varsa bunun tazminini, muhtemel tecavüzlerin önlenmesini isteyebilmekteydi.³³⁵

³³² UMUR, Z., Lügat, s. 145.

³³³ DI MARZO, a.g.e., s. 279.

³³⁴ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 241.

³³⁵ *Actio confessoria*'nın tanımı için bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 4.

Son olarak, üst hakkı sahibi, arazi maliki tarafından kendisine yöneltilebilecek mülkiyet hakkına ilişkin bir *actio rei vindicatio*'ya³³⁶ karşı veya yalnız arazi malikine tanınmış *interdictum uti possidetis*'e karşı bir *exceptio*³³⁷ öne sürme hakkına sahipti.³³⁸

D.43.18.1.4 (Ulpianus 70 ad ed.):

“Is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. plane si adversus superficiarium velit vindicare, dicendum est exceptione utendum in factum data: nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.”

Ayrıca, arazisine bina yapılmış olanın hakkaniyete ihtiyacı yoktur, ancak toprağı geri kazanmak için hak ettiğinin aynısı olan aynı bir davası vardır. Açıktır ki, bina hakkına sahip olan kişiye karşı dava açmak isterse, bina sahibinin de bir def’iden yararlanabileceğı açıktır, çünkü herhangi birine bir dava açtığımızda, o kişinin, çok daha fazla nedenle, bir istisnaya hak kazanması söz konusu olabilir.

³³⁶ Actio rei vindicatio: Bu dava ile malik mal üzerinde kaybettiğı fiili egemenliğı yeniden sağlamaktadır. Genel olarak bu davayı tanımlarken zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede açtığı dava olarak ifade edebiliriz. KARADENİZ_ÇELEBİCAN, Ö., Eşya Hukuku, s. 213.

³³⁷ Exceptio: Praetor tarafından yürürlüğe konulan ve formula usulünde, formula’nın içine intentio ile condemnatio arasına ilave edilen, davalı lehine şatlı bir taleptir. Def’i olarak Türkçeleştirilir. Bkz.: UMUR, Z., Lügat, s. 66.

³³⁸ PASTORI, F., La superficie, s. 177.

SONUÇ

Üst Hakkı (superficies) sahibine başkasının arazisi üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisi sağlayan *Iustinianus* döneminde sınırlı ayni hak (iure in re aliena) niteliğinde değerlendirilen düzensiz şahsi bir irtifak hakkıdır.

Roma'da mülkiyet hakkı hak sahibine en geniş yetkiler tanıyan ayni haktır. Bu hak kimi zaman kamu yararı için kimi zaman da özel hukukta bireysel ekonomik ihtiyaçlar gereği sınırlandırılmıştır. Özel hukukta mülkiyet hakkının sınırlandırılması irtifak hakları ile gerçekleştirilir. İrtifak hakları türüne göre mülkiyet hakkının içeriğinde yer alan kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin malikten alınıp başka bir kişiye devredilmesiyle oluşur. Üst hakkı da Ius Civile tarafından tanınmayan Praetor tarafından Ius honorarium'a dahil edilen bir irtifak hakkı olarak düzenlenmiştir.

Eski hukuk döneminde ve Klasik hukuk döneminde Ius civile mülkiyete ilişkin olarak üst alta tabidir (supericies solo cedit) kuralını katı bir şekilde uygulamıştır. Bu prensip gereği bir arazinin üstünde inşa edilen bina ve evler, ağaçlar, bitkiler başkası tarafından inşa edilmiş veya dikilmiş olsa bile arazi malikine (dominus soli)'ye aittir. Bu kural mülkiyetin aslen kazanılması yollarından biri olan birleşme (accessio) ilkesi ile paralellik göstermektedir.

Cumhuriyet döneminin ilk yılları Roma'da siyasal ve sosyal açıdan en yoğun ve şiddetli buhranların yaşandığı bir dönem olmuştu. Roma'daki tüm araziler Devlet'e ait sayılıyor ve bu arazilerin yalnız kullanımları sınırlı veya sınırsız süreyle çeşitli biçimlerde özel kişilere bırakılabiliyordu. Özellikle savaş ganimeti sayılan ager publicus olarak tanımlanan eyalet toprakları, belirli imtiyazlar sağlanarak soylu sınıfın kullanımına bırakılıyordu. Roma şehrinde ise locus publicus denilen devlete ait ancak halkın kullanımına açık alanlar mevcuttu. Bu alanların kullanım hakkı da devlet tarafından kimi zaman özel kişilere imtiyaz sağlanarak devredilebiliyordu. Soylular, en

