

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

ÜST HAKKININ SONA ERMESİ

Nurtaç ENDES SELVİ

144133001005

DOKTORA TEZİ

Danışman

Prof. Dr. Şahin AKINCI

Konya-2023

ÜST HAKKININ SONA ERMESİ

ÖZET

Çalışmamız, irtifak haklarından olan üst hakkının sona ermesini konu almaktadır. Dört bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde üst hakkına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Bu kapsamda kavramsal ve içerik yönünden yapılan değerlendirmelerin akabinde, hakkın kazanılması usulleri ve uygulanacak hükümler tespit edilmiştir. Üst hakkının sona erme nedenlerini incelediğimiz ikinci ve üçüncü bölümlerde sona erme nedenleri kanuna ve sözleşmeye dayanan sebepler olarak iki kısma ayrılarak incelenmiştir. “*Üst Hakkının Kanuna Dayanan Sebepler Sona Ermesi*” başlığını taşıyan ikinci bölümde, terkin, mahkeme kararı ile sona erme, yararlanmanın imkânsızlaşması, yüklü ve yararlanan taşınmaza aynı kişinin malik olması, TMK m. 792 ve 793’e göre yüklü veya yararlanan taşınmazın bölünmesi, TMK m. 831 gereği süresinden önce devir hakkının kullanılması ve aşırı ifa güçlüğü sebebi ile sona erme hususları ele alınmıştır. “*Üst Hakkının Sözleşmeye Dayanan Sebepler Sona Ermesi ve Diğer Sona Erme Sebepleri*” başlığını taşıyan üçüncü bölümde ise sözleşmeye dayanan sona erme sebepleri olarak üst hakkının süresinin sona ermesi, sözleşmeye aykırılık sebebi ile sona erme, TMK m. 833 gereği ağır yükümlülük ihlali veya süresinden önce devir isteme yetkisi ve üst hakkı sözleşmesinin bozucu şarta bağlı olmasının hakkın sona ermesine etkisi değerlendirilmiştir. Bu başlık altında ele aldığımız diğer sona erme sebepleri ise kamulaştırma, üst hakkı sahibinin ölümü, terk ve cebri icradır. Çalışmanın son ve dördüncü bölümü ise üst hakkının sona ermesine bağlanan sonuçlara ilişkindir. Bu kapsamda hakkın sona ermesi halinde doğan yükümlülükler ve hakkın sona ermesinin hak sahibi üçüncü kişilere etkisi incelenmiştir.

TERMINATION OF RIGHT OF CONSTRUCTION (*SUPERFICIES*)

ABSTRACT

The subject of our study is “Termination of right of construction (*superficies*)”. In the first part of this study, which consists of four parts, general information about the right of construction has been given. In this content, following the conceptual and content evaluations, the procedures for acquiring the right and the provisions to be applied have been determined. In the second and third parts, where we examine the reasons for the termination of the right of construction, the reasons for the termination are examined by dividing them into two parts as legal and contractual reasons. In the second part, titled “The Termination of the Right of Construction for Reasons Based on the Law”, cancellation, termination by court decision, impossibility of utilization, the possession of the encumbered and beneficiary real property by the same person, the division of the encumbered and beneficiary real property as Art. 792 and 793 of Turkish Civil Code, the exercise of the right of transfer before the deadline as required by art. 831 of Turkish Civil Code and the termination due to hardship have been discussed. In the third part, titled “The Termination of the Right of Construction for Based on Contractual Reasons and Other Reasons for Termination”, as the contractual termination reasons, the termination of the right of construction, termination due to contradiction to agreement, the effect of gross breach of obligation or the right to request transfer before the deadline as required by art. 833 of Turkish Civil Code and the effect on termination of the right of the fact that the contraction of construction is subject to condition subsequent has been evaluated. Other termination reasons we have discussed under this heading are expropriation, death of the right holder, abandonment and forced execution. The last and fourth parts of the study are related to the results related to the termination of the right of construction. In this context, the obligations arising in the event of the termination of the right and the effect of the termination of the right on the third parties have been examined.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	x

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. KONUNUN ÖNEMİ	3
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	6
§ 2. ÜST HAKKI KAVRAMI, ÜST HAKKININ ÖNEMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ	8
I. ÜST HAKKI KAVRAMI	10
II. ÜST HAKKININ ÖNEMİ	14
III. ÜST HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	16
§ 3. ÜST HAKKININ KONUSU, İÇERİĞİ VE KAZANILMASI	21
I. ÜST HAKKININ KONUSU	21
II. ÜST HAKKININ İÇERİĞİ	24
A) KANUN'DAN DOĞAN İÇERİK	25
B) SÖZLEŞME İLE BELİRLENEN İÇERİĞİ	29
1. Üst Hakkının İçeriğine Dahil Olan Unsurlar	30
2. Üst Hakkının İçeriğine Dahil Olmayan Eşyaya Bağlı Borç Konusu Oluşturan Unsurlar	31
a) Kanundan Doğan Eşyaya Bağlı Unsurlar	32

b) Tarafların Anlaşmasına Dayanan Eşyaya Bağlı Unsurlar	35
3. Nisbi Etkili Olan Unsurlar	36
III. ÜST HAKKININ KAZANILMASI	40
A) TESCİL İLE KAZANMA.....	40
1. Üst Hakkı Sözleşmesi ve Tescil	41
2. Taşınmaza Bağlı Üst Hakkının ve Tapuda Taşınmaz Olarak Kayıtlı Bulunan Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkının Tescil ile Devren Kazanılması.....	47
B) TESCİLSİZ KAZANMA	47
C) TAPUDA TAŞINMAZ OLARAK KAYITLI BULUNMAYAN BAĞIMSIZ ÜST HAKKININ DEVREN KAZANILMASI	51

İKİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ KANUNA DAYANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ

§ 4. KANUNA DAYANAN SONA ERME SEBEPLERİ	60
I. TERKİN	62
A) HUKUKÎ SEBEBE DAYANAN TERKİNLE SONA ERME	62
B) HUKUKÎ SEBEBE DAYANMAYAN TERKİNLE SONA ERME	65
II. MAHKEME KARARI	66
A) TERKİN BORCUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİ.....	66
B) ÜST HAKKININ YARARININ TAMAMEN ORTADAN KALKMASI YA DA HAK SAHİBİNE SAĞLADIĞI YARARIN YÜKÜNE ORANLA ÇOK AZALMASI	67
1. Genel Olarak.....	67
2. Üst Hakkının Yararının Tamamen Ortadan Kalkması	70
3. Üst Hakkının Sahibine Sağladığı Yararın Yüküne Oranla Çok Azalması	74

4. Talep ve Yargılama Usulü	79
III. YARARLANMANIN İMKÂNSIZLAŞMASI- ÖZELLİKLE YÜKLÜ YA DA YARARLANAN TAŞINMAZLARDAN BİRİSİNİN VEYA İKİSİNİN YOK OLMASI	81
IV. YÜKLÜ VE YARARLANAN TAŞINMAZA AYNI KİMSENİN MALİK OLMASI	84
V. YÜKLÜ VEYA YARARLANAN TAŞINMAZIN BÖLÜNMESİ.....	85
VI. ÜST HAKKININ SÜRESİNDEN ÖNCE ARAZİ MALİKİNE DEVİRİ.....	87
A) GENEL OLARAK	87
B) TMK m. 831'İN KAPSAMINA GİREN ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNE AYKIRILIK HALİNDE GENEL HÜKÜMLERİN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU	92
1. TMK m. 831'in Emrediciliği Sorunu	93
2. TMK m. 831'in TBK m. 112 vd. ile Mukayesesi.....	108
3. TMK m. 831'in Borçlar Hukuku Anlamında Haklı Nedenle Fesih Kurumu ile Olan İlişkisi.....	112
C) TMK M. 832 GEREĞİ BEDEL ÖDEME HÜKMÜNÜN EMREDİCİLİĞİ SORUNU VE BEDELİN TAYİNİNDE DİKKATE ALINACAK ESASLAR	117
1. TMK m. 832 Gereği Bedel Ödeme Hükmünün Emrediciliği Sorunu...	117
2. Bedelin Tayininde Dikkate Alınacak Esaslar	124
Ç) SÜRESİNDEN ÖNCE DEVİR HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI	130
VII. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ SEBEBİ İLE SONA ERME.....	141
A) GENEL OLARAK	141
B) AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ YAŞANABİLECEK HALLER	143

C) ÜST HAKKI İLİŞKİSİNDE UYARLAMAYA GİDİLİP GİDİLEMEYECEĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME	149
Ç) UYARLAMA VE HAKLI NEDENLE FESİH TALEBİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME	157

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKININ SÖZLEŞMEYE DAYANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ VE DİĞER SONA ERME SEBEPLERİ

§ 5. SÖZLEŞMEYE DAYANAN SONA ERME SEBEPLERİ	160
I. ÜST HAKKI SÜRESİNİN DOLMASI.....	160
II. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ İLE ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	162
A) GENEL OLARAK	162
B) DÖNME İLE SONA ERME	164
C) FESİH İLE SONA ERME.....	165
1. Feshe Dayanak Oluşturan Sözleşmeye Aykırılık Halleri	170
a) Gereği Gibi İfa Etmeme	170
aa) Genel Olarak	170
bb) Üst Hakkı Sözleşmesi Açısından Gereği Gibi İfa Etmeme Halleri	171
b) Temerrüt	174
aa) Temerrüde İlişkin Genel Değerlendirmelerimiz.....	174
bb) Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi Halinde Temerrüdün Sonuçları	179
cc) Temerrüt Halinde TMK m. 831'in Uygulanması	183
c) Üst Hakkının Ayıba Karşı Tekeffül Açısından Değerlendirilmesi...	185
2. Feshin Kullanılması ve Sonuçları	194

a) İhbara İlişkin Değerlendirmeler	194
b) İhtara İlişkin Değerlendirmeler	196
c) Feshin Tescil Üzerine Etkisi ve Fesih Halinde Açılacak Davalar	202
3. Eski Hale Getirmenin veya İhlali Gidermenin Sona Erme Talebi Üzerine Etkisi.....	210
III. TMK m. 833 GEREĞİ AĞIR YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ SEBEBİ İLE SONA ERME VEYA DEVİR İSTEME YETKİSİ	212
A) TMK M. 833 HÜKMÜNÜN AĞIR YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	217
B) TMK M. 833 HÜKMÜNÜN “UYGUN BEDEL” AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	223
IV. SÖZLEŞMENİN BOZUCU ŞARTA BAĞLI OLMASININ SONA ERME ÜZERİNE ETKİSİ.....	229
§ 6. DİĞER SONA ERME SEBEPLERİ.....	233
I. KAMULAŞTIRMA	233
II. ÜST HAKKI SAHİBİNİN ÖLÜMÜ	235
III. YARARLANAN TAŞINMAZIN TERK EDİLMESİ	236
IV. CEBRİ İCRA	237
A) YÜKLÜ TAŞINMAZIN CEBRİ İCRAYA KONU OLMASI.....	237
B) ÜST HAKKININ KENDİSİNİN CEBRİ İCRAYA KONU OLMASI	240
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
ÜST HAKKININ SONA ERMESİNİN SONUÇLARI	
§ 7. HAKKIN SONA ERMESİ HALİNDE DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER ..	247
I. ÜST HAKKI SAHİBİNİN GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	247
A) SÖZLEŞME SÜRESİNİN DOLMASI SEBEBİ İLE SONA ERMESİ HALİNDE GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	250

1. Genel Olarak.....	250
2. Zilyetliğin İadesi Açısından Üst Hakkı Sahibinin Sorumluluğu	254
3. Üst Hakkı Sahibinin Geri Verme Yükümlülüğünün İfası Kapsamında Koruma ve Özen Yükümlülüğünü İhlalden Doğan Tazminat Sorumluluğu.....	257
B) SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ İLE HAKKIN SONA ERMESİ HALİNDE GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI ...	264
II. TAŞINMAZ MALİKİNİN TMK M. 829 HÜKMÜ GEREĞİNCE BEDEL (TAZMİNAT) ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	267
A) GENEL OLARAK.....	267
B) TMK M. 829 HÜKMÜNÜN “MUHİK TAZMİNAT” KAVRAMI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	270
C) BEDELİN BELİRLENMESİ.....	278
§ 8. HAKKININ SONA ERMESİNİN HAK SAHİBİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ	284
I. SONA ERME HALİNDE REHİNLİ ALACAKLILARIN DURUMU	284
A) ÜST HAKKININ SÜRESİNİN DOLMASI SEBEBİYLE SONA ERMESİ HALİNDE.....	285
B) SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ İLE SONA ERMESİ HALİNDE	290
C) ÜST HAKKININ TMK m. 831 GEREĞİ SÜRESİNDEN ÖNCE DEVİRİ HALİNDE	294
Ç) YARARLANMANIN İMKÂNSIZLAŞMASI HALİNDE	299
D) DEĞERLENDİRME.....	303
II. SONA ERME HALİNDE ÜST HAKKI ÜZERİNDE ŞAHSİ HAK SAHİPLERİNİN DURUMU	305

III. TMK M. 828 HÜKMÜNÜN DİĞER HAK SAHİPLERİNİN	
HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	316
SONUÇ	318
KAYNAKLAR	327



KISALTMALAR

Abs. : Absatz

a.g.e. : adı geçen eser

Art. : Artikel

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B. : Bası

BAM : Bölge Adliye Mahkemesigen

BJM : Basler Juristische Mitteilun

BGE : Bundesgerichtsentscheide

bkz. : bakınız

BSK : Basler Kommentar

BÜHFD : Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C. : Cilt

ÇÜHFD : Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn. : dipnot

DÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E. : Esas

ErbbauRG: Erbbaurechtsgesetz- Gesetz über das Erbbaurecht

ErbVO : Verordnung über das Erbbaurecht

EÜHFD : Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.T. : Erişim Tarihi

f(ff) : und folgende Seite(n) (Note, Nummer, Artikel)/ ve devamı

GBV : Grundbuchverordnung

HD : Hukuk Dairesi

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İKÜ : İstanbul Kültür Üniversitesi

İnÜHFD: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜMHAD: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

K. : Karar

m. : madde

MHFD : Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

MÜHFHAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
Dergisi

N. : Numara (paragraf numarası)

Nr. : Nummer

örn. : örneğin

S. : Sayı

SchlT : Schlusstitel

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

Y. : Yıl

Y. : Yargıtay

YİBBGK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch

ZBJV : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ

Türkiye turizm, ekonomi ve sosyal gelişmeleriyle önemli değişim ve gelişmelerin yaşandığı bir ülkedir. Gelişme düzeyine bağlı olarak arz talep dengesi içinde ülkenin mevcut arzî değerlerinin sadece bireylerin değil devletin hüküm ve tasarrufundaki kullanılmayan arazilerinin de ekonomiye kazandırılması için bireysel veya kurumsal düzeyde yatırımların, projelerin desteklenmesi gerekmektedir. Her geçen yıl artan konut ihtiyacı, turistik tesislerin yapımı, yerli ve yabancı yatırımları zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk neticesinde projesini hayata geçirmek isteyen ancak uygun arazisi olmayan yatırımcı ile arazisi olan ancak üzerinde yapı inşa etmeye gücü yetmeyen taşınmaz maliklerini bir araya getiren kurum üst hakkıdır. Zira, taşınmaz malikleri malî kaygılar ve yetersizliklerle gelir getirecek projeler için yeterli finansmana sahip olamadıkları, arsalarını da satmak istemedikleri için atıl bırakmayı tercih etmektedirler. Ancak, üst hakkı ile maliklerin arsalarını satmalarına gerek kalmadan atıl bıraktıkları birçok arazi yeterli mali güce sahip girişimcilerin kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilerek ülke ekonomisine kazandırılabilir.

Hayata geçirilmek istenilen projenin niteliğine göre özellikle devlete ait taşınmazlar arazi temininde önemli rol oynamaktadır. Devlete ait taşınmazların üzerinde üst hakkı tesis edilmesi halinde hem taşınmazların mülkiyeti devlette kalmaya devam etmekte hem de boş kalan araziler ekonomiye katkı sağlayacak projelerde kullanılmaktadır. Kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar mülkiyetleri kendilerinde kalmak kaydıyla, özel mülkiyete tâbi olmayan taşınmazlar ise bu niteliklerini kaybetmeden üst hakkı irtifakı ile değerlendirilebilmektedir¹.

¹ Türk Medenî Kanunu'nun 999. hükmü çerçevesinde devlete ait olan fakat özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan kamu arazileri üzerinde de üst hakkı tesis edilmesi mümkündür. Bu kapsamda Turizm Teşvik Kanunu'nda, Orman Kanunu'nda, Devlet İhale Kanunu'nda, 3996 sayılı Kanun ile Yap-İşlet- Devret modeli çerçevesinde kamu arazilerinde belirli şartlar altında bağımsız ve sürekli üst hakkının kurulabileceği öngörülmektedir. Bkz. **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6.B., Ankara, 2015, 428, dn.218; **Akıncı**, Şahin,

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin içeriği kapsamında 726. madde ile irtifak hakları ayrımında 826- 836. maddeler arasında düzenlenen üst hakkı bugün olduğu gibi birçok eski hukuk sistemlerinde de varlık göstermiş evrensel bir haktır². 1926 yılında Medenî Kanun'un İsviçre'den iktibasıyla hukukumuzda giren üst hakkı önceleri bu kavramla anılmamıştır. Hukuk alanında yapı hakkı ve inşaat hakkı gibi terimlerin de üst hakkı yerine kullanıldığı görülmektedir³. Türk Medenî Kanunu'nun 826. maddesine göre üst hakkı, başkasına ait arazinin üstünde ya da altında yapı inşa etmek veya arazi üzerindeki mevcut yapıyı muhafaza etmek suretiyle söz konusu yapıların maliki olma hakkını tanıyan bir irtifak hakkıdır.

Üst hakkının irtifak hakları içinde gerek turizme gerek ekonomiye büyük katkı sağlayan bir irtifak haline gelmesindeki en önemli etken hakkın bağımsız ve sürekli nitelikte, yüz yıl gibi uzun bir süreliğine kurulabilecek olmasıdır. Bunun yanı sıra üst hakkı sahibinin malik sıfatına sahip olması, hak sahibine hakkın sınırları içerisinde yapılar üzerinde serbestçe tasarruf edebilme özgürlüğünün tanınması daha fazla ve yaygın uygulanmasını sağlamaktadır⁴.

Bu çalışmanın konusunu, üst hakkının genel takdiminin akabinde hakkı sona erdiren sebepler ve sona ermeye bağlı sonuçlar oluşturmaktadır. Çalışma konumuzun belirlenmesi sürecinde uygulamada karşılaştığımız en büyük sorun, üst hakkı sözleşmesinin hak sahibi tarafından sözleşmeye aykırı fiillerle ihlal edilmesi halinde söz konusu uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğine ilişkindir. Öyle ki, taşınmaz maliki üst hakkı sahibinin bu ihlali sebebi ile sözleşmeyi feshederek aralarındaki ilişkiyi sona erdirmek isterse söz konusu uyuşmazlığın hangi esaslar dikkate alınarak çözüleceği, somut olay adaletinin hâkim tarafından nasıl tesis ettirileceği, uyuşmazlığa Medenî

Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi, SÜHFD- Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a Armağan, Y. 1998, C. 6, S. 1-2, 767 vd.; **Ustaoglu**, Funda, Proje Finansmanında Teminat Olarak Üst Hakkı İpotegi, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Y. 2018, C. 7, S. 28, 858, dn.48.

² **Ünal**, Mehmet, Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1932, 18 vd., 36-42, 50-54; **Aral**, Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı (MK. m. 652, 751), İstanbul 1962, 78-84.

³ **Aral**, 2; **Ünal**, 4, 5.

⁴ **Ünal**, 18 vd.

Kanun'un hangi hükümlerinin hangi kriterler gözetilerek uygulanması gerektiği noktasında büyük bir belirsizliğin olduğu tespit edilmiştir.

Araştırmamız neticesinde bu konunun doğrudan üst hakkına ilişkin getirilmiş olan İsviçre Medenî Kanunundaki 779f- 779h hükümleri ile buna karşılık gelen TMK m. 831-833 hükümlerine ilişkin olduğu sonucuna varılmıştır. İsviçre ve Türk Hukuk doktrininde bu hükümlerin emredici olduğu yönündeki hâkim görüş sebebi ile üst hakkı sözleşmesinin artık Borçlar Hukukunun genel hükümlerine göre haklı nedenle feshedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Ancak, söz konusu hükmün incelenmesi ile şu sorulara cevap bulmak gereği hasıl olmuştur. İlgili hüküm ve bu hükmün uygulanmasını gösteren TMK m. 832 hükmü emredici midir? Bu hükme göre üst hakkı sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkün müdür? Mümkünse fesih halinde üst hakkı sözleşmesine uygulanacak usulî esaslar nelerdir? Kanun koyucunun TMK m. 833 gereği tarafların sözleşmede feshi veya süresinden önce devri kararlaştırdıkları hallerde TMK m. 831 ve 832 hükümleri nasıl uygulanacaktır? Hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta dikkate alacağı kriterler nelerdir?

Bu çalışma kapsamında, üst hakkını sona erdiren sebepler ve buna bağlı sonuçlar Türk Medenî Kanunu ile diğer ilgili mevzuat hükümleri nezdinde üst derece mahkeme kararları da gözetilerek tespit edilmeye çalışılırken söz konusu soruların cevaplanması ve uygulamada tespit ettiğimiz diğer sorunlara ilişkin de çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmıştır.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Dönüşüme uğramış olmakla beraber Roma Hukukundan günümüze aktarılan, ülkelerin ekonomik ve sosyal ihtiyaçları ile de şekillenen üst hakkı, hukuk sistemlerine yerleştiği ve tanınmaya başladığı ilk dönemlerde çok önemli uygulama alanı bulamamıştır. Özellikle Türkiye'de seksenli yıllara gelene kadar bu kurumun önemi anlaşılamamıştır⁵. Sonraları çağın getirdiği hızlı nüfus artışı, konut ihtiyacı, turizmdeki hareketlenmeye bağlı olarak turistik tesislerin değer kazanması, sanayi ve ticari

⁵ Ünal, 36; Gürzumar, O. Berat, Türk Medenî Hukuku'nda Üst Hakkı (Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap- İşlet- Devret Modeli Dahil), İstanbul 1998, 21.

alanlardaki gelişmelerle yeni ve büyük yapılaşmanın gerekliliği gitgide artan bir seyrde üst hakkının uygulama alanının genişlemesine sebep olmuştur⁶.

Üst hakkı gibi geniş uygulama alanı bulan ve yüz yıla kadar uzunca bir süre boyunca yüklü taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibini aynı hukukî ilişki içinde tutma fonksiyonuna sahip bir hakka dair kanuni düzenlenmelerin de olabildiğince açık ve muhtemel sorunlara çözüm getirir nitelikte olması gerekmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun İsviçre'den iktibasıyla hukukumuzda giren üst hakkı doktrinde ve uygulamada düzenlemelerin yetersizliğine ilişkin birçok eleştiri almıştır. Bu eleştirilerden hareketle söz konusu eksiklikler İsviçre Medenî Kanunu'nun 1 Temmuz 1965 tarihinde yürürlüğe giren onbir maddelik yeni hükümleri (ZGB Art. 779a- 779l) ile giderilmeye çalışılmıştır. İsviçre Medenî Kanunu'ndaki bu değişiklikler 743 sayılı Medenî Kanun'da 23.11.1990 tarihli 3678 sayılı Kanun'la kaynak Kanun'daki bazı maddeler hariç Türk Hukukuna alınmıştır⁷.

Özellikle kaynak İsviçre Medenî Kanunu'ndan hukukumuzda birebir alınmayan 779d maddesinin uygulama açısından hakkaniyete aykırı, adil olmayan sonuçlara sebep olacağına ilişkin doktrinde çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Şöyle ki; Türk Medenî Kanunu 828. madde ile üst hakkı süresi sonunda yapıların arazi malikine kalacağını öngörmektedir. Ancak bu süre sonunda yapının taşınmaz malikine nasıl kalacağı, kullanılabilir olup olmayacağı bilinmemekle beraber Kanun'da ihtimalleri bertaraf edecek, taşınmaz malikini güvence altına alacak emredici bir düzenlemeye de yer verilmediği görülmektedir. Bu sebeple mehz Kanun'daki gibi bir düzenlemeye hukukumuz açısından ihtiyaç olup olmadığı, söz konusu hükmün nasıl yorumlanması gerektiği, taşınmaz malikinin emredici nitelikli bir hükümle korunmasına gerek olup olmadığı hususlarının da tespiti gerekmektedir.

⁶ **Akipek**, Jale, Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, 28; **Ünal**, 10; **Freimüller**, Hans- Ulrich, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Anhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Bern 1967, 23; **Isler**, Peter, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Bern 1973, 76 vd.; **Riemer**, Hans Michael, Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich 1968, 15; **Ulusan**, İlhan, Yeni Türk Medenî Kanunu Öntasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD, Y. 1987, C. 61, S. 1-2-3, 23.

⁷ Örneğin; TMK m. 829/I- ZGB Art. 779d/I, TMK m. 830- ZGB Art. 779e.

İsviçre Medenî Kanunu 779d hükmünde de öngörülen “muhik tazminat” ile üst hakkı sahibine bir koruma yükümlülüğü getirildiği, böylece binaların üst hakkı süresinin sonuna kadar korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Hükme göre üst hakkı süresi sona erdiğinde irtifak hakkı sahibi kendi yaptığı yapılar için bir tazminat alacağını bilerek yapıyı koruyacak, irtifakın süresi bitince taşınmaz maliki de arazisi üzerinde kullanılmaz halde bir yapı ile hem taşınmazın değer kaybetmesini engellemiş olacak, hem de kendini zarara uğratacak bir enkazın sahibi olmaktan kurtulmuş olacaktır. Bu hükmü kanun koyucu hukukumuzda bire bir aynı şekilde almamıştır. Hükme göre kural olarak taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine yapılar için bedel ödemesi zorunludur. İsviçre Hukukunda emredici olarak öngörülen hüküm, Türk Medenî Kanunu’nda kural olarak bedel ödeme borcunun olmadığı ancak taraflarca aksi kararlaştırılabilecek bir düzenleme olarak belirlenmiştir. Hükümün mehzaz kanundan ayrılarak bedel ödenmemesi yönünde düzenlenmesi ilk etapta üst hakkı sahibinin aleyhine bir düzenleme olduğu izlenimi yaratmaktadır. Ayrıca İsviçre Hukukunda olduğu gibi hükmün yapıları koruyucu fonksiyonu düşünüldüğünde hukukumuzdaki düzenlendiği şekliyle bu korumadan mahrum bırakıldığı ve taşınmaz malikinin yapıların zarara uğratılması riskiyle karşı karşıya olduğu sonucuna ulaşılabılır. Ancak bu hüküm olmasa da üst hakkı sahibinin, hem TMK m. 828 gereği hem de sözleşmeden doğan iade yükümlülükleri gereği yapıyı mutad yıpranmalar dışında koruma ve aksi kararlaştırılmamışsa kullanıma hazır bir şekilde malike teslim etme yükümlülüğü altında olduğunun kabulü gerekir.

Diğer yandan üst hakkı sözleşmesinin süresinden önce taşınmaz maliki tarafından sona erdirilmek istenmesi halinde TMK’nın 831-833. maddeleri çerçevesinde “sona ermenin” nasıl gerçekleşeceği hususunun kanun koyucunun iradesi, taraf iradeleri ve kanun hükümleri açısından özenle yorumlanması gerekir. Zira, bu hükümlerin aksine tarafların üst hakkı sözleşmesinde açık irade beyanında bulunarak sözleşmenin bedelli veya bedelsiz sona erdirileceği hallerde hâkimin kanunun tanıdığı takdir yetkisini hangi sınırlar içinde ve hangi esasları gözeterek kullanacağı somut olay adaleti açısından önem arz eder. Nitekim doktrin ve uygulamada bu hususa dair birbirinin zıttı yaklaşımlar benimsenmektedir. Bu sebeple çalışmamızda bu husus detaylı şekilde incelenmiştir.

Ayrıca rehinli alacaklıların alacaklarının âkıbeti ve üst hakkı ilişkisi içinde rehinli alacaklıların ne derece korunması gerektiği hususları da üzerinde durulması gereken diğer önemli hususlardandır.

Hukuk, toplumsal ihtiyaçlara göre zaman içinde şekillenen, bireylerin haklarının müdafaasını sağlamak için mevcut eksiklerin giderilmesi ile ihtilafları önlemek ya da en azından ihtilafların asgari düzeye inmesini sağlamak için toplumsal düzene hizmet etmektedir. Yasama sürecinde öngörülemeyen, öngörülmüş olsa dahi ikinci planda bırakılan hususların bireylerin adalete ulaşmalarında engel teşkil etmeye başlaması halinde söz konusu eksikliklerin giderilmesi hukuk devletinin gereğidir. Bu sebeple tüm bunlar dikkate alındığında yüksek meblağların söz konusu olduğu ihtilaflara sebep olan ve yargılama neticesinde dahi hak kayıplarının önüne geçilemeyen eksiklerin tespit edilmesi, sınırlarının çizilmesi ve sonuçlarının değerlendirilerek çözüm önerilerinin getirilmesi büyük önem taşımaktadır.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Üst hakkı, bir özel hukuk kurumu olarak Türk Medenî Kanunu'nun İsviçre'den iktibasıyla birlikte teknik anlamda hukukumuzda girmiştir. Medenî Kanunu'nda düzenlenmiş olması sebebiyle özel hukuk kurumu niteliğini haiz olsa da bu irtifakın zaman içinde uygulama alanının genişlediği görülmektedir.

Türkiye'de üst hakkı uygulamasının seksenli yıllardan sonra kamu malı taşınmazlar⁸ üzerinde yaygınlaştığı söylenebilir. Özellikle devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde tesis inşa edebilmek ve buraları işletebilmek için, sermaye birikimi yeterli olmayan ve bütçe açığı bulunan gelişmekte olan ülkelerin çoğunlukla tercih ettiği “yap- işlet- devret” şeklindeki proje finansman modellerinin işlemesi için de en

⁸ Türk Hukukunda idarenin kamu malı üzerinde idari mülkiyet olarak adlandırılan, eşya hukukunun mülkiyet ve kamu hukukunun yetkiler toplamı olarak nitelendirilebilecek hâkimiyet unsurlarına dayanan bir hakkı bulunmaktadır. Bu hak uyarınca, Devlet kamu malının özgülenme amacına uygun kullanmak kaydıyla bu mallar üzerinde özel mülkiyetin sağladığı bütün yetkilere sahiptir. Bu kapsamda idare özgüleme amacına ters düşmedikçe kamu malı üzerinde üst hakkı da kurabilme yetkisine sahiptir. İdare kamu malı üzerinde irtifak (üst hakkı) kurmasına ilişkin karar aldıktan sonra Eşya Hukuku kurallarına bağlı olacaktır. **Kuntalp**, Erden, Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi, TBB Dergisi, Y. 1991, C. 3, S. 4, 533.

uygun yol üst hakkından yararlanmak olmuştur⁹. Enerji, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisleri, kanalizasyon, haberleşme, otoyol, köprü, demiryolu, tünel, çevre kirliliğini önleyici tesisler, marinalar, deniz ve hava limanları gibi büyük bayındırlık ve altyapı projelerinin finansmanın devlet tarafından tek başına sağlanması ekonomik anlamda mümkün olmadığı hallerde kamu hizmetlerinin veya kamu kurumlarının kamu hizmeti niteliğine sahip olmayan faaliyetlerinin bu finansman modeli ile hayata geçirilebilmesi mümkündür¹⁰.

Konusunu çoğunlukla kamu mallarının oluşturduğu, diğer yandan kamu hukuku nitelikli sınırlamaların uygulandığı, taraflardan birinin idare olduğu ve idarenin kamu gücünün¹¹ hissedildiği yap- işlet- devret modelinde arazi temini için esas alınan en etkin hukukî kurum üst hakkı olsa da Medenî Kanun kapsamına dahil olan üst hakkı ilişkileri ve üst hakkının sona erme sebeplerinin incelendiği çalışmamızda bu konuya yer verilmemiştir.

Son dönemlerde devletin sağlık hizmetleri faaliyetlerinde odak noktası haline getirmesi sebebi ile sıkça adını duyduğumuz ve faaliyete geçirilmiş olan şehir hastanelerinin temelindeki kamu özel işbirliği çerçevesinde arazi temininin üst hakkı ile

⁹ **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay- Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018, 867; **Sirmen**, Lâle, Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli. Yap-İşlet- Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, 11-17; Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki arazilerin atıl bırakılmaması, atıl bırakılan kamu arazilerinin ıslah edilerek, değerlendirilip ekonomiye kazandırılması gerektiği hakkında bkz. **Akıncı**, Üst Hakkı, 767- 786; **Ustaoglu**, Üst Hakkı İpoteği, 857 vd.

¹⁰ **Erekmeççi**, Müge, Türk Özel Hukuku'nda Yap- İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, Ankara 2013, 14; İdareye ait bir taşınmaz üzerinde üst hakkı tesisine konu olan, idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmeler idarenin kamu gücü otoritesini kullandığı iş ve işlemlerden sayılmadığı için özel hukuk ilişkisi içinde değerlendirilmesi gerektiği hakkında görüş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı değerlendirmesi için bkz. **Ersöz**, A. Kürşat/ **Karauz**, A. Kürşat, Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Halkından Doğan Hasılat Payı Hesabında Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir Mi?, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 153, Mayıs 2019, 1013- 1021.

¹¹ Özellikle taraflardan birinin idare olduğu sözleşme ilişkilerinde, sözleşme hükümlerinin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı kabul edilse bile tarafların yapacağı anlaşmalarda hakkın kapsamının güçlü olan taraf lehine sınırlandırılması ve böylece hakkın bağımsızlığının zarar görmesi söz konusu olacaktır. Özellikle kamu yatırımlarında durum böyledir. Üst hakkı sahibinin hukukî ve fiili tasarruf özgürlüğü idarenin kamu gücü sayesinde sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırmalar sayesinde idare üst hakkı üzerinde yapılacak tasarrufi işlemlerin tarafını belirleyebilme inisiyatifini elinde tutmakta ve kendisine karşı üst hakkı sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucu doğuracağını düşündüğü tasarruflara izin vermemektedir. Bkz. **Erekmeççi**, 65-66.

tesis edildiği görülmektedir. Şehir hastanelerinin temelini kamu özel işbirliği oluşturmaktadır. Kamu özel işbirliği, kamu ile özel sektör arasında yapılan bir tür sözleşme ile devlet ve özel sektörün birlikte katılımını esas alan, tüm mal ve hizmet teminini içeren, risk ve kazanımların ortak olarak paylaşılmasını amaçlayan bir iş modelidir¹². Sağlık Bakanlığı'nın talebi ve Yüksek Planlama Kurulu'nun kararı ile sağlık tesisi projesine olur verilmekte, projeyi üstlenecek gerçek veya tüzel kişiler ihale ile belirlendikten sonra tesisin yapılacağı arazi Bakanlık tarafından üst hakkı ile en fazla otuz yıllığına tesisi yapacak olan özel şirkete verilmektedir¹³. Her ne kadar arazi temini üst hakkı ile tesis ediliyor olsa da yap- işlet- devret modelinde olduğu gibi kamu-özel ortaklığı temeline dayanan şehir hastanelerinin incelenmesi de çalışma konumuz dışında bırakılmıştır.

Tüm bu sınırlar çerçevesinde üst hakkının sona ermesi, sone erme sebepleri ve sonuçları doktrinindeki görüşler etrafında, Türk Medenî Kanun ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirilmiş, ihtilaf konusu haline gelmiş hususlar tespit edilerek, bu ihtilafın kaynağını teşkil eden eksiklikler, sonuç kısmında konuya dair tespit ve önerilerimiz sunulmuştur.

§ 2. ÜST HAKKI KAVRAMI, ÜST HAKKININ ÖNEMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ

Daha önce de ifade edildiği üzere üst hakkı, Roma Hukukundan beri var olan ve Roma Hukukunun etkisinde kalmış bütün hukuklara yerleşmiş olan bir kurumdur¹⁴. Mukayeseli hukuk içinde geniş bir yere sahip olan üst hakkı, kimi ülkelerde

¹² **Acartürk**, Ertuğrul/**Keskin**, Sabiha, Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C.17, S.3, 27 vd.; **Boz**, Selman Sacit, Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli, İnÜHFD, Y. 2013, C. 4, S. 2, 282 vd.; **Sözer**, Ali Nazım, Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastaneleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 15, Özel S., 215-216; **Hansu**, Esra, Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı, Ankara 2022, 76 vd.; **Karauz**, Ağah Kürşat, Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi, Ankara 2022, 99 vd..

¹³ **Sözer**, 219- 221; **Hansu**, 145 vd..

¹⁴ Roma Hukukunda Eski Hukuk Dönemi ve Klasik Hukuk Dönemi'nde üst hakkı bilinmemekle beraber, Klasik Sonrası Hukuk Döneminde varlığını hissettirmeye başlamış ve Iustinianus döneminde sınırlı aynı haklar arasında ayrı bir kurum olarak yerini almıştır. Üst hakkından önceki dönemlerde kurulan hukukî ilişkiler kira sözleşmesine benzetiliyor ve taraflara şahsi bir hak tanıyor-du. Ancak arazinin mülkiyeti başka bir kişiye devredildiğinde yeni malikle yapıyı kullanan kişiler arasında ihtilaf çıkmaya başladı, çünkü yapıyı bedel karşılığı kullanan kişinin yeni malike karşı ileri sürebileceği bir hak yoktu. Zamanla praetorlar yapıyı kullanan kişinin durumunu zilyedin du-

Roma Hukuku yapısına sadık kalınarak kimi ülkelerde de ülkenin hukuk yapısına göre farklı değişimlere, gelişmelere uğrayarak varlığını sürdürmüştür¹⁵. Bizim hukumuza üst hakkının girişi Roma Hukukundan etkilenen İsviçre Medenî Kanunu’nun iktibasıyla beraber olmuştur¹⁶.

Mukayeseli hukuk içinde geniş yer tutan bir kurum olmasına karşılık Türk Medenî Kanunu’nu ve kendi hukuk sistemimizi esas alan çalışmamız yeri geldikçe kay-

rumuna benzeterek zilyetlik interdictum’u (*interdictum de superficibus*) ile korunmasını sağladılar. Önce yapıyı kullanan kişiye def’i, sonra da dava hakkı tanındılar. Iustinianus Dönemi’nde ise üst hakkının (*superficies*), uzun süreli kira hakkı (*emphyteusis*) ile birlikte sınırlı aynî haklar sistemi içine alınarak dava ile korunabilmesi sağlandı. **Günel**, Nadi, Roma Hukuku’nda Üst Hakkı (*Superficies*), AÜHFD, Y. 1998, C. 47, S. 1- 4, 108- 118; **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1983, 158 vd.; **Akıncı**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 17. B., Konya 2022, 358; **Oğuzoğlu**, Cahit, Roma Hukuku, Ankara 1959, 188 vd.; **Freimüller**, 3; **Witt**, Günther, Das Baurecht, Eine rechtsvergleichende Betrachtung insbesondere des schweizerischen und deutschen Baurechts, Basel und Stuttgart 1970, 5; **Brandenburger**, Otto, Das Baurecht, Insbesondere seine vertragliche Ausgestaltung in der kommunalen Boden- und Wohnungspolitik, Aaurau, 1911, 6; **Di Marzo**, Salvatore, (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, 1954, 281 vd..Yazar’ın ifade ettiği üzere “Roma’da hâkim olan “*superficies solo cedit*” (üst arza tâbidir) kuralına rağmen gerçek kişilere kamuya ait arazilerde inşaat yapma, bir bedel karşılığında inşa edilen bu binayı kullanma ve başkalarına devretme hakkı tanındı. Ancak, Roma’da toprak gibi inşa edilen bu bina da kamuya ait sayılıyor, sadece binanın kullanım hakkı temlik edilebiliyordu. Zaman içinde inşaat zarureti ile gerçek kişiler arasında kiraya benzer ilişkiler kurulmaya başlandı. Bu ilişki içinde “*interdictum de superficibus*” ile koruyucu tedbirler getirildi ve nihayetinde Iustinianus döneminde “*quasi in rem actio*” ile dava hakkı tanındı. Üst hakkı sahibi lehine ve aleyhine de komşuluk ilişkilerini düzenleyici hukukî vasıtalar getirildi. Netice itibarıyla üst hakkı, bir aynî hak, başkasının arazisi üzerinde bulunan bir inşaatın devamlı surette faydalanamaya dair irtifak oldu. Fakat irtifakların aksine, mülkiyet hakkının içeriğini boşaltan bir haktır”.; Bu açıklamalara ek olarak, Iustinianus Döneminde üst hakkı sahibine tanınan aynî davaya “*Actio de Superficie*” ismi verildi. Böylece Iustinianus Döneminde “üst hakkı, başkasına ait arazi üzerindeki taşınmazı doğrudan ve mutlak şekilde kullanılmasını sağlayan, miras yoluyla intikal eden ve temlikî mümkün, şekilsiz bir anlaşma ile kurulabilen bir sınırlı aynî hak halini aldı”. Bkz. **Çelebican**, Özcan Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 5.Basım, Ankara 2015, 276-280; **Erdoğan**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2012, 117 vd.; **Ünal**, 20- 22. Roma Hukukunda üst hakkının temellerini oluşturan üç kurum vardır: “*superficies*”, “*ager vectigalis (ager publicus)*” ve “*emphyteusis*”. Bunlardan devlete ait tarımsal taşınmazlar üzerindeki uzun süreli kira hakkı tanıyan kuruma “*superficies*”, İtalya belediyelerinin uzun bir zaman için (bazen de süresiz) kendilerine ait toprakları tarımsal faaliyetlerde kullanmak isteyenlere kiralamalarına “*ager vectigalis*” ve terk edilmiş çıplak arazi halindeki devlet topraklarının ıslahı için bu araziler üzerinde mülkiyet hakkına yaklaştırılmış bir hak olarak uzun süreli kira hakkı ile tarım yapma hakkı tanıyan kuruma da “*emphyteusis*” denilmekteydi. Bkz. **Honig**, Richard, (Çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1935, 210 vd.; **Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983, 172 vd..

¹⁵ **Ünal**, 19- 36; **Demirsatan**, Barış, Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 2. B., İstanbul 2017, 7 vd..

¹⁶ Medenî Kanun öncesinde İslam Hukuku döneminde de üst hakkı adında özel bir hak çeşidi mevcut olmasa da başkasına ait taşınmaz üzerinde inşaat yapmak ve ona sahip olmak hakkı geniş biçimde tanınmaktaydı. **Ünal**, 19; **Cin**, Halil, Mirî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara 1969, 5 vd..

nak İsviçre doktrini ve İsviçre Medenî Kanunu ile desteklenmiştir. Çalışma konumuz “üst hakkının sona ermesi” olduğu için üst hakkına dair genel bilgiler kurumun tanıtılması açısından kısa tutulmak istenmiş, mukayeseli hukukta üst hakkı kurumu ayrı bir başlık altında incelenmemekle beraber ilişkili konular içerisinde gerekli bilgiler verilmiştir.

I. ÜST HAKKI KAVRAMI

Üst hakkı¹⁷, bir irtifak hakkıdır; yani sınırlı aynî haktır. Diğer irtifak haklarından onu ayıran ve irtifak hakları içinde uygulamada da en çok tercih edilen hak olmasının sebeplerinden biri irtifak hakkı sahibine, hakka konu taşınmaz üzerine inşa edilmiş veya edilecek olan yapılar üzerinde mülkiyet hakkı tanıyor olmasıdır¹⁸. Bu husus Medenî Kanun’da açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Türk Medenî Kanunu’nda üst hakkına ilişkin hükümler iki ayrı kısımda düzenlenmiştir. Bunlardan ilki mülkiyetin düzenlendiği kısımda TMK m. 726’da diğeri de irtifak hakları içinde TMK m. 826- 836 hükümleri arasında yer almaktadır.

Kanun’da üst hakkına dair bir tanım yapılmamıştır; ancak, kanun koyucu tarafından 726/I ve 826/I maddeleri ile üst hakkının muhtevası ana hatları ile belirlenmiş ve doktrinde de bu hükümlerden yola çıkılarak üst hakkı tanımlanmaya çalışılmıştır¹⁹. Kanun’un 826 ve 836. maddeleri arasındaki hükümler, 743 sayılı Türk Medenî

¹⁷ Üst hakkıyla ilgili mukayeseli hukukta ve Türk- İsviçre Hukuk sistemlerinde bir ifade birliği yoktur. Alman Hukukunda “(Erb)baurecht”; yani miras yoluyla intikal eden yapı hakkı”, Almanca metinlerde kullanılan inşaat veya yapı hakkı anlamına gelen “Baurecht”, Fransız Hukukunda latince kökenli “droit de superficie” ve “diritto di superficie” terimleri üst hakkı anlamında kullanılmıştır. Kaynak İsviçre Medenî Kanunu’nda “baurechtsdienstbarkeit (inşaat hakkı irtifakı)” olarak adlandırılmaktadır. Hukukumuzda eski dönemlerde inşaat hakkı ve yapı hakkı kavramlarının da kullanılmasının sebebi kaynak Kanun’un Fransızca tercümesiyle 743 sayılı Medenî Kanunu’nda 652 ve 655/2 maddelerinin üst hakkı, Almanca aslından tercime edilen 751. maddesiyle inşaat hakkı kavramları ile hukukumuza girmiş olmasıdır. Bu konuya dair detaylı açıklama için bkz. **Ünal**, 4-6, 22- 34; **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay- Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018, 505/ N. 1816, dn. 983; **Gürzumar**, 31.

¹⁸ Üst hakkı sahibinin yapılar üzerindeki mülkiyet iktisabının aslen iktisap olduğu yönünde bkz. **Freimüller**, 40; **Schmid**, Jörg, Dienstbarkeitsanlagen Fragen zu Art. 740a ZGB und darüber hinaus / I- III., Dienstbarkeiten- Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016, 2017, 23; Üst hakkının hukukî niteliği gereği “özel mülkiyet hakkı” olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. **Yücer Aktürk**, İpek, Üst Hakkı Sözleşmesi, İstanbul, 2022, 67- 69.

¹⁹ Üst hakkının olumlu ve olumsuz olmak üzere iki türlü tanımı yapılabilir. Üst hakkının içerdiği unsurlara bakılarak yapılan tanıma “olumlu tanım”, üst hakkını benzer kurumlardan ayırt eden

Kanunu'nun kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 1 Temmuz 1965 tarihinde yürürlüğe giren 11 maddelik düzenlemelerine (bazı hususlar hariç) uygun olarak ve dilinin sadeleştirilerek içeriğin muhafaza edildiği düzenlemelerdir²⁰.

Üst hakkı; mülkiyet hakkı gibi eski, yaygın, evrensel bir haktır. Her zaman her yerde varlığını sürdürmüş ancak şekil ve içerik bakımından aynı görünümde olmamıştır. Çeşitli isimler altında, üst hakkı teriminin kullanılmadığı hukuk sistemlerinde bile varlık göstermiş, değişik düzenlemelere konu olmuş, içerik bakımından değişimlere uğramış bir haktır²¹.

Mukayeseli hukuk içinde geniş bir yere sahip olan üst hakkı, kimi ülkelerde Roma Hukukuna sadık kalınarak kimi ülkelerde de ülkenin hukuk sistemine göre farklı değişimlere, gelişmelere uğrayarak varlığını sürdürmüştür²². Bu kapsamda Alman Hukuku, Roma Hukukundaki yapıya bağlı kalmış,²³ Türk Hukukundan farklı

yönlerini belirterek yapılan tanıma da olumsuz tanım denilmektedir. Doktrinde yapılan çeşitli tanımlar için bkz. **Ünal**, 48 vd.

²⁰ 743 sayılı Medenî Kanun'da İsviçre Medenî Kanunu'ndaki detaylı düzenlemelerle uyumlu olarak gerekli düzenlemelerin yapılması 14.11.1990 tarihli 3678 sayılı Kanun (RG. 23.11.1990, 20704) ile mümkün olmuştur. Türk Medenî Kanunu'nun İsviçre Medenî Kanun'dan ayrıldığı hususlarda konumuzla ilgili noktalara ve tespitlerimize ileride yer verileceği için burada üzerinde durulmayacaktır.; İsviçre Medenî Kanunu'na 11 maddelik düzenlenmenin ilave edilmesi gerekliliği üst hakkının I. Dünya Savaşı sonrası konut ihtiyacını gidermek için uygulanmaya başlaması ile yargıya intikal eden olaylarda Federal Mahkeme'nin verdiği üst hakkı gelirin hakkın içeriğine dahil olmadığına ve bu hakkın nisbi hak olduğuna dair verdiği, doktrinde de genel kabul gören kararlarla (BGE 52 II 27 vd., BGE 49 III 182 vd.) mevcut düzenlemelerin yetersizliği ortaya çıkmış oldu. Bkz. **Freimüller**, 23; Düzenlemelerdeki yetersizliği gösteren bir diğer hususun da üst hakkı sona erdiğinde taşınmaz malikine kalan yapılar için yapılar karşılığında belirli bir tazminatın (bedelin) ödenmesi borcunun taşınmazı devralan kişilere karşı ileri sürülememesi olduğuna dair bkz. **Riemer**, 52-53; **Gürzumar**, 10, 11.

²¹ **Ünal**, 18- 19.

²² **Ünal**, 19- 36; **Demirsatan**, Barış, Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 2. B., İstanbul 2017, 7 vd..

²³ Alman Hukuku, Roma Hukukundaki üst hakkı kavramına en sadık olan hukuk olmuştur. Bunun başlıca sebebi orta çağ Alman Hukukunda Romanist ve Germanik mülkiyet sistemlerinin birlikte uygulanmış olmasıdır. İlk başlarda German Hukukunda hâkim olan “arazi ödöncü” geleneği ile arazi malikinin (*seigneur*) araziye parçalara bölüp, çeşitli kişilere bir yıllık süreler için ödöncü vermesi söz konusuydu. Zamanla ödöncü alanlar lehine mirasçılık hakkı tanınarak mal mübadelesi döneminde arazi ödöncü sistemi mülkiyet hakkına dönüşmeye başladı ve miras yoluyla intikal eden arazi ödöncü sistemi glassatörlerin çalışmaları sırasında Roma Hukukundaki “üst hakkı” kavramı olarak kayda alındı. Bundan sonraki süreçte Alman Hukukunda bu hak “*erbbaurecht*”; yani “miras yoluyla intikal eden üst hakkı” olarak kabul edildi. Üst hakkının ilk yasal düzenlemeye kavuşması, Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) yürürlüğe girmesi ile oldu. Mevcut düzenlemelerin ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmesi ile 1919 yılında BGB'nin üst hakkına dair ilgili hükümleri kanun kuvvetinde tüzükle kaldırıldı ve “*Verordnung über das Erbbaurecht (ErbVO)*” adı altında kanun gü-

olarak bir sınırlı aynî hak olarak düzenlenmemiş, mirasçılık hakkına dayanan ırsî üst hakkı sistemi benimsenmiştir.

Türk Hukukuna üst hakkının girişi Roma Hukukundan etkilenen İsviçre Medenî Kanunu'nun iktibasıyla beraber olmuştur²⁴. İsviçre Hukuku, ilk başlarda üst hakkı kavramını hakkın önemini idrak etmeksizin sadece Kanun'a almakla yetinmiş, daha sonra sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarla Kanun'daki hükümlerin geliştirilmesi cihetine gitmiş, sonuç itibarıyla Türk Hukukunda üst hakkı bugünkü haliyle görünüm bulmuştur²⁵.

cüne sahip olan yeni bir düzenlemeye kavuştu. Ünal, 25- 28; Brandenburger, 67; Baurt, Fritz/Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf, Sachenrecht, 18. neu bearbeitete Auflage, München 2009, §29, Nr.28; “Verordnung über das Erbbaurecht (ErbVO)” (Alman İnşaat Hakkı Tüzüğü) 23 Kasım 2007 tarihli Federal Adalet Bakanlığı'nın (Bundesministerium der Justiz) sorumluluk alanındaki “Federal Yasanın Düzenlenmesi Hakkında İkinci Yasa”nın 25. maddesi ile 30 Kasım 2007 tarihinden itibaren “Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz- ErbbauRG)” (İnşaat Hakkı Kanunu) adı altında yeniden adlandırıldı. ErbbVO, yürürlüğe girdiği andan itibaren kanuni güce sahip olduğu için yapılan bu değişiklik sadece açıklayıcı bir mahiyette sahiptir. (Bkz. <https://dejure.org/gesetze/ErbbauRG>, E.T. 16.03.2021); Freimüller, 4. Yazara göre Almanya'da Roma öncesi dönemde de “arazi ariyeti (Bodenleihe)” kurumuna şehir ve konut imarı için kullanılan karşılığı ile “inşaat ariyeti (staedtsche Bauleihe)” olarak rastlanmaktaydı. Orta çağ Almanya'sında da arazinin ve üzerindeki yapıların başka kişilere ait olabileceği anlayışı mevcuttu. İnşaat ariyeti, taşınmaz üzerindeki yetkinin bölünmesi anlayışının bir yansımasıydı. Uzun bir zaman sonunda ariyet alanın hakkının da mülkiyet hakkı olduğu, bir yıllık ücret ödemek kaydıyla ariyete konu edilen arazi üzerinde ariyet alanın yapı inşa etmek ve yapının mülkiyetini kazanabilme imkânı olduğu da kabul edildi.; Wieland, C., (Çev. İ. Hakkı Karafakı), Aynî Haklar, İkinci Kısım, Ankara 1949, Art. 779/ N. 3-c. Yazara göre “Almanya'daki ırsî üst hakkı, devlet ve komünler tarafından inşa edilmiş ikametgâhlar için daha pratik bir önem taşımaktadır. Üst hakkı ile yapı inşa eden kişi, araziye zemin için bir bedel ödemeden iktisap edebilme imkânına sahiptir. Bu süre zarfında arazi de gittikçe değer kazanmaktadır. Ancak, üst hakkı konusu ve süresi itibarıyla sınırlı bir kurum olduğu için özel şahıslar kolaylıkla kredi elde edememektedirler. Devlet ve komün bir arsa üzerinde toplumun menfaatini gözetten bir ortaklığa üst hakkı veriyor. Yaygın uygulama ise arsanın gerçek değerinin çok altında iktisap bedelinin ödeniyor olmasıdır.”

²⁴ Medenî Kanun öncesinde İslam Hukuku döneminde de üst hakkı adında özel bir hak çeşidi mevcut olmasa da başkasına ait taşınmaz üzerinde inşaat yapmak ve ona sahip olmak hakkı geniş biçimde tanınmaktaydı. Ünal, 19; Cin, Halil, Mirî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara 1969, 5 vd..

²⁵ İsviçre Hukukunda da Alman Hukukunda olduğu gibi Roma Hukuku öncesi Orta çağ İsviçre'sinde “arazi ariyeti” yaygın şekilde kullanılmaktaydı. O dönemde binalar ağaçtan yapıldığı için sökülmesi, taşınması mümkündü ve bu sebeple taşınır hükmündeydiler. Binaların mülkiyeti de yapan kişiye aitti. Roma Hukukunun iktibasıyla “*superficies solo cedit*” ilkesi İsviçre Hukukuna girmiş oldu, ancak dağlık bölgelerde süre gelen yaşam eski kurum ve ilişkilerin varlığının sürmesini sağlamıştır. İsviçre'de Medenî Kanun hazırlıkları yapılırken başlarda üst hakkından hiç söz edilmiyordu. Hitzig, bu kavrama dikkat çekmeye çalışsa da gerekli ilgiyi toplayamadı, yine de Kanunkoyucu üst hakkına (Baurecht) gerekli önemi atfetmeden 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'nun iki ayrı yerinde iki madde (Art. 675, 779 ZGB) ile yer verdi. I. Dünya Savaşı'ndan sonra bu düzenlemelerin yetersizliği anlaşıldı. Savaş sonrası, İsviçre'nin birçok şehrinde, özellikle Bern'de, kamuya ait arazilerin üst hakkı tesisi yoluyla tahsisi uygulaması başladı ve böylece üst

Üst hakkı, sadece boş bir arazi üzerinde kurulan ve bu boş arazide yapılacak yapının maliki olma yetkisini veren bir irtifak değildir. Üzerinde yapı bulunan bir arazide de üst hakkı tesis edilebilmekte, irtifak hakkı sahibi irtifakın kurulmasıyla mevcut yapının da maliki olabilmektedir. Bu sebeple yüklü taşınmaz malikinin mülkiyetten doğan yetkileri sınırlandırılmakta, taşınmazın hak sahibi tarafından kullanılmasına katlanmak ve hakkın kullanılmasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlü hale gelmektedir²⁶.

İrtifak hakkı sahibinin bir başkasının taşınmazı üzerindeki yapının maliki olabilmesi üst hakkının “*accessio*”, “*Akzessionsprinzip*”; yani birleşme ilkesinin istisnası olmasından ileri gelmektedir. Birleşme ilkesi taşınmaz hukukuna hâkim olan ilkelere dendir ve TMK m. 718/2 ile hüküm altına alınmıştır. Roma Hukukundaki “*superficies solo cedit*” (üst arza tâbidir) kuralı ile ifade edilen birleşme ilkesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusu üç boyutlu bir arazidir. Bu hacim içinde kalan ve arzla birleşen her şey bağımsız varlıklarını kaybeder. Türk Medenî Kanunu 718/2 maddesi ile bu ilkenin yasal sınırlamalarla istisnalarının olabileceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda, üst hakkı da üstündeki yapı ile yüklü taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinin

hakkının konut ihtiyacının karşılanmasındaki önemi ortaya çıktı. Özellikle üst hakkı geliriyle ilgili düzenlemelerin yetersizliğini ortaya çıkaran Federal Mahkeme’nin verdiği kararlarla yeni düzenlemeler yapılması gerekliliğini ortaya koydu. 1926 yılında üst hakkının yeniden düzenlenmesi için bir komisyon oluşturuldu, bunu takiben 1946 yılında yapılan çalışmalarda sonuçsuz kaldı. 1950 yılında üst hakkıyla ilgili değişiklik fikri şekillenmeye başladı ve 1955’te Federal yetkililer üst hakkına ilişkin hükümleri değiştirme kararı alarak, Liver’i öntasarı taslağını hazırlamakla görevlendirdiler. Taslak uzmanlardan oluşan özel bir komisyonda incelendi ve tasarı haline getirildi. 19 Mart 1965’te Federal Meclisler tarafından kabul edilen 11 maddelik tasarı, 1 Temmuz 1965’te yürürlüğe girdi. Bkz. **Ünal**, 32- 34; **Gürzumar**, 9- 12; **Brandenburger**, 11, 30-31; **Witt**, 6; **Freimüller**, 23- 25. Yazara göre üst hakkının İsviçre Medenî Kanunu’na ilk girdiği dönemde bu kuruma gereken önemin gösterilmemiş olma sebebi kanton hukuklarının hüküm sürdüğü dönemde üst hakkı uygulamasına nadiren başvuruluyor olmasıydı. Kanun koyucu üst hakkına dair iki maddeyi düzenlerken bugünkü kullanım alanından uzak bir bakış açısıyla, başkasına ait araziler üzerinde mahzen, su bentleri gibi küçük yapılar inşa etmek ve bunların mülkiyetine sahip olmak üzere kurulan ilişkileri dikkate almıştı.

²⁶ **Akipek**, 26, 32; **Gürzumar**, 31; **Eren**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. B., Ankara 2016, 365; **Riemer**, 21; **Haab**, Robert/**Simonius**, August/**Scherrer**, Werner/**Zobl**, Dieter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht, C.4/I, Art. 641 bis 729, Zürich 1977, Art. 675, Nr. 2; **Meier-Hayoz**, Arthur, Schweizerisches Privatrecht Fünfter Band Sachenrecht, Basel und Stuttgart 1977, 594; **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Jörg**, Schmid/**Rumojungo**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009, 1058/§108, Nr.28; **Wieland**, Carl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürich 1909, Art. 675, Nr.1; **Henggeler**, Benno, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Sachenrecht- Art. 641- 977 ZGB, 2. Auflage, 2012, Art. 779, N.1.

kesildiği ve arazi ile yapının iki ayrı mülkiyet konusu olabilmesine imkân tanıyan müstesna kurumlardan biridir²⁷.

II. ÜST HAKKININ ÖNEMİ

Üst hakkı hukukumuzda girdiği ilk günden seksenli yıllara kadar fazla rağbet görmemiş olmasına rağmen, 80'lerden sonra sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak zaman içinde önem kazanmış, bugün ise en çok tercih edilen irtifaklardan biri halini almıştır²⁸.

Üst hakkı, sosyal ve ekonomik ihtiyaçlardan doğan bir kurumdur. İnşaat yapmak yüksek maliyet gerektiren bir faaliyettir. Bunun yanı sıra inşaatı değerli kılan faktörlerden biri de inşaatın yapıldığı arazi ve konumudur. Konut, turizm tesisi, sağlık kompleksi inşa etmek gibi toplumsal ihtiyaçları karşılamaya yönelik faaliyetler düşünüldüğünde, uygun arazi bulmak giderek zorlaşmaktadır. Diğer yandan arazi sahipleri de bütçe yetersizliği sebebiyle üzerinde yapı inşa etme imkânı bulamamakta ve bu sebeple arazilerini boş bırakmak zorunda kalmaktadırlar. Bu durum hem bireyleri hem de projelerin faaliyete geçirilememesi sebebiyle ülke ekonomisini olumsuz etkilemektedir. Üst hakkının iktisadi fonksiyonu ve önemi de burada ortaya çıkmakta, proje sahibi girişimciler ile taşınmaz maliklerini bir araya getirmektedir. İnşaat yapmak isteyen fakat elinde inşaat yapacak arazisi olmayan kişilere uzun bir süre üzerinde maliki olabileceği yapıyı inşa etmek için toprak temin edilirken, arazisi olan ve inşaat yapamayan arazi malikine de devamlı surette bir menfaat ve gelir elde etme imkânı sunulmaktadır. Ayrıca bu durumun taşınmaz malikine sağlayacağı bir yarar da üst hakkından önce âtil duran bir arazinin üst hakkı süresi sonunda (taşınmazın eski hale getirilmesi kararlaştırılmamışsa) üzerindeki yapılar sayesinde arazinin kıymetinde artış meydana gelecek olmasıdır. Zira, üst hakkı sona erince birleşme ilkesi

²⁷ Eren, Mülkiyet, 197; Akipek, J/Akıntürk, T./Ateş, D., Eşya Hukuku, 2. B., İstanbul 2018, 457; Aral, 7, 34; Ünal, 45- 48; Akipek, 26, 65; Günel, 107; Gürzumar, 32; Yücer Aktürk, 67; Isler, Baurechtsvertrag, 39; Hitz, Flurina, Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, ZStP, 2017, 45- 46.

²⁸ Federal Mahkemenin de ifade ettiği üzere üst hakkı uygulanmaya başlandığı günden itibaren yasadaki sınırlarının ötesinde üstlendiği işlevlerle taşınmaz mülkiyeti açısından olağanüstü bir uygulama alanına sahip olmuştur. Üst hakkı, İsviçre'de bugün itibarıyla da hâlâ ekonomik ve sosyal açıdan önemini korumaktadır. Bkz. Henggeler, Berno, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), Basel 2005, 10.

gereği irtifakla yüklü taşınmaz üzerindeki yapının mülkiyeti tekrar taşınmaz malikine dönmektedir²⁹.

Diğer yandan üst hakkı toprak ve konut politikasına da hizmet etmektedir. Üst hakkı sayesinde şehirleşmenin tarım arazilerine taşınması önlenir ve böylece tarım arazileri de korunmuş olur. Ayrıca devletin hüküm ve tasarrufundaki kamu malı araziler üzerinde de üst hakkı tesis edilebilmesi mümkündür³⁰. Üst hakkında mülkiyetin konusu yüklü taşınmaz değil üzerindeki inşaat olduğu için arazinin kamu niteliğini kaybetmesi de söz konusu olmamakta, devletin kullanmadığı araziler de ülke ekonomisine kazandırılmaktadır. Kamu tüzel kişileri konut politikalarını gerçekleştirmek ve özellikle toplu konutlar yapmak için arazileri ellerinden çıkarmadan üst hakkı kurabilirler. Böylece hem taşınmaz kamu tüzel kişilerinin elinden çıkmaz, hem de üst hakkı sayesinde üst hakkına karşılık ödenecek bedele bağlı olarak gelir elde edilir³¹.

²⁹ **Akipek**, 27; **Ünal**, 6; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 867/ N. 3087 vd.; **Eren**, Mülkiyet, 366; **Isler**, Baurechtsvertrag, 78- 80; **Leeman**, Hans, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, II. Abteilung Art.730-918, Bern 1925, Art. 779, N.5; **Wieland**, Komm., Art. 779, Nr.3; Arsayı satın alıp onun bedelini peşin ödemek yerine uzun bir vadeye yayılmış ödeme koşulları ile arsa üzerindeki yapının maliki olacağı bir yapı inşa etmek veya mevcut yapının maliki olmak fikri de üst hakkının pratik yararını arttırmaktadır. Bkz. **Gürzumar**, 23; İnşa edilecek yapının veya tesisin değeri, taşınmazın değerine oranla açık bir orantısızlık halinde ise ya da kurulacak yapı, tesis taşınmazın cüz'i bir kısmında kalacak ise bu durumda proje sahibinin taşınmazın mülkiyetini tamamen iktisap etmek istememesi halinde haklı bir gerekçe ile üst hakkı tercih edilebilecek makul bir imkândır. Bkz. **Aral**, 7.

³⁰ Her ne kadar kamusal malların devredilemezliği ilkesi gereği kamusal malların kamulaştırılması, haczedilmesi, zamanasını ile kazanılması ve üzerlerinde sınırlı aynî hak tesis edilmesi kural olarak kabul edilmemekte ise de yakın dönemde kamusal mallar üzerinde bazı sınırlı aynî hakların kurulması imkânının tanındığı görülmektedir. Kanun'un öngördüğü hallerle sınırlı olmak üzere, kamu yararı ve malların özgülenme amaçları gözetilmek suretiyle sınırlı aynî hak tesisi mümkündür. Uygulamaya bakıldığında yap- işlet- devret modeli ile ve 2364 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamındaki düzenlemelerle de kamusal mallar üzerinde sadece bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tipinde irtifak hakkının kurulmasına hukuken izin verildiği görülmektedir. Bkz. **Gürzumar**, 187 vd.; **Kuntalp**, 532, 533.

³¹ **Ünal**, 8- 10; **Akipek**, 27, 28; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 867/N. 3087 vd.; İdarenin kendisinin değerlendirmedeği taşınmazları üst hakkı ile özel kişilere tahsis ederek yeraltı ve yerüstü otoparkı, müze, otel, tiyatro, hayvanat bahçesi, spor tesisi, yüzme havuzu gibi yapılar inşa edilmesini sağlayarak ekonomik ve sosyal yaşama katkı sağlaması ve diğer yandan ticari yönü ağır basan tesislerin inşa edilmesi halinde de oldukça fazla rant elde etmesi söz konusu olmaktadır. Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 75, 76; **Freimüller**, 7 vd.; **Wieland**, Art. 779/ Nr. 3-a; **Henggeler**, 10; “Kamu Özel İşbirliği (PPP- Public Private Partnership)” yönteminin son yıllarda yoğun bir şekilde uygulanıyor olması proje finansmanı noktasında üst hakkını teminat fonksiyonu açısından en çok başvurulan kurumlardan biri haline getirmiştir. Bkz. **Ustaoglu**, Üst Hakkı İpoteği, 857 vd.; “Kamu Özel İşbirliği” modeli ve bu modelde üst hakkının uygulanması hakkında bilgi için bkz. **Boz**, 277 vd..

Üst hakkının bahsettiğimiz birçok yararının yanı sıra uygulanmasına engel teşkil edebilecek bazı dezavantajları da mevcuttur. Öncelikle hukuken hem taşınmaz malikinin hem üst hakkı sahibinin malik olarak kabul edilmesi söz konusu ise de kendilerini gerçek bir malik gibi görmeleri söz konusu olamayacaktır. Bunun başlıca sebebi taşınmaz maliki açısından bireylerin alışık oldukları klasik anlamdaki mülkiyet anlayışının aksine kısıtlanmış bir yetki alanının varlığı, başka bir ifade ile yüklü taşınmaz üzerindeki fiili ve hukukî tasarrufun üst hakkı sebebiyle kısıtlanmış olmasıdır. Aynı şekilde üst hakkı sahibi de kendini gerçek malik gibi hissedememektedir. Her ne kadar en fazla yüz yıl gibi uzun bir süre için üst hakkı tesis edilebiliyorsa da eninde sonunda üst hakkı sona erdikten sonra mevcut yapının veya yapıların mülkiyeti üst hakkının sona ermesi ile birlikte kaybedilir. Bu kapsamda ya TMK. m. 828/T'e göre mevcut yapılar yüklü taşınmaz malikinin mülkiyetine intikal edecek ya da yıkılacaktır³².

Bir diğer dezavantaj ise üst hakkının genelde süreye bağlı olarak kurulması üst hakkı kapsamındaki yapıların her yıl değerini belirli bir oranda kaybedecek olmasıdır. Üst hakkı süresince yapılarda oluşacak değer kaybı, bu hak hiç kurulmamış olsaydı olağan yıpranmaya bağlı meydana gelecek değer kaybından daha fazla olabilir. Zira, üst hakkı kapsamında hak sahibinden kaynaklanacak normalin dışında oluşan yıpranma veya tahribatlardan da söz edilebilecektir³³.

III. ÜST HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Üst hakkı belirli bir veya birden fazla gerçek ya da tüzel kişi lehine; yani kişiye bağlı irtifak olarak kurulabileceği gibi bir diğer taşınmaza bağlı irtifak şeklinde de

³² Ünal, 17.

³³ Ünal, 17-18. Yazara göre üst hakkının süresinin insan ömrüyle sınırlı tutulması veya insan ömrüne eşit bir sürenin belirlenmesi ve tarafların sona erme halinde yüklü taşınmaz malikine ödemek için tazminat öngörmek kaydıyla söz konusu sakıncaları giderebilmek mümkündür.

kurulabilir³⁴. Bu sebeple, üst hakkının bir karma (düzensiz) irtifak olduğu kabul edilmektedir³⁵.

Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar³⁶, devir ve intikal kabiliyeti³⁷ olan haklar olduğu için TMK m. 704/II ve 998/II'ye göre taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluştururlar³⁸. Bu nitelikteki üst hakkının TMK m. 826/III hükmüne göre hak sahibinin istemi³⁹ üzerine tapuya taşınmaz olarak kaydedilebileceği öngörülmektedir.

³⁴ **Eren**, Mülkiyet, 366; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 506/N. 1817, dn. 984, 867/ N. 3091-3092, 869; **Özcan Büyüktanır**, Burcu, Üst Hakkının Sona Ermesi, BÜHFD, Ocak 2019, C. 14, S. 173, 246; **Isler**, Baurechtsvertrag, 26; **Brandenburger**, 60, 61; **Witt**, 13; **Wieland**, Art. 779/ Nr. 4.

³⁵ **Ünal**, 55; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 865/N. 3082 vd.; **Isler**, Peter R./**Gross**, Dominique, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, Art. 1- 61 SchlT ZGB, 6. Auflage, Basel 2019, BSK ZGB II, Art.779 Nr.8; **Hitz**, 48.

³⁶ Türk Medenî Kanunu'nda bağımsız haklara dair bir tanım yapılmamıştır. Tapu Sicili Tüzüğü m. 10'da ise "süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan" haklar bağımsız ve sürekli olarak kabul edilmiştir.

³⁷ İrtifak hakkının bağımsız olabilmesi için devir ve intikal kabiliyetinin her ikisini de bünyesinde barındırması gerekmektedir. **Ergüne**, Üst hakkı, 277, 278.

³⁸ Üst hakkının tapu kütüğünde taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmesi hâlinde, hem üst hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerinin taşınmazlar için aranan geçerlilik şartlarına tâbi olacağı hem de üst hakkı üzerinde yapılacak tasarruf işlemlerinde kolaylık ve açıklık sağlanacağı, bu sayede de üst hakkı sahibinin daha kolay kredi elde edebilme imkânına kavuşacağı yönünde bkz. **Ergüne**, M. Serkan, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar, İÜHFM, Y. 2008, C. 66, S. 1, 280. Hak gerçekte taşınmaz mülkiyetinin konusu olamaz. Hakkın taşınmaz olarak işlem görmesinin temelinde hakkın konusunun gerçek anlamda taşınmaz olan yüklü bir arazi olması yatmaktadır. Tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilen bağımsız ve sürekli nitelikteki hakka taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler hakkın niteliğine uygun düştüğü ölçüde, diğer bir deyişle tapuda ayrı bir sayfaya kayıt yapılmadan da uygulanabildikleri ölçüde uygulanabileceklerdir. Buna karşılık kaydedilen hak hukukî ilişkilerde, sicil hukukuna tâbi olacak, sanki bir araziymiş gibi işlem görecektir. Bkz. **Kuntalp**, 548; Bağımsız ve sürekli üst hakkı her ne kadar taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluştursa da Federal Mahkeme'nin de ifade ettiği üzere her zaman hak olarak kaldığı ve fiziki yapıya sahip olamadığı için sadece bazı açılardan arazi olarak nitelendirilebilmektedir. Bu sebeple taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler sınırlı olarak uygulanabilir. Bkz. **Hitz**, 90; Ayrıca Federal Mahkemenin kararı için bkz. BGE 118 II 15 E. 2, (BGE 118 II 115 | Recherche | Swisslex, E.T. 26.04.2022).