önemli ekonomik ve siyasi güç sağladığı düşünülen topraklar üzerinde, pleblere herhangi bir erişim izni vermiyorlardı. Ager publicus'ların tek sahibi patriciuslardı. O dönemdeki toplumsal düzen içinde toprağa erişim hakkına ilişkin bu mücadele ve gerilim nedeniyle pleblerin ana talepleri arasında toprağa erişim hakkı öne çıkmaktaydı. Özellikle şehirlere göç eden, burada yalnız ticari faaliyetleri ile geçim sağlamaya çalışan plebler ticari faaliyetlerini sürdürülebilir kılmak ve oturdukları evlerde rahat zilyetlik durumu elde etmek için mücadele etmekteydiler. Bu mücadelelerinin bir sonucu olarak, Lex Icilia de Aventino Publicando M.Ö. 456 yılında kabul edilerek yürürlüğe girdi. Bu kanuna göre devlete ait olan Aventine Tepesi üstündeki arazi halka açılarak yerleşim alanı olarak kullanılabilen bir statü kazandı. İlk başta kamu arazileri, meslek birliklerine, zanaatkarlara, kutsal yerler inşa eden derneklere ve tabernae argentariae'ye verilirdi. Daha sonra özellikle fethedilen şehirlerde, devlet halihazırda inşa edilmiş binaları özel kişilerin kullanımına bıraktı. Zamanla bu uygulama, kendi evlerini inşa edebilmeleri için özel vatandaşları da kapsayacak şekilde genişletildi. Üst hakkı kurumunun da söz konusu kamu arazilerinin imtiyazları bağlamında ortaya çıktığı, sonradan özel kişiler arasında özel hukuktan doğan ilişkilere uygulandığı görüşü hakimdir.

Özel hukuk ilişkileri bakımından üst hakkı önceleri locatio conductio ilişkisindeki kiracı ve kiraya veren arasında kurulmuş basit bir adi kira ilişkisi niteliğindedir. Bu hukuki işlemde doğan borçlar ve alacaklar yalnız sözleşme taraflarını bağlıyordu. Bu nedenle kiracı üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunmuyordu. Sözleşmeden doğan şahsi hakkına ilişkin saldırılarda yalnız sözleşmenin diğer tarafı olan kiralayana başvurabiliyordu. Oysa üst hakkının verilme amacı üst hakkı sahibinin başkasının arazisinin yüzeyini rahat kullanma ve ondan rahat faydalanma hakkını elde etmesiydi. Üst hakkı sahibi dilerse arazi üzerindeki halihazırda inşa edilmiş binayı kullanma ya da yeni bir bina inşa etme yetkileriyle donatılmıştı.

Özellikle yeni bir bina inşa edebilme yetkisinin tanındığı hallerde, üst hakkı sahibine kira ilişkisinden doğan şahsi bir hak tanımak adil bir durum yaratmamaktadır. İşte bu sebeple praetor’lar üst hakkı sahibine öncelikle üçüncü kişilerin saldırılarına karşı kendisini koruyabileceği bir yasaklama getirdi: “*interdictum de superficibus*”. Sonradan da üst hakkı sahibine bir ayni dava hakkı tanıldılar: “*actio superficie*” Bu koruma yolları ile birlikte şahsi nitelikte olan üst hakkı aynı bir niteliğe dönüşmüş oldu.

Etimolojik açıdan, superficies “super” ve “facere” kelimelerinin birleştirilmesi ile oluşturulmuş bir terimdir. “Super” latince “üzerinde”, “üst” anlamına gelir. Böylece “facere” fiilinin de eklenmesiyle bir şeyin üzerine yerleştirilen her şeyi ifade etmek için kullanılır.

Klasik hukuk döneminde, üst hakkının daha yeni tanınmaya başladığı ilk zamanlarda bu hakkın kurulabilmesi için taraflar arasında locatio conductio sözleşmenin mevcut olduğu düşünülmektedir. Üst hakkının karakteristik özelliklerine bakıldığında arazi sahibinin arazinin üstünü kullanma ve yararlanma yetkisini karşı tarafa devrettiği bir ilişki söz konusudur. Üst hakkı sahibine sağlanan bu yetki, Klasik dönemde sözleşmesi ile kiracıya sağlanan yetki ile paraleldir. Üst hakkı sahibine tanınan imtiyazın boyutuna göre locatio conductio’nun da türü değişmektedir. Üst hakkı sahibine tanınan yetki halihazırda arazi üzerinde inşa edilmiş olan bir binanın kullanımına ilişkinse locatio conductio rei yani adi kira sözleşmesi hükümleri uygulanmalı, üst hakkı ilişkisi mülk sahibinin arazisi üzerinde bir bina inşa etmek ve sonradan o binanın kullanımı yetkisini içeriyorsa üst hakkı locatio conductio operis yani eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Bina inşa edildikten sonra ise binanın kullanımı için üst hakkı ilişkisi locatio conductio rei’e dönüştürülmelidir.

Klasik hukuk döneminde üst hakkının kuruluşunda kira sözleşmesi hükümlerinin uygulandığına atıf yapan roma hukuku metinleri ve doktrinsel görüşler yanında alım-satım sözleşmesinin de uygulanabileceğine atıf yapan metinler mevcuttur. Diğer irtifak

haklarında ve intifa hakkında olduğu gibi gelişim süreci içinde Praetor'un üst hakkına ilişkin olarak getirdiği koruma yolunu güçlendirmek ve geliştirmek için satım sözleşmesi hükümlerinin üst hakkının kuruluşunda uygulanabilir olduğu kabul edilmiştir.

Nitekim miras ve bağışlama ile de üst hakkının kurulabileceği kabul edilmektedir.

Üst hakkı sahibinin zilyetliği konusu üst hakkı kavramının en tartışmalı ve en önemli konusudur. Üst hakkının Klasik dönemin sonlarına doğru ve Iustinianus döneminin başında tanınmaya başlamasıyla diğer tüm iure in re aliena'lardaki gibi üst hakkı sahibi de zilyetlik korumasından yararlanmaya başlamıştır. İntifa hakkında olduğu gibi, üst hakkı sahibi de hiçbir zaman zilyet olarak kabul edilmemiştir. Üst hakkının varlığına rağmen arazi sahibinin arazi ve üstü üzerindeki "dominium" yetkisi devam etmekte ve bu doğrultuda yasal olarak zilyetlik de arazi sahibine ait olmaktadır. Üst hakkı sahibi, *Iustinianus* döneminde ise tüm sınırlı ayni haklara tanınan quasi possessio'ya yani zilyetlik benzeri bir yetkiye sahip olmuştur.

Üst hakkı sahibinin (superficiarius) kullanma ve yararlanma yetkisinin yanında üst hakkının konusu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi mevcuttur. Üst hakkı sahibinin hakkını üçüncü kişilere devretmesi için bir koşul vardır. Söz konusu üst hakkını başkasına devredeceğini arazi malikine bildirmek zorundadır. Arazi maliki bu ön alım hakkını iki ay içinde kullanmazsa, üst hakkı sahibi hakkını serbestçe kullanabilmekte ve hakkını üçüncü kişilere devredebilmektedir. Ayrıca, üst hakkı sahibi kendi hakkı üzerinde bir intifa hakkı veya kullanım hakkı oluşturabileceği gibi üçüncü kişiler lehine rehin hakkı da kurabilir. Üst hakkı sahibi, üst hakkının kullanımını engelleyen herkese karşı açabileceği actio negatoria utilis, actio confessoria utilis, actio cautio damni infecti, operis novi nuntiatio açabilir ve praetorum sağladığı yasaklardan biri olan interdictio unde vi'ye başvurabilir.

Üst hakkı sahibinin asli yükümlülüğü kendisine tanınmış bu sınırlı aynı hak karşılığında arazi malikine *solarium* adı verilen belirli bir ücret ödemesidir. Üst Hakkı sahibinin *solarium* ödeme yükümlülüğü yanında üst hakkına konu şeyi kullanma ve semerelerinden yararlanma gibi geniş yetkilerinin karşılığında bir takım ek yükümlülükleri de vardır. Bu yükümlülükler tıpkı intifa hakkı veya uzun süreli kira hakkında olduğu gibi genel niteliktedir. Üst hakkı sahibinin arazi sahibine *solarium* ödeme yükümlülüğü dışında, üst hakkına konu bina ile ilgili yapılandırılmış tüm vergi ve harçları ödeme yükümlülüğü vardır. Üst hakkı sahibi eşyayı iyi durumda tutmakla yükümlüdür.

Arazi maliki (*dominus soli*) ise, mülkiyet hakkına ilişkin olarak tanınmış aynı bir dava olan *rei vindicatio*'yu üçüncü kişilere karşı ve ayrıca üst hakkı sahibine karşı ileri sürebilme yetkisine sahiptir. *Dominus soli*, mülkiyet hakkına dayanarak praetor'un tanıdığı zilyetliğe ilişkin *interdictum*'dan da yararlanır. Arazi sahibinin temel yükümlülüğü ise üst hakkı sahibine üst hakkına konu taşınmazın rahat kullanımını sağlamaktır.