³⁹ Bağımsız ve sürekli bir üst hakkının tapuya kaydının yapılabilmesi üst hakkı sahibinin isteğine bırakılmıştır. Bu hususta üst hakkı sahibinin yazılı beyanı gerekir. Ancak yüklü taşınmaz malikinin rızasının alınmasına gerek yoktur. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 869/dn.463 atfı ile 162/N. 702 vd.; Hakkın taşınmaz olarak işlem görmesi, doğrudan doğruya ekonomik açıdan hak sahibine yarar sağlar. Bu sebeple tapuya kayıt için sadece onun talebi aranmıştır. Ayrıca hakkın tapuda ayrı bir sayfaya kaydı maddi muhtevasında bir değişiklik yaratmayacağı için malik içinde ek bir külfet veya diğer aynî hak sahipleri için de tehlike yaratmaz. **Kuntalp**, 545. Üst hakkının taşınmaz olarak tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi talebinin mutlak olarak üst hakkı sahibine ait olup olmadığı, taşınmaz malikinin de bu talepte doğrudan bulunma yetkisini haiz olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. İsviçre'deki hâkim görüş, üst hakkı sahibinin ayrı bir sayfaya kaydı hususunda rıza gös-

Kanun'un 826/II. maddesinde aksi kararlaştırılmadıkça üst hakkının devredilebilen ve mirasçılara geçebilen bir hak olduğu ifade edilmektedir. Eğer taraflar bu hakkın, irtifak hakkı sahibinden başkasına devredilmesini istemiyorlarsa bunu açıkça üst hakkı sözleşmesinde kararlaştırmak ve tapu kütüğünde göstermek zorundadırlar. Öte yandan üst hakkının Kanun'da da zikredildiği şekliyle devir ve miras yoluyla intikal olanağına sahip olması bu hakka bağımsızlık niteliği verir⁴⁰. Bu sebeple başkasına devri mümkün olan üst hakkı bağımsız bir kişisel irtifaktır⁴¹.

termemesi durumunda taşınmaz malikinin doğrudan tapu memurundan talepte bulunabileceği yönündedir. Bkz. **Friedrich**, Hans Peter, Die Neuordnung des Baurechts im Zivilgesetzbuch, BJM 1966, 23; **Bachmann**, Dominik, Verfügungsbeschränkungen Bei Gebuchter Selbständigen und Dauernden Rechten Insbesondere Baurechten, Bern 1993, 106; **Gürzumar**, 58, dn. 171'deki diğer yazarlar; Aksi yönde **Freimüller**, 79, dn. 14. Türk Hukukunda ise taşınmaz malikinin doğrudan talepte bulunamayacağı, TMK m. 2 gereği taşınmaz malikinin ayrı bir sayfaya kayıt talebinin mahkemeye yöneltilmesi gerektiği, mahkemenin vereceği karara göre de tapuda kaydın yapılabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Gürzumar**, 58, dn.172. Acar'a göre ise bu durumda üst hakkı sahibine tanınan bu inisiyatifteki yararın incelenmesi gerekir. Kural olarak, üst hakkının ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydı teminat fonksiyonu düşünüldüğünde üst hakkı sahibinin yararınadır. Ancak üst hakkı sahibi tapu masraflarından kurtulmak isteyebilir. Diğer yandan, üst hakkının taşınmaz olarak işlem görmesi taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip konusu haline gelmesine imkân tanıyacaktır. Yazara göre üst hakkı taşınmaz olarak tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmese de üst hakkı üzerinde hak haczi konabilir. Bu durumda rehnin paraya çevrilmesi hususunda usulî fark dışında sonuç itibarıyla önemli bir fark oluşmayacaktır. Bu sebeple yazara göre de sonuç itibarıyla üst hakkı sahibi aleyhine bir durum yaratılmayacağından gereksiz prosedürlerle zaman kaybetmek yerine taşınmaz maliki lehine veya yapı alacağına yönelik bir yasal ipotek tesis edilecekse doğrudan tapudan talepte bulunmaya engel yoktur. Bkz. **Acar**, Faruk, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, 189- 191, dn. 590.

⁴⁰ Üst hakkının devir ve intikal kabiliyetine dair getirilen kısıtlama ve sınırlamaların, hak sahibinin tasarruf yetkisi üzerine etkisi ve hakkın bağımsızlığını etkileyip etkilemeyeceği hususunda Kanun'da bir açıklık yoktur. Bu husus doktrinde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre hakkın içerik ve kapsamına ilişkin sınırlamalar yapılamaz, yapılsa dahi bu sınırlamalar aynı etkili sayılamayacağından hakkın bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da bağımsızlığını yitirmiş bir üst hakkının taşınmaz olarak tapuya kaydedilmesi de mümkün değildir. Bkz. **Bachmann**, 148-151; **Hitz**, 146- 147, Nr. 247; **Gürzumar**, 44 vd.; Ayrıca aynı yönde, **Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir**, 868/N. 3092; **Bertan**, Suad, Aynı Haklar; Medenî Kanun'un 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi, C.2, M.K. 703-764, Ankara 1976, 1540. Doktrinde hâkim olan, Federal Mahkemenin 1946 tarihli BGE 72 I 233 ilke kararına dayanan ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise üst hakkı sahibinin hak üzerindeki tasarruf özgürlüğü sınırlandırılmak kaydıyla devir ve intikale dair sınırlandırmalar getirilebilir. Ancak burada söz konusu sınırlamaların hakkın bağımsızlık özelliğini ortadan kaldırmayacak mahiyette olması gerekir. Bu yönde konulan kayıtlar sözleşmenin içeriğine dahil kabul edileceği için aynı etkilidir. Üst hakkının sözleşmede belirlenen şehir veya bölgedeki kişilere devredilebileceği ya da belli kişilere devredilemeyeceği yönündeki sözleşme hükümleri üst hakkının bağımsızlık niteliğini etkilemez. Bu kapsama üst hakkı üzerinde tesis edilecek başka aynı haklarla üst hakkının yüklenmesi de dahildir. Başka bir ifade ile bir üst hakkının rehin, ipotek gibi aynı haklarla yüklü hale getirilmesi imkânı tamamen ortadan kaldırılamayacaksa da (yoğun olmamak kaydıyla) sınırlandırılabilir. (Bu görüşteki yazarlar bkz. **Freimüller**, 66; **Leeman**, Art. 779, N.50; Karar metni için bkz. <https://entscheide.weblaw.ch/dumppdf.php?link=BGE-72-I-233>, E.T. 08.07.2021); **Gürzumar**, devir ve intikal kabiliyetinin birlikte olması gerektiğini dile getirmekle, üst hakkının devrinin taraf-

Üst hakkının sürekli⁴² nitelikte kabul edilebilmesi için TMK m. 826/III hükümüne göre en az otuz yıl süreyle kurulması gerekir⁴³.

Türk Medenî Kanunu'nun 836. maddesinde⁴⁴, bağımsız bir üst hakkının en fazla yüz yıl için kurulabileceği kabul edilmektedir⁴⁵. Mevcut bir üst hakkı, süresinin

larca mümkün kılınıp mirasçılara intikal etmeyeceği (veya tam tersi) yönündeki hükümlerin yoğun sınırlama olacağını, üst hakkının bağımsızlığını etkileyeceğini dile getirmektedir. Bkz. **Gürzumar**, 44, 50, dn. 127. Gürzumar'ın mirasçılara yönelik görüşüne karşılık Acar, mirasçıların sayısının çok sınırlı/ az olduğu hallerde sınırlamanın yoğun sayılamayacağını, bu sebeple bağımsızlığın etkilenmemiş sayılması gerektiği yönünde görüş bildirmektedir. Bkz. **Acar**, 31, dn. 108. Isler, hakim görüşe katılmakla beraber üst hakkının sınırlı aynı haklarla sınırlandırılmasını üst hakkının içeriğine dahil kabul etmemekte ve bu gerekçe ile de üst hakkının sınırlı aynı haklarla yüklü hale getirilme imkânının da tamamen ortadan kaldırılabilceğini savunmaktadır. Bkz. **Isler**, Bau-rechtsvertrag, 156, 157, 158; Aynı yönde, **Akipek**, 38. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü hâkim görüşün aksine bir düzenleme yapmak suretiyle tasarruf sınırlamaları açısından herhangi bir değerlendirme yapmayı dahi gerekli görmeden sınırlama getirilmiş olan üst hakkının bağımsızlık özelliğini yitirmiş olduğunu ve tapuya taşınmaz olarak kaydedilemeyeceğini ifade etmektedir. Genel Müdürlüğün 15.06.2010 tarih 1705 sayılı genelgesindeki "Otuz yıldan az süreli üst hakkının, bağımsız ve sürekli hak olarak ayrı bir kütük sahifesine tescili mümkün olmadığı gibi otuz yıl ve daha fazla süreli olmasına rağmen üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine ve bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde (Kamu kuruluşlarınınca getirilmek istenilen kısıtlamalar dahil) üst hakkı artık bağımsız bir nitelik kazanamayacağından, bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz tapu kütüğü sahifesinin "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda irtifak hakkı şeklinde tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekmektedir" hükmü gereğince sınırlamalar arasında ayırım yapılmaksızın resmî senette tasarruf sınırlaması bulunan bütün üst haklarının bu hüküm uygulanmak suretiyle tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesine izin verilmemektedir. Genel Müdürlük doktrindeki tartışmaları, bu hususa dair yapılan ayırım ve kıstasları dikkate almayarak tek düze bir anlayışla tasarruf sınırlamasının varlığını, mahiyetine bakılmaksızın üst hakkının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmaya yeterli görmüştür. Ancak söz konusu düzenleme hak sahibinin menfaatini korumaktan çok uzakta hakkaniyete aykırı bir yaklaşımın yansımasıdır. Aynı yönde bkz. **Gürses**, Davut, Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpoteği, Bankacılar Dergisi, Y. 2011, S. 76, 7.

⁴¹ Üst hakkı genelde kişi lehine kurulur. Bağımsız olmadığı kararlaştırılmadığı sürece düzensiz kişisel irtifak olduğu kabul edilir. Bkz. **Ünal**, 145- 147; **Gürzumar**, 37; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 868/ dn. 462; **Akipek**, 34.

⁴² Hakkın sürekliliğinden kasıt ebedilik değildir. Süresiz olduğu kadar süreli bir hakkında sürekli sayılabilmesi mümkündür. Hakkın en az belli bir süreyle kurulmuş olması sürekli sayılabilmesi için tek başına yeterli değildir. Ayrıca hakkın bu süre içinde kesintisiz sürmesi de gerekmektedir. Hakkı kesintiye uğratabilecek her düzenleme bunun sürekli sayılmasını engelleyebilir. **Kuntalp**, 541- 543.

⁴³ Yap- işlet- devret modelinin esas alındığı ve kamu arazilerinin üst hakkına konu olduğu hukukî ilişkilerde ayrıca 3218 sayılı Serbest Bölge Kanunu'na tâbi hallerde mevzuat gereği azami kırk dokuz yıllığına üst hakkı tesis edileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple uygulamada çoğunlukla üst hakkının devlete ait kamu arazisi niteliğindeki taşınmazlar üzerinde ve azami kırk dokuz yıllığına tesis edildiği görülmektedir. Kamu arazisi üzerinde üst hakkı tesisi için bkz. **Akıncı**, Üst Hakkı, 767 vd.; **Akipek**, Jale, Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara 1977, 19 vd.; **Akipek**, 41; **Ünal**, 136; **Freimüller**, 7 vd.; **Isler**, Bau-rechtsvertrag, 75, 76.

dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uygun olarak azami bir yüz yıl daha uzatılabilir. Böyle bir uzatma anlaşması yapılacağına dair taahhütleri ise Kanun geçersiz saymıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 726. maddesinin⁴⁶ lafzına ve doktrinde üst hakkına dair yapılan yaygın tanımlara⁴⁷ bakıldığında üst hakkının taşınmaz maliki dışında, başkası lehine kurulan bir irtifak olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak, üst hakkının taşınmaza veya kişiye bağlı bir irtifak hakkı olarak malik lehine tesis edilebilmesi ya da daha sonra buna dönüşebilmesi mümkündür. İsviçre Medenî Kanun'daki Art.

⁴⁴ Bu hüküm bağımsız üst hakkı için azami süreyi düzenlemektedir. Taşınmaza bağlı üst hakkı bağımsız olmayan üst hakkı olduğu için TMK m. 836/I' de öngörülen süre bu haklar açısından geçerli değildir. **Gürzumar**, 55; Şahsa bağlı üst hakları azami insan ömrüyle sınırlı olduğu için azami yüz yıllık süre bu haklar için geçerli değildir. Ancak, bir tüzel kişi lehine süresiz veya çok uzun bir süre ile üst hakkı tesis edilmişse bu durumda üst hakkının azami süresinin sınırlandırılması sorunu yine gündeme gelecektir. Aynı şekilde bir eşyaya bağlı olarak süresiz ya da çok uzun süreli tesis edilen üst hakkında da yüklü taşınmaz malikinın mülkiyet hakkının içi boşalmış olacaktır ve bu noktada bazı yazarlar tarafından bağımsız olmayan (eşyaya veya tüzel kişi lehine kurulan şahsa bağlı) üst haklarının da TMK m. 836/I'de öngörülen yüz yıllık azami süreye tâbi olması gerektiği ileri sürülmektedir. Aynı görüş için bkz. **Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, 16. B., İzmir 2021, 547/ N. 2407; Aksi görüşte bkz. **Freimüller**, 59, 61; **Gürzumar**, 55, 56; Bu konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Ergüne**, Üst hakkı, 276, dn. 6.

⁴⁵ Söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Taraflar sözleşmede Kanun'da öngörülen azami süreyi aşan bir üst hakkı süresi belirlemişlerse hükmün sözleşmenin geçerliliğine etkisinin ne olacağını tespiti gerekir. Bizim de katıldığımız görüşe göre taraflar yüz yıldan fazla bir süre kararlaştırmışlarsa, TBK m. 27/I'e göre sözleşmenin tamamının batıl olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Diğer yandan, TBK m. 27/II gereği sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması (bu hüküm olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı kabul edilmedikçe) sözleşmenin sadece o kısmının geçersiz olacağı (kısmi hükümsüzlük) neticesini doğuracağı için azami süreyi aşan sözleşme hükmünün batıl sayılması gerektiği düşünülebilir. Ancak, TBK m. 27/II'nin de burada uygulanması söz konusu değildir. Kısmi hükümsüzlüğün bir sözleşmede kabul edilebilmesi öncelikle tarafların "farazi iradelerine" bağlıdır. Başka bir ifade ile kısmi hükümsüzlüğünün Kanun'da düzenlenme amacı kanun koyucunun tarafların farazi iradelerine önem vererek, bir koruma fonksiyonu getirmek istemesidir (Bu konuda bkz. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B., Ankara 2018, 354 vd.). Öte yandan, üst hakkının süresi hususunda tarafların farazi iradeleri sözleşmenin tamamen batıl sayılmasına engel teşkil etmektedir. Bu sebeple tarafların farazi iradelerinin sözleşmeyi en fazla yüz yıllığına yapmak istedikleri yönünde olduğunun kabul edilmesi TMK m. 836'nın amacına daha uygun düşer. Bkz. **Freimüller**, 62; **Gürzumar**, 38 vd.. Isler, yüz yılı aşan taahhütlerin bağlayıcı olmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir, **Isler**, Baurechtsvertrag, 117, dn. 9; **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779I, N.4; **Spycher**, Stephan, Kommentar zum Baurecht, Quellenrecht und anderen Dienstbarkeiten, in "OFK-Kommentar ZGB", 3. Auflage, Zürich 2016, 124).

⁴⁶ Türk Medenî Kanunu'nun 726. maddesine göre "Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur."

⁴⁷ Doktrinde yaygın olarak şu tanım kullanılmaktadır: "Üst hakkı başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde bulunan bir yapının maliki olma yetkisini veren bir irtifak hakkıdır.". Üst hakkına dair doktrinde yapılan tanımlar için bkz. **Ünal**, 48 vd.

779f- 779h hükümlerinde ve Türk Medenî Kanunu’nun 831 vd. maddelerinde yer alan taşınmaz malikinin süresinden önce devir isteyebilme hakkı da buna imkân tanımaktadır. Kanun’un 831. maddesine göre üst hakkı sahibi, haktan doğan yetkilerini veya üst hakkı sözleşmesinden doğan bir borcu önemli ölçüde ihlal ederse, yüklü taşınmaz maliki üst hakkının kendine devredilmesini talep edebilir. Bu hüküm gereği üst hakkının taşınmaz maliki tarafından devralınması ile taşınmaz maliki kendi arazi-si üzerinde “malik lehine bir irtifak hakkı” sahibi olur⁴⁸.

§ 3. ÜST HAKKININ KONUSU, İÇERİĞİ VE KAZANILMASI

I. ÜST HAKKININ KONUSU

Bir aynî hakkın konusu bu hakkın iç muhtevısından doğan yetkilerin üzerinde icra edileceği nesnenin ne olduğunu, diğer bir deyişle aynî hakkın neler üzerinde kurulabileceğini gösterir⁴⁹.

Üst hakkının konusu hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe⁵⁰ göre üst hakkının konusu inşaatken, bir diğer görüşe⁵¹ göre de yüklü taşınmazdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre üst hakkının konusu taşınmazdır. Zira, üst hakkı yapı üzerinde değil taşınmaz üzerinde kurulmaktadır. Öte yandan, yapı ise mülkiyet hakkının konusu olmakla beraber aynı zamanda hakkın içeriğinden kaynaklanan yetkilerin üzerinde kullanıldığı eşyadır⁵².

Üst hakkı diğer bütün irtifaklar gibi sadece taşınmazlar üzerinde kurulabilen bir irtifak hakkıdır⁵³. Türk Medenî Kanunu’nun 704/II maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusuna arazi ve tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmiş sürekli ve bağımsız haklar girmektedir. Arazi, “sınırları belirtilmek suretiyle kendisini çevreleyen toprak parçalarından ayrılan ve müstakil bir eşya olma niteliğini kazanmış toprak

⁴⁸ Gürzumar, 67-68, 147; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 876/ N. 3108b ve dn. 480o; Akipek, 42.

⁴⁹ Akipek, 40.

⁵⁰ Aral, 9.

⁵¹ Freimüller, 28; Ünal, 136 vd.; Akipek, 41; Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, 953 vd.

⁵² Gürzumar, 97; Ünal, 135-136.

⁵³ Gürzumar, 97; Ünal, 136.

parçası”dır. Üst hakkının konusu olan arazi, özel mülkiyet konusu olabileceği gibi kamu arazisi⁵⁴ de olabilir. Devletin konut politikası sebebiyle üst hakkının çoğunlukta kamu malları üzerinde kurulduğu görülmektedir⁵⁵.

Bir arazi üzerinde üst hakkı kurulacaksa irtifak hakkı arazinin tamamını kapsamak zorundadır⁵⁶. Arazinin bir bölümü üzerinde üst hakkı kurulması mümkün olamamakla beraber taraflar üst hakkı sözleşmesinde üst hakkının arazinin sadece belirli bir kısmı üzerinde kullanılmasını kararlaştırabilir, üst hakkının içeriğini sınırlayan hüküm tesis edebilirler⁵⁷. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da taşınmazın bölünmesi (taksim edilmesi halinde) durumunda ne olacağıdır. Taksim neticesinde her bir parça hukuken bağımsız bir nitelik kazanır ve ancak bu suretle ayrı bir aynî hak konusu olabilirler. Bir taşınmaz bölünmeden sadece bir kısmı üzerinde üst hakkı kurulamaz⁵⁸. Taşınmazın bölünmesi halinde de genel kural her parsel için tapu kütüğünde açılacak yeni sayfalara mevcut irtifakların re’sen tescil edilmesidir⁵⁹. Ancak bazı durumlarda üst hakkı sözleşmesi ile üst hakkının kullanılması taşınmazın belirli bir kısmına hasredilmiş veya yapı, taşınmazın sadece bir kısmına yapılmak kaydıyla taşınmazın tamamı üst hakkıyla sınırlandırılmış olabilir. Bu gibi durumlarda

⁵⁴ Türk Medenî Kanunu’nun 999. maddesine göre kamu arazileri bunlar üzerinde tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması gerekmedikçe tapu kütüğüne kaydedilemezler. Bu durumda kamu arazisi üzerinde üst hakkı tesis edilebilmesi için tapu kütüğüne kaydı gerekir. **Akipek**, 41; Arazi tanımı için bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 457.

⁵⁵ **Akipek**, 41; **Ünal**, 136; **Freimüller**, 7 vd.; **Isler**, Baurechtsvertrag, 75, 76; Bu surette tesis edilmiş bir üst hakkı, devletin özel mülkiyetinde bulunan mallar üzerinde kamu yararı amacıyla ve devletin mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmalardır. Kamu arazisi üzerinde kurulacak irtifak hakkının (örneğin, ormanlar) lehtarları özel hukuk kişileridir. Bkz. **Akipek**, Devlet Orman Arazisi, 30-31.

⁵⁶ Birbirinden bağımsız birden fazla arazi üzerinde tek bir üst hakkının kurulması hukuken mümkün değildir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, 866/ N. 3086, dn. 456; Türk Medenî Kanunu’nun kabul ettiği üst hakkı anlayışı ve tapu sicili sistemi ancak her taşınmaz üzerinde ayrı bir üst hakkı kurulmasına imkân tanımaktadır. **Gürzumar**, 103; **Isler**, Baurechtsvertrag, 25, 26, 34-37, 67 vd.; Bir üst hakkı sözleşmesiyle birden fazla taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulması öngörülebilir. Bu durumda her bir taşınmaz üzerinde ayrı ayrı üst hakkı kurulmuş olur. Bkz. **Liver**, Baurecht, 382; **Witt**, 41, 60-61; **Demirsatan**, 5, dn. 6; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 954.

⁵⁷ Böyle bir anlaşmanın varlığı halinde arazi maliki yine arazinin tamamı üzerinde üst hakkı tesis etmek kaydıyla ilk üst hakkı sahibi ile yapılan anlaşma gereği onun yararlanmasına bırakılan alan dışındaki arazi kısmını başka bir üst hakkı konusu haline getirebilir. Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 25; Muhtevayı sınırlayan böyle bir hüküm aynî niteliktedir ve gerek gayrimenkulün gerekse üst hakkının bütün sahiplerini bağlar. Bkz. **Akipek**, 41; **Gürzumar**, 99; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 954.

⁵⁸ **Ünal**, 137.

⁵⁹ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 660; **Bertan**, 1323 vd., 1338/N.3; **Ünal**, 137; **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim, Sınırlı Aynî Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2.B., İstanbul 1982-1983, 90 vd.

taksim edilmiş olan yüklü veya yararlanan taşınmazların bazı parselleri için üst hakkının bir yararı kalmayabilir ya da çok azalabilir⁶⁰. Bu durumlar saklı kalmak kaydıyla taşınmazın bölünmesi ya da TMK m. 791'e göre üst hakkının kullanım yerinin değiştirilmesi üst hakkının taşınmazın tamamını kapsamasına engel değildir⁶¹.

Aynı arazi üzerinde birden fazla üst hakkı kurulabilmesi de mümkündür. Bu durumdaki üst hakları arasında sıra prensibi söz konusu olur. Üst haklarının sırası, TMK m. 1022'ye göre belirlenir. Böyle bir durumda üst hakkı sahiplerinin üst hakkı sözleşmelerinde haklarını arazinin neresinde kullanacaklarını tespit etmeleri gerekir⁶².

Üst hakkının bir diğer konusu da tapu kütüğüne kaydedilebilen bağımsız ve sürekli haklardır. Türk Medenî Kanunu'nun 826/III hükmüne göre bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı taşınmaz olarak tapuya kaydedilebilmektedir⁶³. Bu durumda üst hakkı üzerinde ikinci bir üst hakkı (*unterbaurecht*) kurulmasına engel yoktur⁶⁴. Bu

⁶⁰ Bu konuda bkz. § 4/V, VI.

⁶¹ Ünal, 137.

⁶² Akipek, 41, 42; Ayrıca, bir arazinin sadece belirli bir parçası üst hakkı konusu yapılmak isteniyorsa arazinin taksim ve ifraz edilerek o kısma hukuken bağımsız bir nitelik kazandırılması gerekir. Bkz. Ünal, 67, 137; Müşterek mülkiyet konusu bir arazide müşterek mülkiyet payı üzerinde üst hakkı tesis edilebilmesi mümkün değildir. Gürzumar, 99; Burada özellikle üzerinde durulması gereken bir husus üst hakkı üzerinde hak sahibi tarafından tesis edilecek olan aynı hakların yüklü taşınmazı etkileyip etkilemeyeceğidir. Üst hakkının kurulması ile birlikte üst hakkının kurulduğu arazi ve yapı arasındaki mülkiyet ilişkisi kesildiği için üst hakkı üzerinde kurulacak olan aynı haklar yüklü taşınmazı etkilemeyecektir. Aynı şekilde üst hakkının tesisinden sonra yüklü taşınmaz üzerinde kurulan aynı haklar da üst hakkının muhtevasını oluşturan yapıyı etkilemeyecektir. Bu konuda bkz. Ünal, 174- 175; Gürsoy/Eren/Cansel, 892; Ergüne, Üst hakkı, 277, dn. 10.

⁶³ Kanun koyucu iktisadi ve sosyal ihtiyaçlar sebebi ile bağımsız ve sürekli nitelikteki hakların tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilmesini tercih etmiştir. Bu haklar taşınmaz olarak tapuya kaydedilmiş olsalar da unutulmamalıdır ki onların niteliğinde bir değişiklik meydana gelmeyecek, sadece taşınmaz gibi işlem görmelerini sağlayacaktır. Kuntalp, 528 vd.; Isler, Baurechtsvertrag, 64, 155; Liver, Peter, Über Die Baurechtsdienstbarkeit, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1958, Band, 94, 380,358,389; Freimüller, 104.

⁶⁴ Bu durum tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmiş taşınmaz gibi işlem gören üst hakkı üzerinde başka bir irtifak hakkı tesis edilip edilemeyeceği ile ilgilidir. Bu nitelikteki bir üst hakkı taşınmaz gibi işlem göreceği için üst hakkının üzerinde bütün sınırlı aynı haklar tesis edilebilir. Ergüne, Üst Hakkı, 280, dn. 18, 281; Türk Hukuku'ndaki hâkim görüşe göre arazi kavramının dar yorumlanmaması gerekir. Bu sebeple üst hakkı üzerinde başka bir üst hakkının kurulabilmesi de mümkündür. Ünal'ın da vurguladığı gibi bir üst hakkı üzerinde başka bir üst hakkının kurulması halinde ilk üst hakkı muhtevasına dahil olan yapının mülkiyeti sonraki üst hakkı sahibine ait olur. Bkz. Ünal, 140; Gürzumar, 64 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, 897. Aral'a göre üst hakkı bir arazinin varlığını gerekli kıldığı için üst hakkı üzerinde başka bir üst hakkının kurulabilmesi mümkün değildir. Bkz. Aral, 58, dn. 184; Üst hakkı tapuda taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olsa dahi yapının

üst hakkına ikinci dereceden üst hakkı denilmektedir⁶⁵. Bu üst hakkının sağladığı yetkiler hiçbir şekilde yüklü taşınmaz malikiyle ilk üst hakkı sahibi arasında yapılan anlaşma kapsamındaki yetkileri aşamaz⁶⁶.

II. ÜST HAKKININ İÇERİĞİ

Bir hakkın içeriğini öncelikle hakkın konusu üzerindeki yetkiler belirlemektedir. Doktrinde⁶⁷ buna hakkın “iç muhtevası” denilmektedir. Ancak, hakkın bir de üçüncü kişiler karşısında sahibine verdiği yetkiler vardır. Bunlara da hakkın “dış muhtevası” olarak adlandırılmaktadır⁶⁸. Hakkın dış muhtevası, bütün aynî haklar için aynıdır. Dış muhtevayı oluşturan yetkiler, hak sahibinin üçüncü kişilerden bu hakka riayet edilmesini ve bu hakka yönelecek ihlallerden kaçınılmasını istemek hususuna ilişkindir. Bu kapsamda hak sahibinin TMK m. 683/II olmak üzere zilyetlik ve tapu siciline dair koruyucu hükümlere başvurabilmesi söz konusudur⁶⁹.

Üst hakkına ilişkin Medenî Kanun’daki hükümler incelendiğinde hakkın iç muhtevasının iki unsurdan oluştuğu görülmektedir. İlki; Kanun’da hakkın olmazsa olmaz unsuru olarak öngörülen asgari içeriğini belirleyen asli unsurlar, diğeri ise tarafların aralarında yapacakları irtifak hakkı sözleşmesiyle hakkın kapsamını belirleyebilmelerine imkân tanıyan tamamlayıcı nitelikteki unsurlardır.

bulunduğu arazide “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” ilkesi gereği kaynak, geçit hakkı veya meyve ağaçlarında verme edimli taşınmaz yükü tesis edemez. **Özmen**, E. Sabâ/**Korkmaz**, Tuba, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, MHFD, Y. 2020, S. 1, 163. Tapuya taşınmaz olarak kayıtlı üst hakları üzerinde üst hakkı tesis edilebilmesi İsviçre’de de kabul edilen bir görüştür. Basel şehrinde idarenin üst hakkı elde ettiği “Christop Meriansch vakfına” ait olan “Dreispietz” alanı üzerinde idare üçüncü kişilere fabrika ve depo inşa edilmesi için üst hakkı tesis etmiştir. Daha önceleri bu ilişkiler karmaşık görüldüğü için reddedilmişse de şimdi ikinci derecede üst hakkı hukuken geçerli kabul edilmektedir. **Isler**, Baurechtsvertrag, 67 vd., 145; **Freimüller**, 109-110; **Riemer**, 32; **Witt**, 112.

⁶⁵ **Ünal**, 138 vd; **Isler**, Baurechtsvertrag, 34 vd., 67 vd.; **Akipek**, 42 vd.. Yazara göre bu özellikle geniş araziler üzerinde üst hakkı sahibi olan kooperatiflerin bu hakları üzerinde ortaklarına ikinci derecede üst hakkı tanıyarak arazinin belirli bir kısmında kendi evlerini inşa edebilme imkânı sağlamak için başvurulmuş bir yöntemdir.

⁶⁶ İkinci derecedeki üst hakkı sahibinin hakkının kapsamı, yapıların türü ve tasarımı, süresi, bedelsiz devredilebilirliği önce tesis edilen üst hakkı sözleşmesine dair tüm kısıtlamalara tâbidir. Bunun aksine yapılan anlaşmalar geçersizdir. Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 67-68; **Witt**, 114; **Akipek**, 43.

⁶⁷ **Akipek**, 44; **Ünal**, 134-135.

⁶⁸ **Ünal**, 134-135.

⁶⁹ **Akipek**, 44; **Ünal**, 134-135.

Bu başlık altında üst hakkının asgari içeriğini belirleyen hususlar “Kanun’dan doğan içerik”, tamamlayıcı unsurlar ise “sözleşme ile belirlenen içerik” başlığı altında incelenmiş, üst hakkının dış muhtevasına ayrıca yer verilmemiştir.

A) KANUN’DAN DOĞAN İÇERİK

İrtifak hakları hak sahibine hakkın konusu eşya üzerinde sınırlı bir hâkimiyet sağlar. Bu hâkimiyetin kapsamı bazı irtifaklarda Kanun tarafından belirlenmiştir. Türk Medenî Kanunu bazı irtifakların⁷⁰ içeriği hakkında hüküm ihtiva etmekte, bunlar dışında kalan irtifak haklarının içeriğini belirlemede ise taraflara geniş bir sözleşme serbestisi tanımaktadır. Böylece taraflar taşınmazdan ne tarzda yararlanacaklarına kendileri karar verebilmektedirler. Üst hakkı ise Kanun’un içeriğini; yani eşya-dan yararlanma tarzını belirlediği belirli sayıdaki irtifak haklarından biridir. Hakkın içeriği ana hatları ile Kanun’da çizilmiştir. Taraflar bu sınırlar içinde kalmak kaydıyla hakka dair diğer hususları kendileri belirleyebileceklerdir⁷¹.

Türk Medenî Kanunu’nun 827. maddesinde içerik ve kapsamda yer alacak hususların düzenlendiği bir resmî senetten, maddenin devamında da sözleşmeden bahsedilmektedir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere üst hakkı irtifakının kurulmasını sağlayan hukukî sebeplerden biri sözleşmedir. Bu sözleşme, üst hakkı sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁷².

Bir sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan, sözleşmenin tipini veren zorunlu noktalarına objektif esaslı unsurlar denilmektedir. Bu noktalar sözleşmenin tipik unsurlarını, asgari içeriğini oluşturur⁷³. Üst hakkı irtifakının uygulamada en

⁷⁰ İntifa, oturma, üst hakkı ve kaynak haklarının içeriği ve kullanma yetkisi Kanun tarafından emredici nitelikte düzenlenmiştir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 780, 781/ N. 2719, dn. 46.

⁷¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 780, 781/ N. 2719, dn. 46

⁷² Üst hakkının kurulmasına temel olan işlem sadece sözleşme değildir. Üst hakkı sağlararası bir işlemle tesis edilebileceği gibi uygulamada sık rastlanılmamakla birlikte bir ölüme bağlı tasarruf ile de kurulabilir. Bu sebeple üst hakkının hukukî sebebi bir tek taraflı ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname veya miras sözleşmesi de olabilir. **Gürzumar**, 120, dn. 469, 153; **Demirsatan**, 47; **Yücer Aktürk**, İpek, Üst Hakkı Sözleşmesi, İstanbul 2022, 105 vd.; Üst hakkı sözleşmesi ile ilgili bkz. § 3/III, A.

⁷³ **Eren**, 249; **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 20.B., İstanbul 2022, 74, N. 244 vd.; **Von Thur**, Andreas, (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul 1952, 154 vd.; **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 1, Genişletilmiş 2.B, Ankara 2019, 61, N. 55 vd.; **Furrer**, Andreas/**Muller-Chen**, Mar-

yaygın başvurulanan hukukî sebebi üst hakkı sözleşmeleridir. Üst hakkının kanuni içeriğini çizen, başka bir ifade ile hakkın ne olduğunu gösteren Türk Medenî Kanunu'nun 726 ve 826. maddelerinden üst hakkı sözleşmesinde bulunması gereken asgari ve zorunlu unsurlar da tespit edilebilmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 726 ve 826. maddelerine göre üçüncü kişi üst hakkı ile yüklü taşınmaz malikinin arazisinin altında ve üstünde yapı inşa edebilecek ya da mevcut bir yapıyı muhafaza edebilecektir. Bu kapsamda Kanun, üst hakkı kapsamında hak sahibinin yüklü taşınmazdan yararlanabilme tarzını taşınmazı belirli bir süre kullanma (ve yararlanma) olarak belirlemiş, bu kullanım yetkisinin kapsamını da taşınmaz üzerinde yapı inşa etmek veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek olarak sınırlandırmıştır. Kanun'un tanıdığı olduğu bu kullanma yetkisi aynı zamanda üst hakkının Kanun'dan doğan içeriğini ifade eder. O halde; üst hakkının kanuni içeriği kapsamındaki asli unsurları, yüklü taşınmaz ve yapı (inşaat)'dır⁷⁴.

kus/**Çetiner**, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2.B., İstanbul 2022, 99/N.241 vd.; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3.B., İstanbul 2015, 31 vd..

⁷⁴ **Akipek**, 45, 46; Yapı, TMK m. 826'ya göre üst hakkının konusu değil üst hakkı kapsamında inşa edilecek veya üst hakkı tesis edildiğinde taşınmaz üzerinde bulunan ve üst hakkı kapsamına dahil olacak olan haktan doğan yetkilerin kullanılacağı eşyadır. Yapı kavramının geniş yorumlanması gerekir. Doktrinde de genel olarak kabul edildiği üzere yapı, "insan eli ve teknolojinin yardımıyla arazide (arazinin üstünde veya altında) meydana getirilen ve arazi ile devamlı bağlantılı olan her çeşit eser"dir. Bu kapsamda ilk bakışta akla binalar gelse ve yapının en sık karşılaşılan şekli bina olsa da yapı sadece binalardan ibaret değildir. Önemli olan yapının araziye az çok teknik vasıtalarla doğrudan bağlantılı ve devamlı surette, yapay bir şekilde arazinin altına veya üstüne konumlandırılmış olmasıdır. Araziye bağlantı noktasında doğrudan temas olmaksızın sadece arazinin hava sahasını kapsayacak mahiyette inşa edilecek bir yapı üzerinde üst hakkı tesisinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Maddi bağlantıya gerek olmadığı yönündeki görüşler için bkz. **Ünal**, 143; Aynı yönde **Freimüller**, 29; **Karauz**, 44 vd.; Isler, araziye doğrudan bağlı olmayan, ancak kısmen veya tamamen kalıcılığa sahip olan yapıların da üst hakkına dahil olabileceği hakkında bkz. **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779, N.14. Araziye herhangi bir suretle doğrudan doğruya bağlı olmayı gerekli gören görüş için bkz. **Akipek**, Üst Hakkı, 59; Aynı yönde **Gürzumar**, 108, 109; **Yücer Aktürk**, 77-79; Zemin sağlam ve kalıcı olarak bağlı olan her şeyin üst hakkı kapsamında değerlendirileceği hakkında bkz. **Hitz**, 116-117, Nr. 191-192; **Spycher**, Stephan, Kommentar zum Baurecht, Quellenrecht und anderen Dienstbarkeiten, in "OFK-Kommentar ZGB", 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 779, Nr.3, 5- 7; **Roberto**, Vito/**Hrubesch-Millauer**, Stephanie, Sachenrecht, Bern 2009,119, Nr.553; Yapılar arası işlevsel ve yapısal bağlantının olması gerektiği hakkında bkz. **Spycher**, Baurecht, 94. Daha kabul edilebilir olan ikinci görüşse göre araziyle bağlantısı olmaksızın üst hakkı ile yüklü taşınmazın hava sahasından geçen yapılar (örneğin, bir köprünün) birleşme ilkesinin kapsamına dahil olmadıkları, taşınmaz mülkiyetinin dikey kapsamında değerlendirildikleri için TMK m. 725 gereği taşkın yapıya ("Überbaurecht", ZGB Art. 674) ilişkin hükümlere tâbidirler (Bu konuda bkz. **Gürzumar**, 109; **Isler**, Baurechtsverträge, 32, 33); **İnal**, Emrehan, Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması, İÜHF, Y. 2012, C. 70, S. 1, 247 vd.). Art. 675 ZGB (TMK m. 726) anlamında binayı temsil etmeyen eserlerin (örne-

Kanun hak sahibine taşınmaz üzerinde yapı inşa etme yetkisi tanımıştır. Açıkça anlaşılacağı üzere hak sahibinin yapı inşa etme zorunluluğu yoktur. Bu durumda boş arazi üzerine yapı inşa etmek için bir üst hakkı kurulmuş ve hak sahibi çeşitli nedenlerle bu yapıyı inşa edememiş olsa bile üst hakkı geçerli bir şekilde varlığını devam ettirir. Ancak, üst hakkı sadece irtifak hakkı sahibinin yararı düşünülerek değil, yüklü taşınmaz malikinin yararı da göz önünde bulundurularak konulmuş olabilir. Bu takdirde, yapı inşa etmek üst hakkı sahibi açısından sadece bir yetki olmayacak aynı zamanda yükümlülük haline de gelebilecektir. Kanun'un 779/II hükmü çerçevesinde, yapma borçları bir irtifakın doğrudan konusu olmasalar da sözleşmeye yan edim olarak bağlanabileceği için, yüklü taşınmaz üzerinde yapı inşa etme yetkisi hak sahibi ve taşınmaz maliki tarafından üst hakkı sözleşmesine fer'i bir borç olarak eklenebilir⁷⁵.

Yüklü taşınmaz üzerinde ister bir yapı olsun isterse yeniden bir yapı inşa edilecek olsun üst hakkı tesis edilebilmesi için yapının bağımsız ve tek başına bir varlığa sahip olması gerekir. Doktrinde bu kriter "bağımsızlık" unsuru olarak ifade edilmektedir⁷⁶. Yüklü taşınmaz üzerindeki bir yapı başka bir yapı ile bağımlı, onun devamı niteliğinde ise (başka bir yapının belirli bir kısmı olabileceği gibi yapısal veya işlevsel bir bağımlılık da söz konusu olabilir) bu yapı üzerinde üst hakkı ile başka bir yapı inşa edilecek olsa bile taşınmaz ve yapının arasındaki mülkiyet ilişkisinin kesilmesi imkânsızlaşacağı için üst hakkının işlevini yitirmesi tehlikesiyle karşılaşılır⁷⁷. Bu sebeple, üst hakkı ancak bağımsız bir yapının tamamı üzerinde kurulabilir⁷⁸.

ğın; yollar, meydanlar, otoparklar, tenis kortları, futbol sahaları gibi) bu kapsamda değerlendirilmeyeceği hakkında bkz. **Schmid**, Dienstbarkeiten, 23.

⁷⁵ **Ünal**, 98, 99.

⁷⁶ **Isler**, Baurechtsvertrage, 32; **Köprülü/Kaneti**, 161.

⁷⁷ **Isler**, Baurechtsvertrage, 31-34; Bir yapının varlığı başka bir yapının varlığına bağlı, bu yapıya zarar verilmeden yıkılması da mümkün değilse, yapılar arasında bağımsızlık söz konusu değildir. Ayrıca, bizim de katıldığımız görüşe göre taşkın yapı hükümleri saklı kalmak kaydıyla bir yapının dışından, altından, yanlarından veya üstünden birleştirilerek bağımsızlığını kaybetmiş olan yapılar için de üst hakkı tesis edilememelidir. Bkz. **Gürzumar**, 110 vd.. Aksi yönde **Ünal**, 145.

⁷⁸ **Tekinay**, S.Sulhi/ **Akman**, Sermet Galip/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Alttop**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993, 899; **Akipek**, 61-62.

Üst hakkı yüklü taşınmaz üzerinde yapı inşa etmek suretiyle tesis edildikten sonra bu yetkiye bağlı olarak Kanun'un tanıdığı ikinci yetki gündeme gelir. Bu yetki de hak sahibine tanınan “yapının mülkiyetine sahip olma” yetkisidir. Ancak, hak sahibinin mülkiyet hakkından⁷⁹ doğan yetkisinin vücut bulabilmesi için hak sahibi tarafından taşınmaz üzerinde üst hakkı sözleşmesi gereğince yapı inşa etmesi gerekmektedir. Aksi halde mülkiyet hakkı doğmayacaktır. Üst hakkına bağlı yapı üzerindeki mülkiyet hakkı irtifakın tesis edilmesinden sonra doğan, yapının inşa edilmesine bağlı bir yetki, haktır. Diğer yandan, üst hakkı tesis edildiğinde taşınmaz üzerinde mevcut bir yapı varsa bu takdirde mülkiyet hakkı irtifak hakkının kurulduğu anda kazanılmış olacaktır. Mülkiyet hakkı, üst hakkının devamı boyunca sürer ve irtifakın herhangi bir sebeple ortadan kalkmasıyla beraber mülkiyet hakkı da sona erer⁸⁰.

Üst hakkının hak sahibine tanıdığı kullanma yetkisi ve ona bağlı yetkilerden oluşan olumlu yönleri dışında, taşınmaz malikine yüklediği yükümlülükleri içeren olumsuz yönleri de vardır. Üst hakkı yüklü taşınmaz malikine katlanma ve kaçınma borcu yükler. Yüklü taşınmaz maliki taşınmazında yapı inşa edilmesine ve bu yapının mülkiyetinin hak sahibi olmasına katlanmak, üst hakkı devam ettiği sürece taşınmazını kullanmaktan, vasıtasız zilyetliğinde bulundurmaktan ve ondan yararlanmaktan kaçınmak zorundadır⁸¹.

Sonuç olarak üst hakkının zorunlu asgari içeriği, diğer bir deyişle üst hakkı sözleşmesinin de objektif esaslı unsurları; yüklü taşınmazın belirlenmesi, yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı inşa edilmesi ve/ veya mevcut yapının muhafaza edilmesi-

⁷⁹ Üst hakkı sahibinin yapı üzerindeki mülkiyet hakkı doktrinde yapının hukukî niteliğine dayanılarak yapılan farklı yaklaşımlara rağmen bizim de katıldığımız görüşe göre *sui generis* (kendine özgü) bir taşınmaz mülkiyetidir. Bu konu da detaylı açıklama için bkz. **Ünal**, 104-112; **Gürzumar**, 116; **Akipek**, 67; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 870/ N. 3094b.

⁸⁰ **Ünal**, 97-100; Üst hakkından hak sahibi lehine biri üst asli bir hak niteliğinde olan irtifak hakkı, diğeri bu irtifak hakkına bağlı olan fer'î nitelikteki mülkiyet hakkı olmak üzere çift hak, çift yetki doğar. Üst hakkı yapı üzerindeki mülkiyet hakkının neredeyse kanuni şartıdır. Mülkiyet hakkı ile üst hakkı arasındaki bu bağ gereği üst hakkının devri ile mülkiyet hakkı da kendiliğinden yeni irtifak hakkı sahibine geçer. **Akipek**, 65-66; **Gürzumar**, 114-120; **Freimüller**, 100-102.

⁸¹ **Akipek**, 46; **Ünal**, 101; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 867/N. 3086; **Gürzumar**, 31, 32.

nin bir irtifak hakkı olarak tanınması, son olarak irtifak hakkı sahibinin yapı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasıdır⁸².

B) SÖZLEŞME İLE BELİRLENEN İÇERİĞİ

Üst hakkının Kanun'un 826. maddesi ile içerik bakımından çizilen ana hatları dahilinde hakkın kullanılmasına, kullanım yetkisinin kapsamına dair diğer bütün hususların sözleşme serbestisi gereği tarafların anlaşmalarına bırakıldığı görülmektedir.

Doktrinde bu unsurlara tamamlayıcı unsurlar da denilmektedir⁸³. Bu unsurlar kural olarak üst hakkının kurulması için şart olmamakla beraber kullanım yetkisinin içeriğini genişletip, hakkın sınırlarını belirleyecek hükümlerdir. Şöyle ki; Kanun'un 827. maddesinde özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alanlardan nasıl faydalanılacağı gibi hususların sözleşmede taraflarca belirlenebileceği ifade edilmektedir. Maddenin lafzına bakıldığında söz konusu hususların taraflarca kararlaştırılması zorunlu değildir. Bu başlıklar tarafların takdirine bırakılan hususlar olup, sözleşmede yer almasa da üst hakkı sözleşmesi geçerli şekilde kurulmuş olur. Bu sebeple Türk Medenî Kanunu'nun 827. maddesinde örnek niteliğinde sayılan "içerik ve kapsama" başlığı altındaki hususlar taraflarca irade özerkliği çerçevesinde sözleşmede kararlaştırılabilecek TBK m. 2/I' e göre ikinci derecedeki noktalardır. Bu sebeple sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmezler. Ancak, taraflar bu hususları sözleşmenin zorunlu bir unsuru haline de getirebilirler. Bu durumda ikinci derecedeki noktalar sözleşmenin sübjektif esaslı unsurları haline gelir⁸⁴.

⁸² Hukukumuzda üst hakkının süresinin tarafların belirlenmesine bırakıldığı görülmektedir. Ancak, üst hakkına ilişkin süre yönünden sınır getiren İMK. m. 779 hükmünde ve İsviçre doktrinindeki hâkim görüşte üst hakkının süresinin objektif esaslı unsur olarak kabul edildiği ifade edilmektedir. **Ünal**, 96; **Gürzumar**, 155, 156; Ayrıca **Isler**, üst hakkının süresi hususuna ek olarak inşaatın yükümlü taşınmazın neresinde yapılacağı ve kapsayacağı alana dair hususların da objektif esaslı unsur olması gerektiğini savunmaktadır. **Isler**, Baurechtsvertrag, 22, 41

⁸³ **Ünal**, 115; **Eren**, 336.

⁸⁴ Sözleşmedeki sübjektif esaslı unsurlar objektif esaslı unsurlarla birlikte zorunlu olarak tarafların anlaşması gereken, sözleşmenin meydana gelmesi için zorunlu unsurlardır. Bu durumda söz konusu sübjektif esaslı unsurların da üst hakkı sözleşmesinde yer alması zorunludur. Sözleşmede taraflarca sübjektif esaslı unsur olarak belirlenmiş hususlarda objektif esaslı unsurlar gibi tarafların anlaşmasının zorunlu olduğu, sözleşmede taraf iradesi ile zorunlu unsur haline getirildiği noktalardır.

Bu unsurları incelerken üst hakkının içerik ve kapsamına dahil olan unsurlar ve dahil olmayan unsurlar olarak ayırmak gerekmektedir. Üst hakkının içerik ve kapsamına dahil olan unsurlar aynî etkiye sahiptir. Herkese karşı ileri sürülebilir. Türk Medenî Kanunu'nun 827. maddesi de bunu hükme bağlamaktadır. Sözleşmede yer alan bu hususlar hem külli hem cüz'i halefleri bağlayıcı niteliktedir⁸⁵. Üst hakkının içerik ve kapsamına dahil olmayan unsurlar ise sözleşme ilişkisi çerçevesinde sözleşmenin taraflarını bağlayan, sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuran unsurlardır.

1. Üst Hakkının İçeriğine Dahil Olan Unsurlar

Türk Medenî Kanunu'nun 827. maddesinde üst hakkının içerik ve kapsamına dahil olup da resmî senette yer alan sözleşme hükümlerinin herkesi bağlayacağı düzenlenmiştir; yani bu hükümlerin aynî etkili olduğu öngörülmektedir⁸⁶. Üst hakkının asli ve zorunlu unsurları dışında içerik ve kapsamına nelerin dahil olacağı sorusuna cevaben söz konusu maddede örnek niteliğinde bazı hususlar sayılmıştır⁸⁷. Buna göre; yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı ve yüklü taşınmaz üzerinde yapı bulunmayan alanlardan nasıl faydalanacağı hususları üst hakkının içeriğine dahildir.

Kanun'da sayılan hususlar dışında inşaat yapma yetkisini ve bunun kullanılış biçimini belirten, açıklayan ya da sınırlayan hükümler bu içeriğe dahil olan diğer

Bu noktalar üzerinde tarafların anlaşmamış olması sözleşmenin kurulmamış sayılması sonucunu doğuracaktır. **Eren**, 250, 251; Süre konusu, objektif esaslı unsur olarak asgari zorunlu unsurlar içinde sayılmasa da taraflarca sözleşmede kararlaştırılması gereken, sürenin üst hakkının niteliğini belirleyecek bir husus olduğu (taraflar arasında bağımsız ve sürekli bir üst hakkı kurulmak istendiği) durumlarda bunun olsa olsa sübjektif esaslı unsur olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Ayrıca bkz. **Gürzumar**, 155- 157.

⁸⁵ **Ergüne**, Üst hakkı, 276, dn. 5.

⁸⁶ ZGB Art. 779b ve TMK m. 827 hükümlerine bakıldığında söz konusu kayıtlara etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi hak ve eşyaya bağlı borç niteliğinin yüklenmek istendiği sonucuna varılabilecek olsa da İsviçre ve Türk doktrininde hâkim görüş bu hükümlerin aynî etkili olduğu yönündedir. Çünkü bu durum her irtifak hakkı sözleşmesi için geçerlidir ve irtifak hakkı sözleşmesi irtifak hakkını kuran ve sınırlarını çizen bir sözleşme olduğu için aynî etkilidir. Bu sebeple üst hakkı sözleşmesinde yer alan ve kanuna aykırı olmayan üst hakkı içeriğine ilişkin düzenlemelerde aynî etki doğuracaktır. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 870/ dn. 465b; **Ünal**, 118 vd.; **Demirsatan**, 44; **Gürzumar**, 124; **Isler**, Baurechtsvertrag, 94; **Freimüller**, 51; **Henggeler**, Kommentar, Art. 779b, N.2; **Spycher**, ZK Art. 779b, Nr.1-2; **Riemer**, 79 vd..

⁸⁷ Aynı şekilde ZGB Art. 779b'deki açıklamalar için bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 94.

hususlardır. Somut olarak sözleşmede belirtilen ve hakkın kullanılış biçimi ile yapının türü, yüksekliği, inşa ve kullanılış şekli, inşaat yapma zorunluluğu, inşaata başlama tarihi, inşaatın kiraya verilip verilmeyeceği, belirli kişilere kiraya verilebileceği ile ilgili hususlar da bu hakkın içeriğini oluşturur. Bunun dışında üst hakkının süresi, hakkın başkasına devredilemeyeceği ve/ veya mirasçılara geçemeyeceği ve üst hakkının bitiminde yapının kime ait olacağına ilişkin hükümler de hakkın içeriğine dahildir⁸⁸.

Buna karşılık, yüklü taşınmaz malikinin şahsi faaliyet alanında sınırlandırmalar getiren kayıtlar, yüklü taşınmaz malikine yüklenen olumlu edimden doğan yükümlülükler üst hakkının içeriğine dahil değildir.

Sonuç olarak, yüklü taşınmaz ve onun üzerindeki mülkiyete, inşaat yapma yetkisine dair açıklayıcı, sınırlayıcı sözleşme hükümleri resmî senette yer almak kaydıyla aynî etkili olarak, herkesi bağlayacaktır.

2. Üst Hakkının İçeriğine Dahil Olmayan Eşyaya Bağlı Borç Konusu Oluşturan Unsurlar

Türk Hukuk doktrinde hâkim olarak kullanılan “eşyaya bağlı borç veya alacak” terimi İsviçre Hukukunda “*Realobligation*” yahut “*subjectiv- dingliche Rechte und Pflichten*” olarak “aynî borç veya alacak” anlamında kullanılmaktadır⁸⁹. Eşyaya bağlı hak ve borçlar, durum borçlarından olup, tarafların içinde bulundukları az veya çok süreklilik arz eden bir hukukî durum dolayısıyla alacaklı veya borçlu olmalarını; başka bir ifade ile, bir kimsenin bir eşya üzerinde sahip olduğu aynî hak veya zilyetlik dolayısıyla alacaklı veya borçlu olmasını ifade eder. Eşyaya bağlı hak ve borçlar bir aynî hak olmadığı gibi mutlak hak da değildir. Nisbi bir haktır. Ancak, borç ilişkisinin taraflarının belirlenmesi ya bir aynî hak ya da zilyetlik sebebiyle olmaktadır.

⁸⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, 706; Gürzumar, 121- 123; Akipek, 52; Isler, Baurechtsvertrag, 95.

⁸⁹ Oğuzman, Kemal, Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar, İÜHFD, Y. 1965, C. 31, S. 1- 4, 212, 213, 215, 217 vd.; Erel, Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, 1982, 11 vd.; Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, 2015, 45; Isler, Baurechtsvertrag, 95 vd.

Bir borç ilişkisinde taraflardan birinin hak veya borcunun eşyaya bağlı olması diğer tarafında öyle olacağı anlamına gelmemektedir⁹⁰.

Eşyaya bağlı haklar ve borçlar sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine tâbidir, bu sebeple ya Kanun'dan doğarlar ya da Kanun'un öngördüğü çerçevede sözleşmeden de doğabilirler⁹¹. Üst hakkı içeriğinde de eşya hukuku bağlamında üst hakkı ilişkisinin sürdürülebilmesi için önem arz eden eşyaya bağlı haklar ve borçlar bulunmaktadır. Mevcut haliyle İsviçre Medenî Kanunu ve Türk Medenî Kanunu üst hakkı sözleşmesinde taraflar kararlaştırmamış olsalar da kanun gereği, aksinin taraflarca kararlaştırması mümkün olmayacak nitelikte bazı eşyaya bağlı borçları kabul etmiştir⁹².

Üst hakkı veya yüklü taşınmaz bir üçüncü kişiye devredilirse, üst hakkı sahibi ve taşınmaz maliki arasındaki üst hakkı ilişkisi sona ermiş olacağından aralarındaki bazı talepler için artık üst hakkı ilişkisine başvuramayacaklardır. Bu sebeple Kanun tarafların mevcut bazı talep haklarını koruma altına almak adına tarafların devir sonrası ilişkiye müdahale edebilmeleri için eşyaya bağlı unsurlara ilişkin hükümler getirmiştir. Böylece taraflar arasında hukukî ilişki sürekli bir ilişki haline gelecek, üst hakkı ilişkisi devirle beraber sona ermiş gözükse de önceki üst hakkı sahibi veya taşınmaz maliki artık tarafı olmadıkları üst hakkı ilişkisi içine müdahil olabilecekler; yani üst hakkı ilişkisinden doğan nisbi haklarını yüklü taşınmazın ve üst hakkının sonraki malik ve sahiplerine (tarafların cüz'i haleflerine) karşı da ileri sürebileceklerdir⁹³.

a) Kanundan Doğan Eşyaya Bağlı Unsurlar

Üst hakkı ilişkisinde, Kanun'un tarafların anlaşmasını ve sözleşmede kararlaştırmış olmalarını gerekli görmeden doğrudan tanıdığı iki eşyaya bağlı unsur vardır. Bu unsurların doğmaları için sadece üst hakkının tescil edilmesi yeterli görülmüş-

⁹⁰ Oğuzman, 214 vd.; Ünal/Başpınar, 46.

⁹¹ Ünal/ Başpınar, 46; Ünal, 180; Gürzumar, 126; Demirsatan, 25.

⁹² Gürzumar, 127; Isler, Baurechtsvertrag, 95; Freimüller, 73.

⁹³ Demirsatan, 24, 25; Gürzumar, 126, 127; Ünal, 178.

tür⁹⁴. Bunlardan ilki TMK m. 831 vd. hükümlerinde öngörülen üst hakkının süresinden önce devir hakkı ve diğeri de TMK m. 834 vd. hükümlerine göre üst hakkı iradının teminatı olarak tanınan kanuni ipotek tesis etme borcudur⁹⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 831. maddesine (ZGB Art. 779f) göre üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir⁹⁶.

Kanun'un 831. maddesinde öngörülen sonucu doğuracak hallerin neler olduğu düzenlenmemiş, her somut olayın özelliği dikkate alınmak kaydıyla hâkimin takdiri-ne bırakılmıştır⁹⁷.

Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen eşyaya bağlı unsurlardan ikinci ise TMK m. 834 vd. hükümlerinde düzenlenen üst hakkı iradının teminatı olarak tanınan kanuni ipotek tesis etme borcudur. Söz konusu hüküm üst hakkı bedelinin irat (*Bau-rechtszins*) olarak kararlaştırıldığı üst hakkı ilişkilerine münhasır olarak yüklü taşınmaz maliki lehine tanınan üst sınır ipoteği (*Maximalhypothek*) niteliği taşıyan bir kanuni ipotek hakkıdır⁹⁸. Kanun, yüklü taşınmaz malikine tapuda taşınmaz olarak kayıtlı bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı üzerinde teminat ipoteğinin kurulmasını talep etme hakkı tanımaktadır⁹⁹. Bu sebeple kanuni ipotek doğrudan doğruya doğmamaktadır. Bu talep hakkı hem sadece üst hakkı sözleşmesiyle irat ödeme borcu altına girmiş olan kişiye karşı hem de halihazırda üst hakkını sonradan iktisap eden

⁹⁴ **Isler**, Baurechtsvertrag, 95-96; **Freimüller**, 80, 81; **Meier- Hayoz**, 606; **Gürzumar**, 127; **Demir-satan**, 26.

⁹⁵ **Ünal**, 180; **Isler**, Baurechtsvertrag, 96-97; **Freimüller**, 93.

⁹⁶ Yüklü taşınmaz malikinin şartları dahilinde bu talep hakkını kullanması ile üst hakkı yüklü taşınmaz malikine devredilirse devir sonucunda üst hakkı, malik lehine üst hakkı niteliğine dönüşür. **Isler**, Baurechtsvertrag, 131; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 876/ N. 3108b; **Köprülü/Kaneti**, 16; **Akipek**, Sınırlı Aynî Haklar, 21.

⁹⁷ Bkz. § 4/VII.

⁹⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 880/ N. 3115; **Gürzumar**, 130; **Freimüller**, 77; **Isler**, Baurechtsvertrag, 142, 143; Taşınmaz gibi işlem gören üst hakkı üzerinde taşınmaz rehni kurulabilmesi, TMK m. 834 hükmüyle sınırlı değildir. Tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş bir irtifak hakkı üzerinde, TMKm.850 vd. hükümleri çerçevesinde taşınmaz rehni kurulabilmesi her zaman için mümkündür. Bkz. **Ergüne**, Üst hakkı, 280.

⁹⁹ **Isler**, Baurechtsvertrag, 142; **Freimüller**, 76-77.

kişiyeye karşı da yöneltilebilen bir eşyaya bağı bir borç doğurmaktadır. Borcun konusu ise üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz sahibi lehine tapuda kayıtlı olan üst hakkı üzerinde ipotek tesis ve tescil ettirmesidir¹⁰⁰.

Üst hakkı iradının ipotekle teminat altına alınabilmesinin Kanun tarafından öngörülen bir sınırlaması da iradın tamamının değil en çok üç yıllık¹⁰¹ miktarı için teminat tesis edilebilmesidir. Türk Medenî Kanunu'nun 834/II. maddesine göre irat, her yıl için eşit miktara bölünmüşse tescil, iradın eşit olarak her yıla dağıtılmasında üç yıla düşecek miktarı için istenebilir. Ayrıca bu ipoteğin icra yoluyla satışta terkin istenemez (TMK m. 835/I). Böylece, satışta terkin edilmeyen ipotek sırasını korumaya devam eder ve cebri artırmadaki satıştan sonra da ödenmemiş iratlar açısından bir aynı teminat olmayı sürdür¹⁰².

Diğer yandan, tarafların anlaşmasını gerektirmeyen eşyaya bağı borç olarak saydığımız TMK m. 831 ve 834 hükümleri dışında TMK m. 829/II hükmü ile öngörülen ipotek talep etme hakkı da bu kapsama dahil edilebilir. Zira, kanun koyucu tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın üst hakkı sahibine malikin ödemeyi taahhüt ettiği bedel borcunu ifa etmemesi veya buna karşılık bir güvence vermemesi halinde hak sahibinin ipotek tesis edilmesini talep etme hakkı olduğunu öngörmüştür. İntikal bedelinin teminatı olarak öngörülen ipotek hakkı da TMK m. 834'te olduğu gibi üst hakkı sahibi veya üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi lehine yüklü taşınmaz üzerinde kurulacak tescile ve eşyaya bağı kanuni bir haktır¹⁰³. Bu kapsamda TMK m. 829/II ile getirilen rehin kurma yükümlülüğü eşyaya bağı borç niteliğindedir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 880/ N. 3114; Gürzumar, 130.

¹⁰¹ 14.11.1990 tarih 3678 sayılı Kanun'un 751/h maddesinin gerekçesinde ipoteğin tescilinde esas alınacak miktar düşünüldüğünde taşınmazın uzun süreli ağır bir yük altına girmemesi için ipoteğin üç yıllık alacak miktarı ile sınırlandırıldığı ifade edilmiştir. Tekinay, S. Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar, II/3, İstanbul 1994, 62.

¹⁰² Gürzumar, 130; Isler, Baurechtsvertrag, 142, 143; Freimüller, 77.

¹⁰³ Demirsatan, 29, dn. 116.

¹⁰⁴ Isler, Baurechtsverträge, 121, dn. 13; Acar, 348, dn. 1010.

b) Tarafların Anlaşmasına Dayanan Eşyaya Bağlı Unsurlar

Türk Medenî Kanunu, üst hakkına ilişkin özel hükümler arasında ancak tarafların üst hakkı sözleşmesinde (resmî senette) kararlaştırmaları halinde eşyaya bağlı borç niteliğinde olan hususlara da yer vermiştir. Kanun'un 829 ve 830. maddelerinde gerekli şartların gerçekleşmesi halinde tarafların sözleşmede kararlaştırmış olmaları kaydıyla eşyaya bağlı borç niteliği taşıyan iki unsur düzenlenmiştir. Bunların ilki TMK m. 829'da düzenlenen üst hakkı kurulurken, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine üst hakkı sona erince kendisine kalan yapılar için ödemeyi taahhüt edeceği bedel ile TMK m. 830'da öngörülen üst hakkının sona ermesi halinde hak sahibinin taşınmazı ilk haline getirme borcudur¹⁰⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 829. maddesine göre *“taşınmaz maliki, aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel ödemez. Uygun bir bedel ödenmesi kararlaştırılmışsa, miktarı ve hesaplanış biçimi belirlenir”*. Kanun'un 830. hükmüne göre ise *“taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbidir ve tapu kütüğüne şerh verilebilir”*¹⁰⁶.

Türk Medenî Kanunu, 830. madde ile hem taşınmazı ilk haline getirme borcunu hem de üst hakkı sona erdikten sonra kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenecek bedel ödeme borcunun üst hakkı sözleşmesinde tarafların resmî şekilde kararlaştırmalarına ve tapuda şerh edilmelerine bağlı olarak eşyaya bağlı nitelik kazanacağı hüküm altına alınmıştır¹⁰⁷. Tapuda yapılacak şerh tarafların tasarrufuna bırakılan bir

¹⁰⁵ Ünal, 188; Gürzumar, 147; Demirsatan, 29.

¹⁰⁶ 11 Aralık 2009 tarihli revizyon (AS 2011 4637; BBI 2007 5283) ile 779a hükmünde yapılan düzenleme gereği tapuya şerh verilecek sözleşme hükümlerinin de resmî şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece TMK m. 830 hükmü ile mehzaz kanun arasındaki çelişki giderilmiş oldu.; (Bkz. BBI 2007 5283: Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), vom 27. Juni 2007; AS 2011 4637: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), Änderung vom 11. Dezember 2009, <https://www.fedlex.admin.ch>, E.T. 09.03.2022).

¹⁰⁷ İsviçre Medenî Kanunu'nda da ZGB Art. 779d ve 779e hükmü gereğince öncelikle üst hakkının kurulması için resmî şekle uyulmak kaydıyla ilgili kayıtlara yer verilebileceği, daha sonra tapuda bu kayıtların şerh edilebileceği öngörülmektedir. Bu bakımdan, İsviçre Hukukunda da sadece

husus olduğu için bu konuda ayrı bir anlaşma yapılması gerekmektedir. Şerh verilmesine ilişkin talebi de şerhin üzerine işleneceği yüklü taşınmaz maliki yapar¹⁰⁸. Böylece yüklü taşınmazı edinen her kişi üst hakkı sona erince taşınmazda kalacak yapılar için bedel ödeme borcu ile yükümlüdür ve üst hakkını edinen her kimse de yüklü taşınmazı ilk haline getirme borcu altındadır¹⁰⁹.

3. Nisbi Etkili Olan Unsurlar

Üst hakkı sözleşmesinde (resmî senette) taraflar sadece üst hakkının içeriğine dahil olan; yani aynî etkili unsurları ve eşyaya bağlı borç teşkil eden hususları düzenlemezler. Sözleşmede sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran nisbi etkili hükümlere de yer verilir. Bu hükümler alacak hakkından ibaret olup, sözleşmeyi yapanlar ve onların küllî halefleri arasında ileri sürülebilir¹¹⁰.

Bir alacak hakkının konusunu verme, yapma veya yapmama borcu oluşturur. Üst hakkı çerçevesinde yüklü taşınmaz malikinin olumsuz edim olarak yükümlü olduğu katlanma ve kaçınma borçları ister kanundan ister sözleşmeden doğsun üst

resmî senette yer almakla değil, ayrıca tapuda şerh edildikten sonra eşyaya bağlı borç niteliği kazanacağı kabul edilmekteydi. (Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 96-97). Ancak TMK m. 830 hükmünün de dayanağı olan ZGB Art. 779e hükmü 1 Ocak 2012'den itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2009'da yürürlükten kaldırılmıştır (AS 2011 4637; BBI 2007 5283). Hüküm mülga edilmeden önce eMK. m. 751e ve TMK m. 830 hükmü ile aynı düzenlemeyi ihtiva etmekteydi. Düzenleme sonrası ZGB Art. 779a ve 779b hükümlerin eklenen fıkralarla intikal bedelini ilgilendiren hususlar bu hükümlerin kapsamına dahil edilmiştir. Öyle ki; Art. 779a/II'de üst hakkı bedeli ve diğer sözleşme hükümlerinin tapuya şerh edilebileceğini ancak bunların resmî şekilde yapılması gerektiği hüküm altına alınmış. Art. 779b/I'de kanundan doğan eşyaya bağlı borçlar sayılmış, binanın yeri, şekli, kapsamı amacı, kullanım alanı, üst hakkı ile kullanılmayan alanların kullanım alanı gibi üst hakkının içeriğine ve kapsamına dahil olan unsurların herkes için bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Kanun koyucu Art. 779b/II'de de diğer sözleşme hükümlerinin tarafların anlaşması ile tapuya şerh verilebileceğini öngörmüştür. Üst hakkı bedeli Art. 779a/II'de hakkın içeriği ve kapsamı dışında bırakılıp tarafların anlaşmasına bağlı bir unsur olarak düzenlendiği için benzer yaklaşımla intikal bedelinin de Art. 779b/I'e dahil olmadığı ve tarafların anlaşarak tapuya şerh verebileceği diğer sözleşme hükümleri kapsamına dahil edilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Bu sebeple taraflar intikal bedeli ödemeyi kararlaştırırlarsa yine anlaşmaları kaydı ile resmî şekle uyarak tapuya şerh verip eşyaya bağlı borç haline getirebilirler.; Gümüş'ün de ifade ettiği üzere mehz kanundaki düzenlemeler de tamamlayıcı hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, 182 vd..

¹⁰⁸ **Erel**, 76- 112 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 872/N. 3099, 3100; **Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat, Eşya Hukuku, Cilt IV/1, Genişletilmiş 3.B., Ankara 2019, 669 vd.; **Henggeler**, 110 vd.; **Demirsatan**, 30, dn. 118; **Freimüller**, 91.

¹⁰⁹ **Demirsatan**, 30, 31, dn 122.

¹¹⁰ **Isler**, Baurechtsvertrag, 97; **Riemer**, 82; **Gürzumar**, 149

hakkının aynî muhtevasına girer. Bu bakımdan, üst hakkı sözleşmesinden doğan şahsi edim yükümlülüklerinin konusunu yapma ve verme borçları oluşturmaktadır¹¹¹.

Bir üst hakkı ilişkisinde yalnızca sözleşmeyi yapan taraflar arasında etkili olacak olan şahsi borçlara ilişkin en göze çarpan iki husus vardır. Bunlardan ilki, üst hakkı bedelidir. Diğeri ise üst hakkı sözleşmesinde kararlaştırılmış ancak şerh edilmemiş olan hak sona erince yüklü taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenecek bedel ödeme borcudur¹¹².

Kanun koyucunun öngördüğü hükümlere, mehz kanuna ve uygulamaya bakıldığında takdirde üst hakkı sözleşmesi içerisinde birden fazla bedel kavramı ile karşılaşılmaktadır. Birincisi, üst hakkı tesis edilirken sözleşmede kararlaştırılan veya daha sonra yapılacak ek bir anlaşma ile tarafların sözleşmeye ekleyebildikleri, üst hakkı kurulmasının karşılığı olarak malike peşinen ya da irat şeklinde ödenen bedeldir. Biz buna “üst hakkı bedeli” demeyi tercih ediyoruz¹¹³. Bedele ilişkin bir diğer düzenleme ise ileride detaylı olarak açıklandığı üzere TMK m. 829 gereği tarafların kararlaştırmaları halinde üst hakkı sona erdiğinde taşınmaz malikine kalacak yapılar için üst hakkı sahibine ödenecek olan bedeldir. Son olarak, TMK m. 831’de üst hakkının süresinden önce devri hakkının kullanılması halinde TMK m. 832 gereği yine taşınmaz malikine kalacak yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi gereken bir bedel söz konusudur. Taşınmaz malikine kalacak yapılar için üst hakkı sahibine ödenecek olan bedelleri de kavram kargaşasının önüne geçebilmek adına “intikal bedeli” olarak adlandırmayı uygun görüyoruz¹¹⁴.

İrtifak sözleşmesinde, taraflar üst hakkına karşılık bir ivaz kararlaştırabilecekleri gibi ivazsız da üst hakkı tesis edebilirler¹¹⁵. Ancak üst hakkının en çok uygulandığı ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında mülkiyet hakkını önemli ölçüde sınırlandıran

¹¹¹ Ünal, 189-190.

¹¹² Ünal, 191-196; Gürzumar, 149; Sirmen, 606; Gürsoy/Eren/Cansel, 898, 899; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 878, 879; Esener/Güven, 432; Erekmekçi, 78.

¹¹³ İsviçre Hukukunda ve ZGB Art. 779a hükmünde “Baurechtszins” olarak karşılık bulmaktadır.

¹¹⁴ Bkz. § 4/VII ve § 7/II.

¹¹⁵ Isler/Gross, in: BSK ZGB II, Art.779a/ff; Isler, Baurechtsvertrag, 132 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 878, 879; Akipek/Akıntürk/Ateş, 713.

dıran bir hakkın ivazsız kurulmadığı sonucuna varılmaktadır. Üst hakkı bedeli, üst hakkı sahibi olmak isteyen kişi tarafından üst hakkının kurulması sırasında taşınmaz üzerinde önceden var olan yapının devri için taşınmaz malikine ödenen, üst hakkı sözleşmesindeki karşı edimi (üst hakkının tesis edilmesi edimine karşılık oluşturan edimi¹¹⁶) ifade eden bir miktar para veya paradan başka bir şeydir¹¹⁷. Üst hakkı ivazı çoğunlukla bir para borcu olarak düzenlenmekte¹¹⁸ ve bu para da ya peşin yahut takitle ödenen bir üst hakkı bedeli ya da gelir (*Baurechtszins*) şeklinde kararlaştırılmaktadır. Eğer, taraflar ivaz kararlaştırmışlarsa bedel zamana yaygın olarak, tekrarlayan edimler şeklinde üst hakkı iradı¹¹⁹ olarak da belirlenmişlerdir¹²⁰. İster bedel şeklinde kararlaştırılsın ister irat şeklinde, her ne surette olursa olsun üst hakkı bedeline dair sözleşme hükümleri şahsi bir alacaktan ibarettir¹²¹.

İsviçre Hukukunda üst hakkı bedelinin eşyaya bağlı borç haline gelmesi Kanun'da yapılan değişiklikler¹²² neticesinde mümkün hale gelmiş olsa da Türk Medenî

¹¹⁶ **Isler**, Baurechtsvertrag, 46.

¹¹⁷ **Ünal**, 191; **Demirsatan**, 47.

¹¹⁸ İsviçre doktrininde üst hakkı iradına karşılık olarak kullanılan "*Baurechtszins*" kavramından ayırmak için bu ivazın "*einer einmaligen Abfindung bestehenden Gegenleistung* (bir defaya mahsus ödeme şeklinde bedel)" olarak ifade edildiği görülmektedir. Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 133.

¹¹⁹ Üst hakkı karşılığında taşınmaz malikine düzenli olarak ödenen bedel, ekonomik açıdan mülke yatırılan veya bağlanan sermaye üzerindeki faizi temsil eder. Bu sebeple üst hakkı iradı kural olarak yüklü taşınmaza yatırılan sermayenin faizi (teknik anlamda faiz değildir) işlevini görmektedir. Bkz. **Kohler**, Daniela, Sachenrecht / Stockwerkeigentum am Baurecht – ein komplexes sachenrechtliches Konstrukt, Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60. Geburtstag, 2019, 92; **Isler**, Baurechtsvertrag, 133; **Gürzumar**, 151.