Üst hakkının sona ermesine ilişkin olarak sınırlı aynı haklar için uygulanan genel sona erme halleri üst hakkına kıyasen uygulanır. üst hakkı bağlı bulunduğu arazinin yok olmasıyla kendiliğinden sona erer. Arazi üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkının aynı kişide birleşmesi ile (*confusio*) de üst hakkı sona erer. Üst hakkı sahibi ile arazi sahibinin aralarında yaptıkları anlaşma hükümlerince üst hakkının varlığı için belirli bir süre belirlenmiş olması durumunda sürenin sona ermesiyle üst hakkı kendiliğinden sona erer. Üst hakkı sahibi ile arazi sahibinin karşılıklı anlaşması ile de üst hakkı sona erer. Mirasçısı olmayan veya üst hakkına ilişkin bir vasiyette bulunmayan üst hakkı sahibinin ölümü ile de üst hakkı sona erer. Üst hakkına ilişkin özel sona erme halleri de mevcuttur. Üst hakkına konu olan binanın yıkılması üst hakkını sona erdiren bir nedendir. Üst hakkı sahibinin hakka konu gayrimenkulü

yalnızca kullanmaması zamanaşımı ile sona erme açısından dikkate alınmaz. Hadim gayrimenkul malikinin irtifakı imkânsız hale getiren bir hareketine üst hakkı sahibinin Klasik devirde iki, *Iustinianus* döneminde on veya yirmi yıl karşı çıkmaması durumunda zamanaşımı ile üst hakkının sona ereceği kabul edilmektedir. Son olarak, üst hakkı sahibi solarium’u üç yıl üst üste ödemediği takdirde arazi malikine üst hakkı sahibini araziden çıkarma yetkisi verilmektedir.

Klasik Hukuk döneminin sonlarında, Praetor’lar üst hakkı sahibine daha hızlı, güçlü ve güvenli bir koruma yolu sağlayacak bir formül geliştirdiler: Interdictum de superficibus. Bu interdictum ile rahat kullanımı engellenen üst hakkı sahibi dava açma gibi külfetli ve uzun bir işleme başvurmadan önce fiili durumunu korumak için praetor’un üst hakkı için sağladığı interdictum’a başvurmaktaydı. Praetor interdictum yanında üst hakkı sahibinin aynı hakkının varlığını tanıyan actio de superficibus ile üst hakkı sahibine bir başka koruma yolu sağladı. Praetor Klasik dönemin sonlarında üst hakkına ilişkin olarak tanıdığı bu davaya öncelikli olarak bir *causa cognita* özelliği vererek söz konusu davayı yalnız üst hakkına uygulanabilir özerk bir niteliğe büründürmüştür. Aynı zamanda, davaya *actio in rem utiles* özelliği vererek üst hakkına ilişkin davanın içeriğini *in rem vectigalis* içeriğine benzeterek şekillendirdi. *Ager vectigalis*’ten farklı olarak üst hakkına ilişkin davaya gerçek bir dava hakkı verilmesi dönemin koşulları içinde *ius civile*’nin prensip ve kurallarına aykırı olduğu için mümkün olmamıştır. Ancak *ius honorarium*’da hakime “*in factum*” bir takdir yetkisi tanınması ve içtihatları uygulamaların “*utiles*” olarak genişletilmesiyle Klasik dönemde üst hakkına ilişkin dava koruması sağlanmaya çalışılmıştır.

Üst hakkının hem Praetor içtihatlarıyla hem de *Iustinianus* döneminde *commentator*ların çalışmalarıyla *in iure aliena* olarak nitelendirildiği Klasik hukuk dönemi sonunda üst hakkına ilişkin olarak *actio publicana in rem utilis* verildiği ve davanın üst hakkına ilişkin olarak kıyasen genişletildiği sonucu ortaya çıkmıştır.

Üst hakkına özgülenmiş bir koruma yolu olan *actio de superficie* yanında, diğer bütün aynı haklar için başvurulabilen genel bir takım koruma yolları, üst hakkı sahibine de sağlanmıştı. *Iustinianus* döneminde üst hakkının *quasi possessio* (zilyetlik benzeri) veya *possessio iuris* (hak zilyetliği) statüsü kazanmasıyla, üst hakkı sahibi zilyetlik korumasına ilişkin tüm *interdictum*'lardan (*interdictum uti possidetis*, *interdictum unde vi*, vb...) yararlanır hale gelmiştir.

Üst hakkı sahibinin *actio familiae erciscundae*'yi açabilme hakkı mevcuttu. Bu dava, müştereken mirasçı olan kimselerin, miras mameleğini bölmek için açtıkları bir çeşit taksim davası idi. Maddi malların taksimi için kullanılan *actio communi dividundo*, *utiles* olarak üst hakkının birden çok kişide olduğu durumlara uygulanabilirdi. İntifa hakkı sahibine tanınan *cautio damni infecti* uygulaması da üst hakkına ilişkin olarak genişletmiştir. *Cautio damni infecti* güvencesi, gerçekleşmesinden korkulan zarara karşı yıkılma tehlikesi olan bina malikinin veya tehlike arz eden bir inşaatın sahibinin, komşu gayrimenkul malikine teminat vermek üzere borç altına girdiği bir Praetor *stipulatio*'sudur. Üst hakkı sahibi bu *stipulatio*'yu yaparken malikmiş gibi değerlendirilir. *Cautio damni infecti* sorumluluğuna paralel olarak üst hakkı sahibinin *operis novi nuntiatio* sorumluluğu da vardı. Üst hakkı sahibine komşu arazi maliki tarafından hakkının ihlal edileceği korkusuyla inşaata başlamaması ihtarına *operis novi nuntiatio* denirdi. İhtar alan üst hakkı sahibi ya işi durdurmaya ya da haklı olduğunu ispat etmeye zorlanırdı. Son olarak, üst hakkı sahibinin *actio confessori utilis* açma hakkı vardı. Bu dava ile davacı, üst hakkının varlığını ispat ederek, irtifaktan faydalanma hakkının sağlanmasının yanında, başkaca zararı varsa bunun tazminini, muhtemel tecavüzlerin önlenmesini isteyebilmekteydi.

KAYNAKÇA*

- ALBERTARIO, E.** : Studi di Diritto Reali, C. 2, Milano, 1941.
- AMIRANTE, L.** : Ricerche in Tema di Locazione, BIDR (Bullettino dell'istituto di diritto romano), S. 62, 1959.
- ARANGIO-RUIZ, V.** : La Struttura dei Diritti Sulla Cosa Altrui, Rivista Archivio Giuridico "Flippo Serafini" C. 10-11, Modena, 1956.
- ATAÇ, H.** : Roma Hukuku'nda Üst Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999.
- BATTAGLIA, F.** : Superficies, Emphyteusis, Autorentreffen des Handbuchs des Römischen Privatrechts, Wien, 2014.
- BAYDUR, N.** : "Roma'da İslam Öncesi II. Yüzyıldaki Reformlar", Belleten, S. 40, 1976.
- BECKMANN, M.** : "The Meaning of Pons in the Inscription of Adrastus Mouseion, (CIL 6.1585), Mouseion: Journal of the Classical Association of Canada, C. 7, S. 2, 2007.
- BIONDI, B.** : La Catagoria Romana Della "Servitudes", Milano, 1938.
[Servitudes]
- : Le Servitu Prediali nel Diritto Romano, Corso di Lezioni, Milano, 1954. [Diritto Romano]
- BOVE, L.** : Ricerche sugli "Agri Vectigales", Studi in Onore di Biondo Biondi, C. 2, Milano, 1965.
- BOZZA, F.** : La Possessio dell'Ager Publicus, Napoli, 1938.

* Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapıldığı durumlarda o eserin kısaltması kullanılmıştır.

- BRANCA, G.** : Considerazioni Intorno alla Proprieta Superficiaria nel Diritto Quistiniano, RIDA (Revue Internationale des droit de l'antiquite) III, Brüksel, 1960.
- BUCK, R.** : Agriculture and Agricultural Practice in Roman Law, HISTORIA (Historia Einzelschriften Wiesbaden), S. 45, 1983.
- BUCKLAND, W. W.** : A Text-Book of Roman Law, Cambridge, 1921. [Text-Book]
: Main Institutiones of Roman Private Law, Cambridge, 1931. [Text-Book]
- BURDESE, A.** : Studi sull'Ager Publicus, Torino, 1952.
- CAPOGROSSI**
- COLOGNESI, L** : "Ager Publicus" e "Ager Privatus" dell'Eta Arcaica al Compromesso Patrizio-Plebo, Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, Madrid, 1988.
- CARCATERRA, A.** : In Tema di Tutela e Possesso delle Servitu Prediali in Diritto Romano, Bari, 1972.
- CASCIONE, C.,** : Manuale Breve Diritto Romano, Milano, 2007.
- COVIELLO, N.** : Della Superficie, Archivo Giuridico, S. 49, Pisa, 1892.
- D'ORS, A.** : Derecho Privado Romano, Pamplona, 2004. [Privado]
: Epigrafica Juridica de la Espana Romana, Madrid, 1953. [Epigrafica]
- DALLA, D.,**
- LAMBERTINI, R.** : Istituzioni di Diritto Romano, Torino, 2006.
- DE LIGT, L.** : Studies in Legal and Agrarian History II: Tenancy under Republic., Athenaeum, S. 88, Pavia, 2000.