¹²⁰ **Ünal**, 191; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 878-879; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 713; **Isler**, Baurechtsvertrag, 44 vd.

¹²¹ **Ünal**, 191; **Gürzumar**, 149-151; **Demirsatan**, 30, dn. 118; **Isler**, Baurechtsvertrag, 132 vd.. Aksi yönde bkz. **Akipek**, 52-53. Yazar'a göre üst hakkı bedeli aynî etkili unsurlar içerisinde değerlendirilmelidir.; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 706.

¹²² İsviçre Hukukunda uzun bir süre üst hakkı bedelinin hukukî niteliği tartışmalara konu olmuştur. Yargıya yansıyan bu tartışmalar neticesinde Federal Mahkeme kararlarında da benimsenen ve İsviçre öğretisinde de hâkim olarak kabul edilen görüşe göre üst hakkı bedeli hakkın aynî içeriğine dahil olmayan, üst hakkı sözleşmesinden doğan ve üst hakkının tesis edilmesi edimine karşılık oluşturan bir borçtur. Eski düzenlemeler nezdinde bu şahsi borcun eşyaya bağlı borç olarak düzenlenmesi de mümkün değildi. Çünkü Kanun'da bu hususta açıklık bulunmuyordu. Ancak, artık 01.01.2012 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanun'daki değişiklik gereği 779b hükmüne eklenen ikinci fıkra ile bedele ilişkin sözleşme hükümleri tapuya şerh edilmek suretiyle eşyaya bağlı borç haline getirilebilmektedir. Bkz. **Demirsatan**, 48- 53. Bu düzenlemeye rağmen, yapılan değişikliklerle eşyaya bağlı borç haline getirilebilme imkânı tanınmışsa da İsviçre doktrininde hâkim görüş üst hakkı bedelinin hakkın aynî içeriğine dahil olmadığı, şahsi bir borç olduğu yönündedir. Bu konuda bkz. **Hitz**, 186 vd.; **Freimüller**, 55, 76; **Isler**, Baurechtsverträge, 44, 97-98;

Kanunu'ndaki mevcut düzenlemeler buna imkân tanımamaktadır. Zira, ZGB Art. 779a/II ve 779b/II hükmünün aksine üst hakkı bedelinin münhasıran yahut diğer sözleşme hükümleri kapsamında tapuya şerh edilebilen unsurlardan olduğuna dair bir düzenleme hukukumuzda mevcut değildir. Türk Medenî Kanunu'nun 827 ve 830. maddelerinde öngörülen hususlar dışında tapuya şerh edilebilme imkânı tanınmamaktadır. Ayrıca, TMK m. 1009 hükmünde de tapuya şerh edilebilecek şahsi haklar sınırlı şekilde sayılmıştır. Söz konusu hükmün genişletilmesi mümkün değildir. Bu durumda üst hakkı bedelinin tapuya şerh edilmek suretiyle eşyaya bağlı borç olarak ileri sürülebilmesi mümkün gözükmemektedir¹²³. Açıklanan sebeple üst hakkı üçüncü bir kişi tarafından edinilse bile üst hakkının başlangıçtaki sahibi, bedel borcundan kurtulmaz ve malik de üst hakkının yeni sahibinden talepte bulunamaz¹²⁴.

Tarafların üst hakkı sözleşmesinde kararlaştıracakları nisbi etkili unsurlardan biri de daha önce tarafların anlaşmasına dayanan eşyaya bağlı unsurlar içinde saydığımız üst hakkı sona erdikten sonra kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenecek bedel borcudur. Bu borç şerh edilmekle beraber eşyaya bağlı nitelik kazanırken, taraflar tapuda bu hususu şerh ettirmezler ve sadece sözleşmede kararlaştırmak ile yetinirlerse bu takdirde söz konusu borç nisbi etkili olup sadece üst hakkı sözleşmesini kuran taraflar arasında ileri sürülebilir. Bu borcun doğmasının ön koşulu taraflarca sözleşmede kararlaştırılması iken borca eşyaya bağlı borç niteliği kazandıran ise tapuya şerh edilmesidir¹²⁵.

Üst hakkı ilişkisinde yalnızca sözleşmeyi yapan taraflar arasında etkili olacak şahsi borçlara ilişkin verilebilecek diğer örnekler ise şunlardır: Üst hakkı sahibinin

Riemer, 82-83; **Witt**, 144-145. Diğer görüşler için bkz. **Spycher**, Stephan, Dienstbarkeiten im Wandel- von «Weg und Steg» zum Energie- Contracting, “Errichtung und Verlängerung des Baurechts / I.- III. / 1.- 2”, Bern 2014, 97- 98.

¹²³ Aynı yönde bkz. **Ertaş**, 172, N. 800; **Esener/Güven**, 160, 432; **Sirmen**, 199-203; **Yücer Aktürk**, 178; **Demirsatan**, 56, 57; **Erel**, 81. Yazara göre TMK m. 1009'da sayılan hallerin herkese karşı ileri sürülebilirliği şerhin aynı etkisi ile ilgilidir. Bu güçlendirilmiş etkinin, borç ilişkisinin şerh edilerek eşyaya bağlı borç haline getirilmesi ile ilgisi yoktur. Şerh ettirmek bu etkiyi yaratır. Aynı şekilde kanun koyucu da madde gerekçesinde bu durumun şerh verilen kişisel hakların “aynî etkisi” ile ilgili olduğunu ifade etmektedir.

¹²⁴ Bir değişiklik yapılmadığı sürece Türk Hukukunda irtifakı edinen fakat irtifak sözleşmesinin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin bedel ödeme borcundan sorumlu tutulabilmesi ancak taşınmaz yükü ile mümkün olabilir. **Demirsatan**, 56, 57.

¹²⁵ Bu konuda yukarıda bkz. § 3/II.

inşaatın modernleştirilmesini gerçekleştirme borcu, üst hakkı sahibinin inşaatı yalnızca sözleşmede nitelikleri belirlenen kişilere kiraya verme borcu ve inşaatı sigorta ettirme yükümlülüğü, üst hakkı sahibinin ve/veya yüklü taşınmaz malikinin taşınmaza ve inşaatla ilişkin vergileri ödeme borcu, üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz malikiyle rekabet etmeme borcu, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine uygun koşullarla inşaat kredisi sağlama borcu, yüklü taşınmaz malikinin inşaatın yapılacağı parselin yola bağlanması için gerekli olan sokağı yaptırma borcu, yüklü taşınmaz malikinin ihtiyacı olan benzini, üst hakkına dayanarak inşa edilmiş olan benzin istasyonundan satın alma borcu vb.¹²⁶.

III. ÜST HAKKININ KAZANILMASI

Üst hakkının kazanılması Kanun tarafından özel olarak düzenlenmiş değildir. Ancak üst hakkı TMK m. 779 vd. kapsamına dahildir. Bu sebeple Türk Medenî Kanunu'nun 780/II. maddesi gereğince taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler üst hakkı için de uygulanabilir¹²⁷.

Söz konusu hükümler çerçevesinde bir üst hakkının tescille, tescilsiz ve zamanı ile iktisabı mümkündür. Bu kapsamda üst hakkı devren iktisap edilebileceği gibi miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma yolu ile de iktisap edilebilir. Ancak ifade etmek gerekir ki, üst hakkının taşınmaza bağlı veya devredilebilir kişisel üst hakkı olup olmamasına göre devren kazanma tarzı farklılık arz eder¹²⁸.

A) TESCİL İLE KAZANMA

Üst hakkının tesisen kazanılması TMK m. 780 gereğince tapuda tescil işlemi ile olur. Tescile temel olacak bir hukukî sebebin varlığı gerekir ki, bu hukukî sebep üst hakkı sözleşmesi olabileceği gibi vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde bir ölüme bağlı tasarruf da olabilir¹²⁹. Üst hakkının tescil ile tesis edilmesinin hukukî

¹²⁶ **Gürzumar**, 150; **Ünal**, 190 vd.; **Isler**, Baurechtsvertrag, 98, 99.

¹²⁷ **Ünal**, Mehmet, Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması, MÜHFHAD Cevdet Yavuz'a Armağan, Y. 2016, C. 22, S. 3, 2842; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 869/N. 3094;

¹²⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 869/N. 3094.

¹²⁹ Üst hakkının hukukî sebebinin bir ölüme bağlı tasarruf olması halinde uyulacak şekil TMK m. 478 vd. hükümlerince öngörülen ölüme bağlı tasarruflar için getirilmiş olan şekildir. **Gürzumar**, 153, dn. 2; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 870/N. 3094a.

sebebi çoğunlukta “üst hakkı sözleşmesi” olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple sözleşme ile ilgili açıklamalarımızda üst hakkı sözleşmesi esas alınmıştır.

1. Üst Hakkı Sözleşmesi ve Tescil

Türk Medenî Kanunu’nun üst hakkına ilişkin hükümlerinde sadece sözleşme terimine yer verilmekte ve çoğunlukta resmî senetten bahsedilmektedir. Kanun’un ilgili maddelerinde zikredilen ve tescilin hukukî sebebi olan sözleşme, üst hakkı ilişkisinin doğumunu ve şekillenmesini sağlar, bu sebeple üst hakkı ilişkisinin kaynağıdır. Üst hakkı ilişkisi, yüklü taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi arasında doğar ve üst hakkı kapsamındaki aynî, eşyaya bağlı ve nisbi unsurları düzenler¹³⁰. Üst hakkı ilişkisinin düzenlendiği bu sözleşmeye uygulamada “üst hakkı sözleşmesi”¹³¹ denilmektedir.

Üst hakkı sözleşmesinin taraflarından biri olan yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı kurmayı taahhüt eden taraftır ve bir özel hukuk kişisi olabileceği gibi kamu tüzel kişisi de olabilir¹³². Sözleşmeden doğan borçlar ifa edilene kadar taraflar arasındaki ilişki borçlandırııcı bir işlemdir. Bu sebeple sözleşme yapıldığı anda taşınmazın maliki olmasına gerek yoktur. Ancak, bu borcunu ifa edebilmesi için tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Üst hakkı sözleşmesi kurulduğunda ya da kurulduktan sonra malikin bu yetkiye sahip olmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak Borçlar Kanunu anlamında sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu olur¹³³. Sözleşmenin diğer tarafı olan üst hakkı sahibi ise üst hakkı kurma

¹³⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 870/ N. 3094a; **Demirsatan**, 32; **Tuor/Schnyder/Jörg/Rumojungo**, 1059/§108, Nr.29.

¹³¹ Bu sözleşmeyi üst hakkının devrini amaçlayan devir sözleşmesinden ayırmak gerekir. Devir sözleşmesinde kurulmuş bir üst hakkının bir başkasına devredilmesi taahhüt edilir ve devren iktisap öngörülür. Üst hakkı sözleşmesi ise üst hakkının kurulmasını taahhüt eder, isimsiz bir sözleşmedir ve tesisen iktisabı öngörmektedir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 870/dn. 465a; **Demirsatan**, 32; **Ünal**, 153; **Yücer Aktürk**, 93 vd..

¹³² Devletin taşınmaz maliki olarak taraf olduğu üst hakkı ilişkilerinde üst hakkı tesis edilene kadar geçen süre içinde taraflar arasındaki ilişki (ihale süreçleri de dahil) idare hukuku hükümlerine tâbidir. Ancak ihale sonrasında üst hakkı sözleşmesi ile kurulacak olan ilişki özel hukuk ilişkisidir ve Medenî Kanun hükümlerine tâbidir. Bu sebeple üst hakkı sözleşmesinin taraflarından birisinin devlet olması da mümkündür. Bkz. **Kuntalp**, 533; **Akıpek**, Devlet Orman Arazisi, 30; **Akıncı**, Üst Hakkı, 776.

¹³³ **Demirsatan**, 34; **Isler**, Baurechtsvertrag, 19.

borcunun alacaklısıdır. Her kişi üst hakkı sahibi olabilir. Bu durumda üst hakkının üçüncü kişi lehine de kurulması hukuken mümkün gözükmektedir¹³⁴.

Üst hakkı sözleşmesi olarak anılan, üst hakkının kaynağını teşkil eden sözleşme Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir sözleşme tipi değildir. Türk Medenî Kanunu'nda sözleşmeye dair bir tanım yapılmamış, esaslı unsurlar düzenlenmemiştir. Kanun'un 726 ve 826 vd. hükümlerinden bir tanıma ulaşılabiliyor ve söz konusu sözleşmeye dair asgari unsurlar bu hükümlerden çıkarılabiliyor ise de sözleşmenin esaslı unsurlarının Kanun'da düzenlenmemiş olması sebebiyle üst hakkı sözleşmesinin isimsiz- "*sui generis*"¹³⁵ bir sözleşme olduğunun kabul edilmesi gerekir¹³⁶.

Üst hakkı sözleşmesi, taşınmaz malikinin taşınmaz üzerinde bir yapı inşa etmek veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek kaydıyla bu yapının mülkiyetine sahip olma yetkisi veren bir irtifak hakkını karşı âkit lehine tescil ettirme borcu altına gir-

¹³⁴ Demirsatan'ın bizim de katıldığımız görüşüne göre üst hakkı sahibi olacak üçüncü kişi ile üst hakkı tesis etme borcunu üstlenecek olan yüklü taşınmaz maliki arasında aynı bir sözleşme bulunması gerekir. Zira, yüklü taşınmaz maliki tesis ettikleri sözleşme kapsamında tapudan hakkın tescilini talep edecektir. Mahiyeti gereği üst hakkı sözleşmesi şartları göz önünde bulundurulduğunda üst hakkı sahibi için önemli haklar tanıyor olsa da hak sahibini ağır yükümlülükler ile yükümlü kılmaktadır. Bu sebeple üçüncü kişi lehine üst hakkı tesis edilmesine maddi hukuk açısından bir engel olmasa da üçüncü kişinin taraf olmadığı ya da icazetinin alınmadığı bir üst hakkı sözleşmesi ile adına tapuda hakkı tescilinin gerçekleştirilmemesi gerekir. Bkz. **Demirsatan**, 38, dn. 137.

¹³⁵ Kendine özgü yapısı olan, *sui generis* sözleşmeler ve ögeleri kanunlarda düzenlenmemiş olmakla beraber değişik kanunlarda bu sözleşmelerle ilgili ayrıntılı olmayan bazı kurallara yer verildiği görülmektedir. Ancak, bu düzenlemeler sözleşmelere dair ayrıntılı hüküm içermediğinden sözleşmeler tip sözleşme olarak kabul edilememekte, bunlar uygulamada ve değişik kanunlardaki düzenlemelerle belirli bir isme kavuşmuşlardır. **Aydoğdu/ Kahveci**, 25; **Eren**, 207- 209; **Akıncı**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Genişletilmiş 13. B., Konya 2022, 18, 102; **Arat**, Ayşe, İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, No. 2, 2006, 101; **Oktay**, Saibe, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İÜHFM, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, 3; **Yücer Aktürk**, 98-100; **Meier-Hayoz**, 558.

¹³⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 870, 871; **Ünal**, İrtifak, 2843; **Köprülü/Kaneti**, 59; **Demirsatan**, 38; **Yücer Aktürk**, 94-95; **Isler**, Baurechtsvertrag, 51, 52. Isler, özellikle ayıba karşı tekeffül gibi bazı hususların düzenlenmemiş olmasından yola çıkarak üst hakkı sözleşmesinin "*innominat-vertrag*- isimsiz sözleşme olduğunu dile getirmektedir. Aksi yönde Gürzumar ise üst hakkı sözleşmesi her ne kadar Kanun'da isim altında düzenlenmiş bir sözleşme olmasa da hüküm içeriklerinden sözleşmenin esaslı asgari unsurlarının çıkarılabiliyor olmasını, sözleşmenin bünyesinden kaynaklanabilecek muhtelif sorunlarla ilgili yeterli derece hükmün öngörölmüş olmasını ileri sürmekte ve bu sözleşmenin isimli bir sözleşme sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre bazı hususların düzenlenmemiş olması bu sözleşmeyi isimsiz hale getirmmez. Boşluk olan hususlarda ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine burada uygun bir hüküm bulunmaması halinde de TMK m. 1'e başvurulmak suretiyle boşlukların doldurulması gerekir. Bkz. **Gürzumar**, 159 vd.; ZGB Art. 7'ye dayanarak aynı yönde **Hitz**, 97 vd.

diği, diğer bir deyişle üst hakkı sahibine üst hakkının kurulması için bir alacak hakkı veren borçlandırıcı¹³⁷ ve iki taraflı bir hukukî işlemdir¹³⁸. Üst hakkı sözleşmesi ivaz kararlaştırılması zorunlu olmayan bir sözleşme olduğu için TMK m. 781 anlamında tesis edildiği haliyle eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹³⁹. Uygulamada ise tarafların başta ivaz olmak kaydıyla Kanun'un üst hakkına dair hükümlerine ve sınırlı aynî hak olma özelliğine aykırı olmamak kaydıyla sözleşmeye birçok yükümlülük yüklendiği görülmektedir. Karşılıklı edimlerin üstlenildiği böyle bir üst hakkı sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme oluşturur. Bu kapsamda üst hakkı sözleşmesinden doğan asli edim borcu taşınmaz maliki için üst hakkının tescilini sağlama borcuyken, karşı âkit açısından kararlaştırılmışsa üst hakkı bedelinin, iradının ödenmesi borcudur¹⁴⁰. Ancak taraflar arasında tescil işlemi gerçekleştirildikten sonra da sözleşmeden kaynaklanan veya Kanun'un sözleşmeye bağladığı yükümlülüklerden oluşan bir borç ilişkisi tesis edilmiş olur¹⁴¹.

Üst hakkı sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi olup olmadığının da tespiti gerekmektedir. Tarafların üstlendikleri edimler düşünüldüğünde taşınmaz malikinin borcu üst hakkı tesis etmek, müstakbel üst hakkı sahibi açısından ise tescil talebinde bulunmaktır¹⁴². Ancak, üst hakkı sözleşmesinin niteliğini bu edimlerle sınırlamak doğru olmaz. Taraflar sözleşme kapsamında üst hakkı ilişkisini düzenleyen ve sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece de tarafları bağlayan birçok yükümlülük öngörmektedirler. Özellikle üst hakkı sahibinin irat şeklinde kararlaştırılmış üst hakkı bedeli ödeme

¹³⁷ İktisap sebebi bir borçlandırıcı işlemdir ve borçlu müstakbel yüklü taşınmaz malikidir. Bu sebeple taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunulması ve tapu idaresince bu talebe dayanan bir tescilin de yerine getirilmesi gerekir. Bkz. **Ünal**, İrtifak, 2845.

¹³⁸ **Isler**, Baurechtsvertrag, 21, 48; **Gürzumar**, 158; **Demirsatan**, 37; **Yücer Aktürk**, 45 vd..

¹³⁹ **Özmen/ Korkmaz**, 164.

¹⁴⁰ Üst hakkı bedelinin sözleşmenin subjektif esaslı unsuru olması sebebiyle resmî senette gösterilmesi gerektiği hakkında bkz. **Meier- Hayoz**, 559; **Riemer**, 4; **Tuor/Schnyder/Jörg/Rumo-Jungo**, 1060-1061; **Schmid**, Jörg, Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und Überbaurecht, ZGBR 1998, 1244.

¹⁴¹ **Demirsatan**, 40; **Gürzumar**, 158.

¹⁴² **Liver**, Peter, Die Aufhebung und Ablösung von Servituten in Schweizerischen Recht (Art. 736 ZGB), RNRF, S. 42, 1961, 3; **Yücer Aktürk**, 43 vd.. Bir görüşe göre üst hakkı sözleşmesi ani edimlidir. Ancak, taraflar arasında sürekli bir hukukî ilişki oluşturması ve güvene dayanan bir ilişki içinde olmaları bu sözleşmeye sürekli edimli borç ilişkilerine özgü hükümlerin de uygulanmasını gerektirebilir. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir**, N.3094c, 871.

borcu ile üst hakkının kullanılmasına ve yapıya ilişkin üstlendiği yükümlülükler böyledir. Bu noktada tarafların borçları düşünüldüğünde sözleşmeye şeklini veren ve üst hakkı ilişkisi içinde ağır basan edimler sözleşmenin hukukî niteliğini tayin eder. Bu açıdan ele alındığında sözleşmenin ani edimli bir borç ilişkisi meydana getirdiği düşünülebilecek olsa da taraflar arasında tescil işleminden sonra da devam eden sürekli bir hukukî ilişki söz konusudur¹⁴³. Malik, her ne kadar sadece asli edim olarak taşınmazın zilyetliğini devretmeyi ve üst hakkı tescil ettirme borcunu üstlenmişse de hem malikin hem üst hakkı sahibinin sözleşme yapma iradeleri kendilerini en fazla yüz yıl gibi uzun bir süre ile sınırlı aynî hakka bağlamak yönündedir. Malik, üst hakkı süresi boyunca üst hakkının getirdiği kayıtlamaya hak devam ettiği sürece katlanmayı taahhüt etmekte, üst hakkı sahibi de genellikle belirli bir periyot içinde belirli bir edim ifa etmeyi üstlenmektedir¹⁴⁴. Tarafların sözleşme kurma iradesi asli edimlerin ifası ile uzun süreli bir hukukî ilişki yaratmak üzerinedir. Taraflar edimlerin ifa edilmesi ile aralarındaki hukukî ilişkinin sona ereceği iradesiyle hareket etmemektedirler. Her ne kadar hakkın tesisi için üstlenilen asli edimler ani edimli ise de hakkın mahiyetine ilişkin hak ve yükümlülükler sürekli nitelik arz eder. Tarafların sözleşme kurma iradeleri karşılıklı olarak uzun bir süre için birbirlerine haklar tanıma ve yükümlülüklerle kanundan doğan yetkilerini sınırlandırmak yönünde birleşmektedir.

Diğer yandan dikkat edilmesi gereken bir kıstas da alacaklının ifa menfaatinin zamana yayılmış olup olmadığıdır¹⁴⁵. Doktrinde, alacaklının ifa menfaati zamana

¹⁴³ **Isler**, Baurechtsvertrag, 48, 94; **Freimüller**, 59-60; **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779a Nr. 37; **Yücer Aktürk**, 43 vd.; Eğer ki, taraflar arasında ani edimli bir borç ilişkisinin olduğu kabul edilirse üst hakkı sözleşmesi hata nedeniyle sözleşme kurulduktan iki yıl sonra iptal edilirse, iki yıl boyunca sürmüş olan bu ilişkinin geçmişe etkili olarak tasfiye edilmesi söz konusu olamaz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 871/N. 3094c; Üst hakkının Roma Hukukuna dayanan tarihi kökenine bakıldığında taraflar arasında kiraya benzer bir sözleşmesel ilişkinin olması da bu durumu destekler niteliktedir. **Demirsatan**, 40. Aksi yönde bkz. **Liver**, 3. Yazar'a göre taraflar arasındaki ilişki sürekli borç ilişkisi değildir. Taraflar üst hakkı sözleşmesi ile sadece irtifak hakkı tesis etme borcu altına girmektedirler. Sözleşme kurulduktan sonra taraflar birbirlerine sözleşmeden doğan talep haklarını değil sadece aynî haktan kaynaklanan aynî etkili taleplerini ileri sürmektedirler. Bu durumda eşya hukukunun konusunu oluşturur.

¹⁴⁴ İntifa hakkının kurulmasına esas teşkil eden sözleşme açısından aynı yönde bir değerlendirme söz konusudur. İntifa hakkı tesis eden ilişkinin sürekli sözleşme ilişkisi sayılması gerekir. Bkz. **Özen**, Burak, Türk Medenî Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, 176.

¹⁴⁵ **Oğuzman/ Öz**, Borçlar, C.1, 11, N. 39.

yayılmışsa bu borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁶. Bu noktada da üst hakkı sahibinin sözleşmeden doğan ifa menfaatinin irtifak hakkı devam ettiği sürece sürdüğü görülmektedir. Ayrıca, kanun koyucu üst hakkına ilişkin getirdiği birçok hükümde taraflar arasındaki uzun süreli ilişkiyi düzenlemeye, tarafların ve bu ilişkiye dahil olabilecek üçüncü kişilerin (örneğin, rehinli alacaklılarının) menfaatlerini korumayı hedeflemiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 831. maddesinde öngörülen taşınmaz malikine tanınan süresinden önce devir isteme hakkında olduğu gibi taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin üst hakkı süresi boyunca devam ettiği, sözleşmeden doğan borçların sürekli borç ilişkilerine özgü hükümlere tâbi tutulduğu da görülmektedir. Hükümün temelini üst hakkı sahibinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etme kriteri oluşturmaktadır. Bu ifade göstermedir ki taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ve bu ilişkiden doğan borçlar üst hakkı süresi boyunca devam etmekte/edebilmektedir. Açıklanan sebeplerle üst hakkı sözleşmesinin hukuki niteliğinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir¹⁴⁷.

Üst hakkı sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı sorusuna gelindiğinde Türk Medenî Kanunu'nun sözleşmenin şekline dair açık bir hüküm öngörmediği görülmektedir. Ancak TMK m. 827 ve 830 hükümlerinde resmî senetten bahsedilmektedir. Resmî senet¹⁴⁸, 3907 sayılı Tapu Sicili Tüzüğü'nün (RG. 17.08.2013, 28738) 21. maddesine göre sözleşme düzenlenmesi gereken işlemler için gerekli görülmüştür. Bu durumda söz konusu hükümlere ve Medenî Kanun'un taşınmaz lehine tesis edilen irtifak haklarına ilişkin 781. maddesine göre Türk Hukukunda hiçbir ayırım yapılmaksızın üst hakkının kurucu sözleşmesi olan üst hakkı sözleşmesinin bir geçerlilik şartı olarak resmî şekilde yapılması gerekmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Oğuzman/ Öz, Borçlar, C.1, 11, N. 39.

¹⁴⁷ Isler, Baurechtsvertrag, 48, 94; Freimüller, 59-60; Isler/Gross, in: BSK ZGB II, Art. 779a Nr. 37; Yücer Aktürk, 43 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 871/N. 3094c; Demirsatan, 40 vd..

¹⁴⁸ Resmî senet tanzimi için bkz. TKGm. 15.06.2010 tarih 2010/12 sayılı Genelgesi.

¹⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 870/N. 3094a; Sirmen, Lâle, Eşya Hukuku, 3. B., Ankara 2015, 528; Akipek/Akıntürk/Ateş, 710; Ünal, 153; Gürzumar, 163 vd.; Yücer Aktürk, 90 vd.; Karauz, 48 vd.. İsviçre Hukukunda ise üst hakkı sözleşmesi sadece bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkına yönelik sözleşmeler resmî şekle tâbi tutulmuştu. (Bkz. Isler, Baurechtsvertrag, 171; Wieland, Art. 779/ Nr. 5-a; Wieland, Komm., Art.779, Nr.6-a; Roberto/Hrubesch- Millauer,

Üst hakkının doğumu veya devri için sadece sözleşme yapmak yeterli değildir. Sözleşmeye dayanılarak üst hakkının tapuda tescil edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan üst hakkı tescil ile kurulur¹⁵⁰. Türk Medenî Kanunu'nun 780. maddesine göre üst hakkının kurulması için üst hakkı ile yüklenen taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütüğü sayfasında tescil işleminin yapılması gerekir¹⁵¹.

İrtifak sözleşmelerine resmîyet vermeye yetkili olan kişiler Tapu Kanunu m. 26/I hükmüne göre tapu sicil müdürü veya memurlarıdır¹⁵². Tescil işlemi, üst hakkı sözleşmesini düzenleyen memur tarafından resen yapılamaz. Tescilin yapılabilmesi için yüklü taşınmaz maliki tarafından yazılı tescil talebinde bulunulması gerekir¹⁵³.

120, Nr.560). 01.01.2012 tarihli revizyonla üst hakkının bütün türleri için resmi şekil şartı öngörülerek İsviçre Hukukundaki şekle ilişkin düzenlemeler de Türk Hukuku ile uyumlu hale gelmiş oldu.; 28.06.2022 tarih 31880 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "7413 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri Kanun'a eklene 61/A maddesi ile noterlerin "*taşınmaz satış sözleşmesi yapabilecekleri*"ne ilişkin düzenlemedir. Bu durumda noterler resmî şekle tâbi olan taşınmaz satış sözleşmesini yapabilmek hususunda yetkilendirilmiştir. Bu değişiklik sebebi ile bir irtifak hakkı olan üst hakkının geçerlilik şartı olarak resmî şekilde yapılması zorunluluğu düşünüldüğünde ileride sınırlı aynî hakların kurulması hususunda da noterlerin yetkilendirilebilmesini mümkün kılmaktadır.

¹⁵⁰ Ünal, 157; Tescilin şekline dair bkz. TKGM. 2010/12 sayılı Genelgesi.

¹⁵¹ Tapuya (tapu siciline veya zabıt defterine) kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde üst hakkı tesis edilip edilemeyeceği sorusu akla gelebilecek olsa da TMK m. 780'nin açık ifadesi nazarı dikkate alındığında tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde üst hakkı tesis edilebilmesi mümkün değildir. Üst hakkının tesis edilebilmesi için taşınmazın öncelikle tapuya kaydettirilmesi gerekir. Bu durum, bir taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulabilmesi için ön şart niteliğindedir. Bu ön şart özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun kullanımına tahsis edilmiş bu sebeple tapu siciline kayıtlı olmayan taşınmazlar içinde geçerlidir. Bu taşınmazlarda TMK m. 999'a göre tapu siciline kayıtları yapıldıktan sonra üst hakkı tesis edilebilir niteliğe kavuşacaklardır. Ünal, 158.

¹⁵² Tapu Kanunu'nun 26/III hükmüne göre yetkili tapu sicil müdürü veya memuru irtifak kurma taahhüdü veya vaadine ilişkin resmî senedi; yani irtifak sözleşmesini taraflarla birlikte hazırlayıp imza altına alır. Bu suretle düzenlenen resmî senet eğer irtifak kurma vaadi içeriyorsa, o takdirde yetkili tapu sicil müdürü veya memurunun bunu tapu siciline re'sen şerh ettirmesi gerekir (Tapu K. m.26/IV). Söz konusu hükümlere göre yetkili tapu sicil müdürü veya memurları irtifak sözleşmesini re'sen düzenlemekle görevli ve yükümlüdürler. Onama biçiminde düzenlenmiş resmî senetler taşınmaza bağlı irtifakın kurulması bakımından geçersizdir; dolayısıyla böyle bir senede dayanılarak tapu kütüğünde yapılmış irtifak tescili de yolsuzdur. Ünal, İrtifak, 2844.

¹⁵³ Ayrıca bkz. TMK m. 1013, TST m. 16, 17; Tapu siciline malik olarak gözükmemekle beraber, gerçekte malik olan kişi tescil talebinde bulunamaz. Bkz. Gürzumar, 165; Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının ise taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmesinin kararlaştırıldığı hallerde resmî senette ayrı bir sayfaya tescil talebi de belirtilmek kaydı ile üst hakkı tescil edilirken veya daha sonra üst hakkı sahibinin talebi ile her zaman tescili gerçekleştirilebilir. Bu konuda bkz. Ünal, 157; Aral, 64 vd.

2. Taşınmaza Bağlı Üst Hakkının ve Tapuda Taşınmaz Olarak Kayıtlı Bulunan Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkının Tescil ile Devren Kazanılması

Taşınmaza bağlı üst hakkının ve tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olan bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının devir borcu doğuran geçerli bir hukukî sebebe dayalı tescil ile devren kazanılması da mümkündür¹⁵⁴.

Taşınmaza bağlı bir üst hakkı ancak yararlanan taşınmazın devredilmesiyle devren kazanılabilir¹⁵⁵. Taşınmaza bağlı üst hakkı münhasıran devredilemediği, yararlanan taşınmaz ile birlikte devredilebildiği için devir hükümlerine tâbi olur. Bu bakımdan taşınmaza bağlı üst hakkının devri ile tapuda taşınmaz olarak kayıtlı bulunan bağımsız ve sürekli üst hakkının devri, şekil yönünden aynı hükümlere tâbidir. Devir borcunu doğuran hukukî sebebin sağlararası bir sözleşme olması halinde TMK m. 706, TBK m. 237 hükümlerine göre resmî şekilde yapılması gerekmektedir. Yararlanan taşınmazın devir borcu vasiyet içeren bir ölüme bağlı tasarrufa bağlı ise bu hukukî işlemler için Türk Medenî Kanunu'nun 531 vd. hükümlerinde öngörölen şekil şartlarına uyulması gerekmektedir¹⁵⁶.

Bu şartlar altında yapılan hukukî işlemlerle üst hakkın devren kazanılabilmesi için inşâ etkiye sahip olacak bir tescil işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tescil talep etme yetkisi ise TMK m. 1013/I hükmüne göre malikin yazılı beyanı üzerine yapılacağından, taşınmaza bağlı üst hakkı için yararlanan taşınmazın hali hazırdaki malikine ve tapuda taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkı için de halihazırdaki malikine aittir¹⁵⁷.

B) TESCİLSİZ KAZANMA

Üst hakkının kazanılması hususunda taşınmaza bağlı irtifakların kazanılmasına ilişkin hükümlerin de uygulanması söz konusu olduğu için TMK m. 705/II ve

¹⁵⁴ Gürzumar, 169; Sirmen, 494; Ünal, 153- 157.

¹⁵⁵ Ünal, 153; Gürzumar, 169.

¹⁵⁶ Gürzumar, 169, 170; Ünal, 156; Ergüne, Üst hakkı, 280.

¹⁵⁷ Bu borç malik tarafından ifa edilmezse üst hakkını devralmak isteyen karşı taraf mahkemeden kendi adına inşâ bir karar tesis edilmesini isteyebilir. Bu karara dayanılarak yapılacak tescil ise açıklayıcı etkiye sahip olur. Gürzumar, 170.

780/III'de zikredilen hallerde üst hakkının tescilsiz kazanılması mümkündür. Kanunda açıkça belirtilmiş olan bu haller zamanaşımı, miras, mahkeme kararı¹⁵⁸, cebri icra, kamulaştırma, işgal ve kanunda öngörülen diğer hallerdir. Böyle hallerde henüz tapu kütüğüne üst hakkıyla ilgili bir tescil yapılmadan hak doğmuş ve kazanılmış olur. Daha sonra yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı bir niteliğe sahiptir.

Türk Medenî Kanunu'nun 780/II ve III hükümlerinin yaptığı atıf ile taşınmaza bağlı irtifakların dolayısıyla üst hakkının da zamanaşımı ile kazanılması söz konusudur. Bu durumda da TMK m. 712- 714 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulur. Kanun'un 780/III hükmüne göre irtifakın zamanaşımı ile iktisap edilebilmesi ancak mülkiyeti bu yolla elde edilmiş taşınmazlarda mümkündür. Bu durumda aynen taşınmaz mülkiyetinde olduğu gibi taşınmaza bağlı irtifaklarda, dolayısıyla üst hakkı da olağan ve olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabilir¹⁵⁹.

Türk Medenî Kanunu'nun 826/II hükmüne göre üst hakkı aksi kararlaştırılmadıkça mirasçılara geçebilir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere terekeye dahil olan bir üst hakkı, sözleşmede aksine hüküm yok ise *ipso iure* mirasçılara geçer. Aksi takdirde taşınmaza bağlı bir irtifak hakkının dolayısıyla üst hakkının mirasçılık yolu ile kazanılması mümkün değildir. Vasiyet yolu ile irtifak kurulması tescille iktisabı gerektirir¹⁶⁰.

Üst hakkı kural olarak tescille kazanılan bir haktır. Ancak bazı durumlarda hak tescil öncesinde maddi anlamda kazanılmıştır. Üst hakkının mahkeme kararı ile tesisi de bu şekildedir. Türk Medenî Kanunu'nun 780/II maddesi gereği taşınmaz mülkiyetinin hâkim kararıyla kazanılmasına ilişkin TMK m. 705 hükmü sonuç itibarıyla üst hakkına da uygulanır. Üst hakkı sözleşmesinden veya vasiyet içeren bir ölüme bağlı tasarruftan doğan üst hakkı tescil etme borcunu yüklü taşınmaz maliki ifa etmekten

¹⁵⁸ Taraflar arasında en azından yazılı bir irtifak sözleşmesi yapılmış olmaksızın doğrudan mahkemeden üst hakkı tesis edilmesinin talep edilemeyeceği hakkında bkz. Y.14.HD., 26.06.2007, E. 2007/7364 K. 2007/8384 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası)

¹⁵⁹ İrtifakın zamanaşımı yoluyla kurulması ve iktisabı kamu malı taşınmazlar üzerinde de mümkündür; ancak bunların tapuya kaydedilmiş olması gerekir. Ünal, İrtifak, 2853.

¹⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 798/N. 2798; Burada şekil ortaya çıkar ve TMK m. 706/II hükmüne göre taşınmazın devrini amaçlayan sözleşme ölüme bağlı tasarruf ise kendilerine özgü şekle tâbi olacağı kuralı gereğince TMK m. 514 vd., 531 ve 545 hükümleri uygulanarak üst hakkının kazanılması söz konusu olur. Bu durumda tescili zorunlu kılar. Ünal, 159.

kaçınır, bu borcunu yerine getirmezse TMK m. 716'ya dayanılarak hâkimden inşaî bir karar alınması suretiyle üst hakkını iktisap edebilir¹⁶¹.

Kanun'da taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması hallerinden biri de cebri icra olarak sayılmıştır¹⁶². Bu safhada taşınmaza bağlı bir irtifakın ve dolayısıyla üst hakkının da kurulup kurulamayacağı hususunda doktrinde görüş ayrılıkları vardır¹⁶³. Ancak kanaatimizce bu aşamada üst hakkının tesisen kurulması mümkün değildir. Olsa olsa taşınmaz üzerindeki üst hakkının hak sahiplerinin itiraz etmemesi neticesinde canlanması suretiyle devren iktisabı mümkün olabilir. Zira haciz, borçlunun taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırmıyor¹⁶⁴ olsa da bu yetki alacaklıların haklarına ulaşmasının engellenmesi riskini ortadan kaldırmak için İİK m. 91, TMK m. 1010 gereğince kısıtlanabilir¹⁶⁵. Söz konusu kısıtlama, tapu kütüğünde şerhler sütununa “tasarruf yetkisi kısıtlama şerhi” (haciz şerhi) vermek suretiyle gerçek-

¹⁶¹ Ünal, 159; Gürzumar, 173; Kararın kurucu etkisinin doğması HMK m. 367/II hükmüne göre kesinleşerek icra kabiliyetini kazanması ile olur. Daha sonra yüklü ve yararlanan taşınmazların tapu kütüğü sayfalarına yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir. Bu tescilin yapılması davalı tarafından talep edilebileceği gibi hak sahibi davacı tarafından da talep edilebilir. Mahkemenin talep doğrultusunda verdiği karar ile birlikte üst hakkı, henüz tapu kütüğünde bir tescil yapılmadan, kurulmuş ve davacı tarafından kazanılmış olur. Bkz. Ünal, İrtifak, 2862, 2863; Aynı yönde Acar, 27, dn. 90.

¹⁶² Borçlunun borcunu kendi rızası ile ifa etmekten imtina etmesi neticesinde alacaklıların alacaklarını Devlet'in yetkili cebri icra organları vasıtasıyla borçlunun malvarlığından tahsil edebilmeleri mümkündür. Bkz. Kuru, Baki/ Aydın, Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. B., Ankara 2021, 19 vd.; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özkes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. B., İstanbul 2020, 1 vd.; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 6. B., Ankara 2020, 37 vd.; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku 3. B., Ankara 2020, 3 vd.; Kodakoğlu, Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, 2. B., Ankara 2020, 9 vd..

¹⁶³ Bir görüşe göre ihale aşamasında irtifak hakkının tesisi mümkün değildir (bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 799/ N. 2802; Ünal, 159; Aynı yönde Ünal, İrtifak, 2863). Diğer bir görüşe göre ise cebri icra ile ihale konusu haline gelen bir taşınmazın üzerinde irtifak tesis edilebilmesi mümkündür. Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarına hak sahipleri tarafından itiraz edilmezse bu haklar canlanır ve bu hakların da kazanılması mümkündür (Steinauer'in bu görüşü için bkz. Ünal, İrtifak, 2863).

¹⁶⁴ Tasarruf yetkisinin tamamen ortadan kalktığı istinaî düzenlemeler de TMK ve İİK'da mevcuttur (Örneğin; TMK m. 391, İİK m. 191 ve 290 gibi). Bu istisnai durumlarda tasarruf yetkisi tamamen ortadan kaldırılmakta ve tapu kütüğü tüm tasarruf işlemlere kapatılmaktadır. Yüksel Orhun, Mercan, Haczin Tasarruf Yetkisine Etkisi, MÜHFHAD, Yıl 2016, C. 22, S. 3, 2091; Eşner/Güven, 159; Akipek/Akıntürk/Ateş, 326.

¹⁶⁵ Fehlmann, Ulrich K., Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung, Diessenhofen 1976, 31.

leştirilir¹⁶⁶. Bu kısıtlamaya bağlı olarak hacizli alacaklıların haklarını engelleyen tasarruf işlemleri alacaklılar nezdinde hükümsüz sayılacağından tapudan terkin etmek kaydıyla taşınmazın satışı gerçekleştirilebilir. Üst hakkının taşınmazın tamamını yüklü kılması ve üst hakkı sahibine tanıdığı mülkiyet hakkı kapsamındaki yetkileri göz önünde bulundurulduğunda hacizli alacaklıların haklarının tehlikeye girmesi söz konusu olur. Bu sebeple haczedilmiş bir taşınmaz üzerinde üst hakkı tesisinin mümkün olmayacağı, kurulmuş olsa dahi hacizli alacaklılar tarafından TMK ve İİK kapsamında koruyucu hükümler nezdinde hacizli alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceği kanaatindeyiz. Böylece mirasta olduğu gibi cebri icra yoluyla da üst hakkının tesisen iktisabı söz konusu olamaz. Sadece, önceden kurulmuş bir üst hakkının haczedilmesi halinde veya hak iflas masasına dahil olur ise açık arttırma ile satın alınması suretiyle devren kazanılması mümkündür¹⁶⁷.

Üst hakkının kamulaştırma yoluyla tesisen veya devren kurulması mümkündür¹⁶⁸. Kamu hizmetinin görülmesi için özel mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde kurulacak irtifakın yeterli olduğu durumlarda daha çok bu yola başvurulur. Üst hakkının tesisen iktisabı Kamulaştırma Kanunu m. 4 uyarınca gerçekleştirilir. İdare, taşınmazın tamamının kamulaştırılmasını veya üzerinde irtifak kurulmasını kendi adına yapabileceği gibi kamu hizmeti gören özel kişiler adına da yapabilir. Kamulaştırma taşınmazın tamamı üzerinde gerçekleştirilebileceği gibi taşınmazın ihtiyacı karşılamaya yetecek bir kısmı üzerinde de yapılabilir. Hatta kamu yararı gerekçesiyle mevcut bir üst hakkı da kamulaştırılabilir¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Haciz şerhi konulduktan sonra borçlu tasarruf işlemi yapacak olursa TMK m. 1010/II hükmüne göre “şerh alacaklısının hakkıyla çatıştığı takdirde ve oranda sadece şerhle korunan alacaklılara karşı hükümsüz olur”. Bu hükme göre öncelikle ifade etmek gerekir ki, şerh alacaklısının hakkını etkilemediği takdirde işlem ve tescil geçerli sayılacaktır. Bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, 282; **Yüksel Orhun**, 2093.

¹⁶⁷ **Ünal**, 159.

¹⁶⁸ **Ünal**, 160; **Ünal**, İrtifak, 2860- 2862; **Gürzumar**, 174.

¹⁶⁹ Ayrıca bkz. **Köprülü/Kaneti**, 42; Mevcut bir üst hakkının kamulaştırma ile idare adına tesciline dair ayrıca örn. Y.5HD., 06.04.2016, E. 2015/27666 K. 2016/7090 bkz. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Üzerinde daha önce idare lehine irtifak tesis edilmiş olan (“irtifak kamulaştırılması” denilmektedir) taşınmazın irtifakın süresi sona erdikten sonra “mülkiyet kamulaştırmasına” konu olabileceğine dair örn. YHGK., 15.02.1995, E. 1994/ 5- 840 K. 1995/63 bkz. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Son olarak, üst hakkının da işgal yoluyla tescilsiz iktisabı Kanun'da öngörülen şartlar dahilinde mümkündür¹⁷⁰. Türk Medenî Kanunu'nun 707. maddesine göre üzerinde irtifak kurulacak taşınmazın tapuya kayıtlı olması, malikinin terk etmesi sonucu sahipsiz hale gelmesi, işgal ile mülk edinmeye elverişli olması gerekir. Bu iktisap türü teorik açıdan mümkün gözükse de pratik açıdan çok fazla işlev görmemektedir. Bunun sebebi ise işgal eden kimsenin arazi üzerinde sadece bir üst hakkı elde etmek yerine onun mülkiyetini elde etmeyi tercih etmesidir.

C) TAPUDA TAŞINMAZ OLARAK KAYITLI BULUNMAYAN BAĞIMSIZ ÜST HAKKININ DEVREN KAZANILMASI

Türk Medenî Kanunu'nun kural olarak benimsediği üst hakkı, TMK m. 826'ya göre kişiye bağlı ve bağımsız bir irtifak hakkıdır. Bağımsız üst hakkı TMK m. 826/II ve TST m. 10/II'ye göre başkasına devredilebilir ve mirasçılara intikal edebilir. Kanun, kişiye bağlı üst hakkının taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilir ve mirasçılara intikal edilebilir olduğunu ifade etmiş, serbest tasarruf yetkisi tanımıştır. Bu kurala bir istisna getirilmek isteniyorsa tarafların üst hakkı sözleşmesinde açıkça kararlaştırmaları ve tapu kütüğünde göstermiş olmaları gerekmektedir ki, aksi halde sonradan iyiniyetli iktisap edenlerin iyiniyeti korunur ve onlara karşı hakkın eşyaya veya şahsa bağlandığı iddiasında bulunulamaz¹⁷¹.

Üst hakkının devren kazanılması ile ilgili akla gelecek hususlardan biri tapuda taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız bir üst hakkının devren kazanılıp kazanılamayacağı veya devrin hangi hükümlere tâbi olacağıdır. Sürekli ve bağımsız nitelikteki üst hakkının tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilme zorunluluğu olmadığı ve bağımsızlık niteliğine sahip olup da sürekli nitelikte olmayan üst haklarının da tapuya taşınmaz olarak kaydedilemeyeceği düşünüldüğünde bu nitelikteki üst haklarının devrinin mümkün olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.

¹⁷⁰ Ünal, İrtifak, 2864, 2865; Ünal, 160.

¹⁷¹ Ünal, 147; Akipek/Akıntürk/Ateş, 708; Akipek, 34; Köprülü/Kaneti, 119 vd.

Bir görüşe¹⁷² göre üst hakkının tapuda taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydı yapılmamışsa bu üst hakkının devri mümkün değildir. Türk Medenî Kanunu’nun 826/II ve 954/c.1 (ZGB Art. 899/I ve 900/III) hükümleri göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucu açıkça bir sınırlama koymaksızın, tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş olan bağımsız nitelikteki üst hakkının devredilebileceğini ve devredilebilen bir hakkın da rehnedilebileceğini öngörmektedir. Aksi düşünce Kanun’un açık lafzına aykırı düşmektedir¹⁷³. Bu görüşü kabul etmek iki husus dikkate alındığında mümkün değildir. Öncelikle Kanun açıkça bu hakların devrini mümkün kılmışsa da Kanun’un hiçbir yerinde böyle bir devrin nasıl yapılacağı gösterilmemiştir. Diğer yandan her ne kadar TMK m. 826/II ve 954/c.1 (ZGB Art. 899/I ve 900/III) hükümlerine dayanılarak bağımsız ve fakat tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş üst haklarının da devredilebileceği, devri kabil hakların da rehnedilebileceği ve bu konuda da devir için öngörülen şekle uyulacağı düşünülebilecek olsa da tapu sicil sistemi buna elvermemektedir¹⁷⁴. Üst hakkı, tapuda taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kayde-

¹⁷² **Brandenburger**, 71- 73; Sürekli ve bağımsız nitelikteki bir üst hakkının başkasına devri ya da rehin edilmesi TBK m. 183 vd. ve TMK m. 954 hükümlerine uygun olarak yapılır. **Akipek**, 35-36; Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. **Aral**, 46; **Ünal**, 154, dn. 9’daki yazarlar; **Gürzumar**, 170, dn. 75. Eşya Hukukundaki “sınırlı sayı ve tipe bağlılık” ilkeleri gereği üst hakkının tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmemesi halinde devir ve rehin konusu yapılamayacağı, aynı hak üzerindeki tasarruf yetkilerinin bu ilkeler dikkate alınarak fazla geniş yorumlanmaması gerektiği, bu sebeple bağımsız nitelikte olsa da süreklilik arz etmeyen ve tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş hakların devir ve rehininin mümkün olmadığı, sadece sözleşme ile hakkın kullanımının devredilebileceği hakkında bkz. **Erekmeççi**, 66-67; YHGK.’nın 08.10.2008 tarih 14/620 E.- 615 sayılı kararında yüksek mahkemenin bu görüşü benimsediği görülmektedir. Karara göre tapu kütüğüne ayrı bir sayfaya kaydedilmiş üst hakkı olmaksızın hakkın hükmen devir suretiyle kurulması mümkün değildir. Bkz. **Özkan**, Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı sınırlı Aynî Haklar (TMY. Md.779-972), İstanbul 2015, 71-73.

¹⁷³ Bu görüşe gerekçe olarak bu nitelikteki üst hakkının rehnedilemeyeceği, rehnedilemeyen üst hakkının da devredilemeyeceği fikri ileri sürülmektedir. **Aral**, 46.

¹⁷⁴ Tapu kütüğünde irtifaklar sütununda yer alan bir üst hakkı tapu kütüğünde rehininin tescil edileceği ayrı bir sütun bulunmadığı için gerekli kayıt düşülerek rehnedilemez. Üst hakkı bağımsız ve sürekli bir hak olarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmedikçe ne Medenî Kanun’un taşınmaz mülkiyetinin tasarruf, devir ve rehinine ne de Borçlar Kanunu’nun alacak ve hakların devri ve temlikine ilişkin hükümleri uygulanabilir. **Ünal**, 154; Türk Medenî Kanunu bağımsız üst hakkının devrine imkân tanınması hususunda hakkın tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olması ve olmamasına göre bir ayırım yapmamaktadır. Bkz. **Köprülü/Kaneti**, 169, 170; **Ergüne**, Üst hakkı, 285, 286; Üst hakkının bağımsız ve daimî nitelikte ayrı bir sayfaya kaydedilmeksizin, mülkiyet hakkı üzerinde yapılan anlaşmalara dair sözleşmelerin, devir ve rehin işlemlerinin tapu sicil tekniği dikkate alındığında mümkün olmayacağı yönünde bkz. **Wieland**, Art. 779/ N. 4-b, bb.

dilmedikçe TMK m. 954 hükmü de TBK m. 183 vd. hükümleri kıyasen uygulanmaz¹⁷⁵.

İsviçre’de hâkim olan Türk Hukukunda da tapu sicil sistemine uymadığı için azınlıkta kalan ikinci görüşe¹⁷⁶ göre ise tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olmayan bağımsız üst hakları her türlü tasarrufa ve devir işlemine konu olabilir. Ancak, burada devirde tescile değil TBK m. 183 vd.’daki alacak ve hakların devrine ilişkin hükümlere, TMK m. 954 vd.’daki alacak ve diğer haklar üzerindeki rehine ilişkin hükümlere kıyasen başvurulması gerekir¹⁷⁷. Bu görüşteki yazarlara göre niteliği itibarıyla hak görünümünde olan üst hakkının devri ve rehni için taşınmaz mülkiyeti hükümlerine başvurmaya gerek yoktur¹⁷⁸. İfade etmek gerekir ki bu görüş taşınmaza bağlı irtifaklara ilişkin olmakla beraber kıyasen üst hakkı için de uygulama alanı bulacak olan TMK m. 780/II’deki “irtifak haklarının kazanılmasında ve tescilinde aksi öngörülüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır” düzenlemesine aykırı düşmektedir¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Ünal, 154.

¹⁷⁶ Isler, Baurechtsverträge, 146; Freimüller, 30; Riemer, 29; Witt, 84; Leeman, Art. 779, N.48; Köprülü/Kaneti, 125; Aral, 47 vd.; Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Ünal, 154, dn. 9a; Akipek/Akıntürk/Ateş, 708; Kuntalp, 548- 550; Özmen/ Korkmaz, 163, 169 vd.. Yazarlar, bu konudaki gerekçeleri şuna dayanmaktadır: Üst hakkı sahibinin taşınmaz niteliğinde olmayan bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkını devretmek istemesi halinde yeniden tesisin söz konusu olacağını, ancak yeniden tesis yetkisine de sadece malikin sahip olduğunu, irtifak hakkı sahibi olan selef üst hakkı sahibinden halef yeni üst hakkı sahibinin malvarlığına intikal edecek bir aynî hak söz konusu olduğu için alacağın temlikinin tasarruf işlemi özelliği ile devredilebilecektir. Yazar, tapu dairelerinde böyle bir işlem tesisine rastlanmadığını da dile getirmekle beraber bu işlemin geçerli olarak doğacağını ancak devralan üst hakkı sahibi adının tapuda gözükmemesi talep ederse sorunla karşılaşabileceğini dile getirmektedir. Bu durumda adi yazılı şekilde yapılmış bir temlik sözleşmesi ile tapuya yapılacak müracaatların ispat sorunu sebebi ile reddedileceğini, bu sebeple en azından TBK m. 17 gereği noterde resmî şekilde yapılan temlik sözleşmesinin bu sorunu da çözeceğini dile getirmektedir.

¹⁷⁷ Aynı görüşte bkz. Sirmen, 527, dn. 126; Gürzumar, bu görüşü desteklemekle beraber, devirin alacağın temlikî hükümlerine göre yapılacağını, yazılı bir şekilde yapılan temlik sözleşmesiyle tescile gerek kalmadan; yani sicil dışında iktisap edileceğini ve sözleşme yapıldıktan sonra üst hakkını devreden kimsenin adının çizilerek devralan kişi adına tescilin yapılmasının açıklayıcı bir işleve sahip olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Gürzumar, 171-172; Aynı görüşte Köprülü/Kaneti, 170.

¹⁷⁸ Ergüne, Üst hakkı, 285; Akipek/Akıntürk/Ateş, 708.

¹⁷⁹ Hükümde geçen kazanma kelimesi dar yorumlanarak sadece üst hakkının kuruluşuna hasredilmemesi, irtifakın devredildiği hallerde devralan irtifakı kazanmış olacağı için devirle doğan kazanımları da kapsar şekilde yorumlanmalıdır. Diğer yandan İsviçre Medenî Kanunu’nda ZGB Art. 732’de irtifak hakkını kuran sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterli kabul edildiği için bu görüş İsviçre Hukuku açısından makul kabul edilebilirken irtifak haklarının tesisinde resmî şekil

Türk doktrindeki aleniyet ilkesinden hareket eden hâkim görüşe göre ise¹⁸⁰ tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olmayan bağımsız üst hakkının devir ve rehni ile ilgili TMK m. 1'e göre hâkimin doldurması gereken bir boşluk vardır. Üst hakkının tesisi-ne ilişkin şekil kurallarının bu tür üst haklarına da uygulanarak doldurulması gerekir. Bu görüşteki yazarlar da İsviçre Medenî Kanunu'nun yürürlüğü öncesinde kantonal hukuklarda olduğu gibi bu üst haklarının da ancak tescil ile devredilebileceğini savunmaktadırlar. Ayrıca TMK m. 780/II'de kullanılan "kazanma" terimi irtifak hakkının hem kurulmasını hem devrini içine alır. Diğer yandan üst hakkı ilişkisi içinde inşa edilecek yapı bir taşınmazdır ve bu sebeple üst hakkı alacak hakkından daha çok taşınmaz mülkiyetine benzemektedir. Bu sebeple tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız nitelikteki üst hakkının da devredilebilmesi için resmî şekle tâbi sözleşmeyi takiben tapuda devralan lehine tescil yapılmalıdır. Söz konusu tescil de yüklü taşınmazın sayfasındaki irtifaklar sütununda, irtifakı devredeninin adının çizilmesi ve altına kazananın adının yazılması suretiyle gerçekleştirilmelidir¹⁸¹.

Kanaatimizce üst hakkının sadece irtifak hakkı olarak ele alınması halinde yüklü taşınmaz üzerinde sağladığı yetkilerin sınırlılığı (sınırlı yararlanma yetkisi ve sınırlı hâkimiyet) göz önünde bulundurulduğunda taşınmaz mülkiyetine benzetilememesi söz konusu olabilir. Ancak üst hakkını salt irtifak hakkının sınırlılığı açısından ele almak hakkın eksik değerlendirilmesine sebep olur. Sınırlılık, hakkın irtifak hakkı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak üst hakkına özelliğini veren sınırlılığı değil, hakkın kapsamında hak sahibine sağladığı yetkililerdir. Üst hakkının bir irtifak olarak

şartı arayan Türk Hukukuna aykırılık teşkil eder. **Ergüne**, Üst hakkı, 285, 286; Ayrıca bu görüş desteklenecek olursa alacağın temlik ile adi yazılı şekilde ve tescilsiz olarak tesis edilecek üst hakkı iki ayrı hukukî rejime tâbi kılınmış olur. Bkz. **Aral**, 47; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, 352, 353, 363.

¹⁸⁰ **Ünal**, 155; **Aral**, 47- 49; **Gürzumar**, 171; **Ergüne**, Üst hakkı, 285; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 895; Taşınmaz niteliğine sahip olmayan bağımsız üst hakkının hak rehni konusu olabileceği görüşü ile aynı yönde bkz. **Acar**, 190, dn. 590. Yazara göre "üst hakkına tapuda ayrı bir sayfa açılmazsa hak haczine konu olmak suretiyle hakkın paraya çevrilmesi söz konusu olacaktır. Haczedilebilirlik açısından üst hakkının taşınmaz olması ile bağımsız olmasına rağmen tapuda ayrı bir sayfa açılması arasında bir fark yoktur. Haciz ve paraya dönüştürme prosedürü farklı olsa da sonuçta üst hakkı aleyhine bir durum yoktur".

¹⁸¹ **Ergüne**, Üst hakkı, 285; **Ünal**, 156; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 869/ N. 3094, dn. 465.

uygulamada tesisinde ve tercih edilmesinde ön plana çıkan yanı yüklü taşınmazdaki mevcut ve inşa edilecek yapılar üzerinde sağladığı mülkiyete dayanan yetkililerdir. Zira, üst hakkı sahibi taşınmazdan bu irtifak kapsamında yapı inşa etmek suretiyle faydalanacaktır. Eğer ki, üst hakkından yararlanma yapı inşa etmek ve irtifak süresi boyunca bu yapıları mülkiyete dayanan yetkilerle kullanmak suretiyle olmasaydı bu hususu tartışmanın bir anlamı olmayacaktı. Bu sebeple üst hakkı irtifakının devrini sadece alacakmış gibi değerlendirmek bizce de mümkün değildir. İrtifak hakkının devri ile üst hakkının kapsamındaki yapılara ilişkin mülkiyete dayanan yetkiler de devredilmektedir. Üst hakkının alacağın temlik hükümleri ile devri halinde karşılaşılabilecek ispat zorluğu da göz önünde bulundurulduğunda TMK m. 780/II gereği taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin usulün takip edilmesi gerekmektedir. Bu noktada biz de üst hakkının devrine ilişkin tasarruf işlemiyle sınırlı olarak (bu nitelikteki üst hakkının konu olacağı tasarruf işlemleri arasında devir ve diğer tasarruf işlemlerinin tâbi olacağı hükümler arasında ayırım yapmak gerekmektedir) kısmen son görüşe katılmaktayız.

Devir açısından kabul ettiğimiz görüş tapu sicil sistemimize ve aleniyet ilkesine uygun olsa da rehin gibi diğer tasarruf işlemleri açısından irtifak üzerindeki diğer aynî hakların tescil edilebileceği yüklü taşınmazın sayfasında herhangi bir sütun bulunmadığı için mümkün görünmemektedir¹⁸². Devir dışındaki diğer tasarruf işlemleri için (rehin, intifa gibi)¹⁸³ bu hakların tâbi olduğu rejim çerçevesinde bir sonuca varmak gerekmektedir. Doktrinde bizim de kısmen katıldığımız bu görüşü destekleyen yazarlara göre kurulacak bu rehin “alacak rehni” hükümlerine, TMK m. 954/II hükmü gereğince de kıyasen “teslime bağlı taşınır rehni hükümlerine” tâbi olur¹⁸⁴. Bu

¹⁸² **Aral**, 35, dn. 115; Devirde taşınmaz üzerindeki aynî hak sahibi değişeceğinden devrin geçerliliği için devrin tapu kütüğüne tescili gerekmektedir. Ancak diğer tasarruf işlemlerinde aynî hak sahipliğinde bir değişiklik söz konusu değildir. Bkz. **Ergüne**, Üst hakkı, 287.

¹⁸³ İntifa hakkı dışındaki üst hakkı, oturma hakkı gibi diğer irtifak hakları tesis edilebilmeleri için bir taşınmazın varlığına ihtiyaç duyduklarından taşınmaz gibi işlem görmeyen üst hakkı üzerinde kurulamazlar. **Ergüne**, Üst hakkı, 289.

¹⁸⁴ Aynı yönde Ünal da tapuda kayıtlı bulunmayan bağımsız üst hakkı üzerinde rehin hakkı kurulması açısından da İsviçre’de hâkim olan bu görüşü desteklemektedir. Bkz. **Ünal**, 156; Tapuda ayrı sayfaya kaydedilmemiş bağımsız üst hakkının irtifak hakkı olarak rehnedilmesi, hak üzerinde kurulmuş rehin niteliğindedir. Kanun’un sistematığına göre taşınır rehni esaslarına tâbidir. Bu noktada kanun koyucunun taşınmaz rehni kapsamına girmeyen diğer bütün rehinleri, taşınır rehni altında topladığını görmekteyiz (TMK m. 939 vd.). Türk Medenî Kanunu’nun 954/II hükmüne göre “ak-

görüşü destekleyen bazı yazarlara¹⁸⁵ göre tasarruf işleminin konusunu yüklü taşınmaz değil üst hakkı oluşturmakta, hak üzerinde başka bir sınırlı aynî hak tesis edilmektedir. Bu sebeple taşınmazlar üzerindeki aynî hakların kazanılmasına ilişkin esaslar burada uygulanmaz¹⁸⁶. Zira, artık burada tasarruf işleminin konusunu yüklü taşınmaz değil, üst hakkının kendisi oluşturmaktadır. Diğer yandan, TMK m. 891'deki "ipotekle güvence altına alınmış alacağın devrinin sicil dışı da devredilebileceği" hükmü göz önünde bulundurulduğunda ipotek için kabul edilen bu imkânın evleviyetle üst hakkı için de kabul edilmesi gerekir. Üst hakkının konusu yüklü taşınmaz ise de tasarruf işlemine konu olan unsur taşınmazın kendisinden ziyade bir irtifak hakkı olarak üst hakkıdır. Üst hakkının kapsamına dahil olan yapı da üst hakkından bağımsız düşünölemeyecek ve yapıya ilişkin tasarrufların ancak üst hakkı vasıtası ile yapılabilecek olması da yapının mülkiyetinin üst hakkından bağımsız olmadığının göstergesidir¹⁸⁷. Bağımsız bir üst hakkı üzerinde rehin hakkı tesis edilebilmesi için TMK m. 955/III gereği yazılı rehin sözleşmesi yapılması yeterli görülümüşse de aynı fıkra göre bu hakların devri için öngörölen şekle uyulması gerekir. Bu durumda rehin için söz konusu şekle uyulamayacağı için mevcut hükümler çerçevesinde "olan hukuk" açısından bağımsız nitelikteki tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş üst hakkının üzerinde rehin tesis edilse bile aleniyetin sağlanması hususunda sorunla karşılaşılacağı için üst hakkı üzerinde rehin tesis etmek mümkün değildir. Doktrinde¹⁸⁸ beyanlar hanesine yazılmakla aleniyet sorununun aşılabileceğini ileri sürölse de beyanlara ilişkin mevcut kanun düzenlemeleri ile tapu sicil tekniğı bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Ancak, TMK m. 1012 ve Tapu Sicili Tüzüğünde yapılacak bir düzenleme ile beyanlar hanesine kaydedilecek sınırlı sayıdaki esas-

sine hüküm bulunmadıkça bunlar hakkında teslime bağılı rehin hükümleri uygulanır". Bkz. **Ergüne**, Üst hakkı, 287 vd.; **Acar**, 35 vd.; **Acar**, Faruk, Rehin Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. B., İstanbul 2017, 126, 127/ N. 217; **Gürzumar**, 172; **Ergüne**, Mehmet Serkan, Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması, İÜHFM, Y. 2016, C. 74, S. 2, 741; **Davran**, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, 94; **Karauz**, 145.

¹⁸⁵ **Ergüne**, Üst hakkı, 287 vd.

¹⁸⁶ Bu durumda üst hakkı üzerinde rehin tesis edilecekse (İsviçre'deki hâkim görüşün rehne ilişkin kısmına katılarak) TMK m. 955 /III hükmü gereğince yazılı rehin sözleşmesinin yapılması gerekli ve yeterlidir. **Ergüne**, Üst hakkı, 288; **Ünal**, 156.

¹⁸⁷ Üst hakkı üzerindeki rehinde yapı üst hakkına bağılı olduğu için üst hakkının rehnedilmesinin yapıyı da kapsayacağına ilişkin bkz. **Acar**, 278.

¹⁸⁸ **Ergüne**, Üst hakkı, 288.

lar içerisinde bu hususa dair bir hüküm eklenmesi halinde aleniyet sorunu da çözüme kavuşturulacak, beyanlar hanesine kayıt ile bir irtifak hakkı olarak üst hakkı üzerinde TMK m. 954, 955'e göre tesis edilen rehin hakkı geçerli bir hale gelebilir¹⁸⁹. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere üst hakkının bağımsız tesis edilmesi halinde taşınmaz rehni olmasa da TMK m. 954 vd. hükümleri gereğince hak rehnine konu olabilmesi kanundaki pozitif düzenleme gereği mümkündür. Zira, kanun koyucu herhangi bir kısıtlama öngörmeksizin rehnin doğası gereği hakkın bağımsız, devredilebilir olması ve bir ekonomik karşılığının bulunması kaydı ile üzerinde rehin tesis edilebileceğini öngörmektedir. Ancak hükmün uygulanması açısından aynı sonuca katılmak mümkün değildir. TMK m. 954'e göre düzenlenen "hak ve alacak rehninin" hukukî niteliği bizi bu sonuca götürmektedir. Hak ve alacak rehninin hukukî niteliği maddi varlığı bulunmayan bir unsur üzerinde rehin tesis edilmesi söz konusu olduğu için doktrinde tartışmalıdır¹⁹⁰.

Doktrindeki bu tartışmalara rağmen hangi görüş kabul edilirse edilsin üst hakkı açısından sonuç değişmez. Öyle ki, üst hakkı üzerinde tesis edilecek rehin hakkının TMK m. 891'de olduğu gibi tescilsiz kazanılması mümkün değildir. Ayrıca TMK m. 955/III hükmüne göre de "*diğer hakların rehninde, yazılı rehin sözleşmesiyle birlik-*

¹⁸⁹ Aynı yönde bkz. **Ergüne**, Üst hakkı, 288, 289; Aleniyetin yüklü taşınmazın sayfasındaki düşünceler sütununa yazılarak sağlanabileceği yönünde ise bkz. **Gürzumar**, 172, dn. 83. Gürzumar'ın bu görüşüne iştirak etmek mümkün değildir. Zira, TST m. 35'te bu sütuna taşınmaz üzerinde tescil edilmiş rehine ilişkin açıklamaların yazılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu durumda tescil edilmiş bir rehin hakkı olmaksızın sicil dışı tesis suretiyle kurulan hak rehninin düşünceler sütununa kaydı ile üçüncü kişiler açısından aleniyetin sağlanmasını beklemek söz konusu olamaz. Tekinay'ın ifade ettiği üzere beyanlar hanesine yazılan hususlara "belirtmeler" denir. Beyanlar hanesinin fonksiyonu, aleniyeti sağlamak olsa da buraya yapılan kayıtlar bir aynî hakkın kurulmasını sağlamaz veya mevcut bir hakkın etkisini de kuvvetlendirmez. Bkz. **Tekinay**, S.Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul 1978, 270; Aynı yönde **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 333.

¹⁹⁰ Tesis edilecek rehin hakkın hukukî niteliğine göre hakkının tescilsiz kazanılmasının mümkün olup olmadığı belirleneceğinden kısaca bu görüşlere yer vermek gerekmektedir. Doktrinde her ne kadar bazı görüşler arasında ufak değişikliklerle olsa da bu hususa ilişkin görüşleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bir görüşe göre kurulan rehin hakkı, bir aynî hak, dolayısıyla da mutlak haktır. Hak ve alacak rehninin Kanun'da sınırlı aynî haklar kısmında düzenlenmesi de bunu göstermektedir. (Bu görüş için bkz. **Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981, 205 vd.). Bir başka görüşe göre ise rehin hakkı aynî hak değildir, aynî hak benzeri bir mutlak haktır (Hâkim görüşün bu olduğu yönünde **Ünal/Başpınar**, 26; **Köprülü/Kaneti**, 105 ve dn. 23a, 253 ve dn. 4a, 435; **Ayiter**, 194, 196; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, 22). Son görüş ise rehlinli alacaklıya sınırlı aynî hak sağlamadığı, aynî hakların sadece eşyalar üzerinde kurulabileceği, burada olsa olsa ana alacakla eş bir hakkın var olduğu yönündedir. (Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 1052/ N.3796; **Ergüne**, M. Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, 35)

te, bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması gerekeceği” için üst hakkı üzerinde tesis edilecek rehnin de tapuya tescili gereklidir¹⁹¹. Kanun koyucunun TMK m. 954 vd. hükümlerinin tesis edilmesinde her ne kadar üst hakkı gibi haklar üzerinde hak rehni kurulması yasaklanmamış olsa da kanunun lafzı gereği vardığımız müspet sonuç hükmün uygulanması açısından tapu sicil sistemi nezdinde mümkün görünmemektedir¹⁹². Üst hakkının devri için uygulanacak şekil, üst hakkının kurulmasına ve devrine esas olan şekle tâbidir. Bu sebeple üst hakkının rehin konusu yapılmasında da rehin sözleşmesini yazılı yapmak yeterli olmayacak bunun resmî senetle tapuya tescili gerekir. Hal böyle olduğunda da tapuda taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız üst hakkının tescilini ve aleniyetini sağlamak için tapuda kaydı mümkün değildir. Bu sebeple üst hakkı, hak rehni konusu olamaz¹⁹³.

Diğer yandan kısmen katıldığımız söz konusu görüşe gerekçe olarak gösterilen TMK m. 891'deki ipotekle teminat altına alınmış olan alacak hakkının üst hakkı açısından da kıyasen uygulanması gerektiği hususuna da katılmıyoruz. Zira, bu düzenleme alacak hakkına karşılık teminat amacıyla tesis edilen ipoteğin alacağın üçüncü bir kişiye temlik halinde tapuda tekrar tescil ile tesis edilmesini gerektirmeyeceği, düşünceler sütununa yapılacak bir açıklama ile ipoteğin temlikle birlikte kendiliğinden temlik alana intikal edeceği hususuna ilişkindir¹⁹⁴. Burada önceden alacağa karşılık tapuya tescil edilmiş ipotek vardır. Kanun koyucu yeniden temlik alan adına tescilin yapılmasını gerekli görmemekte, düşünceler sütununa yapılacak açıklama ile temlikin gösterileceğini, böylelikle ipoteğin temlikinin de tescilsiz intikal edeceğini ifade etmektedir. Ancak üst hakkında durum farklıdır. Taşınmaz niteliğine sahip ol-

¹⁹¹ Tasarruf işleminin konusunun artık burada yüklü taşınmaz değil, üst hakkı olduğu ileri sürülerek TMK m. 955/II hükmünün uygulanmasına gerek olmadığı yönündeki aksi yaklaşım için bkz. **Ergüne**, Üst Hakkı, 288.

¹⁹² Tapuda ayrı sayfaya kaydedilmemiş bağımsız üst haklarının da hak rehni konusu olabileceği hakkında bkz. **Henggeler**, 133, 3 f.

¹⁹³ Üst hakkının üzerinde hak rehni tesis edilmesinde yazılı şeklin tasarruf işlemi niteliğinde de olacağı görüşü kabul edilse bile bu durumda aleniyetin nasıl sağlanacağı sorusu gündeme gelir. Doktrinde ileri sürülen görüşlerden düşünceler sütununa kaydedilmesi görüşünün kabulü mümkün değildir. Beyanlar hanesinde belirtme görüşünün de beyanlar hanesine yazılacak hususların sınırlı sayı ilkesi kapsamında Kanun'da ve Tapu Sicil Tüzüğü'nde belirlenmiş olması sebebi ile kapsamının genişletilmesi söz konusu olamaz. Sonuç itibarıyla, bu ihtimal açısından da yine üst hakkı üzerinde hak rehni tesis edilemez.

¹⁹⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 964, 965/ dn. 268.

mayan bir üst hakkı için daha önceden tesis edilmiş rehin veya ipotek olmadığı için üst hakkının rehnedilmesinde TMK m. 891 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu değildir.



İKİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ KANUNA DAYANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ

§ 4. KANUNA DAYANAN SONA ERME SEBEPLERİ

Türk Medenî Kanun'da üst hakkının kazanılmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmediği gibi sona ermesine ilişkin de ayrı düzenlemeler öngörülmemiştir. Bu sebeple, Türk ve İsviçre Hukukunda kabul edilen görüşe göre TMK m. 783 vd. (ZGB Art. 734 vd.)'da öngörülen taşınmaza bağlı irtifakların sona ermesine ilişkin hükümlerin üst hakkının sona ermesinde de uygulanması gerekmektedir¹⁹⁵. Ayrıca, taşınmaza bağlı irtifakların kazanılmasında ve tescilinde aksi öngörülmedikçe taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin TMK m. 780/II hükmünde sona ermeye yer verilmemiştir. Ancak, doktrinde aynı sebeplerin her iki kurum içinde kullanıldığı görülmektedir¹⁹⁶.