- DE MARTINO, F.** : Storia della Costituzione Romana, C. 1, Napoli, 1972.
- DE RUGGIERO, E.** : Lo Stato e le Opere Pubbliche in Roma Antica, Torino 1925. [Antica]
- : Dizionario Epigrafico di Antichità Romane, C. 4, S. 2, Roma, 1859. [Dizionaria]
- DI'PPOLITO, F.** : “La legge agraria di Prurio Cassio”, **Labeo**, C. 21, 1975.
- DI MARZO, S.** : Roma Hukuku, çev. Ziya Umur, İstanbul, 1954.
- ERDOĞMUŞ, B.** : Roma Eşya Hukuku, İstanbul, 2012. [Eşya]
- : Klasik Roma Hukukunda Actio Publicana In Rem, İstanbul, 1984. [Publicana]
- : Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014. [Borçlar]
- KÜÇÜK, E.,**
- SAYGILI, A.** : Roma Hukukunda İstisna Halinin Pragmatik Biçimi Istitutium Kurumu, İÜHFD (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C.5. S2, İstanbul, 2014.
- FEENSTRA, R.** : Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction, New Perspectives in Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas, Oxford, 1989.
- FIORI, R.** : La Definizione della “Locatio Conductio”, Giurisprudenza Romana e Tradizione Romanistica, Napoli, 1999.
- FRIER, B. W.** : Landlord and Tenants in Imperial Rome, New Jersey, 1980.
- GARCIA, A. Z.** : La superficies en Dercho Romano, Madrid, 2017.
- GIRARD, P. F., Senn, F.** : Les lois des Romains, Napoli, 1977.

- GORECKI, D. M.** : Land Tenure in Byzantine Property Law: Iura in Re Aliena, Greek Roman and Byzantine Studies, C. 22, Urbana- Champaign, 1981.
- GROSSO, G.** : Le Servitu'Prediali Nel Diritto Romano, Torino, 1958.
- GÜNAL, A. N.** : Roma Hukukunda Üst Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.47, C. 1-4, Ankara, 1998. [Üst Hakkı]
- : Roma Miras Hukuku'na Genel bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras, AHFD (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), Cilt 44, Sayı:1-4, 1995. [Vasiyet]
- : Roma Hukuku'ndan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara, 2006. [Zamanaşımı]
- JUSTINGER, J.** : Economic Significance of the Ancient Roman Superficie, 8 JEHL (Journal of European History of Law), C. 98, London, 2017.
- KARADENİZ-
ÇELEBİCAN, Ö.** : Roma Hukuku, Ankara, 2014. [Roma]
- : “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan'dan Batider, Cilt XIII, Sayı 3-4, Ankara, 1987. [Mülkiyet]
- : “Roma'da Kamu Topraklarının Çeşitli Kullanım Biçimleri”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın Armağanı, Ankara, 1988. [Kamu Toprakları]
- KÜÇÜKGÜNGÖR, E.** : Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara, 1998.

- LA ROSA, R.** : Usus Fructus, Napoli, 2008.
- LENEL, O.** : Das Edictum Perpetuum, Leipzig, 1907.
- LEVY, E., RABEL, E.** : Index Interpolatio, Weimar, 1969.
- LEWIS, C. T.,**
- SHORT, C.** : A Latin Dictionary, Oxford, 1969.
- LONGO, C.** : La Catagoria delle Servitudes nel Diritto Romano, BIDR (Bullettino dell'Istitutio di Diritto Romano), C. 11, S. 1, 1898.
- LUCCI, A.** : Il Diritto di Superficie, Archivio Giuridico, C. 51, 1893
- MASCHI, C. A.** : “La Proprietà Divisa Per Piani, Superficie e L'estensione ai Pro Vinciali del Principio <Superficies Solo Cedit>”, Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, C. 4, Napoli, 1952. [Superficie]
- : La Concezione Naturalistica del Diritto e degli Istituti Giuridici Romani, Milano, 1937. [Giuridici Romani]
- MAYER-MALY, T.** : “Problemi della «Superficies»”, **Labeo**, c. 11, 1965.
- MEINCKE, J.** : “Superficies solo cedit”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, S. 88, Weimar, 1971.
- MOORE, D. W.** : A Note on CIL VI.1585a-b and the Role of Adrastus, procurator pf the Column of Marcus Aurelius, Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, 2012.
- NETELSON, R. G.** : Commnets on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin, Oklahoma City University Law Review, S. 12. C. 1, 1987.
- OĞUZMAN, M. K.,**
- OĞUZOĞLU, C.** : Roma Hukuku, Ankara, 1959.

- OLIVIERO, G.** : “La Lex Icilia de Aventino publicando”, Index 25, 1997.
- PASTORI, F.** : La Superficie Nel Dritto Romano, Milano, 1962. [La Superficie]
- : Superficie e Negozio Costitutivo, Studi in Onore di Biondo Biondi II, Milano, 1965. [Negozio]
- : “Prospettiva Storica del Diritto di Superficie, Studi Donatuti, C. 2, Milano, 1973. [Prospettiva]
- : Sulla Struttura dell’Actio de Superficie, Studi in Onore di Arnoldo Biscardi, C. 6, Milano, 1987. [Struttura]
- PUGLIESE, G.** : “Note Sulla Superficie nel Diritto Giustiniano”, Studi Giuridici Dedicati dai Discepoli alla Memoria di Gino Segri’Emiliana, Temi, Milano, 1943.
- RADO, T.** : Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014.
- RICCOBONO, S.** : “La Violazione del Principio Superficies Solo Cedit nel Diritto Giustiniano”, Scritti di Diritto Romano dal Diritto Romano Classico al Diritto Moderno, Palermo, 1964.
- ROSELAAR, S. T.,** : Public Land in the Roman Republic, , Oxford, 2016.
- SALIS, L.** : Condominio e Servitu, Studi in Onore di Giuseppe Grosso, C. 4, Torino, 1971.
- SAVIGNY, F.C.** : Traite de la Possession en la Droit Romain, Paris, 1983.
- SELIÇİ, Ö.,**
- OKTAY-ÖZDEMİR, S.** : Eşya Hukuku, İstanbul, 2016.
- SITZIA, F.** : Studi sulla Superficie in Epoca Giustiniana, Milano, 1979.
- SİRMEN, L.** : Eşya Hukuku, Ankara, 2016.
- SOHM, R.** : The Institutes of Roman Law, Oxford, 1982.

- SOLAZZI, S.** : “La 'Superficies' nel Diritto Giustiniano”, Archivio Giuridico «Filippo Serafini», S.146, Roma, 1954. [Superficies]
- : Studi Romanistici, RISG (Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche), C. 3, S. 1-4, Milano, 1949. [Romanistici]
- STOOP, B.** : “Law and economy in antiquity: the housing shortage in ancient Rome and the response of the classical jurists to the demands of commerce”, POLIS (Studi Interdisciplinari sul Mondo Antico) C.2, Reggio Calabria, 2006. [Housing Shortage]
- ŞAHİN, O. G.** : Lex Sempronia Tiberiana”: Tiberius Gracchus’un Toprak Reformu ve Toplumsal Kökenleri, AndHD (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 6, S. 1, 2020.
- TAHIROĞLU, B.,**
- ERDOĞMUŞ, B.** : Roma Usul Hukuku, İstanbul, 1997.
- TAKMER, B.,**
- KAŞKA, G.** : Fahri Duumviratus: Colonia Caesarea Antiochensis Örneği, Arkeoloji, Tarih Ve Epigrafi’nin Arasında: Prof. Dr. A. Vedat Çelgin’in 68. Doğum Günü Onuruna Makaleler, İstanbul, 2018.
- TALAMANCA, M.** : Diritto Romano, Milano, 1990.
- UMUR, Z.** : Ders Notları, İstanbul, 1990. [Ders Notları]
- : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, s. 1975. [Lügat]
- VOCI, P.** : Diritto Romano, Milano, 2004.

- VOGT, H.** : Das Erbbaurecht des Klassischen Römischen Rechts.
The Cambridge Law Journal, C.11, S.1, Cambridge, 1951.
- WENGER, L.** : “Superficies Solo Cedit”, Philologus 88, De Gruyter,
1933.

YARDIMCI KAYNAKLAR

Ain-Ouassel Yazıtı:

https://Iustinianus.academia.edu/11479283/Superficies_Empfiteusis_Autorentreffen_des_Handbuches_des_Römischen_Privatrechts_Universität_Wien_Wien_A_June_2014. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Cicero, Res Republica:

<https://Iustinianus.gutenberg.org/files/54161/54161-Iustinianus/54161-Iustinianus.htm#II>”. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

<https://latin-dictionary.net/search/latin/argentariae>. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Dionisius Halicarnassus, Antiquitates Romanae:

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Dionysius_of_Halicarnassus.html.
Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Gaius, Epitome:

[https://la.wikisource.org/wiki/Epitome_Gai#TITVLVS_I_\[IX\]._DE_REBVS](https://la.wikisource.org/wiki/Epitome_Gai#TITVLVS_I_[IX]._DE_REBVS).