Türk Medenî Kanunu'nda taşınmaza bağlı irtifakların sona ermesi ayrıntılı bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır. Münferit düzenlemelerle yetinilmiştir. Ancak, taşınmaza bağlı irtifak haklarını sona erdiren sebepler bu düzenlemelerle sınırlı değildir¹⁹⁷. Kanun'un 783- 785 hükümleri arasında düzenlenen sona erme sebepleri, terkin, yararlanan ve/veya yüklü taşınmazın yok olması ve mahkeme kararından ibaretir. Taşınmaza bağlı irtifaklara özgü diğer sona erme sebepleri ise TMK m. 785'e göre irtifak hakkının sahibine sağladığı yararın hiç kalmaması veya sebep olduğu yüke oranla çok azalmasıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 784. maddesinde ise yararlanan ve yüklü taşınmaza aynı kimsenin malik olması ve TMK m. 792, 793'te de yararlanan veya yüklü taşınmazlardan birinin veya ikisinin birlikte bölünmesi sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ **Brandenburger**, 88 vd.; **Freimüller**, 48; **Aral**, 69 vd.; **Ünal**, 161 vd.; **Köprülü/Kaneti**, 171; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 871/N. 3096; **Gürzumar**, 175; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 588-589; **Dörttepe Okutan**, 51.

¹⁹⁶ Örneğin, taşınmaza bağlı irtifak haklarının sona erme sebebi olarak kabul edilen yararlanan taşınmazın terki, yok olması gibi sona erme sebeplerinin taşınmaz mülkiyetinde de geçerli olması gibi bkz. **Ünal**, Mehmet, Taşınmaza Bağlı İrtifak Haklarının Sona Ermesi, BÜHFD, Y. 2017 (Ocak), C. 3, S. 1, 125 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 460/ N.1682 vd..

¹⁹⁷ Kanun'daki hükümler incelendiğinde taşınmaza bağlı irtifak haklarının sona ermesi hususunda taşınmaz mülkiyetine de atıfta bulunulmadığı görülmektedir.

¹⁹⁸ **Ünal**, Sona Erme, 94; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 661- 664; **Sirmen**, 497- 501.

Doktrinde taşınmazlara ilişkin genel sona erme sebepleri dikkate alınarak taşınmaza bağlı irtifakların sona ermesinde çeşitli ayrımlar yapılmaktadır¹⁹⁹. Yapılan ayrımlarda sona erme sebebinin irtifak hakkının yapısından, niteliğinden kaynaklanıp kaynaklanmaması (öz ve yabancı sebepler) veya terkinle sona erip ermemesine (terkinle- terkin dışı sona erme) çeşitli kıstaslar esas alınmıştır. Bu kapsamda terkin de mutlak ve nisbi terkin ayrımına tâbi tutulmuştur²⁰⁰.

Taşınmaza bağlı irtifaklar TMK m. 783'ten de açıkça anlaşılacağı üzere terkinle sona erer. Türk Hukukunda kabul edilen bu kurala göre kurulması tescile bağlı olan irtifak haklarının tapu kütüğündeki tescil kaydı terkin edilmedikçe irtifak hakkı sona ermez. Her ne kadar kural tescile bağlılık olsa da bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur. Bunlardan ilki, açıktan geçen transit mecra hakkı ve doğrudan doğruya kanundan doğan yasal irtifaklar gibi kurulması tescile bağlı olmayan istisnai bazı irtifak haklarıdır. Bir diğer istisna ise terkinden önce irtifakın sona ermesi sonucunu doğuran sebeplerdir²⁰¹. Bu hallerde irtifakı terkin öncesinde maddi anlamda sona ermekte ve yapılacak terkin de açıklayıcı mahiyette olmaktadır.

Doktrinde çoğunlukta²⁰² taşınmaza bağlı irtifak haklarının sona erme sebeplerini sistematize ederken “terkinle sona erme” ve “terkin dışı sona erme” ayrımına riayet etmişlerdir. Üst hakkı da tapu siciline tescili gereken irtifak haklardan olduğu için sona erme sebebinin gerçekleşmesiyle beraber hakkın tapudan terkin edilmesi gerekmektedir²⁰³. Ancak bu terkin kimi zaman yenilik doğurucu niteliğe kimi zaman da açıklayıcı etkiye sahiptir. Sebebin gerçekleşmesi ile maddi hukuk yönünden ken-

¹⁹⁹ Ünal, Sona Erme, 94 vd.

²⁰⁰ Doktrindeki söz konusu ayrımlar için bkz. Ünal, Sona Erme, 94- 99.

²⁰¹ Ünal, Sona Erme, 98.

²⁰² Ünal, Sona Erme, 99 vd.; Sirmen, 497 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 801 vd.; Nomer/Ergüne, 500 vd..

²⁰³ Türk Medenî Kanunu'nun 783. maddesinde kabul edilen kurala göre taşınmazlar üzerinde tescille kurulan aynî haklar terkinle sona erer. Diğer bir deyişle, taşınmaza bağlı irtifak hakları kurulmalarını sağlayan tescil terkin edilmedikçe sona ermez. Doktrinde buna mutlak terkin ilkesi de denilmektedir. Bu sebeple mutlak tescil (*absolute Wirkungsprinzip*) ve terkin ilkesi gereğince tescille kurulan irtifak hakları kural olarak terkinle sona erer. Ünal, Sona Erme, 97- 99; Antalya, Gökhan, Eşya Hukukuna Hâkim İlkelere Aleniyyet İlkesi, MÜHFD, Y. 2017, C. 23, S. 3, 432.

diliğinden sona eren hakkın, daha sonra şekli anlamda da tapu sicilinden terkin edilmesi gerekmektedir.

Bu hususta cevaplanması gereken soru şudur: İrtifak hakkını sona erdiren sebep tek başına terkin midir, yoksa terkin işlemini gerekli kılan ya da terkinden önce sonra erme neticesini doğuran Kanun’a veya sözleşmeye dayanan sebepler midir? Kanaatimizce hangi sona erme sebebi gerçekleşirse gerçekleşsin nihayetinde irtifak hakkının sona ermesinde yapılacak ve yapılması gereken son işlem terkindir. Terkin edilmeksizin bir aynî hakkın hukuk aleminden silinmesi mümkün değildir. Şu hâlde, hakkı sona erdiren sebepler bir tasarruf işlemi olarak terkinin yapılmasını gerektiren kanundan yahut sözleşmeden doğan sebeplerdir. Açıklanan sebeplerle çalışmamızda doktrindeki yapılan ayrımlardan ayrılarak “kanuna dayanan sona erme sebepleri”, “sözleşmeye dayanan sona erme sebepleri” ayrımını kullanmayı tercih ediyoruz. Bu çerçevede kanuna dayanan sona erme sebepleri şunlardır:

I. TERKİN

Türk Medenî Kanunu’nun 783. maddesinde zikredilen sona erme sebepleri arasında tapudaki irtifak hakkına dair sicilin terkin edilmesi sayılmıştır. Terkinle üst hakkının sona ermesi için terkinin usulüne uygun olarak yapılmış olması gerekir. Terkin, hukukî bir sebebe dayanılarak yapılabileceği gibi temelinde bir hukukî sebep olmaksızın tek taraflı bir tasarruf işlemi şeklinde de gerçekleştirilebilir²⁰⁴.

A) HUKUKÎ SEBEBE DAYANAN TERKİNLE SONA ERME

Terkinin bu türü aynen tescilde olduğu gibi temelde geçerli bir hukukî sebebe dayanılarak Tapu Sicil Müdürlüğü’ne yapılacak terkin talebine ihtiyaç gösterir. Ancak bu yeterli değildir. Terkin fiilinin de memur tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Terkin, tapudaki kaydın silinmesi ile gerçekleşir (TMK m. 1014, TST m. 69, 70).

Terkinin dayanağı olan hukukî sebep çoğu zaman bir sözleşme ise de nadiren belirli mal vasiyeti niteliğinde olan ölüme bağlı tasarruf da (kendi geçerlilik şekille-

²⁰⁴ Ünal, Sona Erme, 101 vd.

rine uyulması kaydıyla vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde²⁰⁵) olabilir. Sözleşme, üst hakkını sona erdirmeye yönelik bir terkin sözleşmesi olabileceği gibi başka bir sözleşmeye (örneğin; taksim/paylaşma sözleşmesi) eklenen şart şeklinde de olabilir. Yüklü taşınmaz maliki ile hak sahibinin yapacakları terkini amaçlayan sözleşmede hak sahibi ya yüklü taşınmaz malikine karşı terkini bizzat talep etmeyi ya da yüklü taşınmaz malikinin terkini talep etmesine rıza göstermeyi taahhüt eder²⁰⁶. Burada esas olan terkinin geçerli olabilmesinin temelde yatan borçlandırııcı işlemin geçerliliğine bağlı olmasıdır. Dikkat edilmesi gereken husus Borçlar Hukuku anlamında TBK m. 27 çerçevesinde sözleşmelerin geçerliliği için aranan genel şartların söz konusu sözleşme için de yerine getirilip getirilmediğidir. Aksi takdirde sözleşmenin konu, içerik, ehliyet vb. hususlardan herhangi biri sebebi ile geçersiz olması terkinin de geçersiz olması sonucunu doğurur²⁰⁷. Bu durum bizi terkinin temelinde yatan hukukî sebebin bir geçerlilik şekline tâbi olup olmayacağı sorusuna götürmektedir. Tapu Sicili Tüzüğü m. 20, 21 ve 69/II birlikte değerlendirildiğinde hukukumuzda terkin borcu doğuran sözleşmelerin resmî şekilde yapılması gerekmektedir²⁰⁸.

Terkin borcu doğuran sözleşme çerçevesinde üst hakkı sahibi terkin borcu altındadır. Kendisinin, terkine rıza göstermeyi taahhüt etmesi ile yüklü taşınmaz malikin yazılı terkin talebinde bulunulması gerekli ve yeterlidir (TMK m. 1014, TST m. 16, 69/II). Ancak yararlanan taşınmaz üzerinde üst hakkı dışında onu takyit eden bir sınırlı aynî hak varsa hak sahibi üçüncü kişilerin muvafakatlerinin de alınması gerekir. Bu noktada doktrinde yararlanan taşınmazı takyit eden sınırlı aynî hakkın üst hakkından önce mi sonra mı kurulduğuna bakılarak hakkın zarar görmesi ihtimaline göre ayrı değerlendirilme yapıldığı görülür. Eğer ki, yararlanan taşınmaz üzerinde üst

²⁰⁵ Örneğin; yararlanan taşınmaz maliki hayattayken yaptığı bir vasiyetname ile ölümünden sonra yüklü taşınmaz üzerindeki üst hakkının terkinini vasiyet etmiş olabilir.

²⁰⁶ **Ünal**, Sona Erme, 101, 102; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 662.

²⁰⁷ Sebebi olmayan veya sebebi olup da geçerli bir sebep barındırmayan terkin işlemi irtifak hakkını sona erdirmeyeceği gibi yapılan terkinin de yolsuz terkin olması sonucunu doğurur. Böyle bir durumda hak sahibi soyut bir feragat talebi ile hakkın terkinini isteyebilir. Bkz. **Ünal**, Sona Erme, 101, 102; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 832; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 802/ N. 2813.

²⁰⁸ İsviçre Hukukunda irtifak hakkını sona erdirmeye borcunu içeren sözleşme hiçbir geçerlilik şartına bağlı değildir. Bkz. **Ünal**, Sona Erme, 102; **Akipek/ Akıntürk/Ateş**, 662; **Köprülü/Kaneti**, 65 vd.; Sirmen, hakkı sona erdirmeyi hedefleyen sözleşmenin resmî şekilde yapılması gerekliliğini kabul etmekle beraber TBK m. 13 hükmüne dayandırmaktadır. Bkz. **Sirmen**, 497; Aksi görüş için bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, 832.

hakkından sonra kurulmuş aynî hak varsa terkinle taşınmazın değer kaybetmesine bağlı olarak zarar görmeleri söz konusu olacağı için bu hak sahiplerinin muvafakatleri alınmalıdır. Zira bu aynî hak sahipleri, yararlanan taşınmaz üzerindeki üst hakkının varlığını ve bağlılığını hesaba katarak aynî hak tesis etmektedirler²⁰⁹.

Üst hakkından önce mevcut olan ve daha önce kurulmuş bulunan sınırlı aynî hakların durumu da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş üst hakkından önce kurulmuş olan sınırlı aynî hak sahiplerinin kural olarak muvafakatlerinin alınmasına gerek olmadığını savunur²¹⁰. Bizim de katıldığımız hâkim görüş ise terkin talebi edilen üst hakkının sınırlı aynî haktan önce veya sonra kurulmuş olmasına bakılmaksızın her halükârda aynî hak sahiplerinin muvafakatlerinin alınması gerektiği yönündedir²¹¹. Bu-

²⁰⁹ Mesela, bir rehin (ipoteke) ile alacağını teminat altına alan hak sahibinin durumu böyledir. Bkz. **Ünal**, Sona Erme, 103; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 802/ N.2814; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 833; **Köprülü/Kaneti**, 65; **Ünal/Başpınar**, 299; **Freimüller**, 48- 49; Bu konuya biraz daha açıklık getirmek gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu ifadede “yararlanan taşınmaz üzerinde kurulan, üst hakkı dışındaki sınırlı aynî hak” ibaresi ile asıl eşya olan taşınmaz (arazi) işaret edilmektedir. Ancak bu kapsamda asıl taşınmaz üzerinde mi yoksa üst hakkı üzerinde mi tesis edilen sınırlı aynî haklardan bahsedildiği sorusuyla da karşılaşılabilir. Zira, üst hakkının sona ermesi halinde diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin zarar görüp görmeyeceği bu ihtimallere göre farklılık arz etmektedir. Diğer sınırlı aynî haklar, asıl taşınmaz değil de bunun üzerinde tesis edilmiş üst hakkı üzerinde kurulmuşsa TMK m. 828/2 gereği bu haklar üst hakkının sona ermesi ile sona erer. Bu hüküm, her türlü sona erme sebebini kapsamına alan bir hükmüdür. Üst hakkı üzerindeki tüm aynî haklar haka bağlı olarak sona ereceği için diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin muvafakatlerinin alınması söz konusu olmaz. Öte yandan diğer sınırlı aynî haklar asıl taşınmaz üzerinde, üst hakkından sonra kuruluyorsa doktrinde ve uygulamada üst hakkının taşınmazın değerini arttırdığı kabul edilir. Bu sebeple üst hakkı sona erer ve üst hakkı kapsamındaki yapılar bütünleyici parça ilkesi gereği taşınmaz malikine intikal etmezse üst hakkının sona ermesi diğer aynî hak sahiplerini zarara uğratabilir. Örneğin; üst hakkı sözleşmesinin tarafları sözleşme sona erdiğinde yapıların yıkılacağı kararlaşmışlarsa durum böyledir. Ancak böyle bir durumda da bu kaydın üst hakkı sözleşmesi ile tapuya kaydı gerekeceğinden ilgilisi olan diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin bu durumu bildikleri veya bilmeleri gerektikleri kabul edilir. Sonuç itibarıyla, bu riski göze alan ve buna rağmen irtifak tesis eden taraf olarak riske katlanması gereken de onlardır. Diğer yandan böyle bir kayıt yoksa üst hakkının sona ermesi ile TMK m. 828 gereği bütünleyici parça ilkesi yeniden canlanacağı için taşınmaz maliki yapıların da kendiliğinden maliki olur. Asıl taşınmaz üzerinde tesis edilen sınırlı aynî hak sahipleri de zarara uğramazlar. Bir kayıt olmasa da taşınmaz maliki kendi mülkiyetine geçtikten sonra da yıkmak isteyebilir. Böyle bir ihtimal düşünülerek de diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin haklarının zarara uğrayabileceği gündeme gelebilir. Bu durumda taşınmaz malikinin diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin haklarını zarara uğratmama ve hakkın kullanılmasını engelleyecek bir tasarrufta bulunmama mükellefiyeti olduğu düşünüldüğünde onların menfaatleri hilafına bir fiil içerisinde bulunmaması gerekir.

²¹⁰ Yazarlar, yararlanan taşınmaz üzerinde kurulan ve sıra bakımından taşınmaza bağlı irtifaktan önce gelen sınırlı aynî hak sahiplerine bir zarar getirebileceği hallerde onların rızalarının alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Ünal**, Sona Erme, 104; **Köprülü/Kaneti**, 65, dn. 15; **Gürsoy/Eren/ Cansel**, 833; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, 662.

²¹¹ Aynı yönde **Ünal**, Sona Erme, 104; **Köprülü/Kaneti**, 65; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 833; **Sirmen**, 497, 498; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 802, 803; **Wieland**, Art. 964/ N. 3.

nun en temel gerekçesi ise terkin dolayısıyla taşınmazın değer kaybetmesine bağlı olarak sınırlı aynî hak sahiplerinin her halükârda zarar görecektir. Ayrıca TMK m. 1014 ve TST m. 69/I hükümleri de bu görüşe destekler niteliktedir.

B) HUKUKÎ SEBEBE DAYANMAYAN TERKİNLE SONA ERME

Terkin sadece yüklü taşınmaz sahibi ile üst hakkı sahibinin anlaşmasına dayanarak başvurulmuş bir tasarruf işlemi değildir. Üst hakkı sahibinin tek taraflı olarak tapu idaresine terkin talebinde bulunması neticesinde terkin işlemi tapuda gerçekleştirildiğinde de üst hakkı sona erer. Böyle bir durumda tasarruf işlemi terkin talebi ve terkin işleminden ibaret olup terkinin dayandığı bir borçlandırıcı işleme gerek duyulmamaktadır. Üst hakkı sahibinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla hakkından vazgeçip bu amaçla yaptığı terkinle hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir²¹². Feragat, kabule tâbi olmayan (yüklü taşınmaz malikinin muvafakati aranmaz), tek taraflı, soyut bir tasarruf işlemidir ve hak sahibinin terk etme iradesinin beyanı niteliğindedir²¹³.

Feragatin geçerliliği için hukukî sebebe dayanan terkinde olduğu gibi TMK m. 1014 gereği üst hakkı sahibinin feragat niteliğindeki terkin talebini tapu idaresine yazılı olarak yapması, hak sahibinin yetkili ve ehliyet sahibi olması, terkin talebinin hiçbir kayıt ve şart taşımaksızın kesin olması gerekir²¹⁴. Bu noktada feragat halinde de taşınmaz üzerinde üst hakkından başka sınırlı aynî haklar varsa terkin talebi edilen hakkın önce mi sonra mı tesis edildiğine bakılmaksızın hak sahiplerinin yazılı muvafakatinin alınması gerekir²¹⁵.

Tüm bu usul çerçevesinde gerçekleştirilen terkin işlemi ile üst hakkı hem maddi hem de şekli anlamda sona erer. Bu sonuç dolayısıyla terkin bizim de katıldığımız

²¹² Ünal, Sona Erme, 105; Akipek, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mahdut Aynî Haklar, Ankara 1974, 73; Akipek/Akıntürk/Ateş, 662; Oğuzman/Seliçi/ Oktay- Özdemir, 801/ N. 2812.

²¹³ Gürsoy/Eren/Cansel, 831; Ünal, Sona Erme, 106; Köprülü/Kaneti, 65; Hitz, 90- 91, Nr. 152, 153.

²¹⁴ Ünal, Sona Erme, 106; Hitz, 90, Nr. 152.

²¹⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, 83; Köprülü/Kaneti, 65; Bu konuya ilişkin değerlendirmelerimiz ve diğer görüşler için bkz. § 4/I, A.

görüŖe²¹⁶ göre bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Çünkü, terkinle mevcut irtifak hakkı sona ermektedir²¹⁷.

II. MAHKEME KARARI

Türk Medenî Kanunu, taşınmaza baēlı irtifak haklarını dolayısıyla üst hakkını da sona erdiren sebeplerden biri olarak mahkeme kararını öngörmüştür. Mahkeme kararı ile üst hakkının sona ermesi iki halde söz konusu olmaktadır. Bunlardan biri terkin borcunun yerine getirilmemesi iken diēeri de TMK m. 785'te öngörölen hakkın sahibine sağladığı yararın hiç kalmaması veya yüküne oranla çok azalmasıdır.

A) TERKİN BORCUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİ

Üst hakkı sahibi olan yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaz malikine karşı onun yaptığı bir sözleşmeyle veya belirli bir mal vasiyeti niteliğindeki ölüme baēlı tasarrufla üst hakkını terkin ettirme borcunu üstlenmesi mümkündür. Bunun dışında üst hakkı sahibi, başka bir amaçla yapılan sözleşmeye eklenen şartla da üst hakkını sona erdirmeyi ve bu kapsamda terkin talebinde bulunmayı üstlenmiş olabilir²¹⁸.

Hak sahibi üstlendiēi terkin borcunu yerine getirmezse Kanun'un tanıdığı imkânlar dahilinde TMK m. 705/II hükmüne göre yüklü taşınmaz malikinın mahkemeye başvurması gerekmektedir. Sözleşmeden veya bir ölüme baēlı tasarruftan doğmuş olsa da terkin talebinde bulunma borcunu üstlenen üst hakkı sahibi veya onun mirasçıları tarafından bu borç ifa edilmezse alacaklı konumunda olan yüklü taşınmaz maliki bunun için mahkemeye başvurabilir. Mahkemenin alacaklı sıfatına sahip olan yüklü taşınmaz maliki lehine vereceēi karar HMK m. 367/II hükmüne göre icra kabiliyeti kazanınca üst hakkı sona erer. İcra kabiliyeti kazanan bu karar bozucu yenilik doğuran bir karar olduēu için üst hakkı tapuda terkin edilmeden önce

²¹⁶ Ünal, Sona Erme, 107.

²¹⁷ Türk Hukukunda bu sonucu doğuran terkinin kurucu yenilik doğuran işlem olduēu kabul edilmektedir. Bkz. Köprölü/Kaneti, 66; Gürsoy/Eren/Cansel, 831; Oēuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, 803/ N. 2815. İsviçre Hukukunda ise feragat iradesini içeren terkin talebiyle birlikte hak sona erdiği için terkin açıklayıcı niteliktedir. Bkz. Ünal, Sona Erme, 107; Isler, Baurechtsvertrage, 119; Freimüller, 48.

²¹⁸ Bu konuda bkz. § 4/II.

TMK m. 705/II, 1013/II- III hükümleri nazarı dikkate alındığında hak, maddi hukuk anlamında sona erer. Bu aşamadan sonra tapuda yapılan terkin işlemi ise açıklayıcı bir etkiye sahiptir²¹⁹.

B) ÜST HAKKININ YARARININ TAMAMEN ORTADAN KALKMASI YA DA HAK SAHİBİNE SAĞLADIĞI YARARIN YÜKÜNE ORANLA ÇOK AZALMASI

1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 785/I ve II hükümlerine göre irtifak hakkının (dolayısıyla üst hakkının) yararının tamamen ortadan kalkması veya tahmin ettiği yüke oranla oldukça azalması halinde yüklü taşınmaz maliki üst hakkının terkinini talep edebilir²²⁰. Üst hakkı sahibi yüklü taşınmaz malikinin bu talebini yerine getirmese yüklü taşınmaz maliki TMK m. 785/I ve II' ye dayanarak mahkemeden terkine karar verilmesini talep edebilir. Kanunun tanıdığı bu imkân yüklü taşınmaz malikine yararı tamamen ortadan kalkan veya yüküne oranla çok azalmış olan bir üst hakkından hukuken kurtulma, onu bu usul çerçevesinde sona erdirmeye imkânı tanımaktadır²²¹.

Hükümde irtifakın terkinini için yarar ölçütünden hareket edilmektedir. Üst hakkı sahibinin irtifakın sürdürülmesinde hukuken korunan bir yararının bulunup bulunulmadığına bakılmalıdır. Böyle bir yarar mevcut ise irtifakın terkinini istenemez. Hukuken korunan yarar tespit edilirken sadece irtifak ile yararlanan taşınmazın değerinde meydana gelen artış değil, aynı zamanda üst hakkı sahibinin sübjektif değerlendirmelerinin (manevî, kişisel, estetik yararı gibi) de dikkate alınması gerekir²²². Üst hakkı

²¹⁹ Ünal, Sona Erme, 109, 110; Köprülü/Kaneti, 67; Sirmen, 498.

²²⁰ Aral, 73; Ünal, 165; Köprülü/Kaneti, 68 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 804 vd.; Taşınmaz lehine irtifaklar altında düzenlenmiş ve onlara ilişkin bir sona erme sebebi olarak Kanun'da öngörülmüş olan TMK m. 785'in şahıs lehine tesis edilen irtifaklar için de uygulanması mümkündür. Bu konuda bkz. Tek, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK. m. 785), İstanbul 2017, 130; Bertan, 1191 vd., 1221; Kaya Kızıllırmak, Cansu, Yüküne Oranla Çok Az Yarar Sağlayan Üst Hakkının Mahkeme Kararı ile Bedel Karşılığında Kısmen veya Tamamen Terkini, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, Eylül- Ekim 2016, 860, 861.

²²¹ Yüklü taşınmaz malikinin TMK m. 785'e dayanarak açacağı dava bir süreye tâbi olmamakla beraber, yararın tamamen ortadan kalktığı veya yüküne oranla çok aza indiği andan itibaren her zaman açılabilir. Bkz. Ünal, Sona Erme, 111, 112; Bertan, 1198.

²²² Gürsoy/Eren/Cansel, 837; Sirmen, 499; Bertan, 1198, 1200.

sahibinin kendi şahsına ait korunmaya layık bir yararının olup olmadığı objektif kriterlere göre takdir olunur²²³.

Yarar, bir irtifak hakkında olduğu gibi üst hakkı için de hakkın varlık sebebi ve aynı zamanda tarafların irtifakın amacına ulaşması için üst hakkından bekledikleri, hak devam ettiği sürece de varlığını sürdürmesi beklenen asli unsuru ifade etmektedir²²⁴.

Doktrinde TMK m. 785 hükmünün temelinde yatan prensipler noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin başında “*clausula rebus sic stantibus*” prensibi gelmektedir²²⁵. Söz konusu prensibe göre her sözleşme yapıldığı andaki hak ve şartların değişmeyeceği örtülü şartını içerir. Şartlar sonradan değişirse sözleşme de kendiliğinden sona erer²²⁶. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında olduğu gibi baştan öngörülemeyen durumlarda zamanla yarar dengesi aleyhine bozulan tarafta tanınan haklardan biri de mevcut hukukî ilişkinin ve durumun vaktinden önce sona erdirilmesini istemektir²²⁷. Bu düşüncüyü savunanlar, tarafların bir sözleşme ilişkisinde önceden öngöremedikleri sebeplerin ortaya çıkmasıyla edimler arasındaki dengenin bozulması halinde “*pacta sunt servanda*” ilkesiyle esiri oldukları sözleşmenin değişen şartlar karşısında son bulması gerektiği hususunda getirilen imkânın TMK m. 785 (ZGB Art. 736)’in de temeli olduğunu ileri sürmektedirler²²⁸. Söz konusu

²²³ Ünal, Sona Erme, 114; Bertan, 1200; Kaya Kızılırmak, 863.

²²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 804/ N. 2821; Tek, 138, 191; Özcan Büyüktanır, 255.

²²⁵ Bertan, 1196.

²²⁶ Söz konusu prensip doktrinde iki anlamda kullanılmıştır. Geniş anlamda tüm beklenmeyen halleri içerirken, dar anlamda her sözleşmede var olduğu kabul edilen örtülü şart olarak kabul edilmektedir. Buna göre taraflar sözleşmede değişiklik olmayacağı, edimler arası dengenin bozulmayacağı düşüncesindedirler. Taraflar durumun değişeceğini bilseydi ya sözleşmeyi yapmazlardı ya da buna dair hüküm koyarlardı. Bu sebeple her sözleşmede “*clausula*” mevcuttur ve sözleşmeyi yapıldığı amandaki şartların esaslı biçimde değişmemiş olması şartına zımni olarak bağlamaktadır. Arat, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Konya 2006, 52-54.

²²⁷ Ünal, Sona Erme, 111; Gürsoy/Eren/Cansel, 836; Bertan, 1196 vd.; Büyüktanır, 255; Eren, 502 vd..

²²⁸ Modern doktrin “*clausula rebus sic stantibus*” kavramından sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını anlamaktadır. Borçlar Hukukuna ait bir kurum olan uyarlama, sözleşme kurulduktan sonra tarafların kusuru olmaksızın ortaya çıkan, öngöremedikleri öngörmeleri de beklenmeyen değişiklikler sebebiyle başta kurulmuş olan edimler arası dengenin bir taraf aleyhine aşırı bozulmasına bağlı olarak edimin ifasının beklenmesinin adil olmayan sonuçlar doğuracağı hallerde değişen şartlara göre sözleşmenin yeni şartlara uyarlanarak edimler arası dengenin yeniden sağlanması veya sona erdirilmesidir. Bkz. Eren, 502 vd.; Arat, Uyarlama, 18, 93 vd.; Sözleşmenin Değişen Şart-

hükümün hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralı ile de ilgisi bulunmaktadır. Bu sebeple TMK m. 785'in temelini hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olduğu görüşü de savunulmaktadır²²⁹. Bir yandan yararı kalmayan veya yüküne oranla çok azalmış olan üst hakkının devam etmesi hakkın kötüye kullanılması bir örneğidir. Diğer yandan da başlangıçta taraflar arasında mevcut olan yarar ve yük dengesinin zamanla yüklü taşınmaz maliki aleyhine bozulması, üst hakkı sahibine hiçbir yararı olmayan veya yüke oranla çok azalmış bir irtifak hakkına katlanmasının istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder²³⁰. Ancak TMK m. 785'i bu hükümlerle açıklamak yeterli değildir. Çünkü TMK m. 2/II uygulandığı zaman hak sınırlanır. Hakkın kaldırılması söz konusu olmaz. Oysa TMK m. 785 ile amaçlanan yararı ortadan kalkmış veya yüküne oranla çok azalmış olan hakkın kaldırılmasıdır. Yüklü taşınmaz malikine üst hakkının varlığını sürdürmesi uygun görülmeyen haller sebebiyle hakkın kaldırılması için dava hakkı tanınmıştır²³¹. Hükümün temelinde yatan asıl sebep ise yararını kaybetmiş veya yüküne oranla çok azalmış olan bir irtifakla yüklü kılınan taşınmazın üzerindeki irtifak hakkının kısmen ya da tamamen kaldırılması ile yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini serbestçe kullanılmasını sağlamaktır²³². Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre

lara uyarlanması Borçlar Hukukuna ait bir kurumdur ve sadece bu alanda uygulanır. TMK m. 785 ise aynı hak olan irtifak hakları ile ilgilidir. Tarafların üst hakkı kurmak için yaptığı sözleşme irtifak hakkını tesis etmek, hakkın kapsamını, içeriğini ve diğer şartları belirlemek içindir. Sözleşmenin yapılmış olması da tek başına irtifak hakkının doğumu için yeterli değildir, bu anlaşmaya dayanılarak tapu kütüğüne tescil işleminin yapılması gerekmektedir. İrtifak hakkı tescil edildikten sonra bir aynı hak olarak sadece sözleşmenin taraflarına değil herkese karşı ileri sürülebildiği için TMK m. 785 aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan kişilere de karşı da uygulanabilir. Diğer yandan irtifak hakkının kurulması sözleşmesi yapıldıktan sonra tescil ile sözleşmede üstlenilen edimler ifa edilmiş olur. Bu bakımdan da ifa edilmiş edimlerin uyarlanması mümkün değildir. Ancak taraflar, TMK m. 779/II'ye dayanarak sözleşmeye yan edim olarak yapma borcu eklemişlerse ifa edilmemiş olan edimler için uyarlama kurumunun uygulama alanı bulması söz konusu olabilir. Aynı yönde bkz. **Bertan**, 1196, 1197.

²²⁹ **Bertan**, 1197.

²³⁰ **Ünal**, Sona Erme, 111; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 836; **Bertan**, 1196 vd.

²³¹ Bu konuda bkz. **Bertan**, 1197.

²³² Bertan'a göre TMK m. 785'in genel menfaati koruyucu etkisi de bulunmaktadır. Yararı kalmamış ancak herkese karşı ileri sürülebilen bir aynı hakkı herkese karşı ileri sürülebilir halde bırakmamak da bir kamu yararıdır. Bu kapsamda söz konusu düzenlemenin amacı mülkiyet hakkının artık korunma ihtiyacı kalmamış haklarla gereksiz olarak sınırlandırılmasının önlenmesidir. **Bertan**, 1198; Aynı yönde **Kaya Kızıllırmak**, 864, 865. Yazar'a göre diğer iki görüş benimsenecek olursa yarar değişmeden sadece yükün arttığı hallerde yüklü taşınmaz maliki TMK m. 785 çerçevesinde terkin talep edemeyecektir.

TMK m. 785 ile korunan mülkiyet hakkıdır ve yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkını korumak için TMK m. 785'teki korumadan yararlanır²³³.

2. Üst Hakkının Yararının Tamamen Ortadan Kalkması

Türk Medenî Kanunu'nun 785/I hükmünde de açıkça belirtildiği üzere irtifak hakkının (üst hakkının) sahibine sağladığı yararın sonradan tamamen ortadan kalkması, hakkı sona erdiren sebeplerin başında sayılmıştır. Yararın kalmamasından kasıt, üst hakkının tesisi ile sağlanmak istenen yararın artık gerçekleşmeyecek olmasıdır. Bu durumun tespitinde ise bakılacak kriterler üst hakkının kapsamı, içeriği ve kurulma amacıdır. Kuruluş amacına uygun içerik ve kapsama sahip yararın bütünüyle son bulması gerekmektedir ki, bu durumu belirleme yetkisi hâkime aittir. Eğer irtifak hakkı mevcut haliyle hak sahibine bir yarar sağlamıyorsa veya sağladığı yarar üst hakkının amacına, içerik ve kapsamına dahil değilse hakkın yararı tamamen ortadan kalkmış demektir²³⁴.

Başlangıçta üst hakkı bir yarara sahipken ya da kurulduktan sonra elde edilmesi öngörülen gelecekteki bir yarar söz konusu iken bu yararın değişen şartlar nedeniyle sonradan ortadan kalkmış veya elde edilememiş olması gerekir²³⁵. Başlangıçta var olan yararın tamamen ortadan kalkmasına sebep olan değişen şartlar dış olgular olabileceği gibi hak sahibini veya yararlanan taşınmazı ilgilendiren ihtiyaç değişik-

²³³ Bu konuda bkz. **Bertan**, 1197, 1198; Aynı yönde, **Kaya Kızıllırmak**, 864.

²³⁴ **Ünal**, Sona Erme, 113; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 663; **Bertan**, 1201. Yazara göre yüklü taşınmaz maliki uzun süre hak sahibinin irtifakı kullanmadığını ispat etse bile hak sahibi kuruluşta öngörülen menfaatin şu an için dahi kendi için var olduğunu ispat edebilirse TMK m. 785'e dayanılarak açılan dava reddedilir.

²³⁵ **Köprülü/Kaneti**, 70; **Tek**, 207; **Kaya Kızıllırmak**, 862; Bu hususa dair farazi bir örnek verilecek olursa; türüne az rastlanan bazı kuş türlerinin göç noktalarından biri olduğu ve kuşların bu göl çevresinde göç mevsiminde iki-üç gün konakladıkları bilinen X gölü etrafında araştırmacılar ve ilgililer için kuş rasathanesi kurmak amacı ile üst hakkı tesis edilmek istenmiştir. Üst hakkı tesis edildikten on yıl sonra gölün yakın bir noktasına havaalanı inşa edildiği için kuşlar göç yollarını değiştirmişler ve artık bu göl çevresinde hiçbir cins kuş gözlemlenemez olmuştur. Söz konusu farazî olayda açıkça görülmektedir ki üst hakkının amacı tamamen ortadan kalkmıştır. Bu durumda üst hakkının TMK m. 785 hükmü çerçevesinde terkinin talep edilebilir. Yahut göl çevresine inşa edilen yapı artık bir rasathane olarak kullanılamadığı için otele çevrilmiş ve turizm amaçlı kullanılıyor ise bu durumda da üst hakkından elde edilen yarar yine TMK m. 785'e göre "üst hakkının içerik, amaç ve kapsamı dışında" olduğu için hakkın terkinin talep edilebilir. Başka bir örnek verilecek olursa, üst hakkı bir otel tesisi için kurulmuş ve fakat yürütülen faaliyetler gereği işletme faaliyeti yasaklanmış, otel ruhsatı da yasaklılık sebebi ile iptal edilmiş olsa, bir daha da o bölgede otel açma imkânı olmadığı için yapılar boş duruyor, kullanılamıyorsa yine üst hakkının yararının ortadan kalkması gerekçesi ile hakkın terkinin talep edilebilir.

liklerine dayanan olgulardan da kaynaklanabilir. Bu noktada hakkın kurulduğu amaçtan başka bir amaç için kullanılması da irtifakın hak sahibine sağladığı yararın tamamen ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Yüklü taşınmaz malikinin katlanma zorunluluğu değişen şartlar altındaki yeni ihtiyaçların hakkın ilk kuruluş amacı sınırlarında kaldığı sürece söz konusu olacaktır. Başka bir ifade ile yüklü taşınmaz maliki daha sonra ortaya çıkan ihtiyaçlar için irtifaktan yararlanılmasına katlanmak zorunda değildir²³⁶.

Diğer yandan üst hakkı sahibinin irtifaktan doğan yararının kesin surette kaybedilmiş olması gerekir. Üst hakkından uzun bir süre yararlanılmamış olması yarar yokluğunun kesin olduğuna bir işaret kabul edilebilecek ise de her somut olayın şartları ayrıntılı bir şekilde incelenmeli, bu incelemelerde TMK m. 785/I' in getiriliş amacının yüklü taşınmaz malikini böyle bir irtifaktan kolaylıkla kurtarmak olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır²³⁷.

Sayıdığımız kriterler dahilinde üst hakkının sahibine sağladığı yarar tamamen ortadan kalkarsa TMK m. 785/I'e göre hak kendiliğinden sona erer. Maddenin kenar başlığında “mahkeme kararı” deyiminin kullanılması ile maddenin lafzî yorumundan yüklü taşınmaz malikinin yararı tamamen ortadan kalkmış bir üst hakkının terkinini doğrudan mahkemeden istemesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Ancak, yüklü taşınmaz maliki bir dava açmadan önce her zaman üst hakkı sahibinden yararı kalmamış olan bu irtifakın terkin edilmesine rıza gösterilmesini isteyebilir. Üst hakkı sahibinin terkinine rıza göstermemesi halinde pek doğaldır ki yüklü taşınmaz maliki TMK m. 785 çerçevesinde mahkemeye başvurabilir²³⁸. Yararını tamamen kaybetmiş üst hakkı

²³⁶ **Tek**, 207; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 663; **Ünal**, Sona Erme, 113; **Bertan**, 1201. Yazara göre sonradan ortaya çıkması mümkün olan değişiklikler irtifakın kuruluşunda mevcut olan yararın olduğu gibi devam ettiğine delil teşkil etmez. Kuruluştaki menfaatin devam edip etmediği her davada olayın özelliklerine göre hâkimin takdir etmesi gereken bir durumdur.; **Wieland**, Art. 736/ N. 5.

²³⁷ Söz konusu duruma dair Federal Mahkeme'nin benzer iki olay karşısında birbirine zıt kararlar verdiği görülmektedir. Bu konu ile ilgili bkz. **Ünal**, Sona Erme, 113; **Wieland**, Art. 736, 407 vd.; **Tek**, 209-210.

²³⁸ Yüklü taşınmaz malikinin önce yararlanan taşınmaz malikinden irtifakın terkinini için onay istemesi gerektiği ve onay verilirse hakkın terkin ile sona ereceği, terkinine muvafakat verilmemesi halinde ise yüklü taşınmaz malikinin TMK m. 785'e göre mahkemeye başvurup mahkemeden alınacak karar ile terkinin sağlanacağına yönelik bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 805/ N. 2821a; **Gürzumar**, 179, dn. 122, 180; **Demirsatan**, 75, dn. 296; Y.14.HD., 08.01.2019, E. 2018/2545 K. 2019/101 tarihli kararına konu olan davada tarihi eser vasfına sahip 2971 no'lu parsel üzerinde

zaten TMK m. 785/I'e göre çoktan son bulmuştur ve canlanmayacaktır. Yüklü taşınmaz maliki sona eren irtifakın terkinini herhangi bir tazminat (bedel) ödemek zorunda olmaksızın²³⁹ hâkimden her zaman talep edebilir. Terkin talebini içeren bu dava ile alınacak karar bir tespitten ibarettir. Hâkim davada yararın tamamen ortadan kalkıp kalkmadığını tespit eder. Hâkim terkin kararı verir ise hak, yararın tamamen ortadan kalktığı andan itibaren sona ermiş sayılacağı için açıklayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir²⁴⁰.

komşu 2972 no'lu parsel malikleri lehine üst hakkı tesis edilmiş, taşınmazlar arasında açılan kapı ile 2971 no'lu parselde geçiş sağlanmıştır. Davalıların 2972 no'lu parseldeki paylarını devretmeleri neticesinde davacının 2971 no'lu taşınmazı restore ettirip Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun onayıyla aradaki kapı kapatılmış ve açılmasının da mümkün olmadığı gerekçesi ile 2971 no'lu parsel üzerindeki üst hakkının terkinini istenmiştir. Davayı kabul eden ilk derece mahkemesinin aksine Yargıtay üst hakkının taşınmaz lehine kurulduğu ve bina devam ettiği müddetçe de taşınmaz lehine kurulan üst hakkının devam edeceği gerekçesiyle kararın bozulmasına hükmetmiştir (Bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Yargıtay'ın bu kararı kanaatimizce TMK m. 785'in konuluş amacına aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, TMK m. 785/I hükmü gereğince yararın tamamen ortadan kalkıp kalmadığı hususunda yapılacak değerlendirmelerde üst hakkının içerik, kapsam ve kuruluş amacının dikkate alınması gerekir. Tarafların 2971 no'lu parsel üzerinde üst hakkı tesis etmelerindeki amacın iki taşınmazın kullanım alanlarının birleştirilerek taşınmazları daha verimli kullanabilmek niyetiyle olduğu açıktır. 2971 no'lu parsel üzerindeki taşınmazın tarihi eser vasfında olması sebebiyle üzerinde restorasyon dışında bir değişiklik yapılmasının mümkün olmaması iki taşınmazın birbiriyle bağlantılı kullanılamayacağı gerçeğini dolayısıyla üst hakkının kuruluş amacının tamamen ortadan kalkması neticesini doğurur. Söz konusu olayda dayanan hukukî sebep TMK m.785/I mahiyetinde olmasa da en azından 785/II gereği üst hakkının kuruluşundaki yarar ve yük dengesi dikkate alındığında mevcut durumun aşırı bir orantısızlık yaratacağı aşıkardır. İki taşınmaz arasındaki bağlantının kurulamıyor ve kurulamayacak olması taşınmazdan gereği gibi bir ekonomik fayda görülemeyeceği neticesini doğuracaktır. Bu durumda üst hakkından beklenen yarar ve yük dengesini orantısızlaştırır. Bu sebeplerle Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi aksine verdiği kararı isabetli bulmuyoruz.

²³⁹ **Wieland**, Art. 736/N. 2; **Köprülü/Kaneti**, 72.

²⁴⁰ **Ünal**, Sona Erme, 115; **Ünal**, 165; **Bertan**, 1222-1223; **Tek**, 271, 273 vd.. Yazarın bizim de katıldığımız görüşüne göre TMK m. 785/I gereği açılacak dava yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının bir görünümü değildir. Kendine özgü bir tespit hükmüdür. Zira, Türk Hukukunda TMK m. 1025 gereği yolsuz tescilin düzeltilmesi davası baştan itibaren geçersiz olan hukukî ilişkiye dayanan bir kaydın düzeltilmesi fonksiyonu taşır. Bazı yazarlar da mahkemenin verdiği kararın yenilik doğuran karar olduğu ve kurucu nitelik taşıdığı görüşündedirler. Hakkın varlığı için menfaat şartı aranıyor olsa da menfaatin ortadan kalkması hakkı kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Böylece mahkemenin verdiği kararlar birlikte hak sona erer. İrtifak hakkının terkinine gerek kalmaksızın hak sona erer ve terkin açıklayıcıdır. Mahkemenin kararının kurucu nitelikte olduğuna dair bu aksi görüş için bkz. **Wieland**, Art. 736/ N. 6; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 839; **Köprülü/Kaneti**, 73; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 663; **Sirmen**, 501; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 811/ N. 2833. Aksi görüş savunucuları tarafından katıldığımız görüşe yararlanmanın imkânsız hâle geldiği iddiasının nasıl ispat edileceği, imkânsızlığa kimin karar vereceği şeklinde eleştiriler yöneltilebilir. Kanaatimizce böyle bir durumda Tapu Müdürlüğünce uygulamada üst hakkının süresinin dolması halinde uygulanan prosedür TMK m. 785/I sebebi ile sona ermeye ilişkin de takip edilebilir. Bu durumda hak sahibine terkinden önce tebligat yapılarak, bir aylık süre verilmesi, bu süre zarfında bir itiraz gelmediği veya aksi yönde mahkeme kararı getirilmezse üst hakkının terkin edileceği bildirilebilir. (Bkz. **Gürses**, 11). Benzer bir durum taşınmazların bölünmesi sebebi ile terkin için TMK m. 793

Türk Medenî Kanunu'na göre terkin davasını açacak kişi yüklü taşınmaz malikidir²⁴¹. Ancak davanın sadece üst hakkı sahibine karşı değil üst hakkından kendilerine yarar sağlayan hak sahibi bütün kişilere (örneğin; rehin hakkı sahibi alacaklılara) karşı da açılması gerekir²⁴². Asıl taşınmaz veya yararlanan taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin davanın tarafı olarak gösterilmemesi halinde alınacak mahkeme kararı doğrudan terkinini sağlamaya yeterli değildir. Çünkü her halükârda TMK m. 1014 gereği terkin için bu hak sahiplerinin yazılı muvafakatinin alınması gerekmektedir. Muvafakat vermedikleri takdirde mahkeme kararı üst hakkından yarar sağlayan bu kişileri bağlamaz²⁴³. Kaldı ki, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre²⁴⁴ TMK m. 785'ten doğan talepler hak sahibi dışında irtifaktan menfaati olan herkese (intifa hakkı sahibi, rehinli alacaklı vb.) karşı yöneltilebilmelidir. Bu durumda, üst hakkından yarar sağlayan diğer bütün hak sahiplerinin de TMK m. 785/I'e göre açılacak olan davada muhatap olarak gösterilmesi gerekir.

İrtifakın yüküne oranla çok az yarar sağlanması halinde terkinin imkânını düzenleyen TMK m. 785/II hükmünde irtifakın kısmen terkininin istenebileceği öngörül-

hükmü ile de öngörülmüştür. Hükme göre “*Ancak, irtifak hakkı belirli parseller üzerinde kullanılmıyorsa, durum ve koşullara göre de kullanılamayacaksa, bu parsellerin maliklerinden her biri, kendi taşınmazı üzerindeki irtifak hakkının terkinini isteyebilir. Tapu sicil memuru, bu istemi irtifak hakkı sahibine bildirir ve onun bir ay içinde itiraz etmemesi hâlinde irtifak hakkını terkin eder.*”. Görülmektedir ki taşınmaz malikinin doğrudan tapudan terkin talep edebildiği durumlar TMK m. 785/I ile sınırlı değildir. Katıldığımız görüşe karşı yöneltilebilecek eleştiriler az çok TMK m. 793 kapsamındaki durumlar için de geçerlidir. Zira, Kanun'un kabul ettiği kurala göre yüklü taşınmazın bölünmesine rağmen irtifak hakkı her parsel üzerinde devam eder. Malik ise irtifakın belirli parsel üzerinde kullanılmadığını ileri sürerek kuralın aksine bir talepte bulunmaktadır. Katıldığımız görüş reddedilecek olursa bu durumda da Tapu Müdürlüğünce terkinden önce mahkemece yapılmış bir tespit hükmüne ihtiyaç duyulmalıdır. Ancak kanun koyucu hak sahibinin bilgilendirilmesi neticesinde bir askı süresi belirleyerek terkin sürecinin daha hızlı ve pratik şekilde tamamlanması yolunu tercih etmiştir. Özetle, benzer çözümün TMK m. 785/I kapsamındaki terkin talepleri içinde görüşümüzü destekler nitelikte kabul edilebileceğini düşünmekteyiz.

²⁴¹ **Tek**, 300. Yazar menfaati olan üçüncü kişilerin irtifaktan sağlanan yararın tamamen ortadan kalktığının tespitini ve irtifakın kendilerine karşı uygulanmamasını isteyebileceklerini de vurgulamaktadır.

²⁴² Detaylı değerlendirme için bkz. § 4/I

²⁴³ Üst hakkı sahibi yararın devam ettiği iddiasıyla yüklü taşınmaz maliki aleyhine bir dava açarsa bu davanın kabulü davacının hakkın kullanılmasındaki yararın halen devam ettiğini ispatlamasına bağlıdır. Bkz. **Ünal**, Sona Erme, 115; **Bertan**, 1224-1225; Bağımsız ve sürekli üst hakkı üzerinde tesis edilmiş diğer sınırlı aynî hak sahiplerine de davanın ihbar edilmesi gerekir. Zira, TMK m. 828 gereği hakkın sona ermesi onların haklarının da sona ermesi neticesini doğuracaktır. Bkz. § 8/III.

²⁴⁴ Bu konudaki hâkim görüşteki yazarlar için bkz. **Tek**, 305.

müştür. Bu durum sadece 785/II'ye özgü öngörölmüş bir hüküm gibi gözükse de TMK m. 785/I kapsamında yararının tamamen ortadan kalkması bakımından da irtifakın kısmen terkin edilebileceği doktrinde kabul edilmektedir²⁴⁵.

3. Üst Hakkının Sahibine Sağladığı Yararın Yüküne Oranla Çok Azalması

Kanun'un 785/II hükmüne göre yüküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkı terkinini istenerek tamamen veya kısmen sona erdirilebilir²⁴⁶. Bu düzenleme ile kanun koyucu yüklü taşınmaz malikine sahibine olan yararı azalmış bir irtifaktan bedel karşılığında kısmen veya tamamen kurtulma imkânı tanımaktadır.

Öncelikle üst hakkındaki yararın kısmen azalmış olması bu hükme başvurulabil-mek için yeterli değildir. Zamanla, irtifak hakkının sağladığı yarar ile yüklü taşınmaz malikine yüklediği külfet arasında aşırı bir oransızlık²⁴⁷ da meydana gelmiş olmalıdır²⁴⁸. Diğer bir deyişle Kanun'un tanıdığı bu imkân (TMK m. 785/II) başlangıçta mevcut olan, irtifakın sahibine sağladığı yarar ve yük arasındaki orantının zaman içinde bozulmasının bir sonucu olarak mevcut dengesizliği gidermek amacıyla getirilmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere²⁴⁹ bu durum hakkın kötüye kullanılması ve uyarlama (*clausula rebus sic stantibus*) ile benzerlik arz ediyor olsa da doktrinde TMK m. 785/II'nin kendine özgü şartları olan bir hüküm olduğu kabul edilmektedir²⁵⁰.

²⁴⁵ Köprülü/Kaneti, 73; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 809/ N. 2828; Sirmen, 500.

²⁴⁶ Bu maddenin temelinde hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi düşüncesi değil, mülkiyet hakkının korunması düşüncesi yatmaktadır. Tek, 256.

²⁴⁷ Tek, 259. Yazara göre şahsa bağlı olan irtifaklarda irtifaktaki yarar ve yük dengesindeki orantısızlığın daha esnek yorumlanması gerekmektedir. Kişiyile bağlılık unsuru irtifaktaki yarar dengesini etkileyeceğinden çok sıkı nesnellik aramak TMK m. 785/II'in uygulanmasını kısıtlayacaktır.; **Kaya Kızılırmak**, 862.

²⁴⁸ ZGB Art. 736'nin temel alındığı Fransızca metinde yararın azalması yeterli görölmekteyken, Almanca metinde yüklü taşınmaza dengesizce yük getirilmesi şartı konulmuştur. İki metin arasındaki bu anlam farkı uzun yıllar Federal Mahkeme kararlarına da yansımıştır. Mahkeme Fransızca metne dayanak olan sadece yararın azalması halinde bu hükmün uygulanabileceği yönündeki yerleşik içtihatlarından 1981 yılında dönmüştür. Tek, 256, 257.

²⁴⁹ Doktrindeki hakkın kötüye kullanılması ve "*clausula rebus sic stantibus*" kuralına dair görüşler için bkz. § 4/II, B.

²⁵⁰ Hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına engel teşkil etmez. İşlem temeliniin çıktığının de kabulü gerekir. Tek, 106- 116; İsviçre Federal Mahkemesinin öncelikle hakkın kötüye kullanılmasını uygulama alanı olduğuna dair görüşünü daha sonra 1996 yılında içtihat değişikliği

Türk Medenî Kanunu'nun 785/II hükmü ile öngördüğü imkânın vücut bulabilmesi için aranan ilk şart üst hakkının sahibine sağladığı yarar ile yük arasındaki dengenin bozulmasıdır. Dengenin bozulması yararın azalması veya artması suretiyle olabileceği gibi yükün artması şeklinde de olabilir²⁵¹. Ancak, yükün yarar karşısında orantısız hale gelmesi tek başına yeterli değildir. Rasyonel olarak da yüklü taşınmazın kullanılmasına engel olması gerekir. Her somut olayda üst hakkının içeriği, kapsamı ile tesisi sırasındaki ilk amaç ve fonksiyonu dikkate alınarak, irtifakın tesisindeki yarar ve yük arasındaki dengenin mevcut olup olmadığı objektif ve sübjektif yönden detaylı bir değerlendirmeye tâbi tutularak tespit edilmelidir²⁵².

Üst hakkının TMK m. 785/II'ye göre sona erdirebilmesi neticesini doğuracak, yük ve yarar arasındaki dengeyi bozan sebepler olarak şunlar sayılabilir: Yararın azalması, yarar aynı kalırken yükün ağırlığının zamanla artması, yarar ile yükün her ikisinin birlikte artmış olması sebebi ile artan yarar ve yükün ağırlığı arasındaki dengenin ölçülemez hale gelmesi²⁵³.

Dikkat edilmesi gereken diğer kriterler ise; yarar ile yük arasında sonradan meydana gelen bir bozukluk olması, oransızlığı doğuran sebebin devamlılık arz etmesi ve bu bozukluğun yüklü taşınmaz malikine isnat edilememesidir. Eğer ki, yarar ve yük arasındaki dengeyi bozan olgular irtifakın kurulmasından önce mevcut ise ve bu olgular üzerine irtifak tesis edilmişse bu durumda yüklü taşınmaz malikine oran-

ile değiştirerek söz konusu düzenlemeyi kendine özgü bağımsız bir kural olarak kabul etmiştir. 1996 yılından beri bu görüştedir. Bkz. **Köprülü/Kaneti**, 72; **Kızıllırmak**, 864.

²⁵¹ **Ünal**, Sona Erme, 116; Aynı yönde **Bertan**, 1208, 1217; **Köprülü/Kaneti**, 71; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 809, 810/ N. 2830, 2831; **Kaya Kızıllırmak**, 865; Bu görüşün aksine bazı yazarlar yararın azalması kriterini esas alıp, yararın aynı kalıp külfetin arttığı durumlarda meydana gelen yarar ve yük arasındaki orantısızlığın hakkın ortadan kalkması için yeterli sebep teşkil etmediğini ileri sürmektedirler. Bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 664.

²⁵² **Ünal**, Sona Erme, 117.

²⁵³ **Ünal**, Sona Erme, 118; **Bertan**, 1237; **Köprülü/Kaneti**, 71; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 809, 810/ N. 2830, 2831; **Kaya Kızıllırmak**, 865; **Tek**, 258, 259. Yazara göre hakkın arz ettiği yük ağırlaşmamış olsa da hakkın kullanılmasının yüklü taşınmaz maliki için yıkıcı bir hal alması sebebiyle menfaatler arasındaki denge bozulursa TMK m. 785/II hükmü kıyasen uygulama alanı bulabilir (aynı sonuca TMK m. 2/II kapsamında dürüstlük kuralı gereği de ulaşılabilir); Yazar'ın görüşünü destekler nitelikte Y.14.HD., 22.02.2006, E. 2006/1277 K. 2066/1861 tarihli kararında Amerika vatandaşı davalı intifa hakkı sahibinin taşınmazlar üzerinde eylemli bir yararlanmasının olmadığı gibi borçlarını da yerine getirmediğini gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiştir. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

sızlık sebebiyle TMK m. 785/II'ye dayanarak terkin talep etme imkânı sunulmaz. Ayrıca, söz konusu olgulara yüklü taşınmaz maliki sebep olmamalıdır²⁵⁴.

Son olarak, Kanun hükmünde kısmen veya tamamen terkin karşılığında ödemesi gereken bedelden bahsedilmektedir. Buna göre “yüklü taşınmaz maliki, bedel karşılığında yüküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifakın kısmen veya tamamen terkinini talep edebilir. Ancak, buradaki “bedel” TMK m. 829 ve 832²⁵⁵’den farklı olarak üst hakkına konu yapıların malike intikaline ilişkin bir bedel değildir. Öncelikle kanun koyucu TMK m. 785/II hükmüyle mülkiyet hakkını koruma düşüncesi ile malikin yükünün artmasına karşılık çok az da olsa hâlâ yarar sağlayan irtifak hakkı sahibinin terkine katlanmasını öngörmektedir. Burada da teknik olarak tam anlamıyla bir fedakarlığın denkleştirilmesinden bahsedilemez. Yine de kanun koyucunun fedakarlığın denkleştirilmesi benzeri bir “denkleştirme bedeli” ödenmesi gerekliliğinden yola çıkarak yüklü taşınmaz malikini bedel ödeme borcu ile mükellef kıldığıının kabulü gerekir²⁵⁶.

Bu hükmün üst hakkı açısından uygulaması düşünüldüğünde TMK m. 829’den farklı olan tarafı bedelin yapılara ilişkin olmamasıdır. Öyle ki, TMK m. 785 taşınmaz lehine kurulan irtifaklar için öngörülmüş bir genel sona erme sebebidir. Bu hükmün üst hakkına da uygulanması söz konusu olduğu için üst hakkında olduğu gibi diğer irtifaklarda yapının intikaline bağlı bir bedel ödeme borcundan bahsedilemez. Özetle, bedel yapılara ilişkin olmadığı gibi üst hakkı kapsamında yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı inşa edilmemiş olsa da TMK m. 785’e dayanılarak bedel ödemesi gerekir.

²⁵⁴ Ünal, Sona Erme, 117; Bertan, 1201- 1205; Wieland, Art. 736/N. 3. Yazar sadece bir ölçüsüzlük meydana gelmesini şart olarak yeterli görmüş, kuruluştaki menfaatin azalması üzerinde durmamıştır.

²⁵⁵ İleride de açıklandığı üzere burada öngörülen bedel TMK m. 785’ten farklı olarak üst hakkının malike intikali sebebi ile yapılar için öngörülen bedeldir. Bu bedel sadece yüklü taşınmaz üzerinde yapı bulunması kaydıyla ödenecektir. Bkz. § 4/II, B. Bu konuda ayrıca bkz. Gürzumar, 144 vd.; Demirsatan, 108-109; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 875 vd..

²⁵⁶ Doktrinde, hakkın terkin sebebiyle hak sahibinin uğrayacağı zararın tazmininin söz konusu olduğu ileri sürülmekte ve bu sebeple tazminat kavramı kullanılmaya devam edilmektedir. Bkz. Eren, Mülkiyet, 396, 397; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 811/N. 2833; Ünal, Sona Erme, 117. Kanunatimizce, ileride açıklandığı üzere TMK m. 829’da olduğu gibi kanun koyucu bu hükümlerin kapsamına giren hallerde çatışan menfaatler arasında denge kurmaya çalıştığı görülmektedir. Bu amaçla da taraflardan birini diğerine karşı fedakarlık benzeri bir davranış sergilemeye zorlamaktadır. Aynı yönde, bkz. Tek, 288, 289.

Dolayısıyla kanun koyucunun burada öngördüğü bedel, yararın yük karşısında çok azalmasına bağlı olarak malikin bozulan denge sebebiyle terkin hakkını kullanması karşılığında hak sahibinin katlanma fedakarlığının karşılığıdır.

İrtifakın kısmen veya tamamen sona erdirilmesinin bir bedele bağlanması TMK m. 785/II'nin bir tür özel hukuk kamulaştırması olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Bedelin hesaplanmasında kamulaştırma bedelinin hesaplanmasına ilişkin yöntem esas alınır²⁵⁷ ve yüklü taşınmaz malikinin durumu dikkate alınmaz²⁵⁸. Bu kapsamda irtifak hakkının hak sahibine çok az da olsa sağladığı cüzi yarara göre bedel hesaplanacaktır²⁵⁹. Üst hakkı açısından ise üst hakkının hak sahibine hâlâ sağlayabildiği cüzi miktardaki menfaat esas alınarak hak sahibi açısından terkin işlemi sonrasında meydana gelecek menfaat kaybı esas alınarak bedel tayin edilmelidir²⁶⁰.

Tüm bu şartların gerçekleşmesi halinde yüklü taşınmaz maliki üst hakkının kısmen veya tamamen kaldırılması için dava açar. Davayı açmaya yetkili olan kişi

²⁵⁷ Bu nitelendirme tazminat miktarının belirlenmesinde kamulaştırma bedeline ilişkin kuralların kıyasen uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Miktar tespit edilirken doğrudan doğruya irtifakın sona ermesine bağlı olan yarar kaybı neticesinde oluşan zararın karşılanması çalışılacak, ikincil unsurlar dikkate alınmayacaktır. **Ünal**, Sona Erme, 118; İsviçre'de de tazminata hükmedilirken kamulaştırma bedelinin belirlenmesinde uygulanan prensiplere başvurulmaktadır. Taşınmazın üzerinde irtifak hakkı varken mevcut değeri ile irtifak hakkı bulunmaksızın belirlenecek değer arasındaki fark üst hakkı sahibine ödenecek tazminatı gösterir. Ayrıca İsviçre'de zararın para ile tazmini yerine belirli bir hak tanınmak suretiyle de tazmin edildiği görülmektedir. Bu konuda bkz. **Bertan**, 1119, 1220.

²⁵⁸ Bu tespit yapılırken üst hakkı sahibinin hakkın kaybı dolayısıyla doğacak muhtemel/ farazi zararları da dikkate alınması hakkında bkz. **Wieland**, Art. 709, N.3; **Bertan**, 1220; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 789; **Köprülü/Kaneti**, 48; **Kaya Kızılırmak**, 869.

²⁵⁹ **Tek**, 291, 292; Tazminatın hesaplanmasına ilişkin bkz. **Kaya Kızılırmak**, 868. Yazar'a göre bedelin tespitinde üst hakkının konusu olan arazinin güncel değeri yol gösterici olmak kaydıyla menfaat kaybına karşılık gelen zarar tespit edilmelidir. Bu sebeple tazminat için belirlenen miktar üst hakkının kurulduğu taşınmazın değerinin altında veya üstünde olabilir. Üst hakkına konu taşınmazın değerinde meydana gelen değer artışına karşılık üst hakkının uzun süre kullanılmaması sebebine dayanan terkin talebinde tazminat miktarı belirlenirken hakkın güncel olarak sunduğu menfaatin dikkate alınması gerekir.; **Ünal**, Sona Erme, 118; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 663; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 811/N. 2833.

²⁶⁰ Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkını kısmen veya tamamen sona erdirilebilmesi için hak sahibinin bu yüzden uğrayacağı zararı tazmin etmesi şartına bağlanmıştır. Doktrinde tazminatın, hakkın terkin ile doğacak zararın/ menfaat kaybının esas alınarak tayin edilmesi gerektiği kabul edilir. Bkz. **Wieland**, Art. 736/ N. 3; **Köprülü/Kaneti**, 71; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 839; **Sirmen**, 500.

TMK m. 785/I'de olduğu gibi yüklü taşınmaz malikidir²⁶¹ ve davanın sadece üst hakkı sahibine değil yararlanan taşınmaz üzerindeki irtifakın kendilerine yarar sağladığı kişilere karşı da açılması gerekir²⁶².

Hâkim, irtifaktan sağlanan menfaat ve ona karşılık gelen yükün orantısızlığını objektif ve sübjektif çıkarlar, üst hakkının kuruluştaki içeriği, kapsamı ve amacını da dikkate alarak tespit etmelidir²⁶³. Hâkim bedelin miktarını belirledikten sonra irtifakın kısmen veya tamamen sona ermesine de karar verir. Ancak hükmün sona erdirici etkisini göstermesi için hükmedilen bedelin ödenmesi veya adli emanete alınması gerekir. Bu sebeple mahkeme kararının üst hakkını sona erdirici etkisi bedelin ödenmesi şartına bağlanmıştır²⁶⁴.

Hâkim, açılan davada mevcut olan bir irtifakın kısmen veya tamamen sona erdirilmesine yönelik hüküm tesis edeceği için TMK m. 785/I aksine verilen karar inşai nitelikte olur²⁶⁵. Üst hakkı, mahkeme kararının kesinleşmesi ile sona erer ve bu andan itibaren tapu kütüğündeki kayıt da yolsuz hale gelir. Bu durumda TMK m.

²⁶¹ Doktrindeki hâkim görüş üçüncü kişilerin irtifak hakkının sona erdirilmesinde yararı olsa dahi terkin talep etme hakkının olmadığını kabul etmektedir. Bu konudaki Federal Mahkeme kararı için bkz. **Tek**, 296 vd.

²⁶² Bu konuda bkz. § 4/II, B.

²⁶³ **Kaya Kızılırmak**, 863, Yazar'a göre tescilden kapsam anlaşılamıyorsa TMK m. 787/II esas alınarak kuruluş anından sonra kullanım biçimi ile meydana gelen sonraki olgularda belirleyici olabilir. **Bertan**, 1214, 1217-1218. Yazar'a göre sübjektif menfaatlerin varlığı hak sahibi tarafından ispat edilecektir. Ayrıca hâkim yapacağı tespit neticesinde, orantısızlığın çok ağır bir hal aldığı, yüklü taşınmazın irtifakla bağı bırakılmasının taşınmazın ekonomik açıdan değerlendirilmesine engel olacağı ve irtifakın mülkiyet hakkını sınırlar nitelikte bırakılmamasında kamu yararının da olduğu sonucuna varmalıdır.; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 838, 839.

²⁶⁴ **Ünal**, Sona Erme, 119, Yazar'a göre yüklü taşınmaz maliki önceden üst hakkı sahibine önemli bir miktarda ödemede bulunmuşsa, irtifakın sona ermesinden önce onun bir kısmını iade etmesi gerekmektedir.; **Bertan**, 1223.

²⁶⁵ TMK m. 785/II'ye dayanılarak açılacak davada mahkeme bedelin depo edilmesini isteyeceği, depo edilmeden de terkin hükmedemeyeceği için **Bertan**, 1223; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 811/ N. 2833; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, 664; **Sirmen**, 501; **Köprülü/Kaneti**, 73; **Wieland**, Art. 736/ N. 6; **Ünal**, 165; İsviçre Hukukunda mahkemenin verdiği kararın hukukî niteliği tartışmalıdır. Bunun aksine Türk Hukukunda ise TMK m. 785/II hususunda görüş birliği söz konusudur. İsviçre Hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre ZGB Art. 736'ye dayanarak tesis edilen kararlar TMK m. 785/I'de olduğu gibi TMK m. 785/II için de açıklayıcı niteliktedir. Birinci ve ikinci fıkraya dayanan hükmün etkisi şartların tamamlanıp tamamlanmadığının tespitinden ibarettir. Diğer görüş ise irtifak hakkı dava açılmadan önce de varlığını devam ettirmektedir. Yüklü taşınmaz malikinin açtığı dava irtifakı kısmen veya tamamen sona erdirmeye yönelik açılan bir davadır. Bu görüşe göre TMK m. 785/II'ye göre açılan dava neticesinde verilen hüküm açıklayıcı değil inşai niteliktedir. İrtifak hakkı hâkimin verdiği kararla ya değişikliğe uğramakta ya da sona ermektedir. Bu konuda bkz. **Ünal**, Sona Erme, 119-120.

1013/II hükmü kıyasen uygulanarak taşınmaz maliki tarafından tapuda terkin işlemi gerçekleştirilir²⁶⁶.

Gerek TMK m. 785/I'de gerekse m. 785/II'de terkin açıklayıcı nitelikte olacağı için terkin öncesi devri kabil bir üst hakkının terkin gerçekleşmeden devredilmesi halinde maddi anlamda sona ermiş ve üzerinde tasarruf edilebilecek bir üst hakkı kalmamış olsa da yolsuz tescile güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin bu kazanımlarının TMK m. 1023 dahilinde korunması gerekir²⁶⁷.

4. Talep ve Yargılama Usulü

Yüklü taşınmaz maliki TMK m. 785'teki iki sebepten birine dayanarak dava açmak isterse açacağı dava hangi hukukî sebebe dayanırsa dayansın talep terkin olacaktır. Ayrıca davacının davasında dayandığı hukukî sebebi göstermesine de gerek yoktur. Hukukî sebebi tayin edecek olan hâkimdir. Ancak, hukukî sebebin tayini hem hâkimin vereceği kararın hukukî niteliğinin tayini hem de terkinle birlikte bedele de hükmedilip hükmedilmeyeceği hususunda önem arz eder²⁶⁸.

Yüklü taşınmaz maliki TMK m. 785/I'e göre üst hakkından beklediği yararın tamamen ortadan kalktığı iddiası ile terkin davası açmış, ancak hâkim yararın tamamen ortadan kalkmadığını yüküne oranla çok azaldığını tespit etmişse ne olacaktır? Bu durumda hâkimin taleple bağıllık ilkesi gereğince açılan davayı reddetmesi mi gerekir, yoksa dava açılırken gösterilen sebeple bağlı kalmayıp HMK m. 33 gereği hukukî sebebi kendisi tayin ederek talep dışında mı karar vermelidir?

Yüklü taşınmaz maliki yararın tamamen ortadan kalktığı gerekçesi ile terkin talep etmiş olsa da yararın ortadan kalkıp kalkmadığını veya halen mevcut olduğunu tespit edecek olan hâkimdir. Bu durumda asıl olan yüklü taşınmaz malikinin terkin talebidir. Hâkim dava dilekçesinde gösterilen hukukî sebep ile bağlı değildir (HMK

²⁶⁶ Ünal, Sona Erme, 120; Yüklü taşınmaz maliki mahkeme kararına rağmen tapu sicilinde terkin işlemini gerçekleştirmez ve bu aşamada da taşınmaz mülkiyetini devrederse, yeni malike de mahkeme kararı ile üst hakkı sahibi lehine olan yolsuz tescili terkin ettirme imkânı tanınmalıdır. Bkz. Kaya Kızılırmak, 872.

²⁶⁷ Kaya Kızılırmak, 874; Ünal, Sona Erme, 123; Köprülü/Kaneti, 73.

²⁶⁸ Tek, 292, 293.

m. 33); ancak taleple bağlıdır. Davacının talebinden daha fazlasına hükmedemez (HMK m. 26). Hâkimin, birinci fıkraya göre talep oluşturulmasına rağmen davanın ikinci fıkranın uygulama alanına girdiğini tespit etmesi halinde davacıya bedel ödetirilerek TMK m. 785/II gereği hüküm kurulabilmelidir²⁶⁹. Kanaatimizce de burada hakkaniyetin gözetilmesi için Yargıtay'ın da kararlarında²⁷⁰ özellikle kıyas yaparken sıkça kullandığı “*In toto et pars cantinetur*” (çoğun içinde az da vardır) ilkesi evleviyetle dikkate alınmalı, davanın reddedilmesi yerine TMK m. 785/II'ye göre üst hakkının bedel karşılığında kısmen veya tamamen terkin edilmesine karar verilmelidir.

Diğer yandan terkin talebi yararın yüküne oranla çok azalması sebebine dayanıyorsa ve hâkim de birinci fıkra gereği yararın tamamen ortadan kalktığını tespit etmişse bu durumda dava reddedilmemelidir. Hâkim, bu durumu ön mesele olarak incelemelidir²⁷¹. Ancak davacının talebinin ikinci fıkraya dayandığı durumlarda üst hakkının tamamının terkinini istenmişse hâkim kısmen terkinine karar verebilmeli, kısmen terkinin talep edilmesi halinde ise hakkın tamamının terkinine hükmedememelidir²⁷².

Yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere TMK m. 785/I ve II'ye dayanarak terkin talebinde bulunabilecek olan kişi yüklü taşınmaz malikidir. Ancak yüklü taşınmaz malikinin birden fazla kişi olması halinde davayı kimin açması gerekecektir? Yüklü taşınmazın paylı ya da elbirliği mülkiyet konusu olması halinde TMK m. 785/I gereğince yararı ortadan kalkmış olan irtifakın terkinini paydaş veya ortaklar için bölünemeyen ortak bir menfaat olduğu için menfaatin korunmasını herhangi biri sağlayabilir. Buna dayanan terkin talebinin de herhangi bir paydaş ya da ortak tarafından ileri sürülmesi yeterlidir. Ancak TMK m. 785/II bakımından terkin için üst hakkı sahibine tazminat (bedel) ödenmesi gerektiği için irtifakın tamamen

²⁶⁹ **Tek**, 293; **Kaya Kızılırmak**, 871; **Bertan**, 1223-1224. Ancak doktrinde bu ihtimalde davanın başlangıçtaki talebinin değişeceği gerekçesi ile davanın reddedilmek yerine davacıya ek süre verilerek ıslah edilmesi yoluna gidilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. **Özakman**, 149.

²⁷⁰ Yargıtay'ın bu ilkeyi esas aldığı bazı kararları şunlardır: YHGK., 03.06.1977, E. 1976/1826, K. 1977/564; YHGK., 30.05.2018, E. 2017/2539 K. 2018/1149; Y.13HD., 22.01.2015, E. 2014/13492, K. 2015/919 (Bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

²⁷¹ Bu yöndeki Federal Mahkeme kararları için bkz. **Tek**, 293-294, dn. 6, 7, 8.

²⁷² **Kaya Kızılırmak**, 871.

veya kısmen sona erdirilmesi paydaş ya da ortaklara yükümlülük getirir. Bu sebeple ikinci fıkra hükmüne dayanarak dava açılabilmesi, bu davanın paydaş ya da ortaklar tarafından birlikte açılmasına veya tüm paydaş ya da ortakların rıza göstermesine bağlıdır²⁷³.

Türk Medenî Kanunu'nun 785. maddesine dayanan davaların HMK m. 2 ve 12 hükümlerine göre yüklü taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmesi gerekir²⁷⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 408 hükmüne göre taşınmaz mal üzerinde aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bu kapsamda TMK m. 785'e dayanan uyuşmazlıklar için tahkim yolu kapalıdır.

III. YARARLANMANIN İMKÂNSIZLAŞMASI- ÖZELLİKLE YÜKLÜ YA DA YARARLANAN TAŞINMAZLARDAN BİRİSİNİN VEYA İKİSİNİN YOK OLMASI

Taşınmaza bağlı bir irtifak hakkında, bu kapsamda üst hakkında da yararlanma başlangıçta var olmakla beraber sonradan meydana gelen olaylar (hatta öngörülemeyen sebepler) sonucu imkânsızlaşabilir²⁷⁵. Bu hususa ilişkin farazî bir örnek verilecek olursa; çok şiddetli bir deprem sebebi ile kıyı kesiminde yer alan ve üzerinde üst hakkı bulunan yüklü ya da lehine üst hakkı tesis edilen yararlanan taşınmaz denizin yükselmesi neticesinde sular altında kalmış veya depremin şiddetiyle beraber taşınmazı ortasından bölen çok derin ve geniş fay kırıkları oluşmuş olabilir. Bu gibi durumlarda mevcut olaylar neticesinde üst hakkı kurulmuş olan yüklü ya da yararlanan taşınmaz kesin ve sürekli nitelikte kullanılamaz hale gelmişse bu yararlanmanın

²⁷³ **Tek**, 302 vd.

²⁷⁴ **Bertan**, 1223; Yüklü taşınmaz malikinin ya da üst hakkı sahibinin idare olduğu durumlarda ise üst hakkı İdare Hukuku boyutu ile kendine özgü biçimde doğar. Ancak hak doğduktan sonra Medenî Kanun hükümlerine tâbi olur. Bu sebeple terkin talebine ilişkin açılacak davanın da adli yargıda görülmesi kuralı değişmez. Bkz. **Tek**, 294.

²⁷⁵ Taşınmaz mülkiyetinin hukuken ortadan kalktığı, mülkiyetin mutlak kaybı olarak kabul edilen hallerden biri de TMK m. 717'ye göre taşınmazın tamamen yok olmasıdır. Mülkiyet konusu taşınmaz bazı doğal olaylar sonucu tamamen veya devamlı yok olursa taşınmaz üzerindeki mülkiyet de kaybedilmiş olur. Taşınmazın ortaya çıkması hayatın olağan akışına göre imkânsız ise taşınmazın tamamen kaybı söz konusu olur. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 461/N. 1682vd..

imkânsızlaşmasıdır ve bu durumda üst hakkı tapuda terkin işlemi yapılmadan önce kendiliğinden sona erer²⁷⁶. Ancak üst hakkının kullanılmasında meydana gelen imkânsızlığı yaratan olay kesin ve tartışma kabul etmeyen belirli bir olay değil de tartışılabilir ve ispatı gerektirir nitelikte ise bu durumda TMK m. 785'in uygulanması gerekir²⁷⁷.

Ancak bunun dışında üst hakkından yararlanmanın imkânsızlaşması TMK m. 785/I hükmünü çağrışırsa ve üst hakkından beklenen yararının tamamen ortadan kalkması sebebi ile aynı hukukî durumu ifade ettiği düşünülebilecek olsa da yararlanmanın imkânsızlaşması başlı başına bağımsız bir sona erme sebebidir. Hükümlerin karşılık geldiği kavramlar arası yakınlık sebebiyle doktrinde önceleri yararlanmanın imkânsızlaşması halinde de terkinin TMK m. 785/I hükmüne dayanılarak mahkeme kararıyla yaptırılabilceği savunulmuştur. Ancak daha sonra ortaya çıkan ve bizim de katıldığımız görüşe göre²⁷⁸, irtifakın imkânsızlaşmasıyla hakkın bütün hukukî değerini kaybetmiş olacağı gerekçe gösterilerek terkinin TMK m. 1026/I hükmünü uyarınca yapılması gerekir. Üst hakkının kullanılmasının imkânsızlaşması ile üst hakkından beklenen yararın tamamen ortadan kalkması farklı anlamlar taşır. İmkânsızlık bir taraftan maddi veya hukukî, diğer taraftan da objektif ve mutlak bir anlam taşır. Başka bir ifade ile öncelikle yararlanmanın imkânsızlaşması, maddî veya hukukî imkânsızlık şeklinde olabilir. Ayrıca, yararın imkânsızlaşmasından söz edebilmek için üst hakkından yararlanmanın hem hak sahibi hem de üçüncü kişiler tarafından sürekli ve objektif olarak mümkün olmaması gerekir²⁷⁹. Diğer taraftan TMK m. 785/I'e göre üst hakkının yararının tamamen ortadan kalkmasında ise üst hakkıyla

²⁷⁶ **Ünal**, Sona Erme, 125. Yazarın verdiği bir örneğe göre tesis edilen bir kaynak irtifakında kaynak suyunun azalması, çekilmesi veya tamamen kuruması sonucu yararlanma sürekli bir şekilde imkânsızlaşması yine TMK m. 783 kapsamına girmektedir. Ancak imkânsızlık geçici nitelikte ise söz konusu durum ortadan kalktıktan sonra irtifaktan yararlanma yeniden eski halini alacaksa bu durumda irtifak sona ermeyecektir (kaynak irtifakında çekilen yağmur ve kar sularının debisinin yükselmesi ile kaynağın eski performansına kavuşması halinde olduğu gibi).; **Köprülü/Kaneti**, 68.

²⁷⁷ **Köprülü/Kaneti**, 69.

²⁷⁸ **Ünal**, Sona Erme, 125; **Bertan**, 1182. Yazara göre yüklü veya yararlanan taşınmazın yok olması müspet bir olaydır ve takdir konusu olmaz. Tapu memuru olanı görür, mahkemenin tespitine gerek yoktur.

²⁷⁹ **Eren**, 100, 1063 vd.; **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 332 vd.; **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, Genişletilmiş 2.B, Ankara 2019, 287 vd..

elde edilmek istenen yararın üst hakkının içeriği, kapsamı ve kuruluş amacı düşünüldüğünde değişen şartlar ya da sonradan ortaya çıkan nedenlere bağlı olarak tamamen ortadan kalkması söz konusudur. Üst hakkı, hak sahibine bir yarar sağlamaz hale gelmiş veya beklenen yarar elde edilememiştir²⁸⁰. Bu sebeple üst hakkından yararlanmanın imkânsızlaşması ile TMK m. 785/I kapsamında üst hakkının yararının tamamen ortadan kalkması farklı sona erme sebepleridir. Yararlanması imkânsızlaşan üst hakkının terkin için yüklü taşınmaz maliki TMK m. 1026/I'e dayanarak tapu sicil müdürüne doğrudan başvurarak üst hakkının sicilden terkin edilmesini isteyebilir²⁸¹.

Yararlanmanın imkânsızlaşmasının en tipik örneği ise TMK m. 783'te zikredilen yüklü veya yararlanan taşınmazın yok olması halidir. Kanun'un 783. maddesinde sona erme sebeplerinden biri olarak yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olmasını (ortadan kalkması) saymışsa da bu durum daha geniş bir tabirle, üst başlık olarak yararlanmanın imkânsızlaşması kapsamında değerlendirilmelidir. Taşınmazlardan birinin veya her ikisinin birden yok olması üzerlerindeki mülkiyet hakkını sona erdireceği gibi taşınmazların konusu olduğu aynı hakların da sona ermesine sebep olur²⁸². Yüklü taşınmaz ortadan kalkarsa üst hakkının kullanma konusu (hak konusu) kalmaz, yararlanan taşınmaz yok olursa da üst hakkından yararlanma konusu (hakkın sahibi) ortadan kalkar²⁸³. Diğer yandan söz konusu taşınmazlar tamamen yok olabileceği gibi bir kısmı da yok olabilir. Bu durumda kalan kısım üst hakkının beklenen amacını elde etmesine yetecek durumda ise üst hakkı ortadan kalkmaz ve bu kısım üzerinde devam eder²⁸⁴. İmkânsızlık kavramını açıklarken ifade ettiğimiz gibi taşınmazların yok olması da maddi (fiilî) veya hukukî anlamda olabilir. Her iki halde de üst hakkı kendiliğinden sona erer ve tapuda gerçekleştirilecek terkin de açıklayıcı bir

²⁸⁰ Bertan, 1182.

²⁸¹ Ünal, Sona Erme, 125. Yazar bu yolun daha hızlı, masrafsız ve yerinde olduğu görüşündedir.; Dörttepe Okutan, 58-59.

²⁸² Bertan, 1181. Yazara göre de su altında kalan bir taşınmaz belli bir süre su altında kaldıktan sonra suyun çekilmesi bekleniyor ise yararlanmanın imkânsızlaşması için aranan şartlar gerçekleşmiş sayılamayacaktır.; Ünal, Sona Erme, 126; Akipek/Akıntürk/Ateş, 662; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 803/ N. 2816; Sirmen, 498; Isler, Baurechtsvertrag, 119.

²⁸³ Bertan, 1181.

²⁸⁴ Ünal, Sona Erme, 126; Akipek/Akıntürk/Ateş, 662.

nitelik taşır. Çünkü tapudaki tescil artık ne maddi ne hukukî ne de şekli yönden sonuç doğurur²⁸⁵.

IV. YÜKLÜ VE YARARLANAN TAŞINMAZA AYNI KİMSENİN MALİK OLMASI

Bir taşınmaz maliki mülkiyetindeki iki taşınmazdan biri lehine diğeri üzerinde üst hakkı kurabilir. Malik bu durumda taşınmazı üzerinde daha sonra kurulabilecek olan sınırlı aynî haklara karşı sıra önceliği elde etmeyi amaçlamaktadır. Bunun yanı sıra üst hakkıyla yüklü bir taşınmaz ve üst hakkından yararlanan taşınmazların aynı kişinin mülkiyetinde birleşmesi ile de malik lehine üst hakkı tesis edilmiş olur²⁸⁶. Ayrıca TMK m. 831- 833 (ZGB Art. 779f- 779h) hükümlerine göre şartları dahilinde yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının süresinden önce kendine devrini istemesi imkânın da sonuç itibarıyla üst hakkının malik lehine üst hakkına dönüşmesine neden olur²⁸⁷.

İster malikin doğrudan kendi lehine üst hakkı tesis etmesi suretiyle baştan itibaren, isterse sonradan üst hakkıyla yüklü ve haktan yararlanan taşınmazlar aynı malikin mülkiyetinde birleşsin bu durum irtifak hakkını kendiliğinden sona erdirmesin. İlk etapta bu durum Borçlar Hukuku kapsamında borcu sona erdiren sebeplerden biri olan TBK m. 135'teki alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi kurumunu anımsatsa da sonuç itibarıyla bu kurumlar birbirinden farklıdır. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ile borç kendiliğinden sona erer²⁸⁸. Oysa, üst hakkının aynı kişide birleşmesi irtifakı sona erdirmesin. Zira, üst hakkı malik lehine irtifaka dönüşmüş olur. Bu sonuca TMK m. 784 hükmünden ulaşmaktayız. Hükme göre yüklü ve yararlanan taşınmazlara aynı kimse malik olursa irtifak hakkını terkin ettirebilir. Ancak terkin ettirmedikçe aynî hak varlığını sürdürür.

Her iki taşınmazın maliki olan yüklü veya yararlanan taşınmaz maliki dilerse tapu idaresine başvurarak terkin talebinde bulunabilir. Malik talebini herhangi bir

²⁸⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, 834; Ünal, Sona Erme, 126; Akipek/Akıntürk/Ateş, 662.

²⁸⁶ Gürzumar, 67.

²⁸⁷ Isler, Baurechtsvertrag, 131; Aynı şekilde intifa hakkı bakımından bkz. Özen, 167.

²⁸⁸ Eren, 1297 vd.; Akıncı, Borçlar Hukuku, 400 vd.; Oğuzman/Öz, Borçlar, C.I, 553 vd.

gerekçeye dayandırmak zorunda olmaksızın tek başına yazılı terkin talebi ile gerçekleştirebilir. Malikin yazılı talebi üzerine terkine yetkili kişiler tarafından tapuda terkin işleminin yapılması ile üst hakkı sona ermiş olur. Ancak burada da terkinle irtifak hakkı sona erdiği için eğer yararlanan taşınmaz üzerinde başka sınırlı aynî haklar varsa irtifak hakkının sona ermesi için bu hak sahiplerinin de muvafakatlerinin alınması gerekir²⁸⁹.

V. YÜKLÜ VEYA YARARLANAN TAŞINMAZIN BÖLÜNMESİ

Türk Medenî Kanunu'nun 792 ve 793. hükümlerinde taşınmaza bağlı irtifaklarda yüklü veya yararlanan taşınmazın bölünmesi, bölünme sonucu oluşan her yeni parselde bazı parsellerdeki irtifak hakkının sona ermesi veya bazılarının üzerindeki yükten kurtulması düzenlenmiştir. Yararlanan taşınmazın bölünmesi TMK m. 792'ye, yüklü taşınmazın bölünmesi ise TMK m. 793'e tâbidir.

Kural olarak (TMK m. 792/I ve 793/I) yararlanan veya yüklü taşınmazların bölünüp parsellerin tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmesi her ne kadar parsellere bağımsız bir taşınmaz olma niteliği kazandıracak olsa da üzerlerindeki irtifak hakkını sona erdirmez. Her bir parsel üzerinde irtifak hakkı yeni sayfalara re'sen işlenerek, varlığını devam ettirir. Bu durum hakkın içerik ve kullanılış biçimini etkilemez²⁹⁰.

Belirli bir arazi üzerinde kurulan üst hakkı bu arazinin tamamı için kurulmuş demektir. Bir arazinin taksim ve ifraz yapılmadan sadece bir kısmı üzerinde üst hakkı kurulması mümkün değildir²⁹¹. İrtifak hakkı yüklü taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin bazılarının kullanılmasını sınırlandırdığı için mülkiyet hakkının bütününe yüklenmiş demektir. Ancak üst hakkının mülkiyet hakkının bütününe sınırlamış olması bu hakkın taşınmazın tamamına yayılmış olarak kullanılmasını gerektirmez. Hakkın kullanım yeri yüklü taşınmazın bir kısmıyla sınırlandırılmış

²⁸⁹ Bu konuda bkz. § 4/I, A; Yararlanan taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin muvafakatlerinin alınması gerekirken yüklü taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî hak sahiplerinden muvafakat almaya gerek yoktur. Bkz. Ünal, Sona Erme, 107; Köprülü/Kaneti, 66 vd.

²⁹⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, 660; Ünal, Sona Erme, 126; Bertan, 1326.

²⁹¹ Bu konuda bkz. § 3/I.

olabilir²⁹². Üst hakkı kapsamında inşa edilecek yapının, yüklü taşınmazın sadece belirli bir kısmına yapılmış olması yeterli görülmüş ise bu durumda üst hakkının kullanım biçiminin sınırlandırılması söz konusudur. Taraflar, üst hakkı sözleşmesinde bunu açıkça belirlemişlerse ve tapu kütüğünden de üst hakkının kullanım alanının sınırlandırıldığı açıkça anlaşılıyorsa bu durumda yüklü taşınmazın bölünmesi pay sahipleri için farklı imkânlar tanıyabilir²⁹³.

Yüklü taşınmaz parsellere ayrıldıktan sonra üst hakkının kullanımının belirli bir alana hasredilmiş olması sebebiyle hakkın belirli bir veya birkaç parselde kullanılmasını gerektiriyorsa, diğer parseller için üst hakkının kullanılmasına imkân veya ihtiyaç kalmamışsa bu parsel malikleri tapu sicil müdüründen TMK m. 793/II'ye dayanarak terkinini isteyebilirler. Yararlanan taşınmazın bölünmesinde²⁹⁴ de üst hakkından yararlanılmasının imkân veya ihtiyacı kalmayan parseller söz konusu olur ise yüklü taşınmaz maliki tapu memurundan TMK m. 792/II'ye dayanarak terkin talep edebilir²⁹⁵. Her iki halde de tapu sicil müdürü bu talebi önce üst hakkı sahibine bildirir ve bir ay içinde hak sahibinden bir itiraz gelmezse terkinini yerine getirir. Bir ay içinde itiraz gelirse TMK m. 792 ve 793 hükümleri askıya alınır ve yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının terkinini için açacağı davayı hâkim TMK m. 785/I hükmüne göre çözüme kavuşturur²⁹⁶.

²⁹² Bertan, 1325, 1326/N. 6.

²⁹³ Ünal, 137.

²⁹⁴ Yararlanan taşınmaz üzerinde başka bir aynî hak varsa bölünürken irtifak hakkı bakımından bir parselin yararlanan taşınmaz olamaması o taşınmazın değerini düşürecek ise tapu memuru aynî hakkın mahiyeti de göz önünde bulundurarak TMK m. 1014'e göre aynî hak sahibinin yazılı muvafakatini alması gerektiği yönünde bkz. Bertan, 1326/N. 7.

²⁹⁵ Ünal, Sona Erme, 128; Akipek/Akıntürk/Ateş, 661.

²⁹⁶ Ünal, Sona Erme, 127-128; Açılan davanın TMK m. 785/I'e benzemesine karşılık dayandığı sebepler farklıdır. Türk Medenî Kanunu 785/I hükmüne göre açılan davada irtifak hakkının kurulduğu zaman sahibine sağladığı yarar sonradan ortadan kalkmıştır. Burada ise bölünme ile ayrılan parsel irtifak hakkının menfaat sağlayamaz duruma geldiği ileri sürülmektedir. Bkz. Bertan, 1335/ N. 24.

Terkin işlemi terkin talebine itiraz edilmeden icra edilmiş ya da hâkim kararı üzerine yapılacak olsa da yararın kalmadığı andan itibaren maddi hukuk açısından üst hakkı sona erer. Bu sebeple terkin bozucu değil açıklayıcı etkiye sahiptir²⁹⁷.

VI. ÜST HAKKININ SÜRESİNDEN ÖNCE ARAZİ MALİKİNE DEVRİ

A) GENEL OLARAK

Kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nun 831- 833 (ZGB Art. 779f-779h) hükümleri arasında üst hakkı sahibinin üst hakkı sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranması halinde taşınmaz malikinın sahip olduğu süresinden önce devir hakkına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu kapsamda TMK m. 831 (ZGB Art. 779f) hükmü ile tarafların sözleşmede kararlaştırmadıkları sonradan ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık hallerinde üst hakkının süresinden önce devrinin malik tarafından istenmesi imkânını düzenlemektedir. Bu hükmün akabinde TMK m. 832 (ZGB Art. 779g) maddesi ile malikin bu imkândan yararlanması için gereken şartların neler olduğuna yer verilmiştir. Kanun'un 833. (ZGB Art. 779h) maddesi ise tarafların üst hakkı sözleşmesinde süresinden önce devredilmesine veya sona erdirilmesine; yani feshedilmesi hususunda anlaşmaya vardıkları hallere ilişkin bir düzenlemedir.

Üst hakkını sona erdiren sebeplerden biri de üst hakkı sahibinin sözleşmeden doğan bir borcunu önemli şekilde ihlal etmesidir. Türk Medenî Kanunu'nun 831. maddesine göre üst hakkı sahibi, üst hakkından doğan yetkilerini veya üst hakkı sözleşmesinden doğan bir borcu önemli ölçüde ihlal ederse, yüklü taşınmaz maliki üst hakkının kendisine devredilmesini talep edebilir²⁹⁸.

²⁹⁷ Ünal, Sona Erme, 129.

²⁹⁸ Taşınmaz malikinın üst hakkı sözleşmesini sona erdirmesi hakkını sınırlayacak bu hüküm 1965 yılında İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılan revizyonda 779f-779h maddeleri ile Kanun'a alındı. Bu değişiklikler 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun ile Türk Medenî Kanunu'nda yürürlüğe konarak, Türk Hukukunda da benimsendi. Kanun koyucunun bu düzenlemeleri getirme sebebini İsviçre'de önem arz eden bazı hak ihlallerinin önüne geçmek olduğu görülmektedir. Federal Konsey'in de ifade ettiği şekilde değişiklik öncesi dönemde İsviçre'de yapılan üst hakkı sözleşmelerinde yüklü taşınmaz malikleri üst hakkı sahiplerinin çıkarlarını dahi düşünmeden zorla sözleşmeye kendi lehlerine alım hakkına veya sözleşmenin belli hallerde sona erdirileceğine dair çok sert hükümler koydurmaktaydılar. Sona ermeye ilişkin hükümler ise önemsiz sebeplerle veya üst hakkı sahibinin ihlali ya da kastı olmayan hallerde hakkın taşınmaz malikine devrini ya da taşınmaz maliki tarafından sona erdirilmesini kapsamaktaydı. Hatta üst hakkı sahibine bir bedel veya tazminat ödemeyi de öngörmüyordu. Bu durum sadece üst hakkı sahibinin mağduriyetine yol açmıyor aynı

Süresinden önce devir hakkının kullanılabilmesi için Kanun’da öngörülen ilk ve en önemli şart; üst hakkı sahibinin, üst hakkından doğan yetkilerin sınırını ağır şekilde aşmış olması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerle önemli ölçüde aykırı davranmasıdır. Doktrinde bu ihlaller “ağır yükümlülük ihlali”²⁹⁹ olarak da ifade edilmektedir. Hükme göre yetki sınırının ağır bir şekilde aşılması veya sözleşme yükümlülüklerinin önemli ölçüde ihlali söz konusu olmadıkça yüklü taşınmaz maliki üst hakkının devrine yönelik bu hakkı kullanamayacaktır³⁰⁰. Kanun koyucunun hangi hallerin ağır yükümlülük ihlali olduğunu saymamış olması sebebiyle bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdiri ve tespiti uyuşmazlık halinde hâkime ait olacaktır. Hâkim her somut olayda TMK m. 4 gereğince takdir yetkisini kullanacaktır³⁰¹.

Hükmün uygulanmasına imkân verecek borçların çeşidinde bir ayrıma gidilip gidilmediği hususu ele alınacak olursa bu noktada herhangi bir ayırım yapılmaksızın borcun sadece üst hakkı sözleşmesinden doğmuş olmasının yeterli olduğu görülmek-

zamanda konulan bu hükümler sebebiyle hem üst hakkı ilişkisine duyulan güven zedeleniyor hem de hakkın teminat olarak gösterilmesi imkânını da fiilen ortadan kaldırıyordu. Bu gerekçelerle Konsey’e göre yapılan değişikliklerle yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının kendisine devrini süresinden önce talep edebilmesi kendine kalacak yapılar için bedel ödemek kaydıyla sadece üst hakkından doğan yetkilerin veya sözleşmeden doğan borçların ağır şekilde ihlal edilmesi ile sınırlandırılması gerekmekteydi. Bkz. BBI 1963 I 969: (Botschaft zum Baurecht, Bundesblatt 115. Jahrgang Band I, Bern, den 2 Mai 1963); **Freimüller**, 81.

²⁹⁹ **Isler**, Baurechtsvertrag, 128, 129. Yazar, arazi sahibinin anlaşılardan farklı bir yapı inşa eden üst hakkı sahibine tahammül etmesinin gerekmeceğini dile getirerek, ZGB Art. 779f (TMK m. 831)’nin uygulanmasını gerektirecek hallere; karşılaştırılan aksine konut yerine iş hanı veya sosyal konut yerine lüks konut inşa edilmesini, öngörülen amaca uyulmayarak yapının bir işletme olarak kullanılmaması şartının ihlal edilmiş olmasını (örneğin otel olarak kullanılıyor olması), yapının yıkılmasından sonra yeniden inşa edilmemesini, sözleşmede karşılaştırılan inşaat tekniğinin kullanılmamış olmasını, kat sayısına uyulmamış olmasını, yapının bakımının önemli ölçüde ihlal edilmiş olmasını, yapının inşasına karşılaştırılan tarihte başlanılmamasını vb. örnek olarak göstermektedir.; **Demirsatan**, 98.

³⁰⁰ Bu kapsamda hem temerrüdü hem de gereği gibi ifa etmemeyi düşünebiliriz. Gereği gibi ifa etmeme halleri de temerrüt de ağır yükümlülük hali olarak değerlendirilebilir. Ancak her halükârda somut olayın özelliğine göre ağırlık kriteri değerlendirilmelidir.

³⁰¹ **Isler**, Baurechtsvertrag, 128; Hâkimin takdir yetkisini kullanmasında belirleyici faktörlerin arazi sahibinin çıkarlarına, üst hakkı sahibinin ihlali sebebi ile makul ve sadık bir sözleşme ortaklığının artık sözleşme ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemeyeceği kadar kötü etkilenip etkilenmediği kriterleri olması gerektiği hakkında bkz. **Flepp**, Georg, Auflösung des Baurechts im Kontext der städtebaulichen Entwicklungsmöglichkeiten, Masterthesis zur Erlangung des Master of Science in Real Estate (CUREM), Zürich, 2009, 14-15; **Edis**, Seyfullah, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, AÜHFD, Y. 1973, C. 30, S. 1, 170-171.

tedir³⁰². Doktrinde bazı yazarlar³⁰³ üst hakkı sözleşmesinden doğan borçların üst hakkının içeriğiyle ilgili olması gerektiği yönünde görüş bildirmekte ise de kanunda bu yönde bir açıklık olmadığı için bu görüşün kabulü mümkün değildir. Diğer yandan, süresinden önce devir isteme hakkının üst hakkı sahibinin resmî senette yer alan alelade nisbi nitelikteki borçlarının ihlalinde de kullanılabilmesi mümkündür³⁰⁴. Bu borçlar da somut olayda önemli ölçüde ihlal edilmiş olabilir³⁰⁵.

Yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkını kullanabilmesi için üst hakkı sahibinin kusuru aranmamaktadır³⁰⁶. Üst hakkı sahibinin yetkilerinin sınırlı ağır bir şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerle önemli ölçüde aykırı davranılması hallerinde maddenin lafzında üst hakkı sahibinin kusurlu olması gerektiği sonucuna varılacak bir ibare bulunmamaktadır. Doktrinde de kabul edilen görüş, üst hakkı sahibi ağır yükümlülük ihlallerinde kusurlu olmasa dahi yüklü taşınmaz malikinin TMK m. 831'den doğan hakkını kullanabileceği yönündedir³⁰⁷.

³⁰² **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 3; **Freimüller**, 84; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 874/N. 3104; **Demirsatan**, 96.

³⁰³ Üst hakkı bedelinin hakkın içeriğine dahil olduğu gerekçesi ile TMK m. 831 hükmü kapsamına gireceği hakkında bkz. **Meier-Hayoz**, 604; Aynı yönde, **Gürzumar**, 145; **Demirsatan**, 96. Yazar'a göre bu görüş benimsenecek olursa üst hakkı bedeli hakkın içeriğiyle ilgili olmadığı için TMK m. 831 vd.'nin kapsamı dışında kalacaktır.

³⁰⁴ **Isler**, Baurechtsvertrag, 129; Aynı yönde bkz. **Gürzumar**, 142.

³⁰⁵ Doktrinde bu hususta özellikle üst hakkı iradının ödenmemiş olması ile ilgili tartışmalar söz konusudur. İsviçre doktrininde üst hakkı iradının ödenmemiş olması halinde hiçbir zaman ZGB Art. 779f (TMK m. 831) hükmünün uygulanamayacağı çünkü üst hakkı iradının kanuni ipotek hakkı ile temin edilebileceği görüşü savunulmaktadır (Bu konuda bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 129; **Friedrich**, 18). Ancak bizim de katıldığımız karşı görüşe göre üst hakkı iradı borcunun ihlali TMK m. 831 anlamında ağır yükümlülük ihlali mahiyetindeyse bu hüküm gereğince üst hakkının yüklü taşınmaz maliki tarafından süresinden önce devrinin talep edilmesi mümkündür. Diğer görüşün kabulü ise şu yönlerden mümkün değildir; öncelikle üst hakkı iradı için getirilen kanuni ipotek hakkı tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakları için getirilmiş bir teminat aracıdır ve bedel alacağı güvence altına alınmaktadır. Kanuni ipotek hakkının her türlü üst hakkı için uygulanması mümkün değildir. Ayrıca, bedel borcunda bir defa temerrüde düşülmesi (iradın ödenmemesi bir alışkanlık haline getirilmemişse) her zaman ağır yükümlülük ihlali mahiyetinde olmayabilir. Diğer yandan, iradın ödenmemesi halinde maliki TMK m. 834 hükmü gereğince kanuni ipotekten yararlanmaya zorlamak da kanunen söz konusu olamaz. (Aynı görüşteki yazarlar için bkz. **Gürzumar**, 142; **Demirsatan**, 95; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 873/N. 3103, dn. 476).

³⁰⁶ TMK m. 832'de "üst hakkı sahibinin kusurunun bedelin belirlenmesinde indirim sebebi teşkil edeceği" yönündeki ifade de süresinden önce devir talebinde bulunabilmek için üst hakkı sahibinin kusurunun şart olmadığının, ancak kusurun varlığı halinde bu durumun da dikkate alınması gerektiğinin bir göstergesidir.

³⁰⁷ **Freimüller**, 86; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 875/N. 3105, dn. 480c; **Demirsatan**, 105.

Kusur şartı, Borçlar Hukuku anlamında akdî sorumluluğun aslî şartlarındanıdır. Borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğu hükmünü düzenleyen TBK m. 114/I'den ulaşılan sonuç; kural olarak, akdi sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğudur³⁰⁸. Bu bağlamda süresinden önce devir hakkının kusur şartına bağlanması akdi sorumluluğun, borca aykırılığın özel bir sonucu olduğü sonucunu doğuracaktır. Ancak, TMK m. 831 hükmünün kapsamında üst hakkının içeriğine dahil olan aynî etkili sözleşme hükümleri³⁰⁹, aynî hak ihlalleri de vardır. Diğer yandan ileride açıklandığı üzere kanaatimizce de süresinden önce devir hakkı haklı nedenle feshin özel bir görünümüdür³¹⁰. Haklı nedenle fesih halinde kusur aranmamaktadır. Fesih muhatabının hiçbir kusuru olmasa bile meydana gelen sözleşme ihlallerinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılabileceğı kabul edilmektedir. Bu durumda, fesih hakkını kullanan taraf açısından dürüstlük kuralı gereğince sözleşme ilişkisinin çekilmez hale gelmiş olabileceğı kabul edildiğı için haklı nedenle feshin özel bir görünümü olan TMK m. 831 hükmünde de kusur şartı aranmamaktadır³¹¹.

Süresinden önce devir hakkında dikkate alınacak önem arz eden unsurlardan bir diğeri de TMK m. 832/II (ZGB Art. 779g) hükmüne göre yüklü taşınmaz maliki- nin üst hakkı sahibine kendisine devredilecek yapılar için uygun bir bedel ödemesi gerekliliğidir. Buna göre yüklü taşınmaz maliki mülkiyetini kazanacağı yapılara karşılık gelen uygun bir bedeli³¹² üst hakkı sahibine ödeyecek veya bu bedeli güvence

³⁰⁸ Eren, 1078, 1086 vd.

³⁰⁹ Bu konuda bkz. § 3/II, B.

³¹⁰ Bkz. § 4/VI, B.

³¹¹ Altıok Ormancı, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, 158.

³¹² Eski Medenî Kanun'da hükme karşılayan 751/f maddesinde "tazminat" terimi kullanılmışsa da TMK m. 831'de öngörülen bedel borca aykırılığın bir yaptırımı değildir, dolayısıyla bir tazminat da değildir. Bedel, denkleştirme anlamında kullanılmaktadır. Doktrinde halen tazminat kavramını kullanan yazarlar da mevcuttur. Bu konuda bkz. **Gürzumar**, 143, dn. 562; **Demirsatan**, 110, dn. 420-421; İsviçre doktrinine göre taraflar ödenecek bedeli tayin etmişlerse burada dikkat edilmesi gereken üst hakkı sahibinin bu bedelden herhangi bir avantaj elde etmemesi, taşınmaz malikinin durumundan daha iyi bir konuma getirilmemesidir. Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779g Nr. 2; Aynı yönde, **Spycher**, ZK Art. 779h, Nr. 11. Yazara göre devir sırasında teminat altına alınan ve malik tarafından üstlenilecek olan ipotek borçları (birikmiş faiz ve vadesi gelmiş ancak ödenmemiş ipotek faizi, temerrüt faizi ve işletme maliyetleri dahil) ve üçüncü şahısların diğer parasal alacakları (aynî veya zorunlu aynî teminatları) ödenmesi gereken brüt tazminattan (bedel) mahsup edilir. Sonra da üst hakkı sahibinin taşınmaz malikine olan borçları bedelden indirilir. Ayrıca üst hakkı sahibinin kusuru da indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır.

altına alacaktır³¹³. Ancak burada vurgulanması gereken husus, bedel ödeme unsurunun hakkın doğumu için bir şart olmadığıdır. Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı devir borcunun ifasını üst hakkı sahibinden talep edilmesi halinde üst hakkı sahibine tanınan bir karşı talep hakkı niteliğindedir³¹⁴. Diğer bir deyişle, süresinden önce devir hakkı yenilik doğuran bir haktır³¹⁵ ve bu hakkın yüklü taşınmaz maliki tarafından kullanılmasıyla taraflar arasında devir ilişkisi doğar veya mevcut ilişki tasfiye ilişkisine dönüşür³¹⁶. Yüklü taşınmaz malikinin bedel ödeme borcu da bu ilişki çerçevesinde doğar³¹⁷. Dolayısıyla; üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlali, süresinden

³¹³ Kanun'da güvencenin ne olacağı belirtilmemiştir. Doktrinde TMK m. 829/II (ZGB Art. 779d/II)'de öngörülen bedel borcunun ipotekle güvence altına alınmasına ve TMK m. 895/IV (ZGB Art. 839/III)'deki kanuni ipotek hakkına dair güvence verilmesi gereken borçlar bakımından kabul edilen esasların uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Demirsatan**, 108, dn. 415.

³¹⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 875/N. 3106; **Demirsatan**, 108; **Gürzumar**, 142 vd., Yazar'a göre bedel ödeme zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için üst hakkı tesis edilen arazi üzerinde üst hakkı sahibi tarafından ya bir yapı inşa edilmiş olması ya da üst hakkı tesis edilirken üst hakkı tesis edilen arazi üzerinde daha önce inşa edilmiş bir yapının değerinin üst hakkı sahibi tarafından arttırılmış olması gerekmektedir.; **Sirmen**, 530.

³¹⁵ Süresinden önce devir hakkının hukukî niteliğine dair doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre taşınmaz malikinin bu hakkı bir yenilik doğuran haktır ve hakkın kullanılması ile taraflar arasında devir ilişkisi doğar (Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 875/N. 3106; **Demirsatan**, 108). Diğer bir görüş ise ağır yükümlülük ihlali halinde TMK m. 831 gereği üst hakkı sahibi aleyhine bir devir borcu doğmaktadır. Bu görüşe göre devir borcu taşınmaz malikinin devir talebini üst hakkı sahibine iletmesi ile doğar. Bu görüş savunucularına göre taşınmaz malikine üst hakkını devretme borcu, devir borcu olmasının yanı sıra kanundan doğan bir eşyaya bağlı borç niteliğindedir. (Bkz. **Gürzumar**, 143; **Gümüş**, Mustafa Alper, Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ile İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, 554; **Uluslan**, 32). Kanunımızda TMK m. 831 hükmünün emredici nitelikte olduğu sonucuna varılacak olursa süresinden önce devir borcunun da kanundan doğan bir devir borcu olduğunun kabulü gerekir. Ancak ileride açıklandığı üzere TMK m. 831 hükmünü emredici kabul etmek mümkün değildir. Hem hükmün emrediciliği sorunu göz önünde bulundurulduğunda hem de süresinden önce devir hakkının haklı nedenle fesih kurumunun özel bir görünümü olması sebebi ile biz de doktrindeki yenilik doğuran hak olduğu görüşüne iştirak ediyoruz.

³¹⁶ Tasfiye ilişkisi, yüklü taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi arasındaki sözleşme ilişkisi içinde devir hakkının kullanılması suretiyle doğar. Borcun üstlenilmesi ile üst hakkı sahibinin üst hakkı bedeli borçlusu olduğu hallerde yüklü taşınmaz maliki ile borcu üstlenen üst hakkı sahibi arasında sözleşme ilişkisi olmadığı için yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkını kullanması ile taraflar arasında devir ilişkisi doğar, ancak tasfiye ilişkisi ikinci planda kalır. Bu durumda tasfiyenin etkisi sadece devir hakkının kullanılması sebebiyle taşınmaz üzerindeki yapılar için ödenecek uygun bedel borcunun doğumunda kendini gösterecektir. Bkz. **Demirsatan**, 114, 122; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 875/N. 3106; **Gürzumar**, 143- 144.

³¹⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 875/N. 3106; **Sirmen**, 530; Eğer ki, süresinden önce devir borcunun doğumunun yenilik doğurucu hakkın kullanılmasıyla değil de ağır yükümlülük ihlalleri ile birlikte kanundan doğduğu kabul edilirse bedel ödeme borcunun ne zaman doğduğunun da tespiti de teorik olarak güçleşir. Yenilik doğurucu hak olduğu kabul edildiğinde yüklü taşınmaz malikinin devir talebinin üst hakkı sahibine ulaşmasıyla birlikte borç ilişkisi devir ilişkisine dönüşeceği

önce devir hakkının ve taraflar arasında devir ilişkisinin doğmasına sebep olacak yenilik doğuran hakkın kullanılması bakımından bir kanuni şart iken, uygun bedelin ödenmemiş veya güvence altına alınmamış olması devir borcunun ifasının talep edilmesi halinde bir savunma (def'i) imkânı olarak karşımıza çıkmaktadır³¹⁸.

Yüklü taşınmaz malikinin TMK m. 831 hükmündeki haktan yararlanabilmesi için TMK m. 832'ye göre hakkın kullanılmasıyla birlikte doğan devir ilişkisi içinde ödemesi gereken bedel, "uygun bedel" kavramı ile tanımlandığı için bir uyumsuzluk söz konusu olursa bedelin miktarını TMK m. 4 hükmüne dayanarak her somut olayın özelliklerini dikkate alarak hâkim tayin edecektir³¹⁹.

B) TMK m. 831'İN KAPSAMINA GİREN ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNE AYKIRILIK HALİNDE GENEL HÜKÜMLERİN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

Bir sözleşme ilişkisinde taraflar TBK m. 27'ye aykırı olmamak kaydıyla irade serbestisi çerçevesinde istedikleri hükmü karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı esasına dayanarak sözleşmeye koyabilirler. Bu çerçevede birbirlerine karşı üstlendikleri yükümlülükleri ve bunların ihlali halinde de uygulanacak yaptırımı belirleyebilirler. Taraflar böyle bir hüküm tesis etmemişlerse bu durumda genel hükümler çerçe-

için devretme ve bedel ödeme borcu da bu anda doğmuş olacaktır. Diğer taraftan bedel ödeme borcunun kanunda sayılan ağır yükümlülük hallerinden birinin gerçekleşmesiyle kanundan doğduğu kabul edilecek olursa üst hakkı sahibinin ihlali ile birlikte yüklü taşınmaz malikinin talebine mahal olmadan kanun gereği bedel ödeme borcu da doğar. Bu durumda süresinden önce devir hakkını kullanmak istemeyen bir yüklü taşınmaz maliki de yapılar için bedel ödemek zorunda kalacaktır ki, bu durum hem kanun koyucunun hükmü tesis etmekteki amacına hem de TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bkz. **Gürzumar**, 143, dn. 564a.

³¹⁸ Devir ilişkisi taraflar arasında iradi olarak kurulmuş bir sözleşmeye dayanmadığı için uygun bedelin ödenmesi veya güvence altına alınması karşılığında devir borcunun ifa edilmesi edimleri arasında gerçek anlamda synallagma ilişkisi olmasa da synallagmaya benzer bir ilişki söz konudur. Edimlerin birbirinin karşılığı olduğu bu gibi hallerde de synallagmatik sözleşmelere özgü bazı hükümlerin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple söz konusu def'i, ödemezlik def'idir. **Demirsatan**, 109, 114 vd.

³¹⁹ **Gürzumar**, 144; İsviçre doktrininde ifade edildiği üzere süresinden önce devir hakkının kullanılmasına dair ihlalin varlığına dair bir ihtilaf söz konusu olursa mahkeme önce ihlalin varlığını tespit edecektir. Ancak bu karar tespit hükmü niteliğindedir. Hakkın sonuç doğurması mahkeme kararının tescili ile söz konusu olacaktır. Mahkeme ağır yükümlülük ihlalinin varlığını tespit ettikten sonra ödenecek tazminat (bedel) miktarını ve tazminatın güvence altına alınma süresini belirler. Bedel ödendikten veya teminat altına alındıktan sonra tapuda devir işlemi gerçekleştirilebilecektir. Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 11; **Spycher**, ZK Art. 779h, Nr. 7

vesinde sözleşmeye aykırılık hallerinin değerlendirilmesi ve kanunun öngördüğü çerçevede talep haklarının da belirlenmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu TMK m. 831 hükmü ile üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırı davranması haline münhasıran özel bir düzenleme getirmiştir. Bu hükmün hukukî niteliğinin tespiti sözleşmeye aykırılık halinde genel hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi hallerde genel hükümlere gidilebileceği hususunda önem arz eder. Zira, TMK m. 831'in emredici nitelikte kabul edilmesi bu hükmün üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırı davranması halinde taşınmaz malikin sözleşmeyi sona erdirme yetkisini sınırlayan bir niteliğe dönüşmesine sebep olur.

1. TMK m. 831'in Emrediciliği Sorunu

Türk Medenî Kanunu'nun 831. maddesi ile getirilmiş olan “süresinden önce devir talebinin” hukukî niteliğinin tespiti üst hakkı sözleşmesinde taraflar arasındaki ihtilafların çözümünde, özellikle sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik talep haklarının kullanılmasında Borçlar Hukukunun genel hükümlerine gidilip gidilemeyeceğinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Zira, hükmün emredici nitelikte olduğu kabul edilirse Borçlar Hukukunun genel hükümleri karşısında TMK m. 831 özel hüküm niteliğinde olur. Bu durumda üst hakkı ilişkisinde özellikle sözleşmenin yükümlülük ihlalleri sebebi ile sona erdirilmesinde fesih hakkının kullanılmasından ise bahsedilemez³²⁰. Hatta tarafların koydukları sona ermeye ilişkin hükümlerin de TMK m. 833 hükmü gereği süresinden önce devir hakkının kullanılması şeklinde yorumlanması gerekir. Bu noktada sözleşme serbestisi çerçevesinde üst hakkı sözleşmesinde tarafların sözleşme ile bağlılıklarını sona erdirecek hüküm tesis etmelerinin de önüne geçilmiş olunur.

³²⁰ Bir hükmün genel veya özel olması daima özel hükmün genel hükmü bertaraf edeceği anlamına gelmez. Ancak özel hükmün emredici kabul edilmesi ise genel hüküm yerine özel hükme gidilmesi gerektiği sonucunu doğurur. Kanun koyucu iradesinin ne yönde olduğunu doğrudan veya dolaylı olarak açıklamışsa bu beyan esas alınmalıdır. Buradan bir sonuca ulaşılabilmesi halinde ise kanunun özel hükümle ulaşmak istediği amaca bakılmalıdır. Bkz. Çağa, Tahir, Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?, TBB Dergisi, Y. 1991, C. 3, S. 3, 373-374.

İsviçre ve Türk Hukuk doktrinde hâkim görüş³²¹, bu hükmün emredici nitelikte olduğu yönündedir. Buna gerekçe olarak da hükmün İsviçre Medenî Kanunu'na koyulma amacı gösterilmektedir³²². Federal Konsey'in 2 Mayıs 1963 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan Türk Medenî Kanun ve Türk Borçlar Kanunu'nun üst hakkı ve taşınmaz işlemlerine ilişkin hükümlerini değiştiren federal kanun tasarısına göre “taşınmaz malikinın üst hakkı sahibine yapılar için bedel dahi ödemedi, önemsiz veya üst hakkı sahibinin bir ihlali bulunmadan fesih hakkını kullanmasının önlenmesi gerektiği” ifade edilmiştir. Böylece söz konusu hükümlerle sözleşme ile kurulan güven ortamının bozulması, sözleşmenin âkıbetinin tehlikeye düşürülmesi önlenmiş olacaktır³²³. Diğer yandan, yine hükmün emrediciliği görüşünü savunanlar TMK m. 833'te “malik lehine saklı tutulan tüm sona erme veya devrini isteme yetkilerinin” de TMK m. 831'e tâbi olacağı hükmünün de TMK m. 831'in emrediciliğinin kanıtı olduğunu ileri sürmektedirler.

Bunun dışında doktrinde farklı gerekçelerle emredicilik görüşünün desteklendiği de görülmektedir. Doktrinde bir görüşe göre³²⁴ TMK m. 831 ve 833 hükümleri olmasaydı TMK m. 5'in yaptığı atıf ile TMK m. 90 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olurdu. Ancak bu emredici ve özel hükümler gereği genel hükümlerle üst hakkı sözleşmesinin sona erdirilmesi mümkün değildir.

Başka bir görüş³²⁵ de hükmün emredici olduğunu doğrudan ifade etmemiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 1/II hükmünü gerekçe göstererek kanunun ruhundan varılacak sonuç gereği mülkiyet ve irtifak haklarının sözleşme özgürlüğü altında sona

³²¹ **Oğuzman Seliçi/Oktay-Özdemir**, 873/ N. 3103; **Ertaş**, N. 2433- 2435; **Özmen**, E. Sabâ/**Korkmaz**, Tuba, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, MHFD, Y. 2020, S. 1, 180; **Gürzumar**, 134-135, 144; **Demirsatan**, 90 vd.; **Isler**, Baurechtsvertrag, 127; **Freimüller**, 87, 93; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 1; **Spycher**, ZK Art. 779h, Nr.1.

³²² **Gürzumar**, 131 vd.; **Demirsatan**, 90 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 874/ N. 3103; **Friedrich**, 17; **Freimüller**, 81; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 1. Yazarlara göre taşınmaz malikinın bu sözleşmeden sağladığı bir ekonomik avantaj varsa hem onun çıkarlarının etkin bir şekilde korunması hem de üst hakkı sahibinin taşınmaz malikinın önemsiz veya kasıtsız bir sözleşme ihlali sebebi ile sözleşmeyi feshetmesine karşı korunması istenmektedir. Aynı yönde **Spycher**, Baurecht, 108; **Spycher**, ZK Art. 779h, Nr.1.

³²³ BBI 1963 I 969.

³²⁴ **Ertaş**, N. 2434-2435.

³²⁵ **Özmen/Korkmaz**, 166-168.

erdirilmesinin kısıtlandığı, TMK m. 831 hükmünün de bunun açık bir göstergesi olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlara göre “*üst hakkı Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleri veya sözleşmeye irade serbestisi ile konacak özel hükümler uyarınca sona erdirilemez*”.

Emredici hukuk kuralları, bireylerin iradesine bakılmaksızın kanun nezdinde uyulması mutlak anlamda zorunlu olan, tarafların aksini kararlaştıramadıkları kurallardır³²⁶. Bir hukuk kuralının emredici sayılabilmesi için o kuralın korumaya çalıştığı menfaate de bakılması gerekir. Hatta, bir kuralın emredici olup olmadığının belirlenmesinde “temel ölçüt” kuralın yorumlanması ile belirlenecek olan söz konusu kuralın taşıdığı amaçtır³²⁷. Bu sebeple emredici hükümler ya toplumun menfaatinin yahut ahlaki değerlerini korumayı amaçlayan “kamu düzenine veya genel ahlaka ilişkin” ya da kişinin “kişiliğini korumak” amacıyla konulan hükümlerdir. Diğer yandan “ekonomik, sosyal veya fiziki” açıdan zayıf durumda olan bireylerin korunması amacı taşıyan hükümlerle (Borçlar Hukukundaki kiracıyı koruyan hükümlerle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketicinin korunması gibi), şekle ilişkin hükümler de emredici hükümlerdir³²⁸.

Kanaatimizce, TMK m. 831’in emredicilik altında değerlendirilebileceği yönünü kanun koyucunun taşınmaz malikine tanıdığı, tarafların sözleşme ile bu hakkın kullanılmayacağına yahut malikin bu hakka sahip olmadığına hükmedemeyeceği bir imkân olduğudur. Taraflar üst hakkı sözleşmesini tesis ederken en baştan konulacak bir hükümle taşınmaz malikin süresinden önce devir talebinde bulunmayacağını kararlaştırırlarsa bu durum bir hakkın kullanılmasından feragat edilmesi anlamına

³²⁶ **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 18. B., İstanbul 2022, 108; **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami, Medenî Hukuk, 28. B., İstanbul 2022, 86; **Antalya**, Gökhan, Hukuk Metodolojisi, C. II, Ankara 202, 427; **Eren**, 336, 337.

³²⁷ **Antalya**, Metodoloji, 428.

³²⁸ **Oğuzman/Barlas**, Medenî, 87; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, Medenî Hukuk, 109; **Antalya**, Metodoloji, 427, 428; **Akyol**, Şener, Medenî Hukuka Giriş, 2. B., İstanbul 2006, 161; **Edis**, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, 157 vd.; **Eren**, 336.

gelir. Hak sahibinin hakkın doğumundan önce haktan feragat etmesi geçerli değildir³²⁹.

Diğer yandan süresinden önce devir hakkının kullanılamayacağına dair sözleşmeye konulan bir hüküm aynı zamanda taşınmaz malikinin ekonomik hürriyetinin gereğinden fazla sınırlandırılması anlamına da gelir. Ekonomik hürriyet TMK m. 23 kapsamında kişilik hakları ile de ilgilidir. Ekonomik hürriyetin aşırı derecede sınırlandırılması mülkiyet hakkının da aşırı derecede sınırlandırılmış olduğu anlamına gelir. Bu boyutuyla kanun koyucunun tarafların iradeleri ile bertaraf edemeyeceği bir hüküm olması açısından hükmün emrediciliğinin kabulünde bir sakınca yoktur. Başka bir ifade ile burada kanun koyucunun amacı taşınmaz malikine süresinden önce devir talep etme hakkını garanti altına almaktır. Ancak kanun koyucu bu imkânı da tamamlayıcı bir hükümle koymaktadır. Hükmün taşıdığı amaç ve maddenin açık lafzı bunu göstermektedir.

Hükmün taşıdığı amaç yönünden TMK m. 831'i yorumlayacak olursak üst hakkına ilişkin hükümler incelendiğinde söz konusu hükümlerin doğrudan kamunun menfaatini koruyan yahut toplumsal düzeni, güvenliği sağlamaya dair kurallar olmadığı için kamu düzenine ilişkin değildir. Bu noktada üst hakkının dolaylı olarak kamu menfaatine hizmet ettiği düşünülebilir. Örneğin; üst hakkı kapsamında tesis edilen yapının bir sosyal konut inşası olduğu varsayımında bu inşaatın tamamlanması halinde birçok dar gelirli ailenin konut sahibi olacağı düşünülürse hem dar gelirli aileler açısından hem de bu inşaatın yapımında çalışan yüzlerce farklı sektörde işçiye sağlanacak istihdam ile dolaylı olarak kamu yararına hizmet ettiği söylenebilir; yahut, üst hakkı ile inşa edilecek yapının bir otel işletmesi veya bir alışveriş merkezi binası olduğu düşünülürse bu kapsamda yine birçok çalışana iş imkânı sağlaması söz konu-

³²⁹ Hukukî özdeyişler yolu ile doğan ve hukukun genel ilkelerinden olduğu kabul edilen “doğmamış haktan feragat edilemeyeceği” ilkesi Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında da yaygın olarak kullanılmaktadır. (Bkz. **Öztan**, Bilge/**Gürpınar**, Damla, Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 47.B., Ankara 2022, 167-168; YHGK, 21.02.2018, 2017/1673 E. 2018/251 K.; Y. 23HD., 02.07.2012, E. 2012/2635 K. 2012/4535; Y. 23HD., 11.04.2014, E. 2013/7940 K. 2014/2858; Y.2HD. 24.12.1971, 7598/7386; Ankara BAM, 26HD., 28.04.2022, E. 2021/1821 K. 2022/1214; Y.8HD., 28.03.2013, E. 2012/9614 K. 2013/4584; Y.15HD., 04.04.2007, E. 2006/1819 K. 2007/2112 (Kara için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

su olacaktır. Ayrıca yine bu kapsamda faaliyet gösterecek ticari işletmelerin de ticari hayat açısından ülke ekonomisine katkıları ve sağladıkları istihdam düşünüldüğünde ticari işletmelerin devamlılığında da kamu yararının olduğu söylenebilir. Bu sebeple üst hakkının fesihle sona erdirilmesi karşısında TMK m. 831 gereği süresinden önce devir hakkının kullanılmasında kamu düzenine ilişkin bir rol oynadığı düşünülebilir. Ancak bu ihtimaller kanun koyucunun üst hakkına ilişkin kurallarla tesis etmeyi sağladığı düzende hedeflediği birinci derecedeki amaç değildir. Zira, üst hakkı kapsamında kurulacak tüm ilişkiler örneklerde verdiğimiz mahiyette olmayabilir. Taraflar tamamen bireysel ihtiyaçlarına hizmet eden amaçlarla da bu hakkı tesis etmiş olabilirler. Her hukuk kuralı genel itibarıyla toplumu oluşturan bir yapı taşı olarak bireyi esas aldığı için dolaylı olarak kamu düzenine hizmet eder. Burada önemli olan kanun koyucunun hükmün tesisinde doğrudan hedeflediği amaçtır. Öte yandan, üst hakkı süresinden önce devredildiğinde de hak sona ermemiş olacağı için mevcut ticari işletmeler varlık göstermeye ve ticarî faaliyetlerine devam ederler. Bu durumda sadece üst hakkı sahibi değişir. Üst hakkı sahibi olan taşınmaz maliki bu hakkı terkin ettirse bile binalar yıkılmadığı sürece o binaları kullanan şahsi veya sınırlı aynî hak sahipleri bakımında sadece karşı tarafın hukukî vaziyeti değişmiş olur. Yani, bu kapsamda ticari işletmelerin bir kamu yararı varsa bile bu yarar devam eder.

Üst hakkının feshedilmesi halinde her somut olay içinde hakkın içeriğine göre dolaylı olarak üstlendiği bu roller somut olay adaletinin tesisinde göz önünde bulundurulabilir. Ancak bu durum TMK m. 831 vd. kapsamındaki ilişkilerin doğrudan kamu menfaati amacını taşıdığı gerekçesi ile kamu düzeninden sayılması ve emredici hüküm kabul edilmesi için yeterli değildir.

Bir hükmün emredici olup olmadığının hükmün lafzından da anlaşılabilir olması gerekir. Hükmün lafzından anlaşılamaması halinde amaçsal yorum gereği emredici olup olmadığı anlaşılabilir. Öncelikle hükmün hem İsviçre Medenî Kanunu'ndaki (ZGB Art. 779f) hem de Türk Medenî Kanunu'ndaki lafza bakıldığında taşınmaz malikine bir talep hakkı tanındığı görülmektedir. Her iki hüküm de birbiriyle aynı ifadelerle aynı düzenlemeyi öngörmekte ve emredici bir ifadenin kullanılmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Zira, hükümde "...malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir" de-

nilmek suretiyle “açıkça” talep hakkını kullanmak veya kullanmamak taşınmaz malikinin takdirine bırakılmıştır³³⁰. Hukuk kurallarının yorumunda öncelikle esas alınacak yöntem, lafzi yorum yöntemidir. Bu yöntemin somut uyumsuzluğu çözmede yetersiz kalması halinde ise amaçsal yorum gibi diğer yorum yöntemlerine başvurulabilir³³¹. Şu hâlde, söz konusu hükmün “amaçsal yorum teorisine” göre de yorumlanması gerekmektedir. “Metnin amaçsal yorumu” hem Medenî Kanun’un uygulanması hususunda kabul ettiği yorum metodudur³³² hem de hükmün lafzından emredici olup olmadığına dair şüphe varsa ikinci olarak bakılması gereken yorum teorisidir. Türk Medenî Kanunu’nun maddeye ilişkin gerekçesinde de süresinden önce devir talebinin bir “olanak” olduğu ifade edilmiş, emrediciliğine dair bir vurgu yapılmamıştır. Bu durumda belki, kaynak kanun olan İsviçre Medenî Kanunu’nun amacı göz önünde bulundurulduğunda hükmün emredici olduğu görüşü ileri sürülebilir.

Bu tespitler ışığında doktrinde hâkim görüş TMK m. 831 hükmünün emredici olduğu yönünde ise de biz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun³³³ da benimsediği gibi hükmün emredici olmadığı görüşünü savunmaktayız. Görüşümüzün gerekçesi olarak hükmün emrediciliğini savunan yazarların görüşlerine de cevaben şunları söylemek mümkündür:

Öncelikle, Türk Medenî Kanunu’nda kanun koyucu hükmü, açıkça İsviçre Medenî Kanunu’ndaki gibi bir amaca dayandırmamıştır. Sadece bu hükümle taşınmaz malikine bir olanak tanındığı ifade edilmiştir³³⁴. Türk Medenî Kanunu’nun 1. mad-

³³⁰ Diğer yandan taşınmaz malikinin seçimine bırakılmış olan bu hükmün aksine taraflar sözleşmede hüküm tesis edebilirler. Süresinden önce devir hakkı sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da tüm ağır yükümlülük ihlalleri için geçerlidir. Ancak hükmün kapsamı sadece bununla sınırlı değildir. “Sözleşmede saklı tutulmuş olan” her türlü yükümlülük ihlaline ilişkin süresinden önce devir ve sona erdirmeye ilişkin taleplerde TMK m. 831’e tâbi tutulmuştur (TMK m. 833). Söz konusu halde de bu hakların kullanılabilmesi taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine yapılar için uygun bedel ödemesi veya bedelin güvence altına alınması şartına bağlı tutulmuştur.

³³¹ **Antalya**, Metodoloji, 588 vd.

³³² **Antalya**, Metodoloji, 544.

³³³ YHGK., 07.04.2004, 2004/13- 208 E. 2004/211 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³³⁴ TMK m. 831 hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “*Eski Kanunun 751/e maddesini karşılamaktadır. Hüküm değişikliği yoktur. İsviçre Medenî Kanunu’nun 779/f maddesinden yararlanılarak kaleme alınan maddede, arazi malikine, sürenin bitiminden önce üst hakkının kendisine devrini isteyebilme olanağı tanınmaktadır. Ancak bu olanağı kullanma, üst hakkı sahibinin yetkilerinin sınırlarını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde mümkün olabilecektir. Bu durumda da üst hakkının arazi malikine geçmesi, bütün hak ve*

desi ile hukukun uygulanmasına dair genel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır”. Hükümün devamında Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkimin hukuk yaratmasının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Kanun’un sözüyle ve özüyle (ruhıyla) değindiği bütün konulara uygulanması hükmünün TMK m. 5 ile birlikte yorumlanması gerekir. Elbette ki, Medenî Kanun’da emredici olan bütün hükümlerin söz konusu ilişkilere uygulanması gerekir. Ancak, emredici olmayan hükümlerin hukukun emredici diğer hükümlerine nazaran öncelik taşıyacağı yorumuna da varılmamalıdır. Zira, TMK m. 5’te zikredilen “Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır” hükmü gereğince Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin de Medenî Kanun’un emredici olmayan düzenlemelerinin yanında uygulama alanı bulabilmesi söz konusu olacaktır³³⁵. Bu hüküm Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin ve özel hükümler arasında yer alan genel nitelikli hükümlerin de Medenî Hukuka ilişkin alanlara ve sair özel hukuk ilişkilerine uygulanması imkânı sağlar³³⁶. Bu kapsamda Borçlar Kanunu’ndaki bir hükmün Medenî Hukuka uygulanabilmesi için Medenî Kanun’da o hususa dair bir hüküm bulunmaması ve Borçlar Kanunu’ndaki hükmün Medenî Hukuka ilişkin ilgili kurumun niteliğine, bünyesine aykırı düşmemesi gerektiği kabul edilmektedir³³⁷.

Söz konusu hüküm genel atıf hükmü olarak kabul edilmekte ve kanunda boşluk bulunması halinde hükmün uygulanabileceği ifade edilmektedir³³⁸. Ancak Türk Medenî Kanunu’nda bir kurumla ilgili doğrudan, Borçlar Kanunu genel hükümlerinin tamamen uygulanmasını engelleyecek emredici bir hüküm yok ise bu durumda Me-

yükümlülükleri ile birlikte olacaktır. Böylece özellikle rehinli alacaklıların haklarının tehlikeye düşmesi önlenmiş olmaktadır.” Bkz. Akkurt, Sinan Sami/Erdoğan, Kemal/Tokat, Hüseyin, Türk Medenî Kanunu (Gerekçeli- Karşılaştırılmalı- Tablolu- İçtihatlı- Notlu AYM., YİBK. Ve YHGK. Kararlarıyla), Ankara 2019, 1208.

³³⁵ **Gürzumar**, O. Berat, Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2004, C. 3, S. 1, 105 vd.; **Ateş**, Derya, Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medenî Kanunun 5’inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2019, C. 77, S. 2, 669 vd.; **Edis**, Seyfullah, Özel Hukukun Bütünlüğü Üstüne, AÜHFD, Y. 1975, C. 32, S. 1, 156.

³³⁶ **Gürzumar**, TMK m. 5; 126- 127; **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 16.B., İstanbul 2018, 2.

³³⁷ **Oğuzman/ Öz**, Borçlar, C.1, 2.

³³⁸ **Gürzumar**, TMK m. 5, 132 vd., özellikle 141 vd.

denî Kanun ile öngörülen hükmün tamamlayıcı hüküm olması sebebi ile Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlerle birlikte uygulanmasına da bir engel yoktur. Böyle durumlarda taleplerin yarışmasından söz edilebilir. Çalışma konumuz gereği irtifak hakları esas alındığında hakkın temeli bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır ve hakkın sözleşmeden ayrı değerlendirilmesi veya düşünülmesi mümkün değildir. Bu sebeple hakka temel olan sözleşme ilişkisinin tâbi olacağı Borçlar Hukuku genel hükümlerinin uygulanmasının engellenmesi de mümkün değildir³³⁹. Mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkına dayanan sınırlı aynî haklar anayasal güvence altında ise bireylerin sözleşme özgürlükleri de Anayasa'nın koruması altındadır³⁴⁰. Bu sebeple mülkiyet hakkının veya mülkiyete dayanan sınırlı aynî hakların sözleşme ilişkisine nispeten üstün tutulması söz konusu değildir. Kaldı ki, bu sözleşme ilişkisi haktan bağımsız değildir. Bilakis irtifak hakkının temelini, hukukî dayanağını oluşturmaktadır. Birçok yazar, sözleşme özgürlüğünü mülkiyet hakkının bir parçası ya da ondan doğan bir

³³⁹ Belen, TMK m. 831 hükmünün Kanun'un tanıdığı bir imkân olduğu görüşüne şu gerekçelerle iştirak etmektedir: "...maddenin amacına göre korunan öncelikli olarak üst hakkı sahibidir". Bu sebeple üst hakkı sahibi lehine tesis edilmiş olan TMK m. 831'den ayrılan bir anlaşma yapılmışsa bu anlaşmalar geçerli olacaktır. Bkz. **Belen**, Herdem, Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları, Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, 2001, 392. Yazar, bir başka eserinde de TMK m. 833'ün dikkate alınması suretiyle taraflar arasında karşılıklı korumanın gözetilmesi gerektiğini, taraflardan birini diğerine karşı üstün tutan hükümlerin kabul edilemeyeceğini, bu bağlamda da sadece taşınmaz maliki lehine tesis edilmiş olan hükümlerin konulamayacağını ifade etmiştir. Hükmün emrediciliğini de TMK m. 831'in haklı nedenle fesih kurumuna benzerliği sebebi ile hukukî ilişkinin çekilmez hale gelmesi kriterini kapsamına bağlamaktadır. Bkz. **Belen**, Herdem, Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 4, S.1-2, 45-48.

³⁴⁰ Doktrinde özel hukuka ilişkin "özel mülkiyet" ile anayasa hukuku açısından kamu hukukunu ilgilendiren "anayasal mülkiyet" kavramlarının ayrıştırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu kapsamda "anayasal mülkiyet" kavramının "özel mülkiyet" kavramına nispeten daha geniş yorumlanması ve tüm mameleki hakların mülkiyet içinde değerlendirilmesi gerekir. Bkz. **Tiryaki**, Refik, Mülkiyet ve Sözleşme Özgürlükleri Ekseninde Anayasal Ekonomik Özgürlüklerin Tartışılması, 175, 176, (<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari>, E.T. 08.12.2021).; Anayasa m. 35 kapsamında öngörülen mülkiyet hakkına ilişkin koruma kapsamında faydalanmak için söz konusu değer teknik anlamda mülkiyet niteliğinde olması gerekmez, önemli olan bu korumayı aktive edecek bir malvarlığı değeri olmasıdır. Bkz. **Gemalmaz**, Burak, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi, 390, (https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2015/12.pdf, E.T. 02.06.2022); Alacak hakkı niteliğinde olan kiracılık hakkı ile diğer alacak ve irtifak haklarının mülkiyet kapsamında değerlendirildiği, AİHM'nin de bu görüşte olduğu hakkında bkz. **Gemalmaz**, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2017, 394- 397; **Gemalmaz**, Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Ankara 2018, 4, (https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf, E.T. 02.06.2022).

kavram olarak görürler³⁴¹. Bu durumda kanun koyucunun TMK m. 831'in gerekçesinde de ifade ettiği üzere hak sahibine bir olanak tanınmış olmaktadır. Böyle durumlarda taleplerin yarışmasından bahsedilebilir³⁴². Kaldı ki, kanun koyucumuz üst hakkına ilişkin kaynak kanundaki hükümleri iktibas ederken, hükümlerde hiçbir değişiklik yapmadan, olduğu gibi almamıştır. Birçok hüküm aslına uyumlu olsa da bazı hükümlerde (örneğin; TMK m. 829'da üst hakkının süresinde sona ermesi halinde aksi kararlaştırılmadıkça taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine bedel ödeme zorunluluğunun getirilmediği hükmünde olduğu gibi³⁴³) değişiklik yapmayı tercih etmiştir. Kanun koyucunun bu yaklaşımı da TMK m. 831 hükmünü emredicilik noktasında mehzaz kanundan ayrılarak kendine has gerekçeleriyle kabul ettiği görüşümüzü desteklemektedir. “*Leges ab omnibus intellegi debent* (Kanunlar herkes tarafından anlaşılabilir olmalıdır)” ilkesi Roma Hukukundan günümüze intikal eden önemli bir ilkedir. Her ne kadar kanun koyucu kanun yapım sürecinde bu pusuladan şaşabiliyor olsa da hükmün açık ve anlaşılır olmamasının sakıncaları yorum yolu ile giderilebilir. Amaçsal yorumla varılabilecek sonuç da hukukumuz açısından hükmün emredici olmadığı yönündedir. Kanun koyucu gerekçede belirttiğinin aksine bir yol izlemek isteseydi bile bunu yoruma yer bırakmayacak şekilde (İsviçre kanun koyucusunun yaptığı gibi) açık bir ifade ile gerekçelerinde dile getirmeliydi.

Başka bir ifade ile kanun koyucumuz hükmün tesisinde emredicilikten başka bir amaç benimsemiş olabilir. Mehzaz kanunun amacı, iktibas eden kanunun da amacı sayılacaktır diye bir kaide yoktur. Kaldı ki, kanun koyucu zaman içinde hükmün tesisinde esas aldığı amaçtan farklı bir gerekçeyi benimsemiş ve Medenî Kanun'u bu şekilde kodifiye etmiş de olabilir. Bu sebeple İsviçre Medenî Kanunu'ndaki hükmün tesisine vesile olan gerekçe bizim kanunumuz için de vazgeçilmez veya değiştirilmez bir kaide niteliğinde görülmemelidir. Bizim için esas olan kendi kanun koyucunun benimsediği amaçtır. Zira, yorum metotlarına göre “kuraldan ve kuralın tesis edildiği

³⁴¹ Tiryaki, 181.

³⁴² Antalya, Metodoloji, 451 vd.

³⁴³ ZGB Art. 779d hükmüne göre “*Der Grundeigentümer hat dem bisherigen Bauberechtigten für die heimfallenden Bauwerk eine angemessene Entschädigung zu leisten, ...* (Taşınmaz maliki, yıkılan yapılar için üst hakkı sahibine uygun bir tazminat ödemek zorundadır, ...)”.

metindeki kanun koyucunun iradesinden hareket etmek gerekir”³⁴⁴. Bu sebeple kanun koyucumuz ZGB Art. 779f hükmünün kanuna alınma gerekçesini taşınmaz malikine tanınan bir imkân olarak ifade etmiştir. Bu gerekçe kanunun lafzıyla da uyum içindedir. Kaldı ki, mehzaz kanunda bu düzenlemeye yol açan sebeplerin kanun koyucu tarafından yorumlanması veya getirilen çözümlerin adaletli olup olmadığı ve hatta kendi hukukumuz açısından adaletli olup olmayacağının, ayrıca mehzaz hukuka ilişkin doktrinsel yaklaşımların doğru olup olmadığı hususunun da hassasiyetle incelenmesi ve yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

İsviçre Kanun koyucusunun süresinden önce devir talebi ile taşınmaz malikinin basit, sıradan sebeplerle üst hakkı sözleşmesini feshetme riskine karşı üst hakkı sahibini korumak istediği ileri sürülmektedir. Ancak Türk Medenî Kanunu çerçevesinde üst hakkı ilişkisinde taraflardan birinin diğerine göre korunması gereken bir aciziyet veya zayıflık içinde olduğu fikrine katılmıyoruz. Tarafların eşit konumda oldukları unutulmamalıdır³⁴⁵. Kanun koyucu mülkiyete ve sınırlı aynî haklara ilişkin hükümlerde ne maliki ne de sınırlı aynî hak sahibini diğerine göre üstün veya zayıf görmektedir. Bu kapsamda üst hakkı sahibi bir kiracı, işçi veya tüketici gibi korunması gereken bir taraf değildir. Kiracının Borçlar Kanunu kapsamında korunmasının sebebi kiralayacak gayrimenkul azlığı sebebi ile mülk sahiplerinin fahiş talepleri karşısında kiracının kira bedeline veya sözleşmeye dair diğer şartlara fazla müdahale etme imkânının olmamasıdır. Kiracının kiraya veren karşısında pazarlık yapabilme imkânı yoktur. Kiracının akit serbestisi ilkesi ve içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar sebebi ile taraflar arasındaki eşitlik kiracı aleyhine bozulmaktadır. Bu yüzden kanun koyucu kiracıyı özellikle kira bedeline ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin özel hükümlerle korumaktadır. Ayrıca son zamanlarda yaşanan olaylar da göstermiştir ki kiracının korunmasında kamu yararı da bulunmaktadır. Kiracının korunmaması kiralara aşırı derecede yükselmesine ve memur maaşlarının bile üstüne çıkmasına yol açabilmektedir. Bu durum enflasyon üzerinde de olumsuz bir etkiye sahip olmaktadır. Aynı yaklaşımı ise üst hakkı açısından söylemek mümkün değildir.

³⁴⁴ **Antalya**, Metodoloji, 563, N. 2472.

³⁴⁵ Benzer bir yaklaşımla üst hakkında tarafların eşit konumda oldukları hakkında bkz. **Belen**, Süresinden Önce Devir, 47.

Aynı şekilde iş sözleşmesi kapsamında bir işverene bağlı olarak hizmet yürüten işçilerin de ekonomik olarak zor durumda olmaları, istihdam azlığı gibi sebeplerle işveren karşısında pazarlık güçlerini sıfırlamaktadır. İşçi, işverenin belirlediği şartlarda sözleşmeyi akdetmek veya reddetmek durumundadır.

Tüketici açısından durumu değerlendirecek olursak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketicinin korunmasının sebebi de tüketicinin sözleşme iradesinin manipülatif reklamlarla ve kampanyalarla fesada uğratılmasıdır. Üretici ve sağlayıcıların üstün görsel ve işitsel reklam teknikleri ile tüketicuyu ihtiyacı olmayan ürünleri ihtiyacı gibi göstererek satın almaya yönlendirmesi veya satıcı tarafından ürüne dair aslında olmayan ya da farklı şekilde var olan özelliklerin vaat ve ikna yolu ile varmış gibi gösterilerek satılmaya çalışılması suretiyle tüketicinin iradesinin sakatlanması söz konusudur³⁴⁶.

Tüm bu sebepler kiracı, işçi ve tüketicinin ekonomik ve sosyal açıdan daha güçlü durumda olan kiraya verene, işverene ve üretici veya sağlayıcıya karşı korunmasını gerektirir. Ancak üst hakkı sözleşmesinde taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi sözleşmeyi baştan sona müzakere ederek yükümlülükleri, kapsamı, uygulanması ve sona ermesi hususunda sözleşme iradelerinin uyuşması suretiyle akdetmektedirler. Sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin diğerine kabul etmek istemediği şartları dile getirme, üstünde müzakere edip uygun hale getirme imkân ve ihtimali³⁴⁷ vardır. Ayrıca üst hakkı sahibi örnek olarak verdiğimiz korunması gereken diğer sözleşme tarafları gibi zayıf bir duruma da sahip değildir. Uygulamada üst hakkı kapsamında inşa edilen tesislerin, hayata geçirilen projelerin maliyetleri düşünüldüğünde yüksek meblağların söz konusu olduğu görülmektedir. Bu durumda, böyle bir hakkın sahibinin ekonomik veya iradi yönden zayıf olduğunu düşünmek mümkün değildir. Kaldı ki, üst hakkı sahiplerinin çoğu tacirdir. Tacirlerin basiretli davranması gerekmektedir. Ticaret hukuku ilkelerine göre tacirler akdettikleri sözleşmenin sonuçlarını öngö-

³⁴⁶ Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 7. B., Ankara 2021, 34 vd.; Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, 20-21.

³⁴⁷ Kaldı ki, kanaatimizce üst hakkı sözleşmelerinde genel işlem şartı ile dahi genellikle karşılaşılmaz. Çünkü, bu sözleşme taraflardan biri tarafından hazırlanmış olsa (özellikle taşınmaz maliki tarafından hazırlansa) bile bu sözleşmenin birden fazla sözleşmede kullanılma amacı yoktur. Ayrıca, üst hakkının mahiyeti gereği her somut olayın kendine has şartlarını gözetilerek sözleşme metninin hazırlanması gerekir.

rebilecek yeterliliğe, ehliyet ve öngörüye sahip kişilerdir. Bu sebeple taşınmaz malikinin sözleşmenin sona ermesine ilişkin koyacağı hükümlerle hakkı ihlal eden taraf olarak yorumlanması bu yönüyle de mümkün değildir. Üst hakkı sözleşmesi gereği korunması gereken bir taraf varsa hakkı uzun süre kullanan, haktan yararlanan değil, olsa olsa borcuna sadık olan taşınmaz malikidir. Kendini iradesiyle yüz yıl gibi uzun sürelerle bağladığı bir sözleşme ilişkisinde TMK m. 831’de de ifade edildiği gibi hem üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlali sebebiyle mağdur olacak hem de bu mağduriyetinin yanında sözleşmeyi sona erdirmeye ilişkin talep hakları sınırlanacak taraf olacaktır. Yaratılacak bu durum apaçık dürüstlük kuralına ve Medenî Kanun’un koruma amacına (eşitlik ilkesi göz önünde bulundurulduğunda) aykırıdır³⁴⁸.

Kanun koyucu TMK m. 831’in gerekçesinde bu düzenleme ile “rehinli alacaklıların” korunmasının da amaçlandığını ifade etmektedir. Bu sebeple rehinli alacaklıların da korunmasının gerekip gerekmediğinin tespiti gerekir. Önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere TMK m. 831 hükmü gereği süresinden önce devir hakkının kullanılması üst hakkını doğrudan sona erdirmeyeceği ve hükme göre taşınmaz malikinin tüm hak ve yükümlülükleri ile hakkı devralması gerektiği için hak üzerindeki rehinler de taşınmaz malikine geçer. Borcun ödenmemesi halinde de rehinli üst hakkının satışa çıkarılması söz konusu olacaktır. Böylece üst hakkı sona ermediği ve rehin hakkı da üst hakkı üzerinde devam ettiği için rehinli alacaklıların bu hüküm nezdinde korunduğu söylenebilir. Ancak kanun koyucunun rehinli alacaklıların, tarafların menfaatleri hilafına korumasına gerek olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir husustur. Zira, taşınmaz malikinin üst hakkı sahibi tarafından gerçekleştirilen ihlal sebebi ile manevî veya maddi anlamda yahut ticari hayatına, itibarına yönelik bir zarar gerçekleşmişse malikin üst hakkına bağlı mevcut ilişkiyi devam ettirmek istememesi mümkündür. Bu gibi durumlarda taşınmaz malikini o ilişki ile bağlı kılmaya çalışmak malikin zararının daha da büyümesine sebep olabilir. Bu sebeple taşınmaz malikinin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi imkânının TMK m. 831’in emrediciliği yorumu ile elinden alınmaması gerekir.

³⁴⁸ Edis, Medenî, 39 vd.

Üst hakkı sözleşmesi bir sözleşme olarak taşınmaz malikin ve üst hakkı sahibinin hak ve menfaatlerini koruyan bir sözleşmedir. Her ne kadar üst hakkının mahiyeti gereği bu ilişkiye sözleşmenin tarafları dışında başkaca sınırlı aynî hak sahipleri ile şahsi hak sahiplerinin (kira ilişkisi münasebetiyle) dahil olabilmesi söz konusu ise de kanun koyucunun öncelikli amacı üçüncü kişilerin korunması değildir. Rehinli alacaklıların tapu sicilinin kamuya açıklığı ilkesi gereği üst hakkı sözleşmesinin süresi boyunca devam edeceğine olan güven sebebi ile bu ilişkiye girdikleri düşünülebilir. Ancak rehinli alacaklılar sadece sözleşmenin süresini değil, sözleşmenin içeriğinin de resmî senetle tanzim edilmesi sebebi ile hakka dair diğer hususlara da ulaşabilir. Rehinli alacaklılar taşınmaz üzerinde değil, üst hakkı üzerinde rehin tesis edildiğini farkında olarak bu hukukî ilişki içine girmelidir. Bu durumda da kendi alacaklarını tehlikeye düşürebilecek taraflar arasında akdedilen diğer sözleşme kayıtlarına (fesih gibi) da bakmakla yükümlüdürler. Ayrıca, rehin hakkının üzerinde kurulduğu esas hak olan aynî hak sona erdiğinde sonuçlarının ne olacağını, neyle karşı karşıya kalacakları hususunda detaylı değerlendirme yapmaları gerekir. Kaldı ki, ileride açıklandığı üzere³⁴⁹ TMK m. 829 hükmü gereğince taraflar üst hakkı sona erdiğinde intikal bedeli ödeneceğini kararlaştırmamışlarsa bedelsiz iade gündeme gelecek, rehinli alacaklıların yine güvencesinden söz edilemeyecektir. Üst hakkının süresinde sona ermesi halinde rehinli alacaklıları koruma zorunluluğu içinde olunmamasına rağmen haklı nedenle fesih söz konusu olduğu zaman neden korumaya çalışılmaktadır? Kendi alacaklarını tehlikeye düşürecek sözleşme hükümlerini ihtiva eden üst hakkı üzerinde ipotek tesis edilmişse rehinli alacaklının üst hakkının fesihle sona erdirilmesi riskini önceden kabul ettiği, sona erme tehlikesini bilerek rehin hakkı tesis edildiği sonucuna varmak gerekir. Bu durumda rehinli alacaklının fesih sonucuna katlanması yahut sözleşmede böyle bir hüküm görmesi halinde üst hakkı sahibinden kendisine başka bir teminat verilmesini istemesi gerekebilir³⁵⁰. Bu görüşümüze karşılık olarak taşınmaz malikin de taşınmazı üzerinde bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tesis ederek baştan hak üzerinde rehin tesis edilebileceği ihtimalini öngörmesi gerektiği, bu sebeple de taşınmaz malikin söz konusu duruma katlanması gerektiği fikri ileri

³⁴⁹ Bkz. § 8/I, C.

³⁵⁰ Üst hakkının sona ermesi halinde rehinli alacaklıların korunmasına ilişkin detaylı görüş ve değerlendirmelerimiz için bkz. § 8/I.

sürülebilir³⁵¹. Kanaatimizce bu görüşe TMK m. 831 nezdinde şu şekilde yaklaşmak gerekir: Üst hakkı sözleşmesinde taraflar, hak sahibinin sözleşmeye aykırı davranması veya yetkilerini aşması halinde sözleşmenin malik tarafından feshedilebileceğini kararlaştırmışlarsa malikin hak üzerinde rehin tesis edilebileceği ihtimalini göz önünde bulundurarak bu hükmü koyduğu düşünülmelidir. Ancak taraflar feshe dair herhangi bir hüküm kararlaştırmamışlarsa bu durumda rehinli alacaklıların sözleşmeden dahi bunu çıkarmaları söz konusu olamayacaktır. Bu durumda taşınmaz malikinin rehinli alacaklıların haklarının da zarara uğramaması için şartları dahilinde TMK m. 831 gereği süresinden önce devir hakkını kullanması gerekir. Özetle bu durumda süresinden önce devir hakkının sonuçlarına katlanması gereken taraf taşınmaz malikidir. Böylece rehinli alacaklıların TMK m. 831 ile korunması ise üst hakkı sözleşmesinin taraflarının iradesi hilafına değil, sözleşmenin açık lafzı neyi gerektiriyorsa tarafların öngördükleri ve aleniyet ilkesi gereği de üçüncü kişilere sözleşme ile ilan ettikleri mahiyette olabilir.

Diğer yandan hükmün lafzından üst hakkı üzerinde hak sahibi olan (rehinli alacaklılar gibi) üçüncü kişilerin de korunmaya çalışıldığı görülmektedir. Üst hakkı üzerindeki bütün yüklerle beraber hakkın taşınmaz malikine devredilebileceği ifade edilmiştir. Malikin, üst hakkını üzerindeki bütün yüklerle devralması onu rehinli alacaklılara olan borcu ödeme riskiyle karşı karşıya bırakır (TMK m. 884)³⁵². Taşınmaz maliki üzerindeki borcuyla hakkı devraldığında üst hakkı sahibi rehinli alacaklılara karşı borcunu ödemezse bu durumda üst hakkının satılması söz konusu olur. Böyle bir durumda zaten üst hakkının devri kapsamında yapılar için üst hakkı sahibine bedel ödemiş olan taşınmaz maliki bir de üst hakkının satılmasıyla beraber elinde hiçbir şey kalmayan taraf olacaktır. Kısacası hem üst hakkı sahibinin borcunu üstlenecek ve yapıların satılması riskini üstüne alacak hem de bunun üstüne üst hakkı sahibine para verecektir. Bu durum, üst hakkı sahibinin kötüniyetli olması halinde suistimale açık bir durum yaratır. Üst hakkı sahibi taşınmaz malikini sırf zarara uğratmak için bile rek üst hakkı üzerinde ipotek tesis ettirip taşınmaz malikini zarara uğratabilir. Üst

³⁵¹ Bir taşınmaz malikinin başkasına ait borç için kendi taşınmazını rehnetmesi halinde de taşınmazın paraya çevrilmesine katlanmakla yükümlü olduğu hakkında bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 749.

³⁵² Bkz. § 8/I, C.

hakkı sahibinin olası kötünietli tutumları³⁵³ bir boyutu ile rehin hakkı sahiplerine koruma sağlarken diğer yandan rehin hakkı sahiplerini basiretli davranmaya teşvik etmektedir.

Hükmün amacı anayasal gerekçelerle üst hakkının varlığını korumaksa üst hakkı TMK m. 831 ile taşınmaz malikine devredildikten sonra hakkın sona erdirilmesini engelleyecek bir hüküm yoktur. Taşınmaz maliki özgür iradesiyle hakkı sona erdirebilir. Daha önce de ifade edildiği üzere burada üst hakkı malik lehine irtifak hakkına dönüşür ve taşınmaz maliki (TMK m. 1014 gereği rehinli alacaklıların yazılı muvafakatini almak kaydı ile) dilediği zaman hakkı sona erdirebilir³⁵⁴.

Hükümle fesih hakkının yerine ağır yükümlülük ihlali hallerine mahsus olmak kaydı ile devir talebi getirilmesinde aslında ihlalin belirli bir ağırlığa bağlanması maddi hukuk açısından bir yenilik değildir. İleride de açıklandığı üzere³⁵⁵ üst hakkının feshedilebilmesinin de şartı fesih için yeterli ağırlıkta bir sebebin var olmasıdır. Zira, üst hakkı belirli süreli sürekli edimli borç ilişkisi olduğu için hiçbir sebep gösterilmeden feshedilemez. Ancak olağanüstü fesih ile üst hakkı feshedilebilir ki, bunun içinde fesih hakkının kullanılmasını haklı gösterecek ağırlıkta bir sebebin var olması gerekir³⁵⁶. Feshin haksız olduğu ileri sürülebilecekse de hak sahibi feshin haklı olup olmadığını tespit için dava açabilir³⁵⁷. Bu sebeple söz konusu kriter özellikle vurgu-

³⁵³ Bkz. § 8/I, B ve C.

³⁵⁴ Doktrindeki hâkim görüşe göre “TMK m. 782 ve 784 hükümleri taşınmaza bağlı irtifaklara ilişkin hükümler arasında yer alsa da bu irtifakların malik lehine kişisel irtifak şeklinde de kurulması mümkündür”. Bkz. **Köprülü/Kaneti**, 16; **Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir**, 596; **Akipek**, Sınırlı Aynî Haklar, 21. Acar’a göre Kanun’da malik lehine irtifaka dair yer verilen TMK m. 782 ve 784 hükümlerinde biri yararlanan diğeri de yüklü taşınmaz olmak üzere iki taşınmazın varlığından bahsedilir. Ancak TMK m. 831 ile doğacak malik lehine irtifakta bir yüklü taşınmaz ve bir irtifak söz konusudur. Bu durumda yararlanan bir taşınmazın varlığından söz edilemez. Üst hakkı açısından da TMK m. 831 gereği taşınmaz malikinın şahıs lehine bir irtifak olarak rehin ile birlikte üst hakkını elde etmesi mümkündür. Bkz. **Acar**, 348, 349, dn. 1010; **Tuor/Schnyder/Jörg/Rumo-Jungo**, 1060.

³⁵⁵ Bkz. § 5/II, C.

³⁵⁶ Üst hakkı sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği görüşümüzle aynı yönde bkz. **Karauz**, 77- 78. Yazara göre de üst hakkı sözleşmesi taraflardan biri için çekilmez hale gelirse sözleşme olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebilir.; Sürekli edimli sözleşmelerde alacaklının haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğu hakkında bkz. **Antalya**, Borçlar, C: V/1,1, 104, N. 281; **Antalya**, Borçlar, C: V/1,3, 605 vd..

³⁵⁷ Bkz. § 5/II, C.

lanmamış olsaydı da Borçlar Hukukunun genel hükümleri çerçevesinde bu sonuca ulaşılabilecekti.

Açıklanan sebeplerle TMK m. 831 hükmü emredici değildir. Hükmün emrediciliğinin kanun koyucunun üst hakkı açısından taşınmaz malikine tanıdığı, tarafların sözleşme ile baştan bertaraf etmelerinin mümkün olmadığı; yani malikin süresinden önce devir hakkı olmadığına kararlaştırılamayacağı, yeni bir talep hakkı olmasına hasredilmesi gerekir. Kanun koyucunun amacı kanun nezdinde bu imkânı tamamlayıcı bir hüküm ile şartları dahilinde taşınmaz malikine tanımadır. Zira, bu hüküm olmasaydı taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde böyle bir talepte bulunamazlar, üst hakkı sahibinin yükümlülük ihlallerine karşı sadece genel hükümler çerçevesinde talepte bulunabilirlerdi. Bu sebeple taşınmaz malikine ağır yükümlülük hali için getirilmiş olan süresinden önce devir talebi uygun düştüğü ölçüde Borçlar Hukuku genel hükümlerden doğan talep hakları yanında malike tanınmış bir imkândır³⁵⁸.

2. TMK m. 831'in TBK m. 112 vd. ile Mukayesesi

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ağır yükümlülük ihlaline ilişkin taşınmaz malikinın Türk Medenî Kanunu'ndan doğan talepleri ile Borçlar Kanunu'ndan doğan talep haklarının yarışıp yarışmadığıdır. Başka bir ifade ile TMK m. 831, ağır yükümlülük ihlali sebebi ile malikin TBK m. 112 vd. kapsamında doğan talep haklarının kullanılmasına ve hatta sözleşmenin sona erdirilmesine engel olacak mıdır?

Kanun koyucu TBK m. 112 vd. hükümleri ile borcun ifa edilmemesi halinde, diğer bir ifade ile sözleşmeye aykırılık halinde alacaklının talep haklarını ve bunların nasıl kullanılacağını düzenlemiştir. Borçlu temerrüdü dışında borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde alacaklıya üç imkân tanınmaktadır. Bunlar; aynen ifa, cebri icra ve tazminat talep etme haklarıdır³⁵⁹. Kanun'un lafzına bakıldığında TBK

³⁵⁸ Çalışmamızın bundan sonraki kısmında, incelediğimiz bütün başlıklarda benimsediğimiz görüş doğrultusunda TMK m. 831'in "olan hukuk" açısından hükmün emredici olmadığı görüşü esas alınarak, diğer hukukî müesseseler değerlendirilmiştir.

³⁵⁹ **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 338 vd.; **Eren**, 1050 vd. Yazar, bu sınıflandırmaya sözleşmeden dönme hakkını da dahil etmektedir. Ancak bu hususa ilişkin açıklamalarda Kanun'da öngörülen hallerde borca aykırılığın temerrüdün şartlarını da sağlaması durumunda TBK m. 125 çerçevesinde sözleşmeden dönme yetkisinin de olduğu anlaşılmaktadır.

m. 112 gereği sadece tazminat talep etme hakkının tanındığı düşünülebilecek olsa da alacaklı her zaman aynen ifayı ve edimin niteliği de el veriyorsa cebri icrayı talep edebilir. Ancak aynen ifanın mümkün olmadığı hallerde de alacaklı doğmuş bir zarar söz konusu ise bu zararının karşılanmasını talep ederek ifa edilecek edim yerine kaim değer olarak tazminat talebinde bulunabilir. Bu durum sözleşmenin sona erdiğinin değil, devam eden borç ilişkisinin içeriğinin borcun ifa edilememesi veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararların tazmini talebine dönüştüğünün göstergesidir³⁶⁰. Bu zararlar “sözleşmeye aykırılık sebebi ile doğan müspet zararlar”dır. Ancak her sözleşme ihlali tazminat talebi ile çözüme kavuşturulamamaktadır. Bu durumda sürekli edimli borç ilişkisindeki söz konusu ihlalin aynı zamanda haklı nedenle fesih sebebi teşkil etmesi veya TBK m. 125 gereği borçlu temerrüdünün şartlarını oluşturması halinde sözleşmenin feshi de mümkündür.

Üst hakkına ilişkin TMK m. 831 hükmü ile kanun koyucu ağır yükümlülük ihlaline ilişkin özel bir sonuç tesis etmiştir. Bu hükmün TBK m. 112 vd. kapsamında öngörülen sözleşmenin ihlaline ilişkin hükümler nezdinde özel bir düzenleme olduğu şüphesizdir. Ancak TMK m. 831, TBK m. 112 vd. ile mukayese edildiğinde bu hükümlerin uygulanmasına engel olacak mahiyette değildir. Hükmün emredici olması da bu görüşümüzü desteklemektedir. Bu durumda TMK m. 831 hükmü ile öngörülen süresinden önce devir imkânı, olsa olsa TBK m. 112 vd.’na ilişkin taşınmaz malikine tanınabilecek olan talep haklarının yanında ağır yükümlülük ihlali için öngörülmüş özel bir sonuç mahiyetinde kabul edilebilir.

Süresinden önce devir talebinin TBK m. 112 vd. hükümlerinin yerine geçeceği görüşü desteklenecek olursa her iki hükümle taşınmaz malikinin ulaşacağı sonucun aynı olması gerekir. Bu minvalde TMK m. 831’e bakıldığında taşınmaz maliki süresinden önce devir hakkını kullandığı takdirde üst hakkı kapsamındaki yapıların maliki olurken yapılar için sözleşmede aksi öngörülmemişse bedel ödemesi gerekebilir. Diğer yandan TBK m. 112 gereği sözleşmeye aykırılık gerekçesi ile sözleşmenin feshi yolu tercih edilecek olur ise öncelikle sözleşmenin sona ermesi sebebi ile bü-

³⁶⁰ **Eren**, 1057; **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 349-350; **Ergüne**, 56, 57. Yazara göre buradaki müspet zarar, “borcun ifa edilmesi halinde alacaklının sahip olacağı menfaate karşılık gelen *surrogat* (kaim değer)” olarak nitelendirilir.

tünleyici parça ilkesi gereği yapılar taşınmaz malikinin mülkiyetine döner. Ayrıca, sözleşmeye aykırılık sebebi ile sona eren sözleşme neticesinde ifa menfaatinin korunması açısından taşınmaz maliki uğradığı müspet zararlarının tazminini de talep edebilir³⁶¹. Taşınmaz maliki, TMK m. 831- 832'nin aksine TBK m. 112 kapsamında fesih hakkının kullanımı için bir bedel de ödemek zorunda değildir. Malik, ihlalin niteliğine göre TBK m. 112 kapsamında tazminat talep edebileceği gibi TMK m. 831 gereği yapılar için uygun bedel ödemek kaydı ile üst hakkının süresinden önce devrini de isteyebilir. Bu durumda seçim hakkı taşınmaz malikine aittir. Ancak taşınmaz malikinin TMK m. 831'e dayanan talep hakkı kusurun aranmadığı talep hakkıdır. Üst hakkı sahibinin kusuru yoksa TMK m. 831'e gitmek taşınmaz malikinin lehine olacaktır; zira TBK m. 112 vd. hükümlerinin kapsamına giren sözleşmeye aykırılık hallerinde kural olarak kusur aranmaktadır. Bu sebeple üst hakkı sahibinin kusuru yoksa TBK m. 112 vd. gereği borca aykırılık sebebi ile sözleşme sona erdirilemez. Şu hâlde, üst hakkı sahibi TBK m. 112'ye göre kusurunun olmadığını ispat ederse taşınmaz malikine sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle tazminat ödemekten kurtulabilir.

Süresinden önce devir talebinde ise taşınmaz malikinin bu hakkını kullanması üst hakkı sahibinin kusurlu olup olmadığına bağlı olmasa da üst hakkı sahibine yapılar için ödenecek intikal bedelinin tespitinde üst hakkı sahibinin kusuru, indirim sebebi olarak dikkate alınır (TMK m. 832/I). Hükümde zikredilen kusur, üst hakkı sahibinin süresinden önce devir imkânı doğuracak ağır yükümlülük ihlalinde mevcut olan kusurdur³⁶². Kusurun kim tarafından ispat edileceği sorusuna gelindiğinde ise OR Art. 97/I ve TBK m. 112 hükümlerine göre akdi sorumlulukta borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde borçlu kusurunun olmadığını ispat etmedikçe alacaklıya verdiği zararları tazminle yükümlü kılınmıştır. Bu hükümlerden yola çıkılarak

³⁶¹ Doktrinde bir görüş sürekli edimli borç ilişkilerinin feshi halinde müspet zarar yerine menfi zararların tazmininin de talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bu durumda menfi zarar daha farklı şekilde ortaya çıkacaktır. Sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılmayacaktır. Ancak sözleşmenin süresi sona erdiği anla sınırlandırılarak zarar görenin malvarlığının bu süre zarfı içinde bulunacağı muhtemel durum esas alınarak menfi zararı hesaplanır. Başka bir ifade ile “ taraflar en baştan sözleşmenin süresini feshedildiği, sona erdirildiği zamana kadar geçen süre olarak belirlemiş olsalardı” zarar görenin malvarlığının durumu ne halde olacak idiyse menfi zarar da budur. Bkz. **Altıok Ormancı**, 200 vd.; Şu hâlde bu süre esas alındığında zarar görenin “uğramayacağı zararın” hesaplanmaya çalışıldığına ilişkin bkz. **Buz**, Dönme, 323.

³⁶² **Demirsatan**, 112.

TMK m. 831 ve 832 gereği üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlali halinde kusursuzluğunu veya hafif kusurlu olduğunu ispat etmesi gerektiği düşünülebilir³⁶³. Ancak, TMK m. 831 kapsamında yüklü taşınmaz maliki tarafından ödenmesi gereken bedel hukukî niteliği gereği bir tazminat değil, kendisine kalacak yapılar için takdir edilecek olan yapı değeridir (intikal bedeli)³⁶⁴. Diğer taraftan, TMK m. 6 ise açıkça kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birini hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü kılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190 gereği ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakıya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu için TMK m. 832 gereği kusurun varlığının ispatı da yüklü taşınmaz maliki lehine (ödeyeceği bedelde indirim sebebi teşkil edeceği için) bir hukukî sonuç doğurur. Açıklanan nedenlerle ispat yükünün yüklü taşınmaz malikine ait olduğu görüşüne iştirak etmekteyiz³⁶⁵. Süresinden önce devir hakkı, hakkın kullanılması açısından taşınmaz malikinin lehine gözükmese de yapılar için ödenmesi gereken bedelden indirim yapılabilmesi üst hakkı sahibinin kusurunun varlığını ispata bağlı olacağından ispat külfetinin taşınmaz malikinde olması yargılama açısından durumunu ağırlaştıracaktır. Bu sebeple ihlal edilen yükümlülük, üst hakkı sahibinin kusurlu olup olmadığı ve ispat külfetleri de düşünülerek taşınmaz maliki dilerse yapılar için uygun bedel ödemek kaydı ile devir hakkını kullanabilir, dilerse TBK m. 112 vd. kapsamında ihlalin niteliğine göre talep haklarını kullanabilir³⁶⁶.

³⁶³ İsviçre doktrinde Borçlar Kanunu'na yapılan atıfla ispat yükünün üst hakkı sahibine ait olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 130; **Freimüller**, 86; Her ne kadar TBK m. 112 bizi bu düşünceye sevk etse de madde borçlunun kusursuz olduğunu ispat yükünün borçluya yüklemektedir, kusurun derecesini ispat ile ilgili bir hüküm değildir. Bkz. **Eren**, 789, 1095, 1096.

³⁶⁴ Bu bedel de ileride açıklandığı üzere TMK m. 829 hükmünde olduğu gibi teknik anlamda bir tazminat değildir. Üst hakkı sahibinin inşa ettiği yapıların taşınmaz malikine intikali sebebi ile taraflar arasındaki menfaatin denkleştirilmesi temeline dayanan, fedakarlığın denkleştirilmesi bedelinin bir görünümü olarak denkleştirme bedelidir. Bkz. § 4/VI, C.

³⁶⁵ **Demirsatan**, 113, dn. 435.

³⁶⁶ Aksi görüşteki bazı yazarlar, borca aykırılık suretiyle ortaya çıkan ancak üst hakkı sahibinin hakkı kaybetmesine yol açmayacak nitelikteki tazminat istemi gibi sonuçlara ve yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkına dayalı el atmanın önlenmesi gibi taleplere genel hükümlerin uygulanması gerekeceğini ileri sürmektedirler. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 874/ N. 3103; **Demirsatan**, 92, 99.

3. TMK m. 831'in Borçlar Hukuku Anlamında Haklı Nedenle Fesih Kurumu ile Olan İlişkisi

Üst hakkı sözleşmesinin tesciliyle birlikte sözleşmeye sürekli borç ilişkilerine özgü hükümlerin uygulanması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda süresinden önce devir talebinin haklı nedenle fesih karşısındaki durumunun da incelenmesi gerekir.

Haklı nedenle fesih, genel nitelikte bir olağanüstü fesih sebebidir. Belirli veya belirsiz süreli sürekli edimli borç ilişkileri “ifa sırasında önceden öngörülemeyen bazı sebeplerin ortaya çıkması ve borç ilişkisinin temelinin çökmesi veya sözleşmenin devamının taraflardan biri için beklenemeyecek ölçüde değişmesi halinde tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilir”. Sonradan ortaya çıkan bu nitelikteki sebeplere dayanarak sözleşmenin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesine olağanüstü fesih denir³⁶⁷. Haklı neden kavramı ise olağanüstü feshe dayanak oluşturacak olgu açısından feshin geçerlilik sebebini oluşturmaktadır. Kanun koyucu Borçlar Kanunu’nun muhtelif hükümlerinde (TBK m. 331 adi kira, TBK m. 369 hasılat kirası, TBK m. 435 hizmet sözleşmesi, TBK m. 639/I, b.7 adi şirket, TBK m. 617 ölünceye kadar bakma sözleşmesi) haklı nedene dayanan olağanüstü feshi (haklı nedenle fesih) düzenlenmiştir. Ancak genel nitelikte bir haklı nedenle fesih hükmüne yer verilmemiştir. Yargıtay’da kararlarında haklı nedenle feshin genel anlamda tüm sürekli edimli borç ilişkilerine uygulanmasını gerektirecek bir yaklaşım içinde olmamıştır³⁶⁸. Ancak bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe³⁶⁹ göre haklı nedenle fesih halleri kanun koyucunun saydığı sözleşme tiplerine hasredilmemeli, dürüstlük kuralı gereği sonradan ortaya çıkan sebeplerle sözleşme ilişkinin çekilmez hale geldiği tüm sürekli

³⁶⁷ **Seçer**, Öz, Olağanüstü Fesih, 1, (<https://blog.lexpera.com.tr/olaganustu-fesih/#fn21>, E.T. 07.04.2022); **Altıok Ormancı**, 93 vd.; **Antalya**, Borçlar, C: V/1,3, 607, N. 3096 vd.

³⁶⁸ Y.9.HD.,15.05.2007 tarih 6928/15203 sayılı kararında tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshedilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.; Yargıtay’ın çeşitli kararlarında farklı sözleşme tipleri için haklı nedenle feshe hükmetmediği görülmektedir. Bkz. **Altıok Ormancı**, 109-110.

³⁶⁹ **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2.B., İstanbul 2007, 116; **Seliçi**, Özer, Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 201 vd; **Altıok Ormancı**, 79 vd., özellikle 96 vd.

edimli borç ilişkileri açısından da geçerli kabul edilmelidir³⁷⁰. Bu sebeple üst hakkı sözleşmesinin de taraflarca haklı nedene dayanılarak olağanüstü fesih suretiyle feshedilmesi mümkündür. Kaldı ki, haklı nedenle fesih hükümlerinin mahiyeti TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralının özel uygulama halleridir ve haklı sebebin içeriğini dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Bütün borç ilişkileri için geçerli bir ilke olan dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkı tüm sözleşmelere tanınmalıdır³⁷¹. Bu sebeple üst hakkı sözleşmesinin de haklı nedenle feshedilmesi söz konusu olabilir. Sonuç itibarıyla taraflardan biri için sözleşme ilişkisini çekilmez hale getiren ağır bir sebebin vuku bulması halinde sözleşmenin süre veya bildirimle gerek olmaksızın derhal feshi mümkündür.

Süresinden önce devir hakkının kullanılması ile hak kendiliğinden sona ermiyor olsa da taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi arasındaki sözleşme ilişkisine etkisi bakımından feshe benziyor olması TMK m. 831'in haklı nedenle fesih hali olup olmadığı sorusunu akla getirebilir. Bu sebeple öncelikle iki kurum arasındaki benzerlikleri tespit etmek gerekmektedir.

Kanun'un 831 vd. hükümlerinin haklı nedenle fesih kurumunun bir yansıması olduğu açıktır³⁷². Çünkü doktrinde, yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkını kullanabilmesi için sözleşmeye aykırılığın bu ilişkiye devam etmesi beklenmeyecek ağırlıkta olması gerektiği kabul edilmektedir³⁷³. Aynı zamanda bu kıstas doktrinde sözleşmenin haklı nedenle feshi kurumunu açıklamak için de kullanılmak-

³⁷⁰ Bu görüşü destekleyen yazarlara göre uzun süreli bir borç ilişkisi içinde taraflar arasında sözleşme ile kurulan güven ilişkisinin (örneğin, edimlerin yerine getirileceği veya daha geniş ifade ile sözleşmeye aykırı davranılmayacağına dair güven gibi) sonradan ortaya çıkan nedenlerle bozulması halinde sözleşmeye uyan tarafın bu sözleşme ile bağlı tutulmaya çalışılması aleyhe olacaktır. Her ihlal için olmasa da ağır bir sözleşmeye aykırılık halinin tarafların sözleşmeye duydukları güven ilişkisini sona erdirebilir. Böyle bir durumda da sözleşmenin feshedilmesi gerekliliği doğar. (Bkz. Seliçi, 201-202).

³⁷¹ Bkz. Seliçi, 202-203; Altıok Ormancı, 111 vd..

³⁷² Demirsatan, 99, dn.375. Ayrıca yazara göre üst hakkı sözleşmesinin tarafı olarak yüklü taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi aynı kaldığı sürece süresinden önce devri hakkı, haklı nedenle fesih hakkının özel bir görünümü olacaktır. Yazar bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: "Sonraki yüklü taşınmaz maliki üst hakkı bedelini alacağın devri yolu ile kazanmışsa taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmayacağı için teknik anlamda bir haklı nedenle fesihten bahsedilemez."

³⁷³ Isler, Baurechtsvertrag, 128; Gürzumar, 141.

tadır³⁷⁴. Diğer yandan haklı nedenle fesih için olmazsa olmaz şart mahiyetindeki sözleşme ilişkisinin çekilmez hale gelmesi kriteri TMK m. 831'in lafzından açıkça anlaşılamamaktadır. Ancak, kanaatimizce bu kriterin TMK m. 831 için de aranması gerektiğini gösteren iki husus vardır.

Bunlardan ilki, ağır yükümlülük ihlallerinin hakkı ihlal edilen taraf için çoğu zaman sözleşme ilişkisini devam ettirmek istemeyecek mahiyette olmasıdır. Bu sebeple TMK m. 831'in kapsamına giren haller çoğu zaman haklı nedenle fesih halleridir. Böyle bir hüküm olmasaydı da aynı gerekçelerle taşınmaz maliki üst hakkı ilişkisini haklı nedenle feshedebilecektir.

İkinci husus ise süresinden önce devir talebinin kendiliğinden üst hakkını sona erdirmesi söz konusu olmadığı düşünüldüğünde taşınmaz maliki için üst hakkı sahibiyle bu ilişkiyi devam ettirmek istememesi iradesinin bir görünümü olarak ortaya çıkmasıdır. Her halükârda üst hakkı sahibiyle kurulmuş olan üst hakkı ilişkisi devir talebi ile sona ermektedir. Diğer bir ifade ile taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi arasındaki ilişki açısından fesih etkisi ortaya çıkmaktadır. Açıklanan sebeplerle iki kurum arasındaki bu ilişki sebebiyle haklı nedenle fesih için aranan, dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin devamının beklenemeyecek olması kriterinin TMK m. 831 için de aranması yerinde olacaktır.

İki kurum arasındaki bu benzerlik sebebiyle TMK m. 831'in haklı nedenle fesih için özel bir düzenleme mahiyetinde olup olmadığı düşünülebilir. Bu husus TMK m. 831'in emrediciliği tartışması ile yakından ilgilidir. Zira, TMK m. 831'in emredici nitelikte olduğu kabul edilirse maddenin kapsamına giren tüm üst hakkı ilişkilerinin hukukî dayanağı olan sözleşmeler bakımından 831. madde haklı nedenle feshin yerini alacaktır. Kapsam dışında kalan hallerde ise sözleşmenin haklı nedenle fesih ile sonlandırılması her zaman mümkündür³⁷⁵. Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere TMK m. 831 emredici nitelikte değildir. Bu durumda haklı nedenle feshin özel bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin kapsamı ağır yükümlülük ihlali ile sınırlandırılmıştır. Ancak haklı nedenle fesih sebepleri düşünüldüğünde kapsam

³⁷⁴ Seliçi, 156, 157; Altıok Ormancı, 133- 135.

³⁷⁵ Demirsatan, 100, dn. 377.

sadece yükümlülük ihlallerinden ibaret değildir³⁷⁶. Bugün kabul edilen görüşe göre haklı neden teşkil eden olaylar sözleşme taraflarının kişiliğinden veya tarafların dışında kalan şartlardaki değişikliklerden kaynaklanabilir. Ayrıca, söz konusu ihlalin taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışı neticesinde gerçekleşmesi de gerekmez. Sözleşmeye aykırı olsun olmasın herhangi bir davranış veya ortaya çıkacak sebep haklı nedenle fesih sebebi sayılabilir³⁷⁷. Bu sebeple TMK m. 831'in kapsamının darlığı düşünüldüğünde Borçlar Kanunu'nun haklı nedenle feshe ilişkin hükümlerinin uygulamasına engel olacak mahiyette bir hüküm değildir. Kaldı ki, 831. maddenin emrediciliğinin kabul edilmesine rağmen bu hükmün kapsamı dışında kalan hallerde yine haklı nedenle sözleşmenin feshedilebileceği görüşü de ileri sürülmektedir³⁷⁸. Taşınmaz maliki açısından sözleşmenin devamını çekilmez hale getirecek ağır yükümlülük ihlallerinde malik isterse sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecek isterse üst hakkının süresinden önce devrini talep edebilir. Taşınmaz maliki istediği hakkı kullanabilir. Bu durumda taşınmaz maliki açısından sözleşmenin feshedilebilmesi söz konusu olabileceği için diğer aynî hak sahiplerinin de haklarının zarar görmemesi³⁷⁹ açısından haklı nedenin varlığı her somut olayın özelliği nazara alınarak nesnel ölçütlerle takdir edilmelidir³⁸⁰. Hangi hallerin haklı neden oluşturacağı önceden tes-

³⁷⁶ Çeşitli sözleşme tiplerinde haklı sebep teşkil eden haller için bkz. **Altıok Ormancı**, 267 vd.; **Ma-nevî** sebeplerin haklı nedenle fesih sebebi teşkil etmesi hususunda bkz. **Arat**, Uyarlama, 118 vd..

³⁷⁷ **Altıok Ormancı**, 137 vd., Yazarın da ifade ettiği üzere doktrinde haklı nedenin tanımının yapılmasından hareket serbestisini daraltmamak için kaçınıldığı görülmektedir. Ancak, kanundaki haklı nedenle feshe dair özel düzenlemelerden yola çıkılarak genel bir tanım yapılmıştır. Bu tanıma göre sözleşme süresinin dolmasına veya en yakın olağan fesih süresine kadar sözleşmeyi devam etmeyi dürüstlük kuralına göre beklenemeyecek hale getiren bütün şartlar haklı sebep teşkil etmektedir. Doktrinde bazı yazarların tarafların karşılıklı ilişkilerini veya tarafların edim borçları ile olan kişisel ilişkilerini ilgilendiren olguları haklı sebep olarak kabul ettiği görülse de bu durumun kabulü mümkün değildir. Çünkü bu görüşün kabulü halinde sonradan meydana gelebilecek ve işlem temelinin çökmesine sebep olacak olaylar haklı sebep teşkil edemeyecektir. Bugün kabul edilen görüşe göre haklı neden teşkil eden olaylar sözleşme taraflarının kişiliğinden veya tarafların dışında kalan şartlardaki değişikliklerden kaynaklanabilir.

³⁷⁸ **Demirsatan**, 100, dn. 377.

³⁷⁹ Fesih hakkının kullanılacağı durumlarda varsa diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin muvafakatlerinin alınması gerekmektedir. Hatta duruma göre taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkını talep etme ihtimali de söz konusu olabilir.

³⁸⁰ **İsler**, Baurechtsvertrag, 128; **Demirsatan**, 101; Yazar'a göre TMK m. 831'in amacı üst hakkı ilişkisinin sona erdirilmesini sözleşme ilişkisinin sürdürülmesinin yüklü taşınmaz malikinden beklenemeyecek mahiyette olan hallere inhisar etmektir.

pit edilemeyeceği için hâkim takdir yetkisini kullanarak haklı nedenin varlığını tespit etmelidir³⁸¹.

Teknik anlamda TMK m. 831 fesih olmasa da süresinden önce devir hakkının kullanılması sonucu itibarıyla üst hakkı sözleşmesinin tarafları olan yüklü taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi arasındaki sözleşme ilişkisini sona erdirmektedir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin tarafları aynı kaldığı sürece TMK m. 831 vd. hükümleri sözleşme ilişkisinin feshi sonucunu doğurmaktadır³⁸². Yüklü taşınmaz maliki üst hakkını kendi üzerine devralırsa üst hakkı sahibi üst hakkı sözleşmesinden doğan borçlarıyla bağlı kalmaktan kurtulur. Yüklü taşınmaz maliki veya üst hakkı sahibi üst hakkı sözleşmesinin tarafı değilse TMK m. 831 vd. hükümleri taraflar arasında bir devir ilişkisi doğurur³⁸³. Süresinden önce devir talebinin haklı nedenle feshe sebep olacak ihlalin sözleşmenin tarafları aynı kalmak suretiyle çözüme kavuşturmayı sağlayan bir yol olmadığı açıktır. Zira, açıklandığı üzere üst hakkı sahibi ile taşınmaz maliki arasındaki ilişki aynen muhafaza edilememekte, üst hakkı sahibi bu ilişkiden çıkarılmaktadır. Sonuç itibarıyla üst hakkı sona ermiyor olsa da üst hakkı sahibi ile taşınmaz maliki arasındaki sözleşme ilişkisi üst hakkı sahibi lehine sona ermiş olmaktadır. Bu noktada üst hakkı sahibi açısından fesih etkisi yaratır. Üst hakkının taşınmaz maliki-ne intikali ile sözleşme hükümleri taşınmaz maliki nezdinde toplanmış olacaksa da sözleşmenin taraflarını sözleşme içinde tutacak, aynı zamanda taraflar arasında dengeyi tekrar sağlayacak bir çözüm yolu da sayılamayacaktır. Kanaatimizce taşınmaz maliki süresinden önce devir talebinde bulursa da haklı nedenle sözleşmeyi feshetse de her halükârda üst hakkı sahibi sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar. Bu nedenle iki hüküm arasında üst hakkı sahibinin konumu açısından bir fark gözükmemektedir. Diğer taraftan her iki hükmün üst hakkının varlığına etkisi değerlendirildiğinde açıkladığımız nedenlerle fesih hakkının kullanılmasına engel teşkil etmemekle beraber

³⁸¹ Altıok Ormancı, 134, 135.

³⁸² Üst hakkı sözleşmesinin tarafları ve aynî hak sahipleri aynı kaldığı sürece sözleşme haklı nedenle feshedilerek üst hakkının devri veya terkini istenebilir. Demirsatan, 100, dn. 377.

³⁸³ Demirsatan, 101. Yazara göre taraflar aynı değilse artık sözleşmeye uyarılma veya haklı nedenle fesih gibi müdahalelerde bulunma imkânları kalmaz ve üst hakkına dolaylı olarak etki edemezler. Aynî hak sahipleri sadece eşya hukukuna dair hükümlere başvurmak kaydıyla onlara tanınan hukukî imkânlardan faydalanabilirler.

süresinden önce devir hakkı üst hakkının devamını sağladığı için daha ılımlı bir imkân gibi gözükmektedir.

C) TMK M. 832 GEREĞİ BEDEL ÖDEME HÜKMÜNÜN EMREDİCİLİĞİ SORUNU VE BEDELİN TAYİNİNDE DİKKATE ALINACAK ESASLAR

1. TMK m. 832 Gereği Bedel Ödeme Hükümünün Emrediciliği Sorunu

Kanun koyucu kanundan doğan süresinden önce devir hakkının kullanılmasına ilişkin esasları TMK m. 832 hükmü ile düzenlemiştir. Buna göre “*malik, üst hakkının devrini, kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemek kaydıyla isteyebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru, bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir. Üst hakkının malike devri, bedelin ödenmesine veya güvence altına alınmış olmasına bağlıdır*”³⁸⁴.

Bu düzenleme açısından şu soruların cevaplanması gerekir: TMK m. 832 hükmü emredici bir hüküm müdür? Taraflar, üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırı davranması sebebi ile malikin bedel ödemeden üst hakkının devrini talep edebileceğini üst hakkı sözleşmesinde kararlaştırmışlarsa böyle bir düzenleme geçerli olacak mıdır? Zira, hükmün emredici olup olmadığı hususu uygulamada uyuşmazlıkların çözümü ve hâkimin hakkaniyetli bir karar tesis edebilmesi açısından özellikle önem taşımaktadır.

Madde gerekçesinde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanun koyucu madde gerekçesinde tarafların menfaatleri arasında bir denge kurmak amacıyla hem taşınmaz malikini hem de üst hakkı sahibini koruyan bir düzenleme getirildiğini ifade etmektedir.

³⁸⁴ Mehaz Kanun olan ZGB Art. 779g hükmünde kanunumuzda “bedel” kavramını karşılayan terimin “*Entschädigung*” (tazminat) olarak kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce buradaki “uygun bedel” kavramı bir tazminat olmayıp TMK m. 829’daki gibi taraflar arasındaki menfaatin denkleştirilmesine hizmet eden bir bedeldir. Malike kalacak yapılar için ödenmesi öngörülmüş olduğu için TMK m. 829’da olduğu gibi bu bedelin de denkleştirme benzeri bir bedel olması sebebi ile “intikal bedeli” olarak adlandırılmasında bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz.

Özellikle hükümde yer alan “*bir bedel ödemek kaydı ile devri isteyebilir. Üst hakkının malike devri bedelin ödenmesine veya güvence altına alınmasına bağlıdır.*” ifadesi doktrinde³⁸⁵ emredici hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir. Buna göre taşınmaz malikinin bedel ödemeksizin bu hakkı kullanamayacağı sonucuna varılır. Başka bir deyişle, hükmün emredici kabul edilmesi ile süresinden önce devir hakkı ve ileride de açıklandığı üzere TMK m. 833 hükmü gereği sözleşmede kararlaştırılan fesih hakkı taşınmaz maliki tarafından bir bedel ödenmeden kullanılamaz.

Varılan bu sonuç uygulamada birçok sorunun doğmasına sebep olur:

Öncelikle TMK m. 831 hükmünün emrediciliği hususundaki açıklamalarımızda bir kanun hükmünün emrediciliğinin tespitinde, hükmün koruduğu amaç yönünden yorumlanması gerektiğine ilişkin görüşlerimizi TMK m. 832 açısından da tekrarlıyoruz. Bu kapsamda emredici hukuk kurallarında hükmün konuluş amacının ya kamu düzeni gerekçesi veya kişilik haklarının korunması yahut taraflardan zayıf olanın korunmasına ilişkin olması gerektiği bilinmektedir. Eğer ki, bir düzenleme bu amaçlardan birine uymadığı halde emredici sayılırsa bu hüküm, irade serbestisinin esas olduğu bir alanda tarafları kendi menfaatlerini gözeterek tesis ettikleri sözleşme ilişkisi içinde iradeleri hilafına gereksiz yere sınırlar. Böylece taraf iradeleri de bertaraf edilmiş olur. Bu durumda somut olay adaletinin tecelli etmemesi neticesini doğurur.

Bir hukuk kuralının her şeyden önce amacı, adaleti sağlamaktır. Üst hakkı ilişkisi öncelikle isimsiz bir sözleşme olarak Borçlar Hukuku ilkeleri çerçevesinde irade serbestisi esasına dayanır. Bu da kanun koyucunun tarafların irade sergiledikleri hususlar üzerinde emredici hükümlerle sözleşme ilişkisine müdahale etmemesini, hatta en az düzeyde müdahalesini gerektirir. Kaldı ki, üst hakkı bir sınırlı aynî hak olarak anayasal güvence altındadır³⁸⁶. Bunun dışında sınırlı aynî hak olarak üst hakkının

³⁸⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 874/N. 3103; **Gürzumar**, 140 vd.; **Belen**, Süresinden Önce Devir, 43; **Demirsatan**, 91; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779g; **Isler**, Baurechtsverträge, 127- 129; **Freimüller**, 81, 93; **Schmid**, N. 1406; Doktrinde bir görüşe göre hükümde kullanılan “uygun bedel” tabiri TMK m. 829 hükmünde zikredilenden farklıdır. Üst hakkı sona erince yüklü taşınmaz malikine kalacak yapılar için tarafların uygun bir bedel ödeyebileceği hükmü tarafların ihtiyarına bırakılmıştır. Ancak süresinden önce devir hakkı için öngörülen yapılar için ödenmesi gereken bedel tarafların iradesi dışında Kanun’un getirdiği bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bkz. **Gürzumar**, 143, dn. 562; **Demirsatan**, 110, dn. 420, 421.

³⁸⁶ Bkz. § 4/VI, B.

üçüncü kişileri ilgilendiren kısmı ise tescil zorunluluğu sebebi ile tapunun açıklığı prensibi gereği tescil edilen hususlar açısından korunmaktadır. Bu durumda sınırlı aynî hak olarak kanun ve Anayasa ile korunan üst hakkının ekstra korunmasına da gerek yoktur.

Türk Medenî Kanunu'nun 832. hükmü taraflar arasındaki şahsi ilişkiye ilişkindir. Bu düzenlemenin amaçsal yorumuna bakmak gerekirse hükmün kamu düzeninden sayılması söz konusu değildir. Zira, bu ilişkide bedel ödenmesinde menfaati olan sadece üst hakkı sahibidir. Üst hakkının devri için bedel ödenmesi ya da ödenmemesi kamu düzenini ilgilendiren, düzeni bozan bir husus ihtiva etmemektedir. Diğer yandan kişilik haklarının korunması da söz konusu değildir. Hükmün taraflardan birinin menfaatlerinin korunması amacı güttüğü kanun koyucunun gerekçedeki ifadesinden ve doktrindeki yaklaşımlardan anlaşılsa da üst hakkı ilişkisi taraflardan birinin veya her ikisinin de korunmasını gerektiren bir ilişki değildir. Tarafların bulundukları konumlar birinin diğerine karşı zayıf olduğu ve kira ya da hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi birinin diğerine karşı korunmasını gerektirecek bir dengesizlik ihtiva etmemektedir. Her iki taraf da ekonomik açıdan diğerine istediğini dayatabilecek durumda değildir. Taraflardan birinin Hazine olduğu hallerde dahi üst hakkı sahibinin üst hakkı gereği elde edeceği ekonomik kazanç düşünüldüğünde devletin hak sahibi üzerinde tek taraflı baskı kurmasını anlamsızlaştıracaktır. Zira, böyle bir durumda taşınmaz malikinin veya devletin kazancı üst hakkı bedeli ile üst hakkı tesis edilmeyseydi âtıl kalacak olan arazi üzerinde tesis edilecek olan tesisin üst hakkı süresi sonunda yine malike ya da hazineye kalacak olmasıdır. Her türlü ekonomik denge açısından üst hakkı sahibi taşınmaz malikinden daha güçlü ve kat be kat daha fazla gelir elde edecek olan taraftır. Bu sebeple de malik karşısında ekstra korunmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

Taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkını bedel ödemek kaydı ile kullanabileceği görüşünün üst hakkının vakitsiz sona erdirilmesinin hak sahibi açısından kazanç kaybı doğuracağı gerekçesine dayandırılması söz konusu olabilir. Öncelikle ifade etmek gerekirse ister süresinden önce devir hakkı olsun isterse fesih hakkı olsun her iki halde de taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi kararlaştırılan tarihten daha önce sona erer. Bu sebeple hak sahibinin sözleşme ilişkisinden beklediği haklı men-

faati elde edememesi doğaldır. Her halükârda taşınmaz malikinin bu haklardan birini kullanması üst hakkı sahibi için kazanç kaybı meydana getirir. Ancak hak sahibinin bu hakların kullanılması neticesinde kazanç kaybı yaşayabilecek olması söz konusu hakları ortadan kaldırmaz. Öyle ki, pek çok sözleşmede taraflardan birinin sözleşmenin feshine sebep olması halinde cezai şart ödeyeceğine dair hüküm konulmaktadır. Bunun neticesinde feshe sebep olan tarafın ağır cezai şartlar ödemek durumunda kaldığı da görülmektedir. Şu hâlde, taraflardan birinin bu hakların kullanılması neticesinde zarar görecektir olması (kazanç kaybına uğrayacak olması vb.) bir hükmün emredici sayılması bakımından haklı gerekçe oluşturmaz. Bu sebeple kanaatimizce tarafların iradeleri erken devir halinde bedel ödenmemesi hususunda birleşmişse hâkimin taraf iradesine üstünlük tanınması gerekmektedir.

Diğer yandan, üst hakkına ilişkin kanun koyucunun intikal bedeli ödenmesini öngördüğü iki düzenleme vardır ki bunlardan biri TMK m. 832 diğeri de TMK m. 829 hükmüdür. Üst hakkı süresinde sona erdiğinde taşınmaz malikinin aksi kararlaştırılmadıkça üst hakkı sahibine kendine kalacak yapılar için bedel ödemeyeceğini öngören tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olan TMK m. 829 karşısında TMK m. 832 hükmünün emredici olduğu yorumunun yapılması kanun koyucunun denkleştirici adalet açısından çelişkiye düştüğü anlamına gelir. Üst hakkının normal süresi sona erdiğinde ödenecek bedeli öngören TMK m. 829'iken TMK m. 831 üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırılığı sebebi ile üst hakkı sözleşmesinin devrini yahut sona erdirilmesini esas alan bir düzenlemedir. Bu durumda da doğru olan üst hakkı sahibine bedel ödenmesi şartının emredici değil tamamlayıcı bir hüküm olarak kabul edilmesi gerektiğidir.

Ağır yükümlülük ihlali halinde sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi elinden alınan taşınmaz malikini bir de üst hakkı sahibine TMK m. 832 gereğince yapılar için uygun bedel ödeme zorunluluğu altında tutmak ödeme imkânı olmayan taşınmaz malikini bu ilişkiye mahkûm etmek anlamına gelir. Taşınmaz maliki genel olarak ekonomik anlamında üst hakkı sahibine göre yatırım yapma potansiyeli zayıf olan taraftır ki bunu yeterli mali desteği bulamadığı için kendi taşınmazı üzerinde istediği yapıyı inşa edemeyerek boş bırakmasından anlayabilmekteyiz. Zaten taşınmaz maliki yeterli ekonomik gücü olsaydı bunu sınırlı aynî hak tesis etmek suretiyle yapmaz,

yapılardan maksimum yararı elde edebileceği şekilde kendisi yapardı. Bu görüşümüze karşı olarak TMK m. 829 gereği tarafların üst hakkı sözleşmesinde sürenin bitiminde bedel ödeme borcu kararlaştırmış olabilecekleri, bu durumda da taşınmaz malikin yeterli ekonomik gücünün olmayacağı ileri sürülemeyeceği söylenebilir. Diyelim ki, kırk dokuz yıllığına kurulmuş bir üst hakkında taşınmaz maliki kırk dokuz yıl sonra ödeyebileceğini, o zamanın şartlarında yeterli ödeme gücüne ulaşabileceğini düşünerek bu borç altına girmiştir. Ancak, sözleşmenin yapılmasından on yıl sonra üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlalinde bulunması halinde TMK m. 831'den doğan hakkını kullanmak için otuz dokuz yıl öncesinden bu bedeli ödemeye mahkûm edilecektir. Taşınmaz malikin sadece üst hakkı sahibinin kusurlu olması ihtimalinde kusur nispetince ödenecek bedelde indirim yapılması ile mağduriyeti giderilmeye çalışılacaktır. Eğer ki, TMK m. 832 hükmü ile üst hakkı sahibinin bedelsiz sona erdirmelere karşı korunması isteniyorsa kanun koyucu neden ZGB Art. 779d hükmünden ayrılarak TMK m. 829 hükmü ile üst hakkının süresinde sona ermesi halinde taşınmaz malikine kalacak yapılar için bedel ödeme zorunluluğu getirmemiş, “aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça taşınmaz malikine kalacak yapılar için bedel ödenmez” demekle yetinmiştir. Kanaatimizce kanun koyucunun TMK m. 832 hükmü ile getirdiği yapılar için intikal bedeli ödenmesi zorunluluğunun tutarlılık gösterebilmesi ancak TMK m. 829 hükmünde yapılacak değişiklik ile mümkün hale gelir. Aksi halde hükümler arasındaki bu çelişki üst hakkı sözleşmesinde hangi tarafın menfaatinin ne gerekçe ile korunduğu hususunda şüphe yaratmaktadır.

Uygulama açısından TMK m. 832 hükmünü emredici kabul ettiğimiz takdirde bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Feshin veya süresinden önce devrin sonuç doğurması için mahkemeye başvurulduğunda hâkim bedel ödenmemiş veya güvence altına alınmamışsa bedelin depo edilmesini isteyecektir. Malik bedeli depo etmediği takdirde de davayı reddedebilecektir³⁸⁷. Bu durumda sözleşmeye aykırılık sebebi ile mağduriyet yaşayan taşınmaz malikinin sırf bedelin ödenmediği veya güvence altına alınmadığı gerekçesi ile davasının reddedilmesi maliki bu ilişkiye mahkûm etmek

³⁸⁷ Benzer şekilde, TMK m. 785/II gereği malikin ödemesi gereken intikal bedelinin de hâkim ara kararı ile depo edilmesini isteyeceği, bedelin depo edilmesi neticesinde hakkın sona erdiğine ilişkin karar verebileceği, bu sebeple mahkemenin kararının yenilik doğuran karar (inşai) olacağı hakkında bkz. **Tek**, 289.

anlamına gelir. Üst hakkı sahibi açısından da sözleşmeye aykırılığa devam etmesi için bir zemin yaratılmış olur. Üst hakkı sahibinin kusuru nispetince kendisine ödenecek bedelde indirim yapılabilecek olmasının (TMK m. 832/I) kendisine yapılacak haksız ödemelerle zenginleşmesini engellemeye hizmet ettiği yorumu yapılabilir. Lakin, mahkemeye bedel indirimi sebebi ile başvurulduğunda yine hâkim bedel depo edilmemişse davanın reddi cihetine gitmek suretiyle malikin mağdur olmasına sebep olabilir. Zira, malikin bedel ödeme imkânı yokken bedel ödemek zorunda kalması halinde süresinden önce devir hakkını kullanmaktan vazgeçmesi neticesini doğurabilir. Bu durumda söz konusu sorunun çözümü için malike sembolik bir miktarı depo bedeli olarak yatırması veya bedele karşılık güvence vermesi suretiyle hakkını kullanması imkânı tanınmalıdır. Malik, bedeli nakden depo edememe ihtimaline karşılık teminat mektubu ile de güvence verilebilecektir³⁸⁸.

Kanun koyucunun TMK m. 832 hükmünü emredici kabul ettiğimiz takdirde bu kapsamda hâkim takdir yetkisini kullanarak üst hakkı sahibinin kusuru nispetinde önemli bir indirim yapabilir. Hatta, hâkimin yapacağı önemli miktardaki bir indirim bedelsiz devirle aynı sonucun doğmasına sebep olabilir. Başka bir ifade ile taraflar sözleşmede devrin bedelsiz olabileceği yönünde TMK m. 832'nin aksinin bir hüküm tesis etmemişlerse hâkimin takdiren bedelde yapacağı önemli bir indirimle bedelsiz devir sonucu doğabilir. O halde tarafların sözleşmede bedelsiz devri kararlaştırmayacakları yaklaşımı tek başına haklı bir gerekçe oluşturmaz. Bu sebeple tarafların TMK m. 832 aksine “bedelsiz devri” kararlaştırdıkları sözleşme hükmünün de geçerli sayılması amaca daha uygun görünmektedir.

Taraflar sözleşmede süresinden önce devirin bedelsiz olacağını kararlaştırmışlarsa üst hakkı sahibinin devrin bedelsiz olacağını baştan kabul ettiği düşünüldüğünde kendisinden sözleşmeye uygun davranması beklenir. Eğer, hak sahibi sözleşmeyi ihlal etmişse sonucuna da katlanması gerekir.

Öte yandan, üst hakkının süresinden önce devrini talep edebilmek için ağır bir ihlalin olması gerekir. Aksi takdirde malikin devir talebi reddedilir. Şu hâlde, malikin

³⁸⁸ Benzer şekilde, önalım hakkının kullanılmasında da önalım bedelinin teminat mektubu ile depo edilebileceği yönünde bkz. YHGK 17.06.2009, E. 2009/6-221 K. 2009/265 (Bkz. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

devir talebi kabul edilmişse ağır bir ihlal var demektir. Bedel ödenmesi emredici kabul edilecek olursa üst hakkı sahibi hem sözleşmeyi ağır bir şekilde ihlal edecek hem de bedel talep edecektir. Bu hukukun genel ilkelerine de aykırıdır. Zira, “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” ilkesi gereğince kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemez³⁸⁹. Hak arayan eller temiz olmak zorundadır.

Hükmün emredici olduğunun kabul edilmesi üst hakkı sahibinin haksız yere zenginleşmesine de yol açabilir. Çünkü bedel belirlenirken inşaatın değerine değil üst hakkının değerine bakılacaktır. Bu değer tespit edilirken binaların getirebileceği gelir de dikkate alınır. Bedele hükmedilmediğinde üst hakkı sahibi uzun yıllar içinde çalışarak elde edebileceği bir gelire çalışmadan ve riske katlanmadan, hemen sahip olacaktır. Bu da kabul edilebilir bir sonuç değildir. Her ne kadar bedelsiz devirde de malikin zenginleşeceği ileri sürülebilse de bu duruma üst hakkı sahibinin kendi kusuru ile sebep olduğunu unutmamak gerekir.

Taraflar, süresinden önce devir söz konusu olduğunda devir bedelinin ne olacağını kararlaştırmış da olabilir. Şayet, hüküm emredici olarak kabul edilirse sözleşme ile belirlenen devir bedelini de geçersiz saymak gerekir. Zira, kararlaştırılan bedel gerçek bedelin altında olabilir. Bu da sözleşme özgürlüğüne aşırı bir müdahale olur. Öte yandan, sözleşme ile kararlaştırılan devir bedelinin yüksek olması halinde bu bedeli kabul edip düşük olduğunda geçersiz saymak da çelişkiye yol açacak bir durumdur.

Sonuç olarak açıklandığı üzere doktrinde TMK m. 832 hükmünün emredici olduğuna ilişkin görüşler bulunsa da kanaatimizce TMK m. 832 düzenleyici bir hükmüdür. Tarafların aksini kararlaştırmadığı hatta üst hakkı sözleşmesinde herhangi bir hüküm bulunmayan hallerde (TMK m. 831 hükmünde olduğu gibi) kanun hükmünün uygulanması gerekir. Burada kanun koyucu sözleşmede hüküm bulunmaması halinde belirli bir bedelin ödeneceğini düzenlemektedir. Hükmün amacı ise üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırılığı sebebiyle taşınmaz malikinin süresinden önce devir

³⁸⁹ **Erdoğan**, Belgin, Hukukta Latince Teknik Terimler- Özlü Sözler, İstanbul 2011, 91; **Özmen**, Sabâ/Ürem, Müge, Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukukî Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2016, C. 90, S. 3, 206.

hakkını kullanması sonucunda malikin haksız zenginleşmesinin önüne geçmektir. Fakat, taraflar üst hakkı sözleşmesine bedel ödenmeyeceğine dair hüküm koymuşlarsa artık taraf iradesine üstünlük tanınması gerekir. Öte yandan Borçlar Kanunu'nda irade serbestisi kuralıdır. Bu nedenle emredici hükümler istisnadır. İstisnaların da dar yorumlanması gerekir ve genişletilemez. Bu sebeple de eğer bir kuralın emredici mi yoksa düzenleyici mi olduğu konusunda tereddüt ediliyorsa “düzenleyici” olduğunun kabulü gerekir. Zira, bir hükmün emredici olduğunu söyleyebilmek için bu sonucun kanun metninden açıkça anlaşılabilmesi icap eder. Öncelik irade serbestisi olmakla beraber somut olayın şartları, sözleşmenin bir kelepçeleme sözleşmesi olup olmadığı gibi hususlar da bedel ödenip ödenmeyeceğinin takdirinde dikkate alınması gereken diğer hususlardır.

2. Bedelin Tayininde Dikkate Alınacak Esaslar

Sözleşmede tarafların aksine bir hüküm öngörmedikleri ve hatta bedele ilişkin herhangi bir hüküm tesis etmedikleri hallerde veya taşınmaz malikin sözleşmede yer almamakla beraber TMK m. 831- 832 gereği kanundan doğan süresinden önce devir hakkını kullanmayı istediği durumlarda malikin kendisine kalacak yapılar³⁹⁰ için ödemesi gereken bedelin hangi esaslar göz önünde bulundurularak belirleneceği hususu kanun koyucu tarafından özellikle düzenlenmemiştir. Kanun koyucuya göre bu bedel “uygun bir bedel”dir ve bedelin tayini hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak bu bedelin belirlenmesinde hâkim neleri dikkate alacaktır? Her hâkim kendi kriterleri doğrultusunda farklı esasları göz önünde bulundurarak hüküm tesis ederse yargı birliği nasıl sağlanacaktır? Yahut hâkimlere takdir yetkisini kullanabilecekleri hususlarda keskin sınırlar çizilirse bu durumda somut olay adaletini tesis etmek

³⁹⁰ TMK m. 832’de açıkça ifade edildiği üzere bedel ödeme borcunun doğması için yüklü taşınmaz üzerinde yapı bulunması gerekmektedir. Bu durumda ya yüklü taşınmaz üzerinde üst hakkının tesisinden sonra bir yapı inşa edilmiş ya da üst hakkı tesis edilirken taşınmaz üzerinde mevcut bir yapının değeri üst hakkı sahibi tarafından arttırılmış olmalıdır. Bedel, yüklü taşınmaz malikine üst hakkı ilişkisi sona erdikten sonra kalacak yapılar içindir. Eğer ki, üst hakkının sona erme tarihi itibarıyla yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı bulunmuyorsa veya mevcut yapıların değerini arttıracak bir tasarrufta bulunulmamışsa bu takdirde üst hakkı sahibine ödenecek bedel Borçlar Hukuku anlamında sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Açıklanan nedenle, yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı yoksa veya mevcut yapıda değer artışı tespit edilemiyorsa yüklü taşınmaz malikin şartları dahilinde süresinden önce devir talebinde bulunabilmesi için bir bedel ödemesinin beklenmemesi gerekir. **Gürzumar**, 143, dn. 563.

mümkün olacak mıdır? Bu sorulara verilecek cevaplar uyumsuzlukların adil bir şekilde sonuçlanması ve taraf menfaatlerinin korunması açısından önem arz eder.

Kanun koyucu TMK m. 832 hükmünde “uygun bedel” kavramını kullanarak bedelin tayinini hâkimin takdirine bırakmıştır. Kanun koyucunun ifadesi ile buradaki bedel “uygun” bir bedel olduğu için bir uyumsuzluk söz konusu olursa bedelin miktarını TMK m. 4 hükmüne dayanarak her somut olayın özelliklerini dikkate alarak hâkim tayin edecektir³⁹¹. Hükümde hâkimin takdir yetkisini sınırlandıracak keskin sınırları olan esasların getirilmemiş olması somut olay adaletinin tesisi açısından makul gözükmemektedir. Ancak en azından hâkimlerin takdir yetkisini kullanırken gözetilecekleri asgari kriterleri belirlemek keyfî sonuçların önüne geçilmesi bakımından önemlidir³⁹².

Devir halinde ödenecek bedel TMK m. 829 gereği tarafların sözleşmede kararlaştırmaları halinde taşınmaz malikinin ödemekle mükellef olduğu intikal bedeli ile aynı edim yükümlülüğünü ifade eder. Ancak her iki bedelin takdiri hâkime ait olmakla beraber hâkime tanınan takdir yetkisi TMK m. 832 açısından daha geniştir. Örneğin, TMK m. 829’dan farklı olarak hâkimin TMK m. 832’ye göre bedelin tayininde göz önünde bulunduracağı esaslardan biri TMK m. 832/II gereği üst hakkı sahibinin kusurudur. Bu durumda kusur nispetinde ne kadar indirim yapacağı da yine hâkimin takdirine kalmıştır³⁹³.

Öncelikle “bedel” kavramının kapsamına dair bir belirleme yapmak yerinde olur. Kanun koyucu TMK m. 832 hükmünde açıkça ifade ettiği üzere ödenecek bedel, malike intikal edecek “yapılara” karşılıktır. Her ne kadar kanun koyucu bu bede-

³⁹¹ **Gürzumar**, 144 vd.

³⁹² Hâkimlerin aynı konuda her somut olay kapsamında farklı kararlar vermesi somut olay adaleti açısından doğru olabilir. Fakat, hukukun tüm ülkede aynı şekilde uygulanması hukuk birliği açısından önemlidir. Farklı kararlar, eğer haklı bir gerekçe yoksa hukuk birliğini bozabilir. Bu durumda hukukî güvenlik ilkesi ihlâl edilmiş olur. Şu hâlde belirlenecek asgari kriter çerçevesinde hakimlerin her somut olayın özelliklerini ve taraf iradelerini göz önünde bulundurarak karar vermeleri hukuk birliğinin sağlanması, bunun sonucu olarak da hukuk güvenliğinin korunması açısından önem arz eder.

³⁹³ **Isler**, Baurechtsvertrag, 129; Doktrinde bedelin bir tazminat olmaması sebebiyle kusurun indirim sebebi olarak uygulanmaması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Ayrıca hâkimin uygun bedelin ödenmemesine de karar verebileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Demirsatan**, 112, dn. 432.

lin neye ilişkin olacağını vurgulamak için “yapı” kavramını ön plana çıkarmışsa da taşınmaz malikine süresinden önce devir hakkı ile intikal eden “üst hakkıdır”. Yapılar, üst hakkının içeriğine dahildir. Haktan bağımsız olarak değerlendirilemez ve tasarruf konusu yapılamazlar. Bu sebeple söz konusu bedelin üst hakkına karşılık gelecek değer (üst hakkı değeri) olarak anlaşılması gerekir. Doğal olarak, üst hakkı bedeli değerlemesi içinde yapılara biçilecek değer öncelikli kalemi oluşturacaktır. Oysa, “üst hakkı değeri” tespiti söz konusu olduğunda sadece yapı değerinden başka kriterlerin de dikkate alınması gerekir.

İsviçre doktrininde kabul edilen görüşe göre Art. 779g ZGB (TMK m. 832) kapsamında ödenecek bedel devir hakkının kullanıldığı andaki koşullara göre belirlenen, üst hakkı sahibinin yaptığı yatırımların devir anındaki değerinin tazminine ilişkindir³⁹⁴. Burada bir nevi Art. 779d ZGB (TMK m. 829)’deki intikal bedeline ilişkin getirilen “yapıların objektif değeri” kriterine yakın bir anlayışın benimsendiği söylenebilir³⁹⁵. Söz konusu yaklaşımı destekler nitelikte, ileri sürülen bir görüşe göre³⁹⁶ devre dayalı intikal bedelinin hesaplanmasında da benzer şekilde olağan intikal (sürenin sona ermesi halinde malike intikal) halinde ödenecek bedelin hesaplanmasına ilişkin hükümlere başvurulur. Bu kapsamda dikkate alınacak kriterler: Mülkün (arazi ve yapının birlikte) piyasa değeri, yapının devir anındaki objektif değeri ve arazinin devir anındaki değeridir. Şu hâlde üst hakkı değeri (intikal değeri) de yapıların objektif değeri ve arazi değerinin toplamından oluşan değer içindeki, yapının objektif değerinin payına karşılık gelen, mülkün piyasa değerindeki payına karşılık gelir³⁹⁷.

İsviçre’de devir anındaki değerleri esas alan bu yaklaşıma karşılık kanaatimizce üst hakkı değeri hesaplanırken sadece devir anındaki objektif piyasa değeri dikka-

³⁹⁴ BBI 1963 I 986; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779g Nr. f. 2; **Henggeler**, 117 f.- 120 f; Uygun bedelin tespitinde, hak sahibinin yapılar için yaptığı masrafların veya kendisi açısından taşıdığı değer dikkate alınmayacağı, hakkında bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 130.

³⁹⁵ Bu kritere ilişkin açıklama ve eleştirilerimiz için bkz. § 7/II; Bu kapsamda yapıların fizikî durumları, üst hakkı üzerinde başka bir sınırlı aynî hak olup olmadığı vb. kriterlere bakılması gerektiği hakkında bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 130; **Meier-Hayoz**, 604.

³⁹⁶ **Flepp**, 55.

³⁹⁷ **Flepp**, 55; Detaylı bilgi için bkz. § 7/II.

te alınmamalıdır. Bunun yanında yapıların getirebileceği muhtemel gelir de dikkate alınmalıdır. Kanun koyucunun TMK m. 832 hükmü ile ulaşmak istediği amaç, tarafların karşılıklı menfaatleri arasında adil denge kurmaktır. O halde, denkleştirme benzeri bir yaklaşımla; devir sebebi ile hak sahibinin yapılardan faydalanamadığı süreyle orantılı olarak belirlenecek yapı değeri ile elde edilemeyen muhtemel gelirin kalan üst hakkı süresiyle orantılandırılması neticesinde bir hesaplama yapılmalıdır. Belirlenen bu değer üzerinden daha sonra varsa üst hakkı sahibinin kusuru nispetinde indirim yapılarak taşınmaz malikinin ödemesi gereken intikal bedeli tespit edilmelidir. Bedelin tespitinde üst hakkı sahibinin hakkın kullanımı süresinde elde ettiği gelire bakılmaması gerekir. Zira, bunun karşılığı olarak taşınmaz malikine de peşinen veya irat şeklinde devir anına kadar üst hakkı bedeli ödenmiştir. Malike ödenen üst hakkı bedeli göz önünde bulundurulmadan üst hakkı sahibinin hakkın kapsamında elde ettiği gelirin dikkate alınması malikin üst hakkı sahibi aleyhine zenginleşmesine sebep olur.

Örneğin; elli yıl süreyle kurulmuş bir üst hakkının yirmi beşinci yılında üst hakkı sahibi ağır yükümlülük ihlalinde bulunmuş ve malik devir hakkını kullanmıştır. Elli yıl sonraki taşınmazın değeri (çıplak mülkiyet) 70.000.000 TL'dir. İskonto oranı %12 olarak hesaplandığında yapılan ekspertiz incelemesi sonucu yapının devir anındaki taşınmazın arsa değerinin 4.500.000 TL olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, üst hakkı sahibi yirmi beş yıl boyunca bu yapıyı kiraya vermek suretiyle yüksek gelir elde etmiştir. Gelir getiren bir üst hakkı söz konusu olduğu için hakkın kalan süresi göz önünde bulundurularak yapılardan elde edilecek muhtemel gelirin de hesaplanması gerekir. Kanaatimizce devir sebebi ile ödenecek intikal bedelinin hesaplanmasında şu kriterler dikkate alınır:

1- Yirmi beş yıl sonraki (devir anı itibarıyla) arsa değeri: 112.500.000 TL

2- Üst hakkı sahibinin devir sebebi ile yapılardan faydalanamadığı, hakkın kalan yirmi beş yıllık süresiyle orantılı belirlenecek muhtemel geliri: Kalan yirmi beş yıllık sürede yapının yine kiraya verildiğini düşünecek olursak kira bedelinin yıllık ortalama 500.000 TL olduğu varsayımında yirmi beş yıl sonraki üst hakkının değeri 37.500.000 TL'dir.

Belirlenen bu değerden varsa, üst hakkı sahibinin kusuru nispetinde indirim yapıldıktan sonra gerçek intikal değerine ulaşılabilir³⁹⁸.

Kanun koyucu yapılara karşılık intikal bedeli ödenmesinden bahsettiği için devir anındaki yapıların mevcut durumuna göre değer tespiti yapılır. Devir hakkının kullanıldığı an itibarıyla yapıların daha tamamlanmamış olma ihtimali de vardır. Özellikle üst hakkının kurulmasından kısa bir süre sonra süresinden önce devir hakkının kullanılması halinde bu ihtimalle karşılaşılabilir. Böyle bir durumda taşınmaz malikine yarım kalan inşaatın yıkılması suretiyle üst hakkının yapısız olarak devrini talep edebilme imkânı tanınmalıdır. İsviçre doktrininde Art. 779d ZGB kapsamında malikin ödeyeceği olağan intikal bedelinin tespitinde malikin sübjektif menfaatine de bakılması gerektiği ileri sürülmektedir³⁹⁹. Bu durumda malik söz konusu yapılara bir faaliyet yürütmeyi düşünmüyorsa veya bu konuda emin değilse yahut yapılar kullanılabilir durumda değilse yapıların yıkılmasını talep edebilme imkânı vardır. Böylece üst hakkı sahibine de bir bedel ödemek zorunda kalmaz. Benzer şekilde TMK m. 832 gereği de malike kalacak yapılar onun haktan yararlanmasına imkân tanıyacak ölçüde değilse devir hakkını kullanırken yapısız intikali talep edebilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece malvarlığında bir değer artışı olmayacağı için ödenmesi gereken bir bedelden de söz edilemeyecektir.

Tarafların sözleşme serbestisi kapsamında daha devir hakkı doğmadan muhtemel bir devir hali için ödenecek bedeli sözleşmede belirlemiş olmaları mümkündür. Böyle bir anlaşma yapılmışsa tayin edilen bu bedelin âkîbetinin de belirlenmesi gerekir. Taraflar sözleşmede bir bedel belirlemediyse ve bedelsiz devri de kararlaştırmamışlarsa TMK m. 832 gereği bir bedel ödenmesi gerekiyorsa bunu TMK m. 4 hükmü gereği takdir edecek olan hâkimdir. Ancak sözleşme serbestisi kapsamında başlangıçtan bir bedel de belirlenmiş olabilir. Bu durumda tarafların belirlediği bu bedelle hâkimin bağlı olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁰⁰. Bu görüş savunucularına göre

³⁹⁸ Diğer yandan verdiğimiz örneğin aksine üst hakkı sahibinin üst hakkı süresi boyunca zarar etmesi de mümkündür. Böyle bir durumda muhtemel gelirin tespiti mümkün olmayacağı için yapının devir anındaki değeri dikkate alınarak üst hakkı değeri hesaplanmalıdır.

³⁹⁹ **Flepp**, 54; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f. 4; **Isler**, Baurechtsverträge, 120; **Hengeler**, 117- 120.

⁴⁰⁰ **Isler**, Baurechtsvertrag, 129.

taraf lar bir bedel tayin etmişler ise bu hüküm bağlayıcı olmayacaktır. Çünkü yapılar için esas alınacak değ ere ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğ unda hâkimin göze teceğ i kıstas, yapıların ağır yükümlülük ihlali gerç ekleş tiğ i zaman itibarıyla yukarıda zikrettiğ imiz tüm kıstaslar esas alınarak belirlenecek olan miktardır. Bu değ erin ta raflarca önceden (ihlal gerç ekleş mesinden önce) belirlenmesi mümkün değ ildir. Esas alınacak değ er önceden belirlenirse bu durum hem taşınmaz malikinın hem de üst hakkı sahibinin aleyhine olur⁴⁰¹. Ancak kanaatimizce sözleşme serbestisi ilkesinin esas olduğ u görüşümüzü de destekler şekilde tarafların bedelsiz devri kararlaşt ırabil dikleri gibi süresinden önce devir hakkının kullanılması halinde de bir bedel ödene cekse bu bedelin miktarını tayin edebilmelidirler. Hâkim de tarafların ortak irade gösterdikleri bu gibi hususları takdir yetkisini kullanırken birinci derecede dikkate alması gerekir. Zira, bu gibi durumlarda hâkim tarafından doldurulması gereken bir boş luktan söz edilemeyeceğ i için hâkim tarafların iradelerine göre hüküm tesis etme lidir.

Öte yandan, taşınmazın değ eri ile tarafların TMK m. 832 gereğ i sözleşmede kararlaşt ırdıkları bedel arasında önemli bir fark varsa bu bedelin üst hakkı sahibi aleyhine getirilmiş bir cezai şart olabileceğ i yorumunu yapmak da mümkündür. Zira, taraflar paradan başka bir şey i de cezai şart olarak kararlaşt ırabilirler. Fahiş bir cezai şart söz konusu ise de uygulamada üst hakkı sahiplerinin genelde tacir sıfatına sahip oldukları düşün üldüğ ünde tacirler fahiş olan cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceklerdir (TTK m. 22). Tarafların fahiş olmadığı müddetçe, sözleşme ile cezai şart belirlemelerinde kanunen engel bir durum yoktur (TBK m. 179). Bu kapsamda bir malın verilmesi de cezai şart olabilir. Yüklü taşınmaz malikine yapılan devir de bu kapsamda üst hakkı sahibi aleyhine kararlaşt ırılmış cezai şart olarak değ erlendirilebi lir.

⁴⁰¹ Doktrinde buna gerekçe olarak TMK m. 831 hükmünün emrediciliğ i gösterilmekte, tarafların böyle bir hükmü sözleşmede belirlemiş olsalar da TBK m. 27'ye göre kesin hükümsüz kabul edileceğ i ileri sürülmektedir. Bkz. **Gürzumar**, 134, 135, 144; **Demirsatan**, 113 vd.; **Isler**, Bauvertragsvertrag, 127; **Freimüller**, 87.

Ç) SÜRESİNDEN ÖNCE DEVİR HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI

Öncelikle süresinden önce devir hakkının kullanılması açısından kanun koyucunun üst hakkının türlerine bağlı bir ayırım yapıp yapmadığı hususu üzerinde durulması gerekir. Bu kapsamda ele alınacak hususlardan ilki, bağımsız olmayan fakat sürekli nitelikteki bir üst hakkında devir yasağının TMK m. 831 ve 833 hükümleri kapsamında süresinden önce devredir talebine engel teşkil edip etmeyeceğidir. Diğer bir husus da bağımsız ve sürekli bir üst hakkı sözleşmesinde taraflarından süresinden önce devre ilişkin hüküm tesis etmelerinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağıdır.

İsviçre doktrinde bazı yazarlar bağımsız ve sürekli üst haklarına dair tasarruf yetkisi sınırlaması getirilmesinin hakkın bağımsızlık niteliğiyle bağdaşmayacağı görüşüne örnek olarak sözleşmede tarafların süresinden önce devir isteme hakkına ilişkin hüküm koymalarını göstermektedirler⁴⁰². Bu sebeple süresinden önce devir hakkının kullanılmasının bağımsız ve sürekli üst hakları üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasıyla ilgili bir husus olup olmadığı değerlendirilmesi gerekir.

Öncelikle, bağımsız ve sürekli üst haklarında üst hakkı sahibinin tasarruf yetkilerinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına ilişkin bizim de katıldığımız ve doktrindeki hâkim görüşe göre⁴⁰³, bağımsız bir üst hakkı sahibinin hakkından doğan ta-

⁴⁰² **Bachmann**, 144- 177; Diğer yandan üst hakkı sahibinin tasarruflarının kısıtlanmasının veya izne tâbi kılınmasının hakkın bağımsızlık özelliğini engelleyeceği yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 868/N. 3092; Her türlü sınırlamanın bağımsızlık özelliğine ters düşeceği yönünde bkz. **Kuntalp**, 539- 540, 551; **Erekmekçi**, 65-66. Yazara göre tasarruf yetkisine ilişkin sınırlandırmanın derecesine bakılmaksızın üst hakkı sözleşmesinde devre ilişkin getirilen her türlü tahdit hakkın bağımsızlık niteliğine zarar verir. Bu tahditler üst hakkının bağımsızlığını ortadan kaldıracığı için üst hakkının tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesini engeller.

⁴⁰³ **Isler**, Baurechtsvertrag, 94, 156 vd.. Yazara göre bu durumda bile tasarruf yetkisinin sınırlandırılması tamamen yüklü taşınmaz malikinin tasarrufuna bırakılamaz. Başka bir ifade ile bir üst hakkının devrinin yüklü taşınmaz maliki tarafından dilerse onaylanıp dilerse onaylanmayacağı yönünde tarafların yapacağı anlaşma hakkın bağımsızlık niteliğine aykırıdır.; **Freimüller**, 64 vd.; **Liver**, ZBJV, 388 vd.; **Friedrich**, 15, 16; **Henggeler**, 14; **Witt**, 88; **Akıpek**, 38; **Acar**, 29- 30; **Gürzumar**, 43 vd.; Üst hakkı sahibinin yetkilerinin sınırlandırılabilmesi, bu sınırlandırmaların hakkın bağımsızlığını etkilemeyeceği ancak söz konusu sınırlandırmaların aynı etkili olmasının hakkın bağımsızlığı ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. **Riemer**, 29-30; Yetki sınırlandırılmasının mümkün olabileceği ancak bu nitelikteki üst haklarının bağımsız üst hakkı olarak tapuda ayrı sayfaya tescil edilemeyeceği hakkında bkz. **Bertan**, 1540/N. 25; Aynı yönde **Aral**, 51; **Köprülü/Kaneti**, 170, 171; **Belen**, Herdem, Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi (KOUHF) Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan,

sarruf yetkisi, üst hakkının bağımsızlık özelliğini ortadan kaldırmayacak şekilde sınırlandırılabilir⁴⁰⁴. Bu kapsamda doktrinde özellikle üst hakkının devrine ilişkin sözleşmeye konulan kayıtlar değerlendirilmiş, hakkın devrini ne derecede kısıtladığına dair farklı değerlendirmeler yapılmıştır⁴⁰⁵. İsviçre ve Türk doktrininde üst hakkının bağımsızlığını etkileme ihtimali üzerinde tartışılan devire ilişkin hükümler üst hakkı sahibinin üçüncü kişilerle yapacağı hukukî işlemi ifade etmektedir. Süresinden önce devir hakkının da bu nitelikte, alelade bir devir olup olmadığının tespiti devir hakkının sadece bağımsız ve sürekli üst haklarında kullanılmasına yönelik sınırlayıcı görüşünü bertaraf eder.

Bu hususun açıklığa kavuşturulması için süresinden önce devir hakkının hukukî amacının tespit edilmesi gerekir. Söz konusu hükmün amacı üst hakkı sahibinin tasarruf yetkisini kısıtlamak mıdır yoksa üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırılığı sebebi ile ihlali sona erdirmek için malike tanınan bir imkân mıdır? Hükümde zikredilen devir hakkı herhangi bir irtifak hakkının üçüncü kişiye alelade surette devredilmesinden farklıdır. Kanun koyucu süresinden önce devir imkânı ile aslında taşınmaz malikine ağır yükümlülük ihlali ile ortaya çıkan sözleşmeye aykırılığı sona erdirebilme imkânı tanımıştır. Alelade bir devir sözleşmesinden farklı olarak süresinden önce devir şartlarının oluşması halinde üst hakkı sahibinin rızası aranmaz. Malikin bu hakkı kullandığını beyan etmesi ve mahkemenin de şartların gerçekleştiğini tespit etmesi devrin sonuç doğurması için yeterlidir. Ancak üst hakkının devri sözleşmesi

2001, 380; Yargıtay'ın hakkın bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmayacak nitelikteki tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları tasarruf yetkisi kısıtlamalarının tapuya şerh edilebileceğine ilişkin kararı için bkz. Y.14.HD., 17.04.2007, E. 2007/2408 K. 2007/4376 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁰⁴ Bu görüşe göre resmî senette yer alan tasarruf sınırlandırmasına dair bu kayıtlar ise TMK m. 827 gereği sözleşmenin içeriğine dahil olan aynî etkili hususlardır. Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 94; **Akipek**, 38; **Gürzumar**, 45. Yazara göre üst hakkının devri üst hakkından doğan bir yetkidir ve üst hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine sözleşmede getirilen sınırlamalar da aynî etki göstermektedir.; Aksi yöndeki, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının devredilemeyeceğine dair getirilen tasarruf sınırlamalarının üst hakkı sahibine bir yapmama borcu yüklediği, bu sınırlamalara aykırı davranılmasının TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanmasını gerektirebileceği yorumu ile aynî değil nispi etkili olduğu görüşü için bkz. **Belen**, Süresinden Önce Devir, 40 vd..

⁴⁰⁵ Tartışmalar özellikle devrin malikin onayına tâbi tutulduğu sözleşme hükümleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu kapsamda bazı yazarlar onayın tamamen malikin inisiyatifinde olmasını hakkın bağımsızlığını ortadan kaldıracak bir unsur olarak değerlendirirler (bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 94, 156 vd.; **Freimüller**, 64 vd.). Buna karşılık, devrin malikin onayına tâbi tutulabileceği ve ancak haklı nedenle devre onay verilmeyebileceği yönündeki sözleşme hükümlerinin ise bağımsızlık özelliğini ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmektedir (bkz. **Akipek**, 38).

yapılmak istenirse tarafların üst hakkının devrine ilişkin ortak ve birbirine uygun iradelerini Kanun'un aradığı şekil şartına uygun olarak yapacakları bir sözleşme ile beyan etmeleri gerekir. Öte yandan, süresinden önce devir hakkının kullanılabilmesi için tarafların herhangi bir devir sözleşmesi yapma zorunluluğu yoktur. Kanaatimizce, TMK m. 831 vd. hükümlerinin amacı da göz önünde bulundurulduğunda süresinden önce devir alelade devir ilişkisi içinde değerlendirilmemelidir. Bu sebeple söz konusu hükümlerin üst hakkı sahibinin devir hakkını sınırladığına dair yapılan yorumlara da katılmıyoruz⁴⁰⁶.

Bu tespit sonucunda, üst hakkının süresinden önce devrini talep edebilme yetkisini öngören hükümler kural olarak sadece bağımsız üst hakkında değil üst hakkının diğer çeşitlerinde de uygulanabilir⁴⁰⁷. Yüklü taşınmaz malikine tanınan süresinden önce devir hakkı, Kanun'un tanıdığı bir hak olmakla beraber bu hakkın doğması için üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlalleri sebebiyle yüklü taşınmaz maliki açısından sözleşme ilişkisinin çekilmez hale gelmesi gerekir. Süresinden önce devir hakkının haklı nedenle feshin özel bir görünümü olması sebebiyle de söz konusu hükmün sadece bağımsız (devredilebilen) üst haklarına tâbi kılınması hem hükmün koruma amacı⁴⁰⁸ ile bağdaşmaz hem de diğer taşınmaza veya kişiye bağlı olan üst

⁴⁰⁶ İsviçre doktrininde bizimle aynı görüşü paylaşan hâkim görüşün aksine süresinden önce devir hakkının yalnızca bağımsız üst hakları açısından geçerli olduğu yönünde bir görüşte bulunmaktadır. Bu görüşe göre hakkın devri gerekeceğinden ancak devredilebilir; yani bağımsız üst hakları süresinden önce devir hakkı konusu olabilir. (Bkz. **Freimüller**, 83- 84).

⁴⁰⁷ **Isler**, Baurechtsvertrag, 127. Yazara göre borca aykırılık hallerini sınırlandıran ve uygun bedel ödemesi kaydı ile devri mümkün kılan bu hükümlerle bir yandan üst hakkı sahibi korunurken, sonuçları itibarıyla da yüklü taşınmaz maliki korunmaktadır. Hükmün koruyucu etkisini yüklü taşınmaz maliki açısından sadece bağımsız üst hakkına hasretmek bağımlı üst hakkı tanıyan yüklü taşınmaz maliklerini hükmün koruyuculuğundan mahrum bırakmak anlamına gelmektedir.; **Roberto/Hrubesch- Millauer**, 122, Nr.573; Süresinden önce devir hükümlerinin sadece bağımsız (eşyaya veya kişiye bağlı olmayan, devredilebilen) üst hakkına uygulanabileceğini öngören doktrindeki azınlık görüşünün en güçlü gerekçesinin devri kabil olmayan bir hakkın üçüncü kişilere devredilemediği gibi yüklü taşınmaz malikine de devredilemeyeceği, ancak devir borcunun kanundan doğan bir borç olması sebebiyle yüklü taşınmaz malikine bağımlı üst hakkının bağımsız üst hakkına dönüştürülebilmesi hususunda üst hakkı sahibinin muvafakat etmesini istemesi hususunda bir hak da tanıdığı yönündeki doktrin görüşleri için bkz. **Gürzumar**, 45, 140; Sadece bağımsız (devredilebilen) üst haklarının TMK m. 831 kapsamına girdiği görüşünde olan yazarlar için bkz. **Freimüller**, 84; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 874/N. 3104; **Demirsatan**, 95- 97; **Büyüktanır**, 257.

⁴⁰⁸ **Isler**, Baurechtsvertrag, 127.

haklarının tarafı olan yüklü taşınmaz maliklerini çekilmez hale gelen bir sözleşme ilişkisi içine mahkûm etmek sonucunu doğurur.

Süresinden önce devir isteme hakkına sahip olan yüklü taşınmaz malikidir. Bu hak hem sahibi hem muhatabı bakımından eşyaya bağlı bir nitelik taşır⁴⁰⁹. Diğer bir deyişle, TMK 831 hükmü gereğince üst hakkı sahibinin aleyhine doğan devretme borcu emredici nitelik taşıması sebebiyle eşyaya bağlı bir borçtur⁴¹⁰. Bunun doğal sonucu olarak üst hakkını devralan kişinin üst hakkının aynî içeriğini ihlal etmesi veya üst hakkı sözleşmesinden doğan bir borca aykırı davranması halinde yüklü taşınmaz maliki bu kişiye karşı da süresinden önce devir hakkını kullanabilir. Üst hakkı sahibi kim ise şartların gerçekleşmesi halinde üst hakkını yüklü taşınmaz malikine devredecek olan da bu kişidir.

Ancak burada incelenmesi gereken husus, devir hakkının eşyaya bağlı olmasının sonucu olarak bu hak kullanıldıktan sonra, buna bağlı doğacak her borcun eşyaya bağlı sayılıp sayılmayacağıdır. Bu konu özellikle üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz malikinin devir hakkını kullanmasından sonra üst hakkını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde devir borcunun eşyaya bağlı nitelik taşıyıp taşımayacağı sorusu ile ilgilidir. Bunun akabinde üst hakkını edinen kişinin kendinden önce doğan devir borcu ile sorumlu tutulup tutulmayacağı sorusu gündeme gelir.

Devir hakkının eşyaya bağlı olması bu hak kullanıldıktan sonra buna bağlı olarak doğacak her borcun da eşyaya bağlı olacağı neticesini doğurmaz. Bu hususa dair Kanun'da da bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre üst hakkını sonradan edinen hak sahipleri önceki üst hakkı sahibinin devir borcu ile sorumlu değildir⁴¹¹. Ancak, bir eşyaya bağlı borcun (alelade nisbi nitelikli borç değilse) ihlalden kaynaklanan devir borcu söz konusu ise bu borç da eşyaya

⁴⁰⁹ **Isler**, Baurechtsvertrag, 96, 126; **Freimüller**, 82; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 874/N. 3104; **Gürzumar**, 138; **Demirsatan**, 94.

⁴¹⁰ Bu durum TMK m. 831 hükmünün üst hakkı sözleşmesinden doğan hangi borçlara (tarafların alelade nisbi nitelikli borçlarının mı eşyaya bağlı borçlarının mı ihlali halinde) uygulanacağı hususundan farklıdır.

⁴¹¹ **Isler**, Baurechtsvertrag, 129; **Gürzumar**, 138; **Demirsatan**, 128, 129.

bağlı olur. Borç doğduktan sonra üst hakkı sahibinin cüz'i halefleri de devir borcundan sorumlu olur⁴¹².

Malik devir talebinde bulunduktan sonra hak sahibi üçüncü bir kişiye üst hakkını devretmişse bu tasarrufun kötünietli olarak, malikin talebini boşa çıkarmak amacıyla gerçekleştirilme ihtimali vardır. Bu sebeple üçüncü kişinin süresinden önce devir borcundan sorumluluğunun üst hakkının devrinin mümkün olup olmaması; yani bağımsızlığı açısından da incelemek faydalı olur⁴¹³.

⁴¹² **Isler**, Baurechtsvertrag, 129, dn. 14; **Freimüller**, 82. Yazar, “süresinden önce devir hakkının doğmasıyla beraber eşyaya bağlı borçların oluştuğunu, devir halinde de devir borcunun devralan üst hakkı sahibine karşı da ileri sürülebileceğini, üst hakkını yüklü taşınmaz malikine devretmek zorunda kalan yeni üst hakkı sahibinin devrin hukukî sebebinin ivazlı veya sağlar arası bir işlem olması kaydıyla üst hakkını devraldığı kişiye karşı kıyasen zapta karşı tekeffül hükümlerine başvuru-
rabileceğini” ileri sürmektedir.; **Gürzumar**, 138, dn. 541. Yazara göre borç ilişkisi içinde doğan münferit borçların eşyaya bağlı sayılmayacağı yönündeki doktrindeki görüşün üst hakkının süresinden önce devredilmesi borcu içinde kabul edilmesi halinde kendi döneminde üst hakkını devir borcu doğan üst hakkı sahibi hakkını üçüncü bir kişiye devrettiği zaman yüklü taşınmaz maliki hakkı devralan üst hakkı sahibinden devir borcunun ifasını isteyemeyecek sadece eski üst hakkı sahibinden TBK m. 112 gereği kusurlu imkânsızlık hükümlerine başvurmak kaydıyla doğan zararlarının tazminini isteyebilecektir.; Doktrinde eşyaya bağlı borç ilişkileri için kabul edilen görüşü Erel şu şekilde ifade etmektedir: “Bu borç ilişkisinden doğan münferit borçlar hangi aynı hak sahibi zamanında doğmuşsa onun şahsi borcu olarak kalır, eşyaya bağlı borç niteliği taşınmazlar. Hakkın devrine kadar doğmuş borçlardan, bu süre zarfında kim hak sahibi idiye, o sorumlu kalmakta devam eder. Eşyaya bağlı borç ilişkisinin intikalinde borcun doğumundan önce ve sonrası arasında ayırım yapmak gerekir. Borcun doğumuna kadar ki süre içerisinde aynı hakkın devri, borca muhatap olma durumunu da yeni hak sahibine intikal ettirir. Eşyaya bağlı borçlarda aynı hakkın devri kural olarak eski hak sahibinin doğacak yükümlülüklerden kurtulması, yeni aynı hak sahibinin onun yerini alması sonucunu doğuracaktır. Eski hak sahibi ile yeni hak sahibinin birlikte (müştereken) sorumluluğu söz konusu değildir. Bunun sebebi eşyaya bağlı borçların çoğunun bölünemez borç niteliği taşımasıdır. Bölünebilir nitelikteki eşyaya bağlı borçlarda ise (örneğin, para borcu) doğacak münferit borç, şahsi borç halinde o andaki aynı hak sahibinin malvarlığına dahil olacaktır.” Bkz. **Erel**, 168 vd.. Aksi yöndeki bir görüşe göre üst hakkını yüklü taşınmaz malikine devretmek zorunda kalan yeni üst hakkı sahibinin devrin hukukî sebebinin ivazlı veya sağlar arası bir işlem olması kaydıyla üst hakkını devraldığı kişiye karşı kıyasen zapta karşı tekeffül hükümlerine başvuru-
rabileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. **Freimüller**, 82. Bir başka görüşe göre de yüklü taşınmaz maliki süresinden önce devir hakkını üst hakkı sahibine ileri sürdükten sonra üst hakkının üçüncü kişiye devredilmesi halinde borçlu temerrüdü sonuçlarının doğar. Buna gerekçe olarak da üst hakkının devredilebilir olarak varlığını devam ettirdiği ileri sürülmektedir. Devir borçlusunu olan eski üst hakkı sahibinin devralan hak sahibinin katılımıyla bu borcun aynen ifasını sağlayabileceği için imkânsızlıktan bahsetmek mümkün olmaz. Talep hakları bakımından yazar şu görüştedir: “Devir beyanı ulaşıldıktan sonra üst hakkını üçüncü kişiye devreden üst hakkı sahibi kusursuz sayılamayacağı için yüklü taşınmaz maliki aynen ifa talebinde bulunabileceği gibi temerrüt tazminatına da hak kazanacaktır. Yeni üst hakkı sahibi de devre yanaşmazsa eski üst hakkı sahibi açısından sonraki imkânsızlık hükümleri çerçevesinde kusuruyla borcun imkânsızlaşmasına yol açan devir borçlusunun yüklü taşınmaz malikinin olumlu zararlarını tazmin etmesi gerekir.” Bkz. **Demirsatan**, 129-130.

⁴¹³ Söz konusu bu ihtimal sadece süresinden önce devir hakkının kullanılması için değil, haklı nedenle sözleşmenin feshi halinde de aynı sonuçların doğmasına sebep olabilir. Bu sebeple yapılan açıklamalar malikin benzer bir durumda süresinden önce devir hakkı yerine sözleşmeye aykırılık sebe-

Bu kapsamda Şu soruların cevaplanmasıda fayda vardır: Üst hakkının devrinin yasak olduğu bir ilişkide tapu memurunun devir yasağını fark etmeyerek üçüncü kişi adına devri gerçekleştirdiğini varsayalım. Ağır yükümlölük ihlalinde bulunan hak sahibine karşı süresinden önce devir talebinde bulunan malik, üst hakkı sahibinin üst hakkını yasağa rağmen başkasına devretmesi durumunda devralan üçüncü kişiye karşı süresinden önce devirden doğan taleplerini ileri sürebilecek midir? Devir yasağına rağmen hak sahibi üst hakkını devretmiş, malik de bu devre sessiz kalmışsa daha sonra üçüncü kişiye bu devrin geçersizliğini ve sözleşmeye aykırılık gereği devir borcunu ifa etmesi gerekenin devralan üçüncü kişi olduğunu ileri sürebilecek midir? Devir yasağının olmadığını düşüncecek olursak, malik süresinden önce devir talebinde bulunduktan sonra hak sahibi üst hakkını üçüncü kişiye devrederse bu devrin muvazaalı olmasının sonuçları nelerdir? Devrin muvazaalı olmaması halinde devralan üçüncü kişi iyiniyetli ise iyiniyeti korunur mu? İhlal gerçekleşmiş ancak malik dava açmadan önce hak sahibine ihtar çekerek hukuka aykırılığı gidermesini istemiş, süresinden önce devir tehlikesini fark eden hak sahibi de derhal üçüncü bir kişiye hakkı devretmişse bu durumda malik devir sebebi ile üçüncü kişiye dava açıp devir talebinde bulunabilir mi? Yahut süresinden önce devir sebebiyle dava açılmış olmasına rağmen devralan üçüncü kişi sözleşme hükümlerine uygun davranırsa malikin devir talep etmesinde hukukî yararının varlığından söz edilebilir mi?

Bu ihtimalleri bir örnekle somutlaştıracak olursak; mesela taraflar arasında otel olarak işletilmek üzere üst hakkı tesis edilmiştir. Hak sahibinin otelin eğlence birimi altında gece kulübü olarak tahsis edilen alanda müşterilere kumar oynama imkânı sunduğu tespit edilmiştir. Malik, yürütölen bu faaliyetin üst hakkının süresinden önce devri aısından haklı sebep teşkil etmesine dayanarak olayın akabinde süresinden önce devir sebebi ile dava açmıştır. Ancak, hak sahibi talebe rağmen üst hakkını X şirketine devretmiştir. X şirketi de hakkı devralır almaz kısa bir süre içinde otelin konseptini sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun hale getirmiş, kumarhane olarak faaliyet gösteren kısmı da tamamen kapatmıştır.

bi ile fesih hakkını kullandığı durumları da kapsamaktadır. Değerlendirme neticesinde ulaşılan sonuçların fesih hakkının kullanılması aısından da geçerli olduğunu vurgulamak isteriz.

Öncelikle burada devir yasağına göre bir değerlendirme yapılmalıdır⁴¹⁴. Sözleşmede taraflarca konulmuş olan devir yasağı yapılan devir sözleşmesinin de geçersizliği sonucunu doğuracağı için geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan tescil de yolsuz tescil olur. Bu durumda üçüncü kişinin TMK m. 1023 gereği iyiniyetli olup olmadığı önem arz eder. Üst hakkının devri yasaksa, yani hak bağımsız değilse ve fakat bir şekilde hak sahibi üst hakkını üçüncü bir kişiye devretmişse, malik de yasağa rağmen devre sessiz kalmış veya açıkça rıza göstermişse artık devrin geçersizliğini ileri sürememelidir. Devre rıza gösterdikten sonra geçersizliğin ileri sürülmesi TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil eder. Aynı şekilde devre ve devralan kişinin ihlali giderdiğini bilmesine rağmen yine de ihlal sebebi ile dava açması da dürüstlük kuralına aykırıdır. Örnek olayda, malikin hak sahibine hukuka aykırılığı gidermesi için ihtar çektiğini, hak sahibinin de hukuka aykırılığı gidermek yerine erken devir tehlikesini fark ederek derhal üst hakkını X şirketine devrettiğini düşünelim. Devri öğrenen malik, devrin geçersizliğini ileri sürmek yerine sessiz kalarak devralan X'e karşı süresinden önce devir talebiyle dava açmışsa, X'in devrin geçersizliğinden haberi olmadığı için iyiniyetli olduğu düşünülecek olursa, devir hakkını ona karşı kullanamamalıdır.

Öte yandan esas önemli olan devir için dava açıldıktan sonra hak sahibinin üst hakkını devretmesi halinde nasıl bir çözüm üretileceğidir. Devir yasağı yoksa ve üst hakkı sahibi malikin süresinden önce devir talebini boşa çıkarmak için üçüncü kişiye hakkı devretmişse bu hukukî işlemin muvazaalı olup olmadığına bakılmalıdır. Taraflar muvazaalı bir devir yapmışlarsa hukukî işlem geçersizdir. Dolayısıyla eski hak sahibi malikin devir talebinin muhatabı olmaya devam edecek, sebebi olduğu ihlalden doğan zararın sonuçlarını tazmin edecektir.

Diğer taraftan hak sahibi ve üçüncü kişi arasındaki devir muvazaalı değilse, bu durumda üçüncü kişi malikin devir veya fesih talebi ile bağlı olacaktır. Malik bu talepleri devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir.

⁴¹⁴ İsviçre doktrininde devir yasağı olan bir üst hakkında malikin süresinden önce devir hakkının kullanılması ile hakkın devredilebilir bir irtifak haline geldiği kabul edilmektedir. Bkz. **Henggeler**, 157 vd.; **Freimüller**, 83; **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779f Nr.3; Bu konuya ilişkin diğer değerlendirmeler yaklaşımlar için bkz. **Karauz**, 80.

Bu noktada da üst hakkını devralan üçüncü kişi malikin devir sebebiyle açtığı davayı bilerek hakkı devralmış, ancak devirden sonra sözleşme hükümlerine uygun olarak üst hakkından yararlanmaya başlamışsa, başka bir ifade ile sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırmışsa, artık malikin devri talep etmekte hukukî bir yararının kalıp kalmadığına da bakmak gerekir. Böyle bir durumda artık malikin sözleşmenin ağır şekilde ihlal edilmesine dayanan bir zararından söz edilemez. Malik, devir talep ederek aslında sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırmak istemektedir. Malikin mahkemeden süresinden önce devir talep etmesindeki hukukî yararı da budur. Sözleşmeye aykırılığın sona erdirilmiş olması malikin erken devir talebi ile elde etmek istediği hukukî yararı ortadan kaldırır.

Malikin devir talebiyle dava açtıktan sonra üst hakkı sahibinin tasarrufları ile hakkını kullanmasının tehlikeye düşmesini engellemek için TMK m. 1010 gereği çekişmeli hakkın korunmasına ilişkin tedbir kararının tapuya şerh ettirilmesi suretiyle tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını talep edebilir⁴¹⁵. Böylece TMK m. 1010/II gereği şerhin etkisi ile hak sahibinin tasarruf yetkisine getirilecek kısıtlamalar taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan üst hakkı sahiplerine karşı da ileri sürülüp, iyiniyetlerinin korunması engellenebilir.

Süresinden önce devir talebinin kullanılmasına ilişkin önem arz eden bir başka husus da hakkın tâbi olduğu şekli ve usulî esaslardır. Tarafların tesis ettiği üst hakkı tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikli bir üst hakkı ise bu hakkın TMK m. 831'e göre yüklü taşınmaz malikine geçmesi tapuda kurucu nitelikte

⁴¹⁵ “Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının şerhi” üst hakkı sahibinin dava sürerken hakkı başkasına devretmesini engellemek için alınacak ihtiyati tedbir kararının tapuya şerh edilmesi suretiyle üçüncü kişilerin iyiniyetli kazanımlarını engellemek amacına hizmet eder. Üst hakkı sahibinin kötüniyetli tasarrufu ile hakkın mevcut durumunda meydana gelebilecek bir değişme hakkın elde edilmesini önemli ölçüde zorlaştıracığından (HMK m. 389/I) ihtiyati tedbir kararına binaen çekişmenin tapuya şerh ettirilmesi faydalı olacaktır. Bkz. **Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, M. Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 9.B., İstanbul 2022, 166 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 217/N.915 vd., dn.680; Bu şerh, uygulamada ve Yargıtay’ın da kararlarında ifade edildiği üzere “davalıdır şerhi” olarak bilinmektedir. Bkz. **Özbek**, Mustafa Serdar, Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları, BÜHFD, Y. 2017, C. 3, S. 1, 66; **Konuralp**, Cengiz Serhat, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler, İÜHFM, Y. 2013, C. 71, S. 2, 228 vd..

tescil işleminin gerçekleştirilmesine bağlıdır⁴¹⁶. Doktrinde söz konusu tescilin yapılabilmesi için taraflar arasında resmî senet düzenlenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁴¹⁷. Ancak katıldığımız görüşe⁴¹⁸ göre süresinden önce devir hakkı doğrudan Kanun'a dayanan bir hak olduğu için devretme borcunun hukukî sebebi de Kanun hükmüdür. Bu sebeple yüklü taşınmaz maliki Kanun'dan doğan hakkını doğrudan kullanabilmelidir. Resmî senet düzenlenmesine gerek yoktur⁴¹⁹.

Bu doğrultuda ilk düşünülecek yol, malikin süresinden önce devir talebini dava veya gerek olmadan doğrudan hak sahibine yöneltmek suretiyle kullanmasıdır. Hak sahibinin devir borcunu ifa etmemesi halinde ise malikin TMK m. 716 hükmü çerçevesinde tescile zorlama davası ile irtifakın devrini mahkemeden talep etmesi olacaktır.

⁴¹⁶ **Freimüller**, 85; **Gürzumar**, 144; **Demirsatan**, 106 vd.. Yazar, devir hakkının kullanılmasının bir şekle tâbi olmadığı görüşünde ise de tacirler bakımından TTK. m. 18/III hükmünün TBK m. 12 gereğince geçerlilik şekli sayılması gerektiğinden yola çıkarak TMK m. 831 vd. hükümleri için de uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun gerekçesini ise şu şekilde anlatmaktadır: “*Üst hakkının süresinden önce devir hakkının kullanılması da herhangi bir sözleşmenin sona erdirilmesi kadar ciddi ve ağır sonuçlara yol açabilir. Üst hakkı sözleşmesinin tarafları aynı değilse TTK. m. 18/III’ün uygulanması şeklin istisna olduğu kuralının genişletileceği yorumuna sebep olsa da ayırım yapılmaksızın TMK m. 831 hükmü bakımından TTK. m. 18/III’ün uygulanması gerektiğinin kabul edilmesi daha tutarlı bir sonuç verecektir.*”; Haklı nedenle feshe dayanan fesih hakkının kullanılmasının kural olarak şekle tâbi olmadığı, bu gerekçe ile tüm yenilik doğuran haklar açısından da şekil serbestisi kuralının geçerli olduğu, ancak tarafların şekil şartı koydukları ya da kanun hükmünün emrettiği şekil hallerinin istisna teşkil edeceği görüşünü kabul eden yazarlar bu hallerde geçerlilik şartı öngörülmemiş olsa da fesih hakkının ispatı bakımından yazılı şekle uyulması gerektiğini ifade etmektedirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200’de yer alan “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve iflası amacıyla yapılan hukukî işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukukî işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.*” hükmü tek taraflı hukukî işlemlere de uygulanmalıdır. Bu konuda bkz. **Altok Ormancı**, 187-188.

⁴¹⁷ **Isler**, Baurechtsvertrag, 129.

⁴¹⁸ **Gürzumar**, 144-145, dn. 567.

⁴¹⁹ Tapuya kaydedilmemiş bağımsız ve sürekli üst hakları için süresinden önce devir hakkının kullanılabilmesi ise bu hakların devir şekli konusunda doktrindeki tartışmalara paralel olarak farklı esaslara tâbi olacaktır (Bkz. § 3/III, C); Tapuya taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız ve sürekli üst haklarının TBK m. 183 vd.’daki alacak ve hakların devrine ilişkin hükümlere göre temlik sözleşmesiyle devredilebileceği görüşü kabul edilecek olursa süresinden önce devir halinde de yüklü taşınmaz maliki temlik sözleşmesi yapılmasıyla sicil dışında üst hakkını kazanacak, tapuda yapılacak tescil de açıklayıcı nitelikte olacaktır. Bu tescili talep yetkisi de yüklü taşınmaz malikine ait olacaktır (Bkz. **Gürzumar**, 145); Katıldığımız görüş doğrultusunda, tapuya kaydedilmemiş bağımsız ve sürekli üst hakkının devrinin de alacağın devrinden çok taşınmaz mülkiyetine benzemesi sebebiyle resmî senedi takiben üst hakkı sahibi tarafından taşınmazın devri esaslarına göre devir yapılmalıdır.

tır⁴²⁰. Ancak her ne kadar süresinden önce devir hakkının bu şekilde kullanılmasına ilişkin hukuken bir engel yoksa da uygulamada hak sahibinin malikin bu talebini neredeyse hiçbir zaman kendi rızası ile yerine getirip, tapuda devri gerçekleştirmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple ilerde açıklandığı üzere aynen fesih hakkının kullanılmasında olduğu gibi⁴²¹ hem devir talebinin sonuçlarının aynî etki doğurmayacak olması hem de malikin her halükârda dava açmak zorunda kalacak olması sebebi ile devir talebinin doğrudan dava yolu ile sürülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Malikin, devre ilişkin mahkemeden alacağı karar neticesinde kararın kesinleşmesi ile üst hakkı maddi anlamda malike intikal etmiş olur. Bu durumda mahkeme kararı ile tapuda yapılacak tescil de açıklayıcı nitelikte olacaktır.

Süresinden önce devir hakkının bir diğer sonucu, üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devri ile yüklü ve yararlanan taşınmaza aynı kişinin malik olmasıdır. Diğer bir deyişle malik lehine üst hakkı tesis edildiği anlamına gelmesidir⁴²². Devir hakkının kullanılması ile üst hakkı kendiliğinden sona ermez. Hakkın devri ile yüklü taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi sıfatlarının tek bir kişide birleşmesi söz konusu olur. Bu birleşme hukuken “malik lehine irtifak hakkı” sonuçlarının doğmasını sağlar. Şu hâlde malik dilerse üst hakkını sona erdirebilme imkânına da sahiptir. Malikin devir neticesinde hakkı sona erdirebilme imkânı tüm yetkilerin yüklü taşınmaz malikinde birleşmesinin doğal bir sonucudur. Malik, üst hakkını terkin ettirmedikçe aynî hak varlığını sürdürür. Yüklü taşınmaz maliki dilerse tapu idaresine başvurarak herhangi bir gerekçe göstermeksizin, üst hakkı üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin

⁴²⁰ Yüklü taşınmaz malikin bu durumda açacağı dava aynen ifa talepli olacaktır. **Freimüller**, 85; **Demirsatan**, 124 ve dn. 476. Yazara göre tapuya taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız ve sürekli üst haklarının devrinin alacağın temlik hükümlerine tâbi olduğu görüşü esas alınsa bile mahkemenin vereceği yenilik doğuran kararın kesinleşmesiyle alacağın devri kendiliğinden gerçekleşeceği için sonuç itibarıyla TMK m. 716 hükmünün uygulanması açısından doktrinde savunulan görüşler arasında bir fark söz konusu olmayacaktır; **Belen**, Süresinden Önce Devir, 43. Yazar, bu davanın müspet tespit davası olduğunu vurgulamaktadır.

⁴²¹ Fesih hakkının dava yolu ile kullanılmasının gerekliliğine ilişkin açıklamalarımız için bkz. § 5/II, C.

⁴²² **Isler**, Baurechtsvertrag, 131; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 3; **Gürzumar**, 147; **Ünal**, 227-228. Yazar, yüklü taşınmaz malikin devir sonrasında mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullandığını üst hakkından doğan hakların ise askıda olduğunu ifade etmektedir.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 876/N. 3108b; **Sirmen**, 530; **Demirsatan**, 131.

de (rehinli alacaklılar veya diğer sınırlı aynî hak sahipleri gibi) muvafakatlerini almak suretiyle terkin talebinde bulunabilir⁴²³.

Türk Medenî Kanunu, yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkını kullanacağı bir zaman sınırı öngörmemiştir⁴²⁴. Bu hak doğduktan sonra yüklü taşınmaz maliki her zaman bu hakkını kullanabilir. Yüklü taşınmaz malikinin bu hakkını TMK m. 2 gereğince dürüstlük kuralı çerçevesinde uygun bir süre içinde (mümkün olan en kısa zamanda) kullanması gerekir⁴²⁵. Hakkın kullanılmasıyla yüklü taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi arasındaki ilişki tasfiye ilişkisine dönüşeceği⁴²⁶ ve üst hak-

⁴²³ Bkz. **Ünal**, Sona Erme, 107; **Köprülü/Kaneti**, 66 vd.; Üst hakkına kapsamındaki yapıların kiralanmış olması halinde TBK m. 310/I hükümlerinin uygulanacağı, yüklü taşınmaz maliki tarafından üst hakkının sona erdirilmesi halinde ise taşınmazın devrinin mümkün olmaması sebebiyle bu hükümlerin uygulanmayacağı, kira sözleşmesinin şerh ettiren kiracının üst hakkının sona ereceğini tapu siciline güven ilkesi gereğince bildiği yönünde bkz. **Demirsatan**, 131, dn. 500; Taşınmaz sahibinin rehinli alacaklılar karşısındaki durumuna ilişkin diğer değerlendirmeler ve sahip olduğu haklar ilişkin bkz. § 8/I, C.

⁴²⁴ Hakkın kullanılmasına ilişkin bir hükmün öngörülmemiş olmasını kanun boşluğu olarak kabul eden yazarlar farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bir görüş, süresinden önce devir hakkını temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına benzetmiş ve temerrütte olduğu gibi ihlalin sona erdirilmesi için mehil verildikten sonra derhal devir hakkının kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür (Bu konuda bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 130; **Freimüller**, 83). Bu görüşe göre derhal fesih hakkı kullanılmazsa (temerrütte olduğu gibi) ihlal devam ettiği sürece tekrar mehil verilip fesih hakkı kullanılabilir. Bir diğer görüş ise süresinden önce devir hakkını önalım hakkına benzeterrek üst hakkı sahibinin süresinden önce devir sonucu doğuran ihlallerinin yüklü taşınmaz maliki tarafından öğrenilmesinden sonra üç ay içinde kullanılması gerektiği yönündedir. Bkz. **Demirsatan**, 118, 119.

⁴²⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 876/N. 3108; **Demirsatan**, 117-119. Yazara göre üst hakkı sahibinin sözleşmeye dayanan bir borca aykırı davranması halinde yüklü taşınmaz malikinin bu aykırılığa karşı çıkmaması sözleşmenin tadili olarak yorumlanabilir. Süresinden önce devir hakkını temerrüt ile bağdaştıran ve kıyasen TBK m. 123'ün uygulanacağını kabul eden görüş ise üst hakkı bedeli borcunun ihlal edilmesi için kabul edilebilecekse de devir hakkının kapsamına birçok farklı sebebe dayanan ihlal gireceği için temerrüt hükümlerinin uygulanması uygun düşmeyecektir.; **Altıok Ormancı**, 186; Yazar, süresiz yenilik doğuran haklarda muhatabı korumak için iki imkân öngörüldüğünü ifade etmektedir. Bunlardan birincisinin muhatabın hak sahibine hakkını kullanması için uygun bir süre vermesi, bu süre içinde hak kullanılmazsa hakkın ortadan kalkmasıdır. Diğerisi ise güvenin korunması ilkesinden hareketle bir sınırlama getirildiği, hak sahibi haksız kalırsa veya başka davranışlarla muhataba hakkını kullanmayacağı yönünde hâkli bir güven uyandırmışsa hakkını kullanma imkânını kaybedeceğidir. Sürekli borç ilişkilerinin hâkli sebeple feshinde de ikinci sınırlandırmanın kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.

⁴²⁶ Tasfiye aşaması üst hakkının devri ile tamamlanır. Üst hakkının devredilmesi ile bedel ödeme borcu da sona erer. Süresinden önce devir hakkı, temerrüt sebebiyle fesih hakkının kullanılmasından farklıdır. Dolayısıyla tasfiye aşamaları da bazı hususlarda farklılık arz etmektedir. Temerrüt halinde, üst hakkı bedeli borcu temerrüde düştüğü anda sona erer ve sözleşme ilişkisi içindeki talep haklarının yerini tasfiye ilişkisine bağlı talep hakları alır. Bu kapsamda üst hakkı sahibi de üst hakkı bedelini ödemeyecektir. Süresinden önce devir hakkının kullanılması ile fesih hükümleri doğacağı için hakkın kullanılmasından sonra tasfiye ilişkisi içinde yüklü taşınmaz malikinin bedeli ödeyip devir gerçekleşene kadar ki sürede üst hakkı sahibinin bedel ödeme borcu devam etmekte-

kı sahibi de devir borcu altına gireceği için devir ilişkisi içindeki alacaklar (tasfiye/iade alacakları) genel hükümlere göre TBK m. 146 gereğince on yıllık zamanaşım süresine tâbi olacaktır⁴²⁷.

VII. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ SEBEBİ İLE SONA ERME

A) GENEL OLARAK

Sözleşmeler hukukunda “ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi” esastır. Söz konusu ilke, hem tarafların sözleşmeye sadakatle bağlı olmaları hem de sözleşme süresince karşılaşılabilecekleri ve sözleşmeyi etkileyebilecek her türlü ihtimali düşünmeleri, gerekli koruyucu tedbirleri almaları anlamını taşır. Bu bağlılık gereğince taraflar kural olarak, sonradan meydana gelen ve ifayı etkileyecek değişimlerden etkilenmeyecek, borçlarını ifa etmekle yükümlü olacaklardır. Ancak tarafların her şart altında sözleşmeyle bağlı olacaklarının kabulü de hakkaniyete aykırıdır. Bu sebeple TBK m. 138 hükmü ile tarafların borçlarının ifasında aşırı güçlük yaşamaları halinde bazı imkânlar tanımıştır. Bu kapsamda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, uyarlama gereği de ya sözleşmenin yeni şartlara göre değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi söz konusu olur^{428, 429}.

dir. Böylece üst hakkı sahibinin devir gerçekleşene kadar üst hakkını bedelsiz kullanması engellenmiştir. Bkz. **Demirsatan**, 122.

⁴²⁷ **Demirsatan**, 119 vd.. Yazara göre borca aykırılık halinde on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanabileceği kabul edilmesi süresinden önce devir hakkının yenilik doğuran bir hak olan niteliği ile bağdaşmaz. Ancak hakkın kullanılmasından sonra devir ilişkisi içinde kalan alacakların genel hüküm çerçevesinde (hem uygun bedel ödeme borcunun hem de devir borcunun muaccel olmalarından itibaren,) TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır. Ayrıca yazarın bizim de katıldığımız görüşüne göre bedel ödeme borcu yüklü taşınmaz malikinin devir hakkını kullandığına ilişkin irade beyanının üst hakkı sahibine ulaşmasıyla doğar. Borçlar Hukukuna göre ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmamış borçlar da TBK m. 90 hükmü gereğince doğdukları anda muaccel olur. Bu sebeple bedel ödeme borcuna ilişkin zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar.; Aynı yönde, **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 876/N. 3108; **Erel**, 125. Yazara göre “*Aynî hak tesisine dair borçlarda hak sahibinin yenilik doğuran talebiyle eşyaya bağlı borç ilişkisi ile birlikte talep edilen edim açısından da ayrı bir borcun doğumuna ve muaccel olmasına yol açar. Ancak yükümlü malikin tescil talebi ile yararlanacak malikin tazminat borcu altına girmesi BK. m. 81 (TBK m. 97) kapsamında karşılıklı edim sayılır. Tescil talebinde bulunabilmek için ya tazminatın ödenmesi gerekmekte ya da ödeme teklifinin yapılması gerekmektedir. Bu şart gerçekleşmişse yükümlü malikin irtifak kurma borcu BK. m. 125 (TBK m. 146) ya göre on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır.*”. Aksi yönde; **Gürzumar**, 146, dn. 577. Yazara göre üst hakkı sahibinin devir borcu münferit bir borç olacak ve her dar anlamdaki borç gibi zamanaşımına tâbi olacaktır.

⁴²⁸ Doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte hukukumuzda aşırı ifa güçlüğü düzenleyen TBK m. 138’in ve uyarlamanın temeli dürüstlük kuralına dayanmaktadır; başka bir ifade ile TBK

Aşırı ifa güçlüğü sebebiyle sözleşmenin sona erdirebilmesi için TBK m. 138 gereği uyarılmanın mümkün olmaması veya uyarılama yapılması halinde yapılan değişikliklerin bu sefer alacaklı için katlanılması beklenemeyecek bir durum yaratması gerekir⁴³⁰. Ahde vefa ilkesi gereği sözleşmeyi ayakta tutmak asıl olandır. Uyarılmanın mümkün olduğu hallerde sözleşmeyi sona erdirmek söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple taraflar arasında yapılan uyarılamada öncelikle uyarılmanın karşı tarafa teklif edilmiş olması gerekir. Karşı tarafça uyarılmanın kabul edilip edilmeyeceği bilinmeden sözleşmeyi sona erdirmek feshi haksız kılar⁴³¹. Doğrudan uyarılama için hâkime başvurulduğunda⁴³² da hâkim, sözleşmede veya kanunda uyarılama yapacağı

m. 138 dürüstlük kuralı temelinde kanuna girmiştir. Temel dürüstlük kuralı olsa da soyut bir kavram olan dürüstlük kuralının somutlaştırılabilmesi için bir teoriye dayandırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Yargıtay'ın birçok kararında ve doktrinde de işlem temelinin çökmesi teorisi uyarılamada esas alınacak kıtas olarak daha çok taraf toplamaya başlamıştır (bkz. **Serozan**, Dönme, 347 vd.; **Serozan**, Rona, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukuku'nda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Olan Yenilikler), İÜHFM, 2000, C. 58, S. 1-2, 245 vd.; **Kocayusufoğlu**, 503-514; **Baysal**, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 4. B., İstanbul 2020, 147 vd.). Bu noktada Eren'in de ifade ettiği üzere doktrin ve yargı kararları “sözleşme şartlarının sonradan önemli ölçüde değişmesi, işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde adalet ve dürüstlük kurallarına dayanarak uyarılamayı kabul etmektedir” (bkz. **Eren**, 500). Ancak hâlâ hâkim görüş sözleşmede boşluk olduğu ve bunun da dürüstlük kuralı ile tamamlanması gerektiği yönündedir (bkz. **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 195 vd.; **Arat**, Uyarılama, 82 vd.; **Akyol**, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995, 83 vd.)

⁴²⁹ Dar anlamda uyarılama, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanarak ayakta tutulmasıdır. Bu sebeple dönme ve fesih geniş anlamda uyarılama kapsamında değerlendirilmektedir. Biz de sonuçları itibarıyla geniş anlamda uyarılama ayrımını dikkate alarak uyarılama kavramı ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanarak ayakta tutulmasını veya dönme/fesih suretiyle sona erdirilmesini kast ediyoruz. Aynı yönde bkz. **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 202; **Arat**, 190; **Baysal**, 251 vd.; **Eren**, 542.

⁴³⁰ Yargıtay'ın bir kararında ifade ettiği üzere “...uyarılama edim yükünün azaltılması veya karşı edimin arttırılması şeklinde yapılabileceği gibi vadelerin veya ifa tarzının değiştirilmesi gibi hâkimin uygun bulacağı her şekilde yapılabilir. Hâkim, davacının talebinde öngörmediği bir tarzda uyarılama da yapabilir. Ancak borç uyarılamaya uygun değilse veya ifa güçlüğünü katlanır kılacak herhangi bir uyarılama bu kez karşı taraf açısından katlanması beklenilmez bir durum yaratıyorsa, borçlu ancak bu şartla sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir”. Bkz. Y.13.HD., 07.02.2013, E. 2012/8250 K. 2013/2623 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴³¹ Genelde uygulamada uyarılamanın hâkim tarafından yapıldığı görülmektedir. Ancak taraflar mahkemeye başvurmadan da kendi aralarında uyarılama yapabilirler. Dava açılışın açılmasın aşırı ifa güçlüğü yaşayan borçlu TBK m. 138 gereği aranan şartların gerçekleşmesi halinde öncelikle uyarılama imkânından faydalanmak istediğini karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bu bildirim dürüstlük kuralı gereği ifanın ağırlaştığını bildirmek ve muhtemel çözüm önerilerini sunmak amacıyla yapılır (ihbara gerek olmayan haller hariç). İhbar ile sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmaması halinde sözleşmeyi sona erdireceği veya uyarılama için mahkemeye başvuracağı da bildirilir. **Arat**, Uyarılama, 174 vd.; **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 201-202; **Gürsoy**, Kemal Tahir, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, 174.

⁴³² Uyarılama doğrudan hâkimden talep edilebilir veya daha önce tek taraflı irade beyanı ile uyarılama talep edilmiş alacaklı uyarılamayı kabul etmemişse hâkime uyarılamanın şartlarının oluşup oluşma-

bir hüküm olup olmadığına bakar. Hüküm varsa uyarlama bu hükme göre yapılır, yoksa dürüstlük kuralı gereği sözleşmeyi ya şartlara göre değiştirir ya da sona ermesine karar verir⁴³³. Bu noktada hâkim sona erme kararı verilmesi hususunda tarafların iradelerinden tamamen bağımsız hareket etmez. Her iki taraf da sözleşmenin uyarlanması talebinde iseler hâkim sona erme kararı veremez. Ancak taraflardan biri uyarlama istiyor ve diğer taraf buna yanaşmıyorsa bu durumda uyarlama veya sona erme sonuçlarından hangisinin somut olay için uygun olduğuna karar vermek durumundadır. Ancak her halükârda öncelik sözleşmenin ayakta tutulmasıdır⁴³⁴.

Üst hakkı sözleşmesinde tarafların yükümlülükleri düşünüldüğünde özellikle üst hakkı sahibinin zamana yayılmış olan borçlarının ifası imkânsızlık söz konusu olmaksızın ve kusur yüklenemeyecek sebeplerden dolayı aşırı derecede güçleşirse (edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulursa⁴³⁵) bu durumun üst hakkı ilişkisini nasıl etkileyeceğinin ayrıca incelenmesi gerekir. Bu sebeple çalışmamızın bu kısmında aşırı ifa güçlüğü'nün üst hakkı sözleşmesine etkisi, aşırı ifa güçlüğü olarak karşımıza çıkabilecek haller ve sonuçları ele alınmıştır.

B) AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ YAŞANABİLECEK HALLER

Uyarlamaya ilişkin özellikle yargı kararlarına konu olan uyuşmazlık konusu, irtifak hakkı bedeline ilişkindir⁴³⁶. Edimler arasında ifa güçlüğü sebebi ile uyarlama

diğinin tespiti için de başvurulabilir. Son olarak da taraflar birlikte mahkemeye başvurarak uyarlama talep edebilirler. Bkz. **Arat**, Uyarlama, 175 vd.; **Baysal**, 325 vd.

⁴³³ **Arat**, Uyarlama, 80- 82, 173 vd.; **Gürsoy**, Clausula, 185.

⁴³⁴ **Arat**, Uyarlama, 195; Hâkim tarafların iradeleri ile bağlı olduğu için taraf uyarlama altında sözleşme şartlarının değiştirilmesini veya bu değişikliklerle edimler arası dengenin sağlanması mümkün değilse de feshe karar verilmesini isteyebilir. Usul hukuku çerçevesinde taleplerin terditli olması da mümkündür. Bu durumda uyarlama talep eden taraf sözleşmede değişmesini istediği hususa ilişkin karar verilmesini, bu mümkün değilse sözleşmenin feshedilmesini talep edebilir.

⁴³⁵ Bu şartın yorumlanmasında doktrinde “taraflardan biri için sözleşmeye bağlı kalmayı tahammül edilemez hale getirmiş olma” ya da “borçlunun ifayı gerçekleştirmesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemez olması” ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, 368; **Erzurumluoğlu**, 70; **Arat**, Uyarlama, 111- 113; Yazar’ın ifade ettiği üzere İsviçre- Türk Hukukunda sözleşmenin geçerliliği için edimler arası denge şart değildir; ancak sözleşmenin kuruluşunda belli ölçüde bir eşitlik sağlanmış olması gerekir. Aşırı ifa güçlüğünde ise edimlerde sonradan meydana gelen bir değişiklik vardır.; Eren’e göre “edimler arasındaki denge bozulmamış olmakla beraber, borçlu açısından gerçekleşen aşırı ifa güçlüğü de ayrıca bir uyarlama sebebidir.” Bkz. **Eren**, 504.

⁴³⁶ Y.13.HD.’nin 25.10.2007 tarih, 2007/7217 E. 2007/12490 sayılı kararında “Davacı, davalı hazine adına kayıtlı bulunan taşınmazda lehlerine kırk beş yıllığına irtifak hakkı tesis edildiğini, 1998 yılı

konusu olduğu en net tespit edilebilen edim, para borçlarıdır. Ancak bunlar dışındaki edimlerinin de uyarılama konusu olması mümkündür. Zira, Kanun edimin niteliğine dair bir sınırlama getirmemiştir. Bu noktada üst hakkı kapsamında örnek mahiyetinde olmakla beraber hangi hallerin aşırı ifa güçlüğü sebebi ile uyarılama konusu olabileceğinin tespiti gerekir.

Uyarılamanın en çok görüldüğü hali, edimler arasındaki dengenin maddi anlamda bozulmasıdır. Üst hakkı açısından da en çok üst hakkı bedelinin uyarlanması ile ilişkin talepte bulunulduğu görülmektedir⁴³⁷. Örneğin, taraflar üst hakkı bedelinin irat şeklinde ödenmesi hususunda anlaşmış ve bu bedel yabancı para birimi üzerinden belirlenmiş (örneğin; dolar veya Euro) olabilir. Böyle bir durumda bugün itibarıyla son beş yılda doların ve Euro'nun enflasyon sebebi ile en az üç katı artış göstermesi üst hakkı bedelinin de ifasını zorlaştırabilir. Üst hakkı sahibi bedelin uyar-

irtifak bedelinin mahkemece 1.599.483.907 TL olarak belirlendiğini, davalının 2001 yılı irtifak bedeli olarak talep ettiği 13.337.250.000 TL'nin çok fahiş olduğunu ileri sürerek 2001 yılı irtifak bedelinin 4.000.000.000 TL olarak uyarlanmasını istemiştir. ... Bir önceki üç yıllık dönem başı olan 1998 yılı için davalı idarece belirlenen irtifak bedeline karşı aynı mahkemenin 2001/835 esas sayılı davası ile görülen davada 1998 yılı irtifak bedelinin 2.190,28 YTL olarak tespitine karar verilmiş; hüküm 20.11.2006 tarihinde kesinleşmiştir. 1998 yılı irtifak hakkı bedeline ilişkin kesinleşen karar uyarınca 1999 ve 2000 yılı irtifak hakkı bedellerinin taahhütnamenin 7. maddesinde öngörülen şekilde Devlet ihale Genelgesinde belirtilen artış oranlarının bir önceki yılın irtifak hakkı bedeline eklenmesi suretiyle saptanarak, bu yıllara ilişkin ödenmesi gereken bedeller tespit edilmeli, 2001 yılı irtifak hakkı olarak belirtilen ve hüküm altına alınan miktarın az yukarıda izah edilen şekilde belirlenecek 2000 yılı irtifak hakkı bedelinden daha az olamayacağının da gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, mahkemece değinilen bu hususlar araştırılmaksızın ve gözetilmeksizin hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.”; Yargıtay 13.HD.'nin ihtirazi kayıt konulmadan kabul edilen ifa sebebi ile uyarılama talep edilemeyeceğine ilişkin 25.10.2007 tarih 2007/7214 E. 2007/12489 sayılı kararına göre “...Dava konusu olan 2006 yılı üç yıllık dönemin üçüncü yılı olup, davalı idarece 2004 yılı için 405.931,50 YTL, 2005 yılı için 462.112,42 YTL irtifak hakkı bedeli belirlenmiştir. Davacı taraf, davalı idarece belirlenen 2004 ve 2005 yıllarına ait irtifak hakkı bedellerini ihtirazi kayıtlı ve eksik olarak ödemiş ise de davalı idarece belirlenen 2004 ve 2005 yıllarına ait irtifak hakkı bedelleri için herhangi bir 2007/7214-12489 dava açtığını iddia ve ispat etmiş değildir. 2004 ve 2005 yılı için dava açmayan davacının bu nedenle bu yıllara ait irtifak bedelini ihtirazi kayıtlı ve eksik olarak ödemesi davacıya herhangi bir hak bahsetmez. Başka bir deyişle idare tarafından 2005 yılı irtifak hakkı bedeli olarak talep edilen 462.112,41 YTL'nin kesinleştiğinin kabulü gerekir. Bu durumda 2005 yılı irtifak hakkı bedeli olarak kesinleşen miktara taahhütname uyarınca Devlet ihale genelgesinde belirlenen artış oranının uygulanarak hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece değinilen bu yönler göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”; Y.14.HD., 21.11.2018, E. 2018/978 K. 2018/8063 (Kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴³⁷ Üst hakkı bedelinin uyarlanmasına ilişkin Federal Mahkemenin 15.10.2020 tarihli BGer 5A_838/2019 kararı için bkz. Swisslex; Üst hakkı bedelinin uyarlanmasında dikkate alınan esasların ipotek faiz oranındaki değişiklikler, varsayımsal kiracılık referans faiz oranları, tüketici fiyat endeksi, arazi piyasa değerleri, muhtemel inşaat maliyetleri olduğu hakkında bkz. **Fasel**, Urs, Sac- henrecht- Entwicklungen 2020, Bern 2021, 51.

lanmasını talep ederse bu durumda Yargıtay'ın benzer davalarda vermiş olduğu kararlara bakmak gerekir. Yargıtay, “dövizle bağlanmış olan bedel ödemelerinde borçlu kur artışının söz konusu olabileceğini, Türkiye gibi kurların sürekli değiştiği bir ülkede bunun öngörülemez bir durum olmadığını ileri sürerek” uyarılama taleplerini reddetmiştir. Yargıtay⁴³⁸, in kararlarında genelde uyarılama taleplerinin kabul edildiği görülse de aksi yönde kararları da mevcuttur ve hatta tacirler açısından basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü sebebiyle enflasyon ve devalüasyon uyarılama sebebi olarak kabul edilmemiştir⁴³⁹. Biz de kısmen bu görüşe katılmakla beraber her somut olayın şartları ve ülke ekonomisini tetikleyen küresel, sosyal durumların da ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁴⁴⁰ “*günümüz ekonomisinde enflasyon olağan bir durumdur ve sürekli edimli sözleşmelerde tarafların bu dengesizlikleri kabul ettikleri varsayılabilir; ancak uzmanlar tarafından dahi öngörülemez enflasyon oranlarının yaşandığı zamanlarda taraflarca öngörülmesini beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır*”. Kaldı ki 2019 yılı itibarıyla yabancı para birimlerinde ani ve önlenemez artışların başlıca sebebi tüm dünyayı etkileyen Covid- 19 salgınıdır. Bu durum sözleşme ilişkileri açısından başlı başına bir uyarılama sebebi teşkil ederken, buna bağlı

⁴³⁸ Y.14.HD.'nin 01.11.2011 tarih, 13256/13250 sayılı kararında “...Davacı, 3970 parsel numaralı taşınmazda kırk dokuz yıllık irtifak hakkı (üst hakkı) sahibi olduğunu, davalının 1999 yılı irtifak bedeli olarak o tarihteki para birimine göre 775.000.000 TL talep ettiğini belirterek, taraflar arasındaki taahhüt sözleşmesi uyarınca 1999 yılı irtifak hakkı (üst hakkı) bedelinin 450.000.000 TL olarak uyarlanması isteminde bulunmuştur. ...Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 1999 yılı irtifak hakkı bedelinin 650.000.000 TL olarak uyarlanmasına karar verilmiştir. ...Resmî senette belirtilen taraflar arasındaki ... 5. Noterliğinin 18.05.1993 tarihli ve 27298 yevmiye numaralı taahhüt senedinin 7. maddesinin “İrtifak hakkı bedeli” başlıklı (A) bendinde özetle; “irtifak hakkı bedelinin ilk yıl için 6.400.000 TL olduğu, ikinci ve üçüncü yıllar için kullanım bedelinin ise her yıl yayımlanan Devlet İhaleleri Genelgesinde belirtilen artış oranlarının bir önceki yılı irtifak hakkı bedeline eklenmesi suretiyle saptanacağı ” belirtilmiş, “ Ödeme zamanı ” başlıklı (B) bendinde ise “ilk üç yıldan sonraki ikinci ve izleyen üç yıllık dilimlerin ilk yıl irtifak hakkı bedelleri yeniden takdir edilir ve izleyen yılların bedellerinin tahakkuk ve tahsili yukarıdaki hükümlere tâbi olur ” denilmiştir. Uyuşmazlık konusu 1999 yılı irtifak hakkı bedelidir. Dava dilekçesinde belirtilen ve davacının kabulünde olan ayrıca dosyadaki 1998 yılı irtifak hakkı bedeli ödemelerini gösterir dekontlardan da anlaşıldığı üzere 1998 yılı için 500.000.000 TL irtifak hakkı bedeli ödenmiştir. Gerek dava dilekçesi gerekse de 25.10.2000 tarihli bilirkişi raporunda Devlet İhale Genelgesine göre artış oranının % 55 olduğu anlaşıldığından, 1998 yılı irtifak bedelinin % 55 oranında arttırılarak, davalı tarafından 775.000.000 TL'nin, 1999 yılı irtifak bedeli olarak talep edilmesi taahhüt senedinin 7. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.”. (Karar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴³⁹ Benzer bir durum olan para biriminin kriz sebebiyle değer kaybetmesi gerekçesine dayanılarak bedelin uyarlanması talebine ilişkin Yargıtay'ın kararı ve değerlendirmeleri için bkz. **Arat**, Uyarılama, 99, dn. 63

⁴⁴⁰ **Arat**, Uyarılama, 100.

olarak ekonomide meydana gelen açıkların hukukî ilişkilere yansması da borçların ifa edilmesinin güçleşmesi şeklinde olmuştur. Dolar ve Euro’da meydana gelen artış sebebiyle üst hakkı sahiplerinin de öngörülemez ve ne kadar süreceği de belli olmayan şartlar altında bedel borçlarını yabancı para birimi üzerinden ifalarını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda taraflar kendileri üst hakkı sözleşmesini uyarlama cihetine gidebilecekleri gibi hâkimden de bunu talep edebilirler. Hâkim tarafların talepleri ve somut olayın şartları çerçevesinde sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabilir ya da sözleşmenin feshine karar verebilir.

Aşırı ifa güçlüğünün görülebileceği bir diğer örnek de üst hakkı sözleşmesi kapsamında hak sahibinin inşa edeceği yapıya ilişkindir⁴⁴¹. Taraflar üst hakkı sözleşmesinde üst hakkının içeriğine dahil olan unsurlar altında yapının konumu, şekli, niteliğini, boyutlarını, tahsis amacını vb. belirleyebilirler⁴⁴². Bu kapsamda belirlenen hükümler aynî etkilidir ve herkesi bağlar. Üst hakkı sahibinin inşa edeceği tesiste yapıların niteliği ve boyutu taşınmazın bulunduğu yere göre de özellik gösterir. Söz-

⁴⁴¹ Uyarlama konusu edimin illaki doğrudan para borcuna ilişkin olması gerekmez. Ancak para borçlarında edimler arasında dengenin bozulduğu daha açık bir şekilde görülür. Edimler arası denge manevî anlamda da bozulmuş olabilir. Bunun yanı sıra sıkı şartlara tâbi olmak kaydı ile bazı hallerde “edimin amacının boşa çıkması”; yani “edimden beklenenin bulunmaması” da uyarlama sebebi olabilir. Bkz. **Arat**, Uyarlama, 117-122.

⁴⁴² Uygulamada taraflarca üst hakkı sözleşmesine yapıların kullanım ve tahsis amacına ilişkin konulan kaydın işletmenin bu tahsis amacı ile zarara uğradığı gibi gerçeklerle öngörülemez sonuçların doğmasına bağlı olarak sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunduğu görülmektedir. Konya 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan bir davada X üniversitesine ait vakıf arazisi üzerinde Y Turizm ve Otelcilik A.Ş. lehine 05.06.2000 tarihli sözleşme ile üst hakkı tesis edilmiştir. Sözleşme gereği bu arazi ve üzerindeki taşınmazlar sadece turizme yönelik beş yıldızlı uygulama oteli yapıp işletilmesi için kullanılabilir. Sözleşmeye uygun inşa edilen otelin yanında daha sonra bir alışveriş merkezi yapılmış ve faaliyete başlamıştır. Bir süre sonra alışveriş merkezi farklı bir isimle E Turizm İnşaat San. Tic. A.Ş.’ye üst hakkı devir sözleşmesi ile devredilmiştir. Devirden dört yıl sonra hak sahibi alışveriş merkezinin zarara uğradığı gerekçesi ile mahkemeden üst hakkı sözleşmesinin tahsis amacına ilişkin hükmüne “eğitim” ibaresinin eklenmesi suretiyle uyarlanmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi de uyarlama talebinin kabulü ile üst hakkı sözleşmesinin faaliyet alanına “eğitim” ibaresi eklenerek tahsis amacının değiştirilebileceğine karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin 12.11.2009 tarih E. 2009/385, 2009/403 sayılı kararı Y.13.HD.’nin. 04.03.2010 tarih E. 2010/1011, 2010/2584 sayılı hükmü ile onanmıştır. (Yargıtay’ın ilgili kararı yayınlanmamıştır.). Ancak daha sonra 2016 yılında mahkemenin uyarlamanın şartlarını gerektiği gibi değerlendirmede, zararın varlığını araştırmadan karar tesis ettiği ve hükmün hile ile elde edildiği gerekçeleriyle yapılan yargılamanın yenilenmesi talep edilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmiştir. Talep neticesinde ilk derece mahkemesinin verdiği iptal kararı Yargıtay tarafından da uyarlamanın şartları oluşmadığı, hile ile hareket edildiğinin kabulü ile onanmıştır. Ancak Yargıtay uyarlama kapsamında “eğitim” ibaresinin eklenmesine ilişkin bir hukuka aykırılık tespit etmemiştir. Söz konusu uyarlama kararından da anlaşılacağı üzere hâkim, uyarlama yönteminin belirlenmesi konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir. Bkz. **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 215, dn.404.

leşmede taraflar ormanlık bir arazi de tesis edilen üst hakkı kapsamında inşa edilecek tesiste kullanılacak yapı malzemelerinin doğayla uyumluluk arz edecek şekilde seçilmiş olmasını, bunun yanında sürdürülebilir enerji ve geri dönüşüm tesislerinin de kurulmasını hüküm altına almış olabilirler. Üst hakkı sahibi bu hükümler gereği yapıyı sözleşmeye uygun olarak ifa etme borcunu yerini getirirken yapının inşası sırasında enflasyona bağlı olarak birçok yapı malzemesinin ithal edilmesi gerekliliği karşısında sözleşme standartlarında yapı inşa edemeyebilir. Bir önceki örnekte olduğu gibi son beş yıldaki dolar ve Euro’da meydana gelen artış bütün ürünlerin maliyetlerinin en az iki katı artmasına sebep olmuştur. Paranın alım gücünün düşmesi üst hakkı sahibinin üstlendiği edimin ifasını zorlaştırmaktadır. Üst hakkı sahibinin belirlenen bu hükümlere uyması gerekmektedir. Aksi halde Borçlar Hukuku anlamında sözleşme hükümlerine aykırılık gereği akdi sorumluluğu doğabilecektir. Hatta somut şartlar değerlendirildiğinde üst hakkı sahibinin ihlalleri ağır yükümlülük ihlali niteliğinde ise taşınmaz maliki süresinden önce üst hakkının devrini de talep edebilecektir. Ancak, bu standartlara uyulması halinde yüksek maliyetler karşısında üst hakkı sahibinin inşaatı tamamlayamama riski gündeme gelecek, mali açıdan da kritik bir süreç içine girecektir. Mesela taraflar sözleşmedeki yükümlülükler aykırılık veya taahhütlerin dışına çıkılması halinde taşınmaz malikine cezai şart ödeneceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda yapının tamamlanamaması veya sözleşmede kararlaştırılan standartlarda olmaması üst hakkı sahibi açısından ağır sorumlulukların da doğmasına sebep olabilir.

Kanun koyucu TBK m. 480 hükmü ile eser sözleşmesine ilişkin özel bir uyarılama hükmü getirmiştir. Kanun’un 480/2 hükmüne göre “*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.*”. Ana kural TBK m. 480/I ve III’e göre sözleşmeye bağlı-

lıktır; ancak ikinci fıkra ile kanun koyucu bu kurala istisna getirmiştir⁴⁴³. Yüklenicinin bedele ilişkin yaşadığı sıkıntı eserin yapılmasını imkânsızlaştırır veya güçleştirirse eser sözleşmesinde bu bir uyarlama sebebidir. Önceden öngörülemeyen ve değişen şartlar sebebi ile masrafların artmasına bağlı olarak eserin yapımın güçleştirilmesi bedel miktarında artış yapılması suretiyle uyarlanmasına, bu mümkün değilse de sözleşmenin sona erdirilmesine dair yüklenicinin talepte bulunabilmesine imkân tanınmaktadır. Masraflardaki artış beklenenin veya yüklenicinin göze alması gerekenin üstünde, olağanüstü bir artıştır. Tabi ki bu durumda yüklenicinin “iflasına veya ekonomik olarak mahvına” sebep olacak mahiyette bir güçleşmenin varlığı aranmamaktadır⁴⁴⁴. Üst hakkı sahibi için de yapının inşasına ilişkin örnekte verdiğimiz gibi kur yükselmesine bağlı olarak masrafların artması sebebi ile sözleşmenin ihlali söz konusu olacaksa bu aşırı ifa güçlüğü olarak değerlendirilmelidir. Bu surette sözleşme şartları değiştirilmeli, bu mümkün olmadığı takdirde de sözleşme sona erdirilmelidir.

Yukarıda örnek olarak verdiğimiz olaylarda ve uyarlamanın genel görünüm şekillerinde genelde edimler arasındaki dengenin maddi anlamda bozulmuş olduğunu görmekteyiz. Ancak, illaki edimler arasındaki dengenin madden bozulması şart değildir. Edimler arasındaki denge manevî olarak da bozulmuş olabilir. Karşı taraftan ifanın yerine getirilmesi manevî bakımdan beklenemeyecek ise bu durumda manevî denge de bozulmuş sayılır⁴⁴⁵. Örneğin, taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi üst hakkı tesis edildikten sonra zaman içinde aralarında çıkan bir husumet sebebiyle güven ortamı içinde sosyal yahut ticari ilişki kurmalarına dahi engel olacak mahiyette hasım

⁴⁴³ Hükümün uygulanma şartları şunlardır: Öngörülemeyen olağanüstü hâlin ortaya çıkması, bu durumun götürü bedelle işin yapılmasını engellemesi veya aşırı derecede güçleştirilmesi, ortaya çıkan elverişli olmayan bu halin yükleniciye isnat edilememesi (yani yüklenicinin kusuru bu duruma sebebiyet vermemeli), tarafların aksine sözleşmede bir hüküm öngörmemiş olmaları be yüklenicinin bu durumu iş sahibine bildirmesidir. Bkz. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Ankara 2018, 661-667. Tandoğan’a göre bu hüküm ile “*clausula rebus sic stantibus*” kuralının “öngörememe (*imprévision*)” kuramına dair bir uygulama getirilmiştir (bkz. **Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Tıpkı B., İstanbul 2010, 239- 251). Diğer yandan, bedel dışında bir sebepten doğan ifa güçlüğü varsa bu durumda TBK m. 138’e başvurulması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir. Bkz. **Baysal**, 324.

⁴⁴⁴ **Eren**, Borçlar Özel, 664 vd.

⁴⁴⁵ Bu hususa ilişkin detaylı anlatım ve değişik örneklendirme için bkz. **Arat**, Uyarlama, 118 vd.

olurlarsa taraflar arasındaki edim dengesi bozulmuş sayılabilmelidir⁴⁴⁶. Zira, böyle bir durumda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin çekilmez hale gelmesi söz konusu olacağı için uyarlama neticesinde taraflar arasındaki sözleşmenin sona erdirilmesi dahi söz konusu olabilir⁴⁴⁷.

C) ÜST HAKKI İLİŞKİSİNDE UYARLAMAYA GİDİLİP GİDİLEMeyeCEĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Üst hakkı sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşme şartlarında önemli değişiklikler meydana gelebilir. Bu değişiklikler sebebi ile tarafların sözleşmenin kurulduğu an ile ifa anı arasındaki uyum çökmüş ve sözleşmenin bir taraf için katlanılamaz hale gelmesine sebep olmuş olabilir. Böyle durumda Kanun'un tanıdığı imkân sözleşmenin feshi (ya da dönme) veya değişen şartlara uyarlanmasıdır (TBK m. 138)⁴⁴⁸. Uyarlama, özellikle sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde geçerli olduğu için üst hakkı ilişkisinin de uyarlama konusu olup olmayacağı önem arz eder.

Yargıtay'ın⁴⁴⁹ ve Federal Mahkeme'nin⁴⁵⁰ verdiği kararlara göre irtifak haklarının hukukî dayanağı olan sözleşmelerin TBK m. 138 anlamında uyarlanması müm-

⁴⁴⁶ Ancak böyle bir durumda sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshi de gündeme gelir. Burada uyarlamaya gidilip gidilemeyeceği, uyarlama ve haklı nedenle fesih taleplerinin mukayesesi "uyarlama ve haklı nedenle fesih talepleri açısından değerlendirme" başlığın altında incelenmiştir.; Söz konusu örneğe esas teşkil eden İsviçre Federal Mahkemesinin kayınpeder ile damat arasındaki oturma hakkının boşanma sonrası sona ermesi ile ilgili BGE 82 II 332 kararı için bkz. (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2082332.html>, E.T. 19.10.2021), ayrıca karara ilişkin değerlendirmeler için **Arat**, Uyarlama, 118 vd.; **Serozan**, İfa, 224, dn.2.

⁴⁴⁷ Böyle bir durumda sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshi de gündeme gelir. Örnekteki gibi tarafların arasında husumet doğması hukukî ilişkinin sona erdirilmesini en adil sonuç haline getirir. Uyarlama sözleşmenin sona erdirilmesi sonucunu doğuran bir kurum olsa da tek sonuç değildir. Haklı nedenle fesih ise doğrudan sözleşmenin sona erdirilmesine imkân tanır. Bu durumda uyarlamaya başvurulmasına hukuken bir engel yoksa da haklı nedenle feshin tercih edilmesi daha isabetli olur.; İsviçre Federal Mahkemesinin oturma hakkı ile ilgili kararı için getirilen yorum için bkz. **Arat**, Uyarlama, 120.

⁴⁴⁸ Bir sözleşmenin değişen şartlar sebebiyle uyarlama konusu yapılabilmesi veya aşırı ifa güçlüğü sebebiyle borçlu lehine dönme yahut fesih hakkının doğabilmesi için aranan şartlar: Sözleşme yapılırken var olan şartların daha sonra değişmesi, şartlarda meydana gelen değişiklik önceden öngörülemeyen bir değişiklik olmalı, edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulmalı, edim ifa edilmemiş (veya sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi ifaya başlanmış ancak edimin ifası tamamlanmamış olmalı) ya da çekince konularak ifa edilmiş olmalı, uygun illiyet bağı bulunmalı, borçlu kusura sursuz olmalı, kanunda veya sözleşmede uyarlamayı engelleyen bir hüküm bulunmamalıdır. Bkz. **Eren**, 499 vd.; **Arat**, Uyarlama, 29 vd.; **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 187 vd..

⁴⁴⁹ Üst hakkına ilişkin Y.13.HD.'nin 04.03.2010 tarih 2010/1011-2584 sayılı (yayınlanmamış) kararı için bkz. **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 215, dn.404. Karara ilişkin detaylı açıklama için bkz. § 4/VII;

kündür. Hem Kanun'un bu hususa dair bir sınırlama getirmemiş olması dikkate alındığında hem de yargı kararları incelendiğinde üst hakkı da uyarlama konusu olabilmektedir⁴⁵¹.

Federal mahkeme bir kararında⁴⁵² ZGB Art. 736 (TMK m. 785) gereğince taraflar arasındaki denge bozulmuşsa irtifak hakkının terkininin dava edilebileceğini ifade etmiştir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere TMK m. 785 her ne kadar uyarlama ile benzerlik gösterse de bir uyarlama hükmü değildir. Dolayısıyla TBK m. 138'in uygulanmasına engel yoktur. Sürekli borç ilişkilerinde tarafların sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olarak belirledikleri esasların yarattığı konfor alanında sözleşmeyi devam ettirmeleri gerekir. Değişen şartlar altında taraflardan biri için borcunun ifası önemli ölçüde ağırlaşıyorsa bu şartlar altında onu ifaya zorlamak hakkaniyete aykırı olacaktır. Üst hakkı sahibinin de bedel borcu başta olmak üzere taşınmaz malikine karşı üst hakkı sözleşmesinde üstlenmiş olduğu yükümlülüklerinin ifası aşırı derecede güçleşirse uyarlama talep edebilir⁴⁵³. Ayrıca kanaatimizce değişen ve ağırlaşan bu şartlar altında üst hakkı sahibinden beklenen ifa, taşınmaz maliki lehine temerrüde ilişkin veya TMK m. 831 gibi talep haklarının doğmasına sebep

Y.15. HD., 22.11.2017, E. 2016/2389 K. 2017/4092; İntifa hakkı bedelinin uyarlanması ile ilgili bkz. Y.6.HD., 23.03.2016, E. 2015/6627, K. 2016/2276; Y.14.HD., 29.09.2006, E. 2066/8036 K. 2006/10113 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁵⁰ Federal Mahkeme bir kayınpeder ile damat arasındaki oturma hakkına konu olayda damat ve kızının boşanmasına bağlı olarak ortaya çıkan sebeplerin irtifak sözleşmesinin temelden değişmesi sonucunu doğuran olgular olmasına rağmen sübjektif imkânsızlık altında değişen olguların sözleşmenin sona erdirilmesine sebep olacağına hükmetmiştir. Burada başvurulması gereken hukukî kurum sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması iken Mahkeme sübjektif imkânsızlık gerekçesi ile oturma hakkı sözleşmesinin sona ermesine karar vermiştir. Bkz. BGE 82 II 332, (<http://relevancy.bger.ch>, E.T. 14.06.2022).

⁴⁵¹ **Henggeler**, Kommentar, N. 2545a, dn. 69; Tüm özel hukuk ilişkilerinin TBK m. 138 hükmü kapsamına gireceği ve hatta Borçlar Hukuku dışındaki diğer sözleşmelere de kapsamına girdiği ölçüde kıyasen uyarlama hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin bkz. **Baysal**, 162.

⁴⁵² **Demirsatan**, 73; Federal Mahkemenin BGE 127 III 300 sayılı kararı için (Bkz. Swisslex, E.T. 14.06.2022).

⁴⁵³ Burada özellikle dikkat edilmesi gereken sonradan meydana gelen değişikliklerin olağanüstü değişiklikler olmasıdır. Toplumun tümünü ya da en azından çoğunu etkileyen olaylar olmalıdır. Aksi takdirde taraflardan birinin sözleşme ilişkisi içindeki durumunda meydana gelen şahsi değişikliklere bağlı menfaat dengesindeki bozulmalar uyarlama kapsamına dahil edilemez. Bu sebeple sonradan meydana gelen değişikliklerin şahsi özellik taşıması gerekir.

olacaksa üst hakkı sahibi yine uyarlama isteyebilecektir⁴⁵⁴. Taşınmaz maliki uyarlamaya yanaşmazsa ve üst hakkı sahibinin de talebi sözleşmenin feshine imkân tanıyorsa hâkim üst hakkı sözleşmesinin sona ermesine karar verebilir. Taraflardan biri sözleşmenin değiştirilmesinin sonuçlarına razı olduğunu, sözleşmeyi yeni şartlarda da ifaya hazır ve muktedir olduğunu ifade ederse hâkim feshe karar vermemelidir⁴⁵⁵.

Üst hakkının uyarlanması noktasında dikkat edilmesi gereken bir husus da uyarlama talebinde bulunulan sözleşmenin taraflarının üst hakkını tesis eden kişiler olup olmadığı, bu ilişkiye aynî talep hakkına sahip başka kişilerin dahil edilip edilmediğidir. Sözleşme ilişkisinde aynî sonuç doğuracak değişiklikler yapılmışsa veya yüklü taşınmaz üzerinde başkaca sınırlı aynî haklar tesis edilmişse uyarlama hükmünün icrası bu kişilerin de muvafakatının alınmasını gerektirdiği için sıkıntıya girecektir. Zira, TMK m. 1014, TST m. 16, 69/II hükümleri gereğince tescilin değiştirilmesi⁴⁵⁶ veya terkin edilmesine sebep olacak işlemler için yararlanan taşınmaz üzerinde onu takyit eden sınırlı aynî hak sahiplerinin de muvafakatlerinin alınması gerekir. Ancak hâkim uyarlama gereği taraflar arasındaki menfaat dengesini tekrar sağlayacak başka bir çare bulamaz ise fesih kararı vereceği için bu noktada hâkimin sözleşmenin feshine ve terkinine ilişkin vereceği kararda üçüncü kişilerin muvafakatleri

⁴⁵⁴ Üst hakkı sahibi borcunu ifa edemediği için temerrüde düşerse ve temerrüdün sebebi aşırı ifa güçlüğü ise bu durumda üst hakkı sahibinin uyarlama talebi dikkate alınabilir. Aksi halde kural olarak temerrüde düşen borçlu sözleşme şartlarının değiştiği def'inde bulunamaz. Burada dikkat edilecek husus sözleşme şartlarındaki değişikliğin temerrüde düşmeden önce gerçekleşmiş olması gerektiridir. Bkz. **Arat**, Uyarlama, 176 vd.; YHGK, 30.05.2001, E. 2001/15-402, K. 2001/459 sayılı kararına göre “koşulları yazılı sözleşme ile tespit edilen bir binayı muayyen zaman içerisinde belli bir götürü bedel karşılığı yapıp teslim etmeyi kabul eden yüklenici, bu bedel karşılığında binayı yapmak zorundadır. Sözleşmede kararlaştırılan bedel ile harcamalar arasında işlem temelini çökertcek derecede aşırı bir fark bulunmamaktadır. ...Basiretli bir tacir, kısa süreli bu borç ilişkisinde gerekli önlemleri almak suretiyle ekonomik güçlüğü pekâlâ aşabilir. ...Yüklenicinin uyarlama istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak %85’ini yapabilmiştir. O halde temerrüde düşen borçlu uyarlama talep hakkını yitirmiş olur.” (Karar için bkz. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası)

⁴⁵⁵ **Eren**, 505.

⁴⁵⁶ Üst hakkı süresinin uzatılması veya kısaltılması ile sözleşme kapsamında kararlaştırılan yapıdan başka bir yapının inşasına karar verilmesi gibi hâkimin tesis edeceği uyarlama kararları tescilde değişiklik yapılmasını gerektirir. Bu sebeple söz konusu uyarlama kararının icrası da aynî hak sahiplerinin muvafakatine bağlıdır.

aranmayacaktır. Buradaki hâkimin iradesi hem hak sahibinin hem de muhatapların iradesinin yerine geçer. Mahkemenin vereceği karar inşaî bir karardır⁴⁵⁷.

Üst hakkının aşırı ifa güçlüğü sebebi ile feshedilmesi halinde feshin hak üzerindeki etkisi genel anlamda üst hakkı sözleşmesinin haklı nedenle feshi ile aynı sonuçların doğmasına sebep olur⁴⁵⁸.

Uyarlamaya ilişkin özellikle yargıya intikal eden uyuşmazlık konusu, irtifak hakkı bedeline ilişkindir⁴⁵⁹. Edimler arasında ifa güçlüğü sebebi ile uyarlama konusu olduğu en net tespit edilebilen edim, para borçlarıdır. Ancak bunlar dışındaki edimlerin de uyarlama konusu olması mümkündür. Zira, Kanun edimin niteliğine dair bir

⁴⁵⁷ Y.23.HD. (Kapatılan), 15.12.2020, E. 2018/852, K. 2020/4306 ile Y.15.HD., 22.11.2017, E. 2016/2389, 2017/4092 sayılı kararlarında aşırı ifa güçlüğü, inşaî dava olarak kabul edilmiştir. (Bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

⁴⁵⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. § 5/II, C; İsviçre Federal Mahkemesi'nin uyarlama sonucunda verilen fesih kararının aynı hak üzerinde doğrudan bir etkide bulunmayacağına ilişkin JdT 2001 I 239'da yayınlanan kararı için bkz. **Demirsatan**, 86 vd.

⁴⁵⁹ Y.13.HD., 25.10.2007, E. 2007/7217 K. 2007/12490 sayılı kararında “*Davacı, davalı hazine adına kayıtlı bulunan taşınmazda lehlerine kır beş yıllığına irtifak hakkı tesis edildiğini, 1998 yılı irtifak bedelinin mahkemece 1.599.483.907 TL olarak belirlendiğini, davalının 2001 yılı irtifak bedeli olarak talep ettiği 13.337.250.000 TL'nin çok fahiş olduğunu ileri sürerek 2001 yılı irtifak bedelinin 4.000.000.000 TL olarak uyarlanmasını istemiştir. ... Bir önceki üç yıllık dönem başı olan 1998 yılı için davalı idarece belirlenen irtifak bedeline karşı aynı mahkemenin 2001/835 esas sayılı davası ile görülen davada 1998 yılı irtifak bedelinin 2.190,28 YTL olarak tespitine karar verilmiş; hüküm 20.11.2006 tarihinde kesinleşmiştir. 1998 yılı irtifak hakkı bedeline ilişkin kesinleşen karar uyarınca 1999 ve 2000 yılı irtifak hakkı bedellerinin taahhütnamenin 7. maddesinde öngörülen şekilde Devlet ihale Genelgesinde belirtilen artış oranlarının bir önceki yılın irtifak hakkı bedeline eklenmesi suretiyle saptanarak, bu yıllara ilişkin ödenmesi gereken bedeller tespit edilmeli, 2001 yılı irtifak hakkı olarak belirtilen ve hüküm altına alınan miktarın az yukarıda izah edilen şekilde belirlenecek 2000 yılı irtifak hakkı bedelinden daha az olamayacağını ve gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, mahkemece değinilen bu hususlar araştırılmaksızın ve gözetilmeksizin hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.*”; Yargıtay 13.HD.'nin ihtirazi kayıt konulmadan kabul edilen ifa sebebi ile uyarlama talep edilemeyeceğine ilişkin 25.10.2007 tarih 2007/7214 E. 2007/12489 sayılı kararına göre “*...Dava konusu olan 2006 yılı üç yıllık dönemin üçüncü yılı olup, davalı idarece 2004 yılı için 405.931,50 YTL, 2005 yılı için 462.112,42 YTL irtifak hakkı bedeli belirlenmiştir. Davacı taraf, davalı idarece belirlenen 2004 ve 2005 yıllarına ait irtifak hakkı bedellerini ihtirazi kayıtlı ve eksik olarak ödemiş ise de davalı idarece belirlenen 2004 ve 2005 yıllarına ait irtifak hakkı bedelleri için herhangi bir 2007/7214-12489 dava açtığını iddia ve ispat etmiş değildir. 2004 ve 2005 yılı için dava açmayan davacının bu nedenle bu yıllara ait irtifak bedelini ihtirazi kayıtlı ve eksik olarak ödemesi davacıya herhangi bir hak bahsetmez. Başka bir deyişle idare tarafından 2005 yılı irtifak hakkı bedeli olarak talep edilen 462.112,41 YTL'nin kesinleştiğinin kabulü gerekir. Bu durumda 2005 yılı irtifak hakkı bedeli olarak kesinleşen miktara taahhütname uyarınca Devlet ihale genelgesinde belirlenen artış oranının uygulanarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece değinilen bu yönler göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*”; Y.14.HD., 21.11.2018, E. 2018/978 K. 2018/8063 (Kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

sınırlama getirmemiştir. Bu noktada üst hakkı kapsamında örnek mahiyetinde olmakla beraber hangi hallerin aşırı ifa güçlüğü sebebi ile uyarlama konusu olabileceğinin tespiti gerekir.

Uyarlamanın en çok görüldüğü hali, edimler arasındaki dengenin maddi anlamda bozulmasıdır. Üst hakkı açısından da en çok üst hakkı bedelinin uyarlanmasıyla ilişkin talepte bulunulduğu görülmektedir⁴⁶⁰. Örneğin, taraflar üst hakkı bedelinin irat şeklinde ödenmesi hususunda anlaşmış ve bu bedel yabancı para birimi üzerinden belirlenmiş (örneğin; dolar veya Euro) olabilir. Böyle bir durumda bugün itibarıyla son beş yılda doların ve Euro'nun enflasyon sebebi ile en az üç katı artış göstermesi üst hakkı bedelinin de ifasını zorlaştırabilir. Üst hakkı sahibi bedelin uyarlanmasını talep ederse bu durumda Yargıtay'ın benzer davalarda vermiş olduğu kararlara bakmak gerekir. Yargıtay, “dövizle bağlanmış olan bedel ödemelerinde borçlu kur artışının söz konusu olabileceğini, Türkiye gibi kurların sürekli değiştiği bir ülkede bunun öngörülemez bir durum olmadığını ileri sürerek” uyarlama taleplerini reddetmiştir. Yargıtay'ın⁴⁶¹ kararlarında genelde uyarlama taleplerinin kabul

⁴⁶⁰ Üst hakkı bedelinin uyarlanmasına ilişkin Federal Mahkemenin 15.10.2020 tarihli BGer 5A_838/2019 kararı için bkz. Swisslex; Üst hakkı bedelinin uyarlanmasında dikkate alınan esasların ipotet faiz oranındaki değişiklikler, varsayımsal kiracılık referans faiz oranları, tüketici fiyat endeksi, arazi piyasa değerleri, muhtemel inşaat maliyetleri olduğu hakkında bkz. **Fasel**, Urs, Sachhenrecht- Entwicklungen 2020, Bern 2021, 51.

⁴⁶¹ Y.14.HD.'nin 01.11.2011 tarih, 2011/13256 E. 2011/13250 sayılı kararında “...Davacı, 3970 parsel numaralı taşınmazda kırk dokuz yıllık irtifak hakkı (üst hakkı) sahibi olduğunu, davalının 1999 yılı irtifak bedeli olarak o tarihteki para birimine göre 775.000.000 TL talep ettiğini belirterek, taraflar arasındaki taahhüt sözleşmesi uyarınca 1999 yılı irtifak hakkı (üst hakkı) bedelinin 450.000.000 TL olarak uyarlanması isteminde bulunmuştur. ...Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 1999 yılı irtifak hakkı bedelinin 650.000.000 TL olarak uyarlanmasına karar verilmiştir. ...Resmî senette belirtilen taraflar arasındaki ... 5. Noterliğinin 18.05.1993 tarihli ve 27298 yevmiye numaralı taahhüt senedinin 7. maddesinin “İrtifak hakkı bedeli” başlıklı (A) bendinde özetle; “irtifak hakkı bedelinin ilk yıl için 6.400.000 TL olduğu, ikinci ve üçüncü yıllar için kullanım bedelinin ise her yıl yayımlanan Devlet İhaleleri Genelgesinde belirtilen artış oranlarının bir önceki yılı irtifak hakkı bedeline eklenmesi suretiyle saptanacağı” belirtilmiş, “Ödeme zamanı” başlıklı (B) bendinde ise “ilk üç yıldan sonraki ikinci ve izleyen üç yıllık dilimlerin ilk yıl irtifak hakkı bedelleri yeniden takdir edilir ve izleyen yılların bedellerinin tahakkuk ve tahsili yukarıdaki hükümlere tâbi olur” denilmiştir. Uyuşmazlık konusu 1999 yılı irtifak hakkı bedelidir. Dava dilekçesinde belirtilen ve davacının kabulünde olan ayrıca dosyadaki 1998 yılı irtifak hakkı bedeli ödemelerini gösterir dekontlardan da anlaşıldığı üzere 1998 yılı için 500.000.000 TL irtifak hakkı bedeli ödenmiştir. Gerek dava dilekçesi gerekse de 25.10.2000 tarihli bilirkişi raporunda Devlet İhale Genelgesine göre artış oranının % 55 olduğu anlaşıldığından, 1998 yılı irtifak bedelinin % 55 oranında arttırılarak, davalı tarafından 775.000.000 TL'nin, 1999 yılı irtifak bedeli olarak talep edilmesi taahhüt senedinin 7. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.”. (Bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

edildiği görölse de aksi yönde kararları da mevcuttur ve hatta tacirler açısından basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü sebebiyle enflasyon ve devalüasyon uyarlama sebebi olarak kabul edilmemiştir⁴⁶². Biz de kısmen bu görüşe katılmakla beraber her somut olayın şartları ve ülke ekonomisini tetikleyen küresel, sosyal durumların da ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁴⁶³ “günümüz ekonomisinde enflasyon olağan bir durumdur ve sürekli edimli sözleşmelerde tarafların bu dengesizlikleri kabul ettikleri varsayılabilir; ancak uzmanlar tarafından dahi öngörülemez enflasyon oranlarının yaşandığı zamanlarda taraflarca öngörülmesini beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır”. Kaldı ki 2019 yılı itibarıyla tüm dünyayı etkileyen Covid- 19 salgının ekonomi üzerinde de ciddi, olumsuz etkileri olmuştur. Giderek artan ekonomik maliyetler pandemi sonrası süreçte en önemli sorunlardan biri halini almıştır. Bu süreci takiben yabancı para birimlerindeki ani ve önlenemez artışlar da özellikle sözleşmelerdeki yabancı para birimine bağlı edimlerin ifasını zorlaştırmıştır. Kanaatimizce bu durum sözleşme ilişkileri açısından başlı başına bir uyarlama sebebi teşkil eder. Söz konusu süreçte ekonomide oluşan açıkların hukukî ilişkilere yansımaları ise borçların ifa edilmeyecek hâle gelmesi şeklinde olmuştur. Dolar ve Euro’da meydana gelen artış sebebiyle üst hakkı sahiplerinin de öngörülemez ve ne kadar süreceği de belli olmayan şartlar altında bedel borçlarını yabancı para birimi üzerinden ifalarını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda taraflar, kendileri üst hakkı sözleşmesini uyarlama cihetine gidebilecekleri gibi hâkimden de bunu talep edebilmelidirler.

Üst hakkında aşırı ifa güçlüğüne göre görülebileceği bir diğer örnek de üst hakkı sözleşmesi kapsamında üst hakkı sahibinin inşa edeceği yapı ile ilgili olabilir⁴⁶⁴. Taraflar üst hakkı sözleşmesinde üst hakkının içeriğine dahil olan unsurlar altında yapı-

⁴⁶² Benzer bir durum olan para biriminin kriz sebebiyle değer kaybetmesi gerekçesine dayanılarak bedelin uyarlanması talebine ilişkin Yargıtay’ın kararı ve değerlendirmeleri için bkz. **Arat**, Uyarlama, 99, dn. 63

⁴⁶³ **Arat**, Uyarlama, 100.

⁴⁶⁴ Uyarlama konusu edimin illaki doğrudan para borcuna ilişkin olması gerekmez. Ancak para borçlarında edimler arasında dengenin bozulduğu daha açık bir şekilde görülür. Edimler arası denge manevî anlamda da bozulmuş olabilir. Bunun yanı sıra sıkı şartlara tâbi olmak kaydı ile bazı hallerde “edimin amacının boşa çıkması”; yani “edimden beklenenin bulunmaması” da uyarlama sebebi olabilir. Bkz. **Arat**, Uyarlama, 117-122.

nın konumu, şeklini, niteliğini, boyutlarını, tahsis amacını vb. belirleyebilirler⁴⁶⁵. Bu kapsamda belirlenen hükümler aynı etkilidir ve herkesi bağlar. Üst hakkı sahibinin inşa edeceği tesiste yapıların niteliği ve boyutu taşınmazın bulunduğu yere göre de özellik gösterir. Sözleşmede taraflar ormanlık bir arazi de tesis edilen üst hakkı kapsamında inşa edilecek tesiste kullanılacak yapı malzemelerinin doğayla uyumluluk arz edecek şekilde seçilmiş olmasını, bunun yanında sürdürülebilir enerji ve geri dönüşüm tesislerinin de kurulmasını hüküm altına almış olabilirler. Üst hakkı sahibi bu hükümler gereği yapıyı sözleşmeye uygun olarak ifa etme borcunu yerini getirirken yapının inşası sırasında enflasyona bağlı olarak birçok yapı malzemesinin ithal edilmesi gerekliliği karşısında sözleşme standartlarında yapı inşa edemeyebilir. Bir önceki örnekte olduğu gibi son beş yıldaki dolar ve Euro’da meydana gelen artış bütün ürünlerin maliyetlerinin en az iki katı artmasına sebep olmuştur. Paranın alım gücünün düşmesi üst hakkı sahibinin üstlendiği edimin ifasını zorlaştırmaktadır. Üst hakkı sahibinin belirlenen bu hükümlere uyması gerekmektedir. Aksi halde Borçlar Hukuku anlamında sözleşme hükümlerine aykırılık gereği akdi sorumluluğu doğatabilecektir. Hatta somut şartlar değerlendirildiğinde üst hakkı sahibinin ihlalleri ağır yükümlülük ihlali niteliğinde ise taşınmaz maliki süresinden önce üst hakkının devrini de

⁴⁶⁵ Uygulamada taraflarca üst hakkı sözleşmesine yapıların kullanım ve tahsis amacına ilişkin konulan kaydın işletmenin bu tahsis amacı ile zarara uğradığı gibi gerçeklerle öngörülemez sonuçların doğmasına bağlı olarak sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunduğu görülmektedir. Konya 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan bir davada X üniversitesine ait vakıf arazisi üzerinde Y Turizm ve Otelcilik A.Ş. lehine 05.06.2000 tarihli sözleşme ile üst hakkı tesis edilmiştir. Sözleşme gereği bu arazi ve üzerindeki taşınmazlar sadece turizme yönelik beş yıldızlı uygulama oteli yapıp işletilmesi için kullanılabilir. Sözleşmeye uygun inşa edilen otelin yanında daha sonra bir alışveriş merkezi yapılmış ve faaliyete başlamıştır. Bir süre sonra alışveriş merkezi farklı bir isimle E Turizm İnşaat San. Tic. A.Ş.’ye üst hakkı devir sözleşmesi ile devredilmiştir. Devirden 4 yıl sonra hak sahibi alışveriş merkezinin zarara uğradığı gerekçesi ile mahkemeden üst hakkı sözleşmesinin tahsis amacına ilişkin hükmüne “eğitim” ibaresinin eklenmesi suretiyle uyarlanmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi de uyarlama talebinin kabulü ile üst hakkı sözleşmesinin faaliyet alanına “eğitim” ibaresi eklenerek tahsis amacının değiştirilebileceğine karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin 12.11.2009 tarih E. 2009/385, 2009/403 sayılı kararı Y.13.HD., 04.03.2010, E. 2010/1011, K. 2010/2584 sayılı hükmü ile onanmıştır. (Yargıtay’ın ilgili kararı yayınlanmamıştır.). Ancak daha sonra 2016 yılında mahkemenin uyarlamanın şartlarını gerektirdiği gibi değerlendirmede, zararın varlığını araştırmadan karar tesis ettiği ve hükmün hile ile elde edildiği gerekçeleriyle yapılan yargılamanın yenilenmesi talep edilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmiştir. Talep neticesinde ilk derece mahkemesinin verdiği iptal kararı Yargıtay tarafından da uyarlamanın şartları oluşmadığı, hile ile hareket edildiğinin kabulü ile onanmıştır. Ancak Yargıtay uyarlama kapsamında “eğitim” ibaresinin eklenmesine ilişkin bir hukuka aykırılık tespit etmemiştir. Söz konusu uyarlama kararından da anlaşılacağı üzere hâkim, uyarlama yönteminin belirlenmesi konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir. Bkz. **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 215, dn.404.

talep edebilecektir. Ancak, bu standartlara uyulması halinde yüksek maliyetler karşısında üst hakkı sahibinin inşaatı tamamlayamama riski gündeme gelecek, mali açıdan da kritik bir süreç içine girecektir. Mesela taraflar sözleşmedeki yükümlülüklerle aykırılık veya taahhütlerin dışına çıkılması halinde taşınmaz malikine cezai şart ödeneceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda yapının tamamlanamaması veya sözleşmede kararlaştırılan standartlarda olmaması üst hakkı sahibi açısından ağır sorumlulukların da doğmasına sebep olabilir.

Kanun koyucu TBK m. 480 hükmü ile eser sözleşmesine ilişkin özel bir uyarılama hükmü getirmiştir. 480/2'ye göre “Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.” Ana kural TBK m. 480/I ve III'e göre sözleşmeye bağlılıktır; ancak ikinci fıkra ile kanun koyucu bu kurala istisna getirmiştir⁴⁶⁶. Yüklenicinin bedele ilişkin yaşadığı sıkıntı eserin yapılmasını imkânsızlaştırır veya güçleştirirse eser sözleşmesinde bu bir uyarılama sebebidir. Önceden öngörülemeyen ve değişen şartlar sebebi ile masrafların artmasına bağlı olarak eserin yapımın güçleştirilmesi bedel miktarında artış yapılması suretiyle uyarlanmasına, bu mümkün değilse de sözleşmenin sona erdirilmesine dair yüklenicinin talepte bulunabilmesine imkân tanımaktadır. Masraflardaki artış beklenenin veya yüklenicinin göze alması gerekenin üstünde, olağanüstü bir artıştır. Tabi ki bu durumda yüklenicinin “iflasına veya ekonomik olarak mahvına” sebep olacak mahiyette bir güçleşmenin varlığı aranmamaktadır⁴⁶⁷. Üst hakkı

⁴⁶⁶ Öğretiye göre hükmün uygulanma şartları şunlardır: Öngörülemeyen olağanüstü hâlin ortaya çıkması, bu durumun götürü bedelle işin yapılmasını engellemesi veya aşırı derecede güçleştirilmesi, ortaya çıkan elverişli olmayan bu halin yükleniciye isnat edilememesi (yani yüklenicinin kusuru bu duruma sebebiyet vermemeli), tarafların aksine sözleşmede bir hüküm öngörmemiş olmaları ve yüklenicinin bu durumu iş sahibine bildirmesidir. (Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Ankara 2018, 661-667; Tandoğan'a göre bu hüküm ile “*clausula rebus sic stantibus*” kuralının “öngörememe (*imprévision*)” kuramına dair bir uygulama getirilmiştir (bkz. Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Tıpkı B., İstanbul 2010, 239- 251); Bedel dışında bir sebepten doğan ifa güçlüğü varsa bu durumda TBK m. 138'e başvurulması gerektiğine ilişkin bkz. Baysal, 324.

⁴⁶⁷ Eren, Borçlar Özel, 664 vd.

sahibi için de yapının inşasına ilişkin örnekte verdiğimiz gibi kur yükselmesine bağlı olarak masrafların artması sebebi ile sözleşmenin ihlali söz konusu olacaksa bu aşırı ifa güçlüğü olarak değerlendirilmelidir. Bu surette sözleşme şartları değiştirilmeli, bu mümkün olmadığı takdirde de sözleşme sona erdirilmelidir.

Açıklandığı üzere uyarlamanın genel görünümü, edimler arasındaki dengenin maddi anlamda bozulması şeklindedir. Ancak, illaki edimler arasındaki dengenin madden bozulması şart değildir. Edimler arasındaki denge maddi anlamda bozulmuş olabileceği gibi manevî olarak da bozulmuş olabilir. Karşı taraftan ifanın yerine getirilmesi manevî bakımdan beklenemeyecek ise bu durumda manevî denge de bozulmuş sayılır⁴⁶⁸. Mesela, taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi üst hakkı tesis edildikten sonra zaman içinde aralarında çıkan husumet sebebiyle hasım olursa bu durumda da taraflar arasındaki edim dengesi bozulmuş olur⁴⁶⁹. Hukuken böyle bir durumda da uyarlama ve hatta uyarlama neticesinde taraflar arasındaki sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olur⁴⁷⁰.

Ç) UYARLAMA VE HAKLI NEDENLE FESİH TALEBİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Haklı nedenle fesih, sürekli borç ilişkilerinde tarafları sonradan ortaya çıkan öngörülemeyen sebeplerle çekilmez hale gelen sözleşme ilişkisinden (herhangi bir hukukî işleme gerek olmaksızın) kurtarmak için getirilmiş olan bir kurumdur⁴⁷¹. Haklı nedenle fesih tüm sürekli borç ilişkileri için geçerli olan genel ilke mahiyetindedir. Ancak bu hususa dair genel bir hüküm Borçlar Kanunu'nda olmamakla bera-

⁴⁶⁸ **Arat**, Uyarlama, 118 vd.

⁴⁶⁹ **Arat**, Uyarlama, 118 vd.; **Serozan**, İfa, 224, dn.2.

⁴⁷⁰ Böyle bir durumda sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshi de gündeme gelir. Örnekteki gibi tarafların arasında husumet doğması hukukî ilişkinin sona erdirilmesini en adil sonuç haline getirebilir. Uyarlama sözleşmenin sona erdirilmesi sonucunu doğuran bir kurum olsa da tek sonuç değildir. Haklı nedenle fesih ise doğrudan sözleşmenin sona erdirilmesine imkân tanır. Bu durumda uyarlamaya başvurulmasına hukuken bir engel yoksa da haklı nedenle feshin tercih edilmesi daha isabetli olur. Bu yaklaşıma esas teşkil eden İsviçre Federal Mahkemesinin oturma hakkı ile ilgili BGE 82 II 332 kararına getirilen yorum için bkz. **Arat**, Uyarlama, 118 vd.; **Serozan**, İfa, 224, dn. 2.

⁴⁷¹ **Seliçi**, 156.

ber bazı sözleşmeler için özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir⁴⁷². Kanun koyucunun bu düzenlemeler dışında başka haklı nedenle fesih hükmü düzenlememiş olması (diğer bir deyişle susması) haklı nedenle feshin isimsiz sözleşmeler için uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Haklı nedenle fesih bizim de katıldığımız görüşe göre TMK m. 23'e göre ortaya çıkan nedenin kişilik haklarını ihlal edip etmediği esasına göre belirlenecek ve dürüstlük kuralı gereği de sözleşme ilişkisinin çekilmez hale gelmesi halinde başvurulabilecek olan bir müessesedir⁴⁷³. Bu çerçevede isimsiz sözleşmeler için de söz konusudur. İsimsiz bir sözleşme olan üst hakkı sözleşmesi de her somut olayın şartları dahilinde haklı nedenle feshedilebilir.

Uyarlama ile haklı nedenle fesih karşılaştırıldığında uygulama alanlarının keşiştiği görülmektedir⁴⁷⁴. Daha öncede ifade edildiği üzere, edimler arası dengenin manevî anlamda bozulmasında olduğu gibi, bir olguya bağlı olarak her iki kurumunda uygulama alanı bulması söz konusudur. Zira, uyarlama ve haklı nedenle fesih kurumları sebepleri göz önünde bulundurulduğunda birbirlerine büyük benzerlik gösterirler de sonuçları itibarıyla aralarında fark mevcuttur. Haklı nedenle feshi doğuran sebeplerin uyarlamaya göre kapsamı daha geniştir. Sonuçları açısından da uyarlama sadece fesih imkânı tanımaz; hatta uyarlamada esas olan sözleşmenin devamını sağlayıcı çözümün üretilmesidir. Haklı nedenle fesih, özel düzenlemelerle öngörölmüş olan diğer fesih hükümlerinin yerini almaz. Başka bir ifade ile özel düzenlemeler haklı nedenle fesih karşısında öncelik taşımaz⁴⁷⁵. Açıklanan sebeple, uyarlamanın haklı nedenle feshin yerine geçmesi söz konusu değildir. Bu durumda her iki kurumun yarışması söz konusu olur⁴⁷⁶. Üst hakkı açısından böyle bir yarışma halinde kanaatimizce her somut olayın şartları değerlendirilip, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde sözleşme ilişkisinin devamının mümkün olup olmadığının evleviyetle tespiti

⁴⁷² İsviçre Federal Mahkemesi (ATF 122 III 262), haklı nedenle feshi isimsiz sözleşmeler için de geçerli olan genel bir ilke olarak kabul etmiştir. Ancak, hukukumuzda yargı kararlarında haklı nedenle feshin genel ilke olduğuna yer verilmemişse de doktrinde haklı nedenle feshin dürüstlük kuralının özel bir uygulama hali olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. **Seliçi**, 202; **Altıok Ormancı**, 110-111.

⁴⁷³ Görüş ve değerlendirmeler için bkz. **Altıok Ormancı**, 113- 120.

⁴⁷⁴ Her iki kavram açısından ileri sürölen görüşler için bkz. **Altıok Ormancı**, 214 vd.

⁴⁷⁵ Aynı yönde **Altıok Ormancı**, 96.

⁴⁷⁶ **Seliçi**, 193 vd.; **Arat**, Uyarlama, 120.

gerekmektedir. Zira, üst hakkı mahiyeti gereği büyük yatırımların yapıldığı, ayrıca yüklü taşınmaz üzerinde başkaca sınırlı aynî hak kurulabilmesi sebebiyle hakkın sona ermesinin taraflar dışında birçok kişiyi de etkileyeceği bir ilişki kurmaktadır. Şu hâlde ortaya çıkan sebepler değerlendirildiğinde sözleşmenin uyarlama ile ayakta tutulması mümkün değilse ve sözleşmenin sona ermesi gerekiyorsa bu durumda uyarlama talebi ile sözleşmenin sona ermesi sonucuna varılmaya çalışılması yerine haklı nedenle fesih imkânından faydalanmak daha yerinde olur.

Üst hakkında taşınmaz maliki açısından haklı nedenle feshin uygulama alanı bulması söz konusu olduğunda da yine TMK m. 831 anlamında taşınmaz malikinin süresinden önce devir talebi gündeme gelecektir. Taşınmaz malikinin talep hakları yönünden uyarlama ile haklı nedenle feshin yarışması halinde taşınmaz malikinin haklı nedenle fesih talepleri açısından şartları dahilinde sözleşmeyi feshetmek yerine süresinden önce kendisine devrini de talep edebilmesi mümkündür⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ Bkz. § 4/VII.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKININ SÖZLEŞMEYE DAYANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ VE DİĞER SONA ERME SEBEPLERİ

§ 5. SÖZLEŞMEYE DAYANAN SONA ERME SEBEPLERİ

I. ÜST HAKKI SÜRESİNİN DOLMASI

Taşınmaza bağlı irtifaklar yararlanan ve yüklü taşınmaz maliklerinin anlaşması ile belirli bir süreyle sınırlı olarak kurulabilirler. Önemli olan tarafların belirlediği sürenin tapu kütüğü kaydından veya resmî belgelerden anlaşılabilen olmasıdır⁴⁷⁸. Tapu Sicil Tüzüğü m. 30/II hükmünde kişiye bağlı irtifakların, TST m. 69/III'te ise devredilebilir kişisel irtifakların ve taşınmaza bağlı irtifakların belirli bir süreye bağlanmalarının mümkün olduğu açıkça anlaşılmaktadır⁴⁷⁹.

Üst hakkı, hakkın kuruluş amacı ve haktan elde edilmesi beklenen yarar göz önünde bulundurularak tarafların üst hakkı sözleşmesinde istedikleri süreyi belirleme imkânlarının olduğu bir irtifak hakkıdır. Üst hakkında süre, tarafların sözleşme ile belirledikleri hakkın içeriğine dahil olan bir unsurdur⁴⁸⁰. Böyle bir durumda belirli süreyle kurulan bir üst hakkını sona erdiren en temel neden hakkın süresinin dolmasıdır⁴⁸¹.

Taraflar sözleşme serbestisi gereği üst hakkının süresini tayin ederken Kanun'da öngörülen asgari sürelerle riayet etmelidirler. Ayrıca kanun koyucu üst hakkının süresine azami bir sınır koyarak hakkın mülkiyete eş değer, sonsuz bir hak olmasını engellemek istemiştir. Bu sebeple Kanun'da üst hakkı için TMK m. 826/III'te otuz yıllık ve m. 836/I'de yüz yıllık iki süre öngörülmüştür. Otuz yıllık süre tarafların sürekli ve bağımsız nitelikte bir üst hakkı tesis edip, tapuda bağımsız bir sayfaya taşınmaz olarak kaydettirebilmeleri, diğer bir deyişle üst hakkına taşınmaz niteliği kazandırabilmeleri için getirilmiş asgari süredir. Bunun yanı sıra TMK m. 836/I'e

⁴⁷⁸ Ünal, Sona Erme, 124.

⁴⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 803/N. 2818; Köprülü/Kaneti, 69; Sirmen, 498.

⁴⁸⁰ Bu konuda bkz. § 3/II, B.

⁴⁸¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, 661; Ünal, Sona Erme, 124; Büyüktanır, 251; Sirmen, 498; Isler, Bauvertragsverträge, 119, Freimüller, 48, Riemer, 49.

göre üst hakkı en fazla yüz yıl süreyle kurulabilir ve bu sürenin dörtte üçü dolduktan sonra taraflar anlaşarak bir yüz yıl daha süreyi uzatabilirler. Süre taraflarca uzatılmamışsa yüz yılın dolmasıyla beraber üst hakkı kendiliğinden sona erer ve terkin açıklayıcı niteliktedir⁴⁸². Sürenin dolmasıyla birlikte üst hakkı maddi hukuk açısından sona erer, şekli hukuk yönünden etkisini göstermeye devam eder⁴⁸³. Şeklen varlığını devam ettiren tescile ilişkin açıklayıcı terkin yapılarına kadar tapudaki üst hakkına ilişkin tescil yolsuzdur. Tescilin yolsuz olması da bu tescile güvenerek hak iktisap eden üçüncü kişilerin iktisaplarının âkibetinin ne olacağını gündeme getirir. Bu durum şekli yönden varlığını devam ettiren üst hakkını iyiniyetli iktisap edenlerin kazanımlarının korunmasını gerekli kılmaktadır. Ancak şu husus gözden kaçırılmamalıdır; her ne kadar sürenin sona ermesinin üst hakkını maddi hukuk açısından sona erdirmesi söz konusu olsa da sürenin dolması ile hakkın sona erdiği tapu kütüğünden ve resmî belgelerden anlaşılıyorsa üçüncü kişilerin iktisabı korunmaz ve TMK m. 1023 uygulanamaz⁴⁸⁴.

Üst hakkının süresinin dolması ile sona ermesi neticesinde tapuda hâlâ mevcut olmakla beraber her türlü hukukî değerini kaybeden tescilin terkinini üst hakkı sahibi gibi yüklü taşınmaz maliki de TMK m. 1026'ya dayanarak isteyebilir⁴⁸⁵. Malikin terkin talebinde bulunması halinde öncelikle resmî senet sona erme şartları açısından incelenir. Terkine mâni bir durum söz konusu değilse terkin gerçekleştirilerek üst

⁴⁸² Tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereğince (TMK m. 1020) kimse üst hakkının sona erdiğini bilmediğini ileri süremez. Bkz., **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 871/N. 3095 vd.; **Özmen/Korkmaz**, 163; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, 661; **Ünal**, Sona Erme, 124; **Büyüktanır**, 251; **Sirmen**, 498; **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779c Nr. 3; Süreye bağlı üst hakkının süresi dolunca hak kendiliğinden sona erecek, tapu kaydı da taşınmaz malikinin talebi üzerine, tapu sicili müdürlüğü tarafından TMK m.1026/2 gereği re'sen terkin edilebilir. Ancak Gürses'in ifade ettiği üzere uygulamada, terkenden önce üst hakkı sahibine tebligat yapıldığı ve bir aylık süre verildiği, bu süre içinde mahkeme kararı getirilmezse üst hakkının terkin edileceği bildirilmektedir. (Bkz. **Gürses**, 11). Kanaatimizce uygulamada takip edilen bu usul ile terkin öncesi hak sahibine terkine itiraz için askı süresine benzer bir imkân getirilmektedir. Ancak, TMK m. 1026'nın taşınmaz malikine ve tapu sicil müdürlüğüne tanıdığı terkin imkânı ve tapu kaydının hakkın süresine ilişkin herkesi bağlayıcı hükmü karşısında hak sahibinden mahkeme kararı istenmesi terkin sürecinin gereksiz bir şekilde geciktirilmesinden başka bir amaca hizmet etmeyecektir.

⁴⁸³ **Wieland**, Art. 734/ N. 3c; **Ünal**, Sona Erme, 124.

⁴⁸⁴ **Schmid**, Art. 976, N. 5; **Ünal**, Sona Erme, 124; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 834; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 803-804/ N. 2818.

⁴⁸⁵ **Schmid**, Art. 976, N. 8; **Ünal**, Sona Erme, 124; Terkini talep etmeye yetkili olan kişinin sadece yüklü taşınmaz maliki olduğu yönünde bkz. **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, 661; **Özmen/Korkmaz**, 165.

hakkına ait tapu sayfası kapatılır. Daha sonra TMK m. 1019 gereği diğer aynî ve şahsî hak sahipleri bilgilendirilir. Yüklü taşınmaz malikinin de terkin talebinde bulunmaması halinde TMK m. 1026/III'e göre tapu sicil müdürü re'sen hâkime başvurarak hakkın sona erdiğinin belirlenmesini isteyebilir ve bu karara dayanarak hakkı terkin edebilir⁴⁸⁶.

II. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ İLE ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A) GENEL OLARAK

Üst hakkının temelinde yatan, hakkın kurulmasına, sürdürülmesine, mahiyetine, sınırlarına ilişkin hükümlerin belirlendiği hukukî işlem üst hakkı sözleşmesidir. Üst hakkı sözleşmesi sadece hakkın kuruluşu için gerekmemekte, hakkın mahiyeti ve kapsamının, tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve hakkın sınırlarının çizilmesinde de esas teşkil etmektedir. Hakkın kullanılmasından ödenecek tazminata, hakkın sona ermesi halinde taşınmaz malikine intikal edecek unsurlara, eski hale getirmeye kadar her türlü husus üst hakkı sözleşmesinin konusudur ya da bu unsurlar ayrıca resmî şekilde tesis edilen bir anlaşma ile üst hakkı sözleşmesine eklenebilir, üst hakkı sözleşmesi değiştirilebilir veya ikinci bir sözleşme ile üst hakkı sözleşmesine eklenebilir. Bu bakımdan üst hakkı, mülkiyet yetkileri tanıyan sınırlı aynî hak olarak mülkiyet hakkına yakın bir konum arz eder. Ancak mülkiyet hakkından farklı olarak üst hakkı, süre ile sınırlandırılan, hakkın sınırlarının sözleşme ile çizildiği ve hak devam ettiği sürece tarafların sözleşme ile bağlı oldukları bir hukukî ilişkidir. Bu sebeple klasik anlamda taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan ve alıcı lehine mülkiyet hakkı tesis eden taşınmaz satışı sözleşmeleri ile üst hakkı sözleşmesinin bir tutulmaması gerekir. Taşınmaz satış sözleşmeler ani edimli sözleşmelerdir. Satışın ve devrin tamamlanması ile mülkiyet hakkı alıcıya intikal etmekte ve alıcı Anayasa ile de korunan yetkilere sahip olmaktadır. Üst hakkı kapsamında hak sahibinin yapılar

⁴⁸⁶ Uygulamada sıkça rastlanılan bu durumun temelinde Hukukumuzda tapu sicil müdürüne re'sen terkin yapma yetkisi tanınmaması yatmaktadır. İsviçre Hukukunda TMK m. 1026'yı karşılayan ZGB Art. 976 hükmünde, 1 Kasım 2011 yılında yayımlanan 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren revizyonlar ile (AS 2011 4637, BBI 2007 5283) değişikliğe gidilmiş ve maddede sayılı hallerde tapu sicil müdürüne re'sen terkin etme yetkisi getirilmiştir. Bu sebeple benzer düzenlemenin Türk Hukukunda da yapılması gerektiği kanaatindeyiz. (Aynı yönde Ünal, Sona Erme, 124, 125).

üzerinde mülkiyet hakkı olduğu kabul edilse ve taşınmaz maliki ile aralarında keskin bir sınır çizilmek istense de hakkın varlığı, kullanımı ve devamı üst hakkı sözleşmesine tâbidir. Sözleşmeye rağmen tarafların kamu hukukundan doğan haklarının üstün tutulmaya çalışılması hem sözleşme güvenliğini tehlikeye düşürmekte hem de tarafların sözleşmeye serbest iradeleriyle koydukları hükümlerin geçersizliği sonucunu doğurabilmektedir. Zira taraflar bu ilişkiye girdiklerinde aralarındaki sözleşme ilişkisinin ve hakkı kullanırken bu sözleşme ilişkisine bağlı olarak hareket edeceklerinin bilinci ve kabulündedirler. Sözleşme ilişkisine rağmen daha sonra tarafların kamu hukukundan doğan ilkeler gereği haklarına müdahale edilemeyeceği yönünde ileri sürecekleri gerekçeler de dürüstlük kuralına aykırıdır ve hakkın kötüye kullanılması mahiyetindedir⁴⁸⁷.

Bir sözleşme ilişkisi kapsamında taraflar sözleşme serbestisi ilkesi gereğince TBK m. 27'ye aykırı olmamak kaydıyla istedikleri hükmü kararlaştırabilirler. Asli edim yükümlülükleri dışında yan edim yükümlülükleri de belirleyebilirler. Hatta, taraflar özellikle belirlememiş olsa bile kanun taraflara yan yükümlülükler de yükleyebilir⁴⁸⁸. Bu kapsamda söz konusu yükümlülükleri yerine getirmek, bunlara uygun hareket etmek, kısaca sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal etmemek gerekir.

Türk Borçlar Kanunu 112. madde ile borç ilişkisinin ihlaline ilişkin genel bir hüküm getirmiştir. Buna göre “*borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse, borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*”. Söz konusu hüküm, sözleşme ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğün ihlaliyle uygulanabilecek genel bir hükümdür. Kanunun lafzına göre sözleşmenin ihlali, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu ihlaller değişik şekillerde karşımıza çıkabilir (TBK m. 112-126). Üst hakkı sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilecek ihlallerin neler olabileceğini örnek mahiyetinde de olsa ortaya koyarak, üst hakkı sözleşmesinin Borçlar Hukuku genel hükümler çerçevesinde sona erdirilip erdirilemeyeceği, sona erdirilebile-

⁴⁸⁷ Edis, Medenî, 290 vd.; Akyol, Dürüstlük Kuralı, 7; Uyar, Talih, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II)”, Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2000, 441 vd..

⁴⁸⁸ Eren, 1057 vd.; Akıncı, Borçlar Hukuku, 60 vd.; Antalya, Borçlar, C: V/I,1, 61 vd..

cekse akde aykırılık kapsamında söz konusu olabilecek ihlallerin ve taraflara sunulan imkânların, bunların tâbi olacakları usul ve esasların incelenmesi gerekmektedir.

Bu başlık altında öncelikle üst hakkı sözleşmesine Borçlar Hukukunun genel hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Akabinde örnek mahiyetindeki tespitlerimiz ışığında hangi hallerin sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği, sona ermeye sebep olan hakkın kullanımı ve sonuçları ile sözleşmeye aykırı davranan tarafın ihlali gidermesi halinde sona erme talebinin âkabeti ve eski hale getirmenin yargılama sürecine etkisi incelenmiştir.

B) DÖNME İLE SONA ERME

Üst hakkı sözleşmesi kurucu irtifak sözleşmesi olarak sürekli edimli bir sözleşmedir. Özellikle hakkın tapuya tescili ile birlikte taraflar arasında uzun süreli bir hukukî ilişki kurulmaktadır.

Her ne kadar üst hakkı sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olsa dahi özellikle tescil öncesi süreçte tarafların aralarında yaptıkları “borçlandırıcı işlem” mahiyetindeki, hakkın tapuda resmi senetle düzenlenmesinden önceki aşamada tarafların arasındaki yaptıkları sözleşme ani edimli sözleşme niteliği de gösterir. Özellikle taşınmaz maliki açısından içerdiği borçlar sebebi ile (hakkın tescili borcu, taşınmazın teslimi borcu vb.) söz konusu borçların ifasında temerrüde düşülmesi TBK m. 125 gereği dönme hakkının kullanılması suretiyle imkânını tanır⁴⁸⁹.

Bunun dışında üst hakkı sözleşmesinin tapuda tescili ile birlikte sürekli edimli bir hukuki niteliğe kavuşması TBK m. 126 gereği sözleşmeye aykırılık sebebi ile fesih hakkının kullanılmasını gerektirir. Ancak, hükme göre bir sürekli edimli sözleşmenin fesih hakkı ile ileriye etkili olarak sona erdirilebilmesi için sözleşmenin edimlerinin ifasına başlanmış olması gerekir. Şu hâlde, üst hakkının tescil edilmiş olmasına ve üst hakkının fiilen tesis edilmiş olmasına rağmen sözleşmeden doğan

⁴⁸⁹ Isler, Baurechtsvertrage, 51, 126; Karauz, 76 vd.

edimlerin ifasına başlanmamışsa sözleşmenin fesih yerine dönme hakkının kullanılması suretiyle sona erdirilmesi söz konusu olur⁴⁹⁰.

C) FESİH İLE SONA ERME

Fesih hakkı ya sözleşmeden ya da Kanun'dan doğmaktadır⁴⁹¹. Üst hakkı sözleşmesi taraflarının TBK m. 112'de öngörülen tazminat yükümlülüğü dışında, sözleşmenin ihlal edilmesi sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme imkânlarının olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Sınırlı aynî hak kuran, aynî etkili yasal borç ilişkilerinde aynî etkinin sözleşmeye aykırılık halinde Borçlar Hukuku genel hükümler kapsamındaki talep haklarına başvurulmasını engelleyip engellemeyeceği hususu tartışmalıdır.

Kanun koyucu, TBK m. 112'de sürekli borç ilişkileri için sözleşmenin feshedileceğine dair genel bir hüküm öngörmemiştir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hususunda dönme hakkının da Kanun'un muhtelif hükümlerinde (ayıba karşı tekeffülde ve temerrütte) alacaklıya tanındığı görülmektedir. Bunlar dışında kusurlu imkânsızlık ve kötü ifada tazminat istemi dışında sözleşmeden dönme yetkisinden bahsedilmemiştir⁴⁹².

Sürekli borç ilişkilerinin kötü ifasında dönme değil, fesih hakkı söz konusudur⁴⁹³. Bu sonucu TBK m. 126 ve 138'den çıkarmak mümkündür. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerinde sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde olan birçok sözleşme için fesih hakkı düzenlenmiştir.

⁴⁹⁰ **Isler**, Baurechtsvertrage, 126; **Yücer Aktürk**, 299 vd.; **Karauz**, 77; Bu durumda edimlerin ifasına başlanmamış olduğu için dönme hakkı, edim yükümünden kurtarıcı bir etkiyle sürekli edimli sözleşmeler açısından da işlerlik kazanabilir. Bkz. **Serozan**, Dönme, 120; Aynı yönde **Buz**, Dönme, 321 ve dn.132'deki yazarlar; **Altıok Ormancı**, 199; **Antalya**, Borçlar, C: V/1,1, 104, N. 281.

⁴⁹¹ **Eren**, 1285.

⁴⁹² Doktrindeki ayıplı ifa halinde tanınan hakların borca aykırılık halinde de tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Akıncı'ya göre "bu düşünce olması gereken hukuk açısından isabetli ise de pozitif hukuk bakımından mümkün değildir". Bkz. **Akıncı**, Kötü İfa, 1403.

⁴⁹³ Fesih hakkının dönmenin yerini almasının gerekçesi ise sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesinde tarafların bir menfaatinin kalmamış olmasıdır. (Bkz. **Buz**, Dönme, 320 vd.); Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sürekli edimin ifasına başlandıktan sonra dönme hakkı yerine fesih hakkı (olağanüstü fesih hakkı) kullanılabileceği hakkında bkz. **Seliçi**, 221

Bu hükümler dışında dönme veya fesih hakkı TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralından da kaynaklanabilir⁴⁹⁴. Özellikle icrasına başlanmış olan bir sürekli edimli borç ilişkisinde sözleşmeye aykırılık sebebi ile ifanın engellenmiş olmasına bağlı olarak taraflar arasındaki ilişki çökmüş ise artık bu ilişkinin o tarafça sürdürülmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği için o tarafın sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı olduğunun kabulü gerekir⁴⁹⁵. Başka bir ifade ile borca aykırılık aynı zamanda haklı nedenle fesih hali de teşkil ediyorsa, bu durumda sözleşmenin haklı nedenle feshi mümkündür. Kanun'un özel olarak öngördüğü haller dışındaki sözleşmeye aykırılık hallerinde de dürüstlük kuralı gereği varlığını kabul ettiğimiz fesih hakkı hâkimin takdirine dayanmaktadır. Hâkim, her somut olayın şartlarına göre ortaya çıkan sebebin sözleşmenin feshini haklı gösterecek kadar ağır olup olmadığını, taraflar arasındaki menfaatler dengesini de göz önünde bulundurarak takdir etmeli ve değerlendirmelidir⁴⁹⁶.

Sürekli edimli borç ilişkilerinde ifayı engelleyen bir sebebin vukû bulması halinde, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması fark etmeksizin, ileriye etkili olarak sona erdirilebilme imkânı olağanüstü fesih ile mümkündür. Bu durumda olağanüstü fesih şu şekilde tanımlanabilir: İcrasına başlanmış, belirli veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde, öngörülemeyen bazı sebeplerin ortaya çıkması ya da taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranmasına bağlı olarak, dürüstlük kuralı gereği borç ilişkisinin sürdürülmesinin taraflardan beklenmesinin mümkün olmadığı hallerde sözleşmenin sona erdirilmesi imkânıdır⁴⁹⁷. Olağanüstü fesih, icrasına başlanmış

⁴⁹⁴ **Aral**, 197; Schwarz'ın da ifade ettiği üzere taraflardan biri sözleşmeye aykırı hareket eder ve bu aykırılık sebebiyle diğer taraf sözleşmeyi devam ettirmemekte haklı ise veya sözleşmenin devamında kendisinin menfaati kalmamışsa bu durumda dönme veya fesih suretiyle tek taraflı olarak sözleşme sona erdirilebilir. Bkz. **Schwarz**, 786- 787.

⁴⁹⁵ **Seliçi**, 156, 157; Bütün sürekli edimli borç ilişkilerinde sözleşmenin haklı nedenle feshi, bu borç ilişkilerinin doğası gereğidir ve kanun koyucunun bu hususta açıkça hüküm koymasına gerek olmaksızın kullanılabilir. Bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 176, 177.

⁴⁹⁶ **Schwarz**, 793; Haklı neden teşkil eden haller tahdidi değildir. Sözleşme taraflarının kişiliğinden veya tarafların dışında kalan şartlardaki değişikliklerden kaynaklanabilir. Hangi hallerin haklı neden oluşturacağı önceden tespit edilemeyeceği için hâkim, her somut olayın özelliği nazara alınarak, nesnel ölçütlerle, takdir yetkisini kullanarak haklı nedenin varlığını tespit etmelidir. Bkz. **Seliçi**, 187 vd.; **Altıok Ormancı**, 133-134; **İsler**, Baurechtsvertrag, 128; **Demirsatan**, 101; **Edis**, Takdir Yetkisi, 169- 170.

⁴⁹⁷ **Seliçi**, 156-157; **Eren**, 1286; **Altıok Ormancı**, 93; **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 396; Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere önemli olan feshin dürüstlük kuralı gereği bir taraf için sözleşmenin devamının

sürekli borç ilişkilerinde ifa engellerinin ileri sürülmesine yaramaktadır”⁴⁹⁸. Kural olarak olağanüstü fesih beyanı muhataba ulaştığı andan itibaren derhal sonuç doğurduğu için, olağanüstü feshe doktrinde “süresiz fesih” de denilmektedir. Süresiz fesih-te sözleşme ilişkisi haklı (önemli) sebeplerle derhal sona ermektedir⁴⁹⁹. Fesih sebebi, sözleşme ifa edilirken sonradan ortaya çıkan sebepler olabilir. Öte yandan, taraflar sözleşmeyi yaparken de sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmenin feshedileceğini hükme bağlayabilirler⁵⁰⁰.

Haklı nedenle fesih⁵⁰¹ ise sürekli edimli borç ilişkileri için genel nitelikte bir olağanüstü fesih sebebidir. Haklı neden somut olarak belirtilmiş bir olguya bağlı olmadığı için bu kavramın içine dâhil olabilen tüm hallerde sözleşmenin olağanüstü

beklenilemeyecek derecede önem arz eden haklı bir nedene dayanıyor olmasıdır. Haklı neden ister kanunda düzenlenmiş veya taraflarca fesih sebebi olarak sözleşmede belirlenmiş olsun isterse sonradan ortaya çıkan bir sebep olsun bu nedene dayanarak her hâlükârda olağan üstü fesih ile sözleşme sona erdirilebilir. Kaldı ki haklı nedenle fesih, emredici niteliktedir. Tüm sürekli borç ilişkilerine uygulanır. Taraflar haklı nedenle feshin emrediciliği karşısında bu hakkı ortadan kaldıracak bir hüküm tesis edemeyecekleri gibi hakkın kapsamını da sözleşme ile sınırlandıramazlar. Bu kapsamda üst hakkı sözleşmesi de haklı nedenle feshe konu olabilir. Zira, sürekli borç ilişkisi kuran üst hakkı sözleşmesi içinde tarafların sözleşmeyle bağlı oldukları süre düşünüldüğünde bu süre zarfı içinde ortaya çıkan sebepler sözleşmenin devamını çekilmez hale getirebilir.; Aynı yönde bkz. **Furrer/Muller-Chen/Çetiner**, 29/N.90.

⁴⁹⁸ **Buz**, Vedat, *Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005, 330 vd.; **Eren**, 1285, 1286; **Altıok Ormancı**, 93; **Seliçi**, 156, 157. Yazar, olağanüstü feshin ani edimli borç ilişkilerine tanınan “dönme hakkının” yerine getirdiği görevi sürekli edimli borç ilişkileri için üstlendiğini ifade etmektedir.

⁴⁹⁹ **Eren**, 1286.

⁵⁰⁰ Bu durumda sözleşmeye aykırılık (sözleşme amacına aykırılık, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin ihlali vb.) “özel bir fesih sebebi/ özel olağanüstü fesih sebebi” olarak karşımıza çıkar. Kanun koyucu, TMK m. 833 kapsamında gerek ağır yükümlülük ihlallerinde gerekse her türlü ihlal göz önünde bulundurularak taşınmaz maliki lehine sona ermenin saklı tutulmak kaydı ile üst hakkı sözleşmesinde tarafların “özel fesih sebepleri” tayin edebileceklerini ve bunların tâbi olacakları usulü düzenlemiştir.; Sürekli borç ilişkilerinde gereği gibi ifa etmeme sebepleri taraflarca “özel olağanüstü fesih sebebi” olarak kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir hüküm olmasa bile kusurlu imkânsızlık ve gereği gibi ifa etmeme halleri sürekli borç ilişkisinin sona ermesi açısından ilişkiyi çekilmez hale getirdikleri nispette haklı sebep teşkil edebilir. (Bkz. **Buz**, *Yenilik Doğuran Haklar*, 330; **Eren**, 1071; **Serozan**, *Dönme*, 169 vd.; Kötü ifa açısından aynı yöndeki değerlendirme için bkz. **Aral**, 196, 197). Özellikle de tarafların sözleşmeye aykırı davranışlarını bu kapsamda değerlendirmek gerekir. (Bkz. **Seliçi**, 194).

⁵⁰¹ Taraflar, önceden öngörmedikleri olguların ortaya çıkması kaydıyla ve sözleşme ilişkisini taraflardan biri için çekilmez hale getirmesi nedeniyle de sözleşme feshedilebilir ki bu feshe de doktrinde “haklı nedenle fesih” denilmektedir. Kanun koyucunun Borçlar Kanunu’nda muhtelif hükümlerde haklı nedenle feshi düzenlediği görülmektedir. Ancak Kanun’da düzenlenmeyen haller dışında da haklı neden fesih kavramının bütün sürekli edimli borç ilişkileri içinde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Aynı yönde bkz. **Altıok Ormancı**, 94 vd.

fesihle sona erdirilmesi mümkündür⁵⁰². Tüm bu fesih hallerinin ortak noktası ise olağanüstü feshin geçerli bir sebebe dayanması şartına bağlı olmasıdır.

Her ne kadar TBK m. 112 açıkça fesih hakkından bahsetmemişse de bu noktada tek tek bütün ihlallerin fesih açısından değerlendirilmesi mümkün değildir. Şu hâlde TBK m. 112 kapsamında gereği gibi ifa etmemenin üst hakkı sözleşmesi tarafları için de başlı başına bir fesih sebebi oluşturacağını ifade etmekle yetinmekteyiz.

Sonuç itibarıyla, üst hakkı sözleşmesi sürekli edimli bir borç ilişkisi olduğu için olağanüstü fesihle sona erdirilebilir⁵⁰³. Bu durumda üst hakkı sözleşmesinin fes-

⁵⁰² **Seçer, Öz,** Olağanüstü Fesih, (<https://blog.lexpera.com.tr/olaganustu-fesih/#fn21>, E.T. 07.04.2022); **Altıok Ormancı**, 96, 98 vd.; Bir fesih sebebi objektif olarak dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin tek başına feshine yeterli gerekçe oluşturuyorsa sözleşme haklı sebeple feshedilebilir. Ancak bazen bu sebep bazen tek başına doğrudan fesih hakkının kullanılması için yeterli değildir. Böyle bir durumda muhataba ihtar da bulunulur, ihtara rağmen aykırılık tekrarlanır veya ihlale son verilmezse artık mevcut durumda haklı nedenle feshine gidilebilir. İsviçre doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi sözleşmenin derhal feshi sonucunu doğurmaya tek başına yeten sebepleri “mutlak ağırlık”, ihtara rağmen tekrerrür eden hallerde fesih sonucuna gidilmesi halini de “nispi ağırlık” kavramı içinde ele almaktadır (bkz. **Altıok Ormancı**, 140 vd.). Ancak, Yargıtay kararlarında ve Türk Hukuk doktrininde mutlak- nispi ağırlık kavramlarına yer verilmemiş, ortaya çıkan sebebin TMK m. 4 gereği hâkim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirmesi gerektiği kabul edilmiştir. Her ne kadar ihlalin ağırlığına dair hâkimin yapacağı değerlendirmede esas alınacak kriter dürüstlük kuralı ise de kanaatimizce yine de hâkim feshin haklı neden teşkil edebilmesi için temelde örtülü de olsa belirli bir ağırlıkta olmasını aramaktadır. Türk Hukukunda bu kriterler evleviyetle benimsenmemiş gibi gözükse de uygulamada hâkim haklı sebebin takdirinde söz konusu kriterlerden faydalanmaktadır.

⁵⁰³ Ankara BAM, 27. HD.’nin 22.03.2018 tarih, 2018/285 E. 2018/247 sayılı kararına konu olan bir olayda ilk derece mahkemesi “...davalı tarafın tek taraflı irade beyanı ile feshetme hakkını kullanabileceği bir sözleşme olduğundan mahkemece ihtiyati tedbir yolu ile bir tarafın sözleşmeyi feshetme hakkı engellenemeyecek olup kaldı ki davalı tarafça sözleşmenin tek taraflı feshinin mümkün olmadığı varsayılacak olsa dahi bu durumda, davalının tek taraflı feshinin hukukî sonuç doğurmayacağı ve herhangi bir geçerliliği olmayacağı, böylesi bir durumda da ihtiyati tedbir istenmesinde hukukî yarar bulunmadığı gerekçesiyle, davacı tarafın davalı tarafın sözleşmeyi feshetmesinin önlenmesine yönelik ihtiyati tedbir talebinin reddine” karar vermiş, Bölge Adliye Mahkemesi de istinaf talebini reddederek ilk derece mahkemesinin usul ve esas yönünden verdiği kararda bir yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle kararı onamıştır. Kararda kullanılan ifadeye göre üst hakkının olağan fesih ile herhangi bir gerekçe göstermeksizin feshedilebileceği anlaşılmaktadır. Doktrinde bu yaklaşımı destekleyen yazarlar olsa da (bkz. **Altıok Ormancı**, 115-116), söz konusu görüş her sürekli edimli borç ilişkisinde tarafların sözleşmenin devam edeceği yönündeki haklı beklentisini korumamaktadır. Eğer ki bir sürekli borç ilişkisi taraflarca süreye bağlanmışsa mümkün mertebe bu süreye riayet edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce üst hakkı gereği hak sahibinin taşınmazda yapacağı faaliyetler, yatırımlar, tesis planı proje dahilinde bilinmektedir. Bu sebeple taşınmaz malikine böyle bir sözleşmede istediği her an, hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmeyi sona erdirebileceği bir imkân tanımak üst hakkı sahibi aleyhine menfaatler dengesini bozacak, üst hakkının akıbetini ve sözleşme ilişkisi içinde güven ilişkisini de bertaraf eder. Ayrıca haklı bir neden olmaksızın üst hakkı sözleşmesinin her daim feshedilebileceğinin kabulü sözleşme ile tesis edilen sınırlı aynî hak olan üst hakkını da tehdit etmektedir. Üst hakkının aynî hak olarak hak sahibi açısından rahat ve güvenli bir şekilde kullanılmasını sağlamak taşınmaz malikinin yükümlülükleri arasındadır. Zira, üst hakkının kapsamı düşünüldüğünde yüksek maliyetli yatırımla-

hi için haklı neden oluşturan ve muhatap tarafından sözleşmenin devamının beklenemeyeceği davranışlarla sözleşmenin ihlal edilmesi fesih hakkının doğmasına sebep olacaktır. Özellikle üst hakkı sahibinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlalinde bu durumla karşılaşmak mümkündür. Üst hakkının süresinden önce devrini düzenleyen TMK m. 831 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere tüm borç ilişkilerinde olduğu gibi üst hakkı kapsamında da her yükümlülük ihlali aynı ağırlıkta kabul edilmemiş ve ağır yükümlülük ihlallerine tamamlayıcı hükümlerle özel sonuçlar bağlanmıştır⁵⁰⁴. Bu durumda üst hakkı açısından da gereği gibi ifa etmeme halinde ağır yükümlülük ihlallerinin sözleşmenin sona ermesi üzerine etkisi ile hafif ihlallerin sözleşmeye etkisi birbirinden farklı esaslara tâbi olmalıdır. Sözleşmenin bir sebebe dayanarak feshedilmesi açısından da bu kıtas önemli bir yere sahiptir. Zira, ifanın seyrini etkileyen, olağanüstü fesih sebebi olabilecek vakıanın haklı nedenle fesih sebebi sayılabilmesi ve sözleşmenin derhal sona ermesi sonucunu doğurabilmesi için sebebin belirli bir ağırlıkta olması gerekir⁵⁰⁵. Bu tespit “objektif ağırlık” kriteri ve “sübjektif ağırlık” kriterleri esas alınarak yapılır. “Objektif ağırlık” kriteri, dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin devamının objektif olarak; yani tarafların yerine aynı şart-

rın konu olduğu bir hakta hak sahibinin sürekli sona erme korkusu içinde bırakılması da hak sahibine mülkiyet hakkı tanıyan bir hakkın mahiyetine de ters düşmektedir. Her ne kadar olağan feshitte temelde bir neden aranmamakta ise de karşı tarafın yüksek yatırımlar yapmasını bekleyip sonra fesih hakkını kullanmak böyle bir durumda hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Açıklanan sebeplerle taraflar üst hakkı sözleşmesini olsa olsa şartları dahilinde haklı nedenle feshedilebilirler. Söz konusu karara göre üst hakkı sözleşmesinin tek taraflı feshinin mümkün olduğu kabul edilmekle beraber üst hakkı sözleşmesinin belirli süreli sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması göz önünde bulundurulduğunda bu feshin olağan fesih olarak değil olağanüstü fesih olarak anlaşılması gerekir. (Karar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵⁰⁴ Bkz. § 4/VI.

⁵⁰⁵ BGE 129 III 380, s. 383-384, “