<https://Iustinianus.britannica.com/technology/insula>

<https://Iustinianus.romanports.org/en/articles/human-interest/687-tabernae-at-ostia.html>. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Gaius, Naturalis Historia:

https://Iustinianus.loebclassics.com/view/pliny_eldernatural_history/1938/pb_LCL371.457.xml. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Leges, Lex Agraria:

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Lex Romana Visigothorum:

https://books.google.com.tr/books?id=4V1EAAAACAAJ&pg=PA325&lpg=PA325&dq=item+regulariter+constitutum+est,+ut+superposita&source=bl&ots=YjbaKDkpiaA&sig=ACfU3U3yMRjiPakmDraldM35PpoEmO-gEA&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwiN1fmGwcj5AhULQ_EDHSIdDoAQ6AF6BAgTEAM#v=onepage&q=item%20regulariter%20constitutum%20est%2C%20ut%20superposita&f=false. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Seneca, Naturales Quaestiones:

<https://Iustinianus.thelatinlibrary.com/sen/sen.qn7.shtml>,
https://Iustinianus.loebclassics.com/view/pliny_elder-natural_history/1938/pb_LCL371.457.xml. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Titus Livius, Ab Urbe Condita:

<http://Iustinianus.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0198%3Aletter%3D1%3Aentry%3Dabaci-teub-1>. Son Erişim Tarihi: 15.12.2022.

ÖZET

Üst Hakkı sahibine başkasının arazisi üzerinde bina inşa etme veya inşa edilmiş bir binayı kullanma ve yararlanma yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır. Aynı zamanda Praetor'un tanıdığı düzensiz şahsi irtifaklar kategorisinde yer almaktadır. Üst Hakkı Klasik hukuk dönemi öncesi ve Klasik hukukta superficies solo cedit kuralı gereği Ius Civile tarafından tanınmamaktaydı. Ancak, Praetor'un hak sahibine interdictum de superficiebus ile tanıdığı quasi possessio durumu ve sonradan üst hakkını iura in re aliena (sınırlı ayni hak) yapan actio de superficie ile üst hakkı Roma Eşya Hukuku'ndaki yerini aldı. Üst hakkının gelişiminde kamu imtiyazlarının özel kişilere tanınması yöntemi benimsendi. Bu nedenle üst hakkının kamu hukuku kaynaklı bir doğası mevcuttur. Klasik Hukuku dönemi boyunca ve Iustinianus dönemi'nde üst hakkının içeriği, hükümleri, niteliği, üst hakkı sahibinin yetki ve yükümlülükleri belirlenirken Praetor'un tanıdığı diğer irtifak hakları olan intifa hakkı ve uzun süreli kira hakkına uygulanan hükümler üst hakkına da uygulandı. Ancak üst hakkının kendine özgü (sui generis) yetkiler içermesi onun ayrıca tanınmasını, değerlendirilmesini ve korunmasını gerektirdi. Nitekim, Praetor tarafından üst hakkına ilişkin olarak tanınmış bir yasak olan interdictum de superficiarius ve aynı bir dava olan actio superficie tüm diğer irtifak haklarına tanınan koruma yollarının yanında farklı özellikleriyle yerini almıştır. Üst Hakkı, Roma Hukukunda, *Iustinianus* döneminde İmparator Zeno'nun emirnamesiyle uzun süreli kira hakkı ile birleştirilerek gelişimini tamamlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Üst hakkı, Superficies, Sınırlı ayni hak, Iura in re aliera, Lex Icilia de Aventino, Roma hukuku

SUMMARY

Superficies is a *iura in aliena* that authorizes the owner to construct or use and enjoy a building on someone else's land. It is also included in the category of irregular personal servitudes recognized by the Praetor. Superficies were not recognized by *Ius Civile* as because of the “*superficies solo cedit*” rule in the pre-classical legal period and in classical law period. However, the quasi possessio status, which the Praetor recognized with the *interdictum de superficibus*, and the *actio de superficiei*, which subsequently made the superficies *iura in re aliena* (limited real right), took their place in the Roman Property Law. The method of granting public privileges to private individuals was adopted in the development of the right of superficies. For this reason, the right of construction has a public law-based nature. During the Classical Law period and in the Justinian period, the content, provisions, quality, powers and obligations of the superficies were determined, while the provisions applied to the usufructus right and long-term lease right, which are other easements recognized by the Praetor, were also applied to the right of construction. However, the fact that the superficies includes specific (*sui generis*) powers required it to be recognized, evaluated and protected separately. As a matter of fact, *interdictum de superficariis*, which is a prohibition recognized by the Praetor regarding the right of superficies, and *actio superficiei*, which is a case in kind, have taken their place with different features besides the protection methods given to all other easement rights. Superficies, in Roman Law, completed its development by combining with the long-term lease right with the order of Emperor Zeno during the *Justinianus* period.

Key Words: Superficies, Servitudes, *iura in re aliena*, *Lex Icilia de Aventino*, Roman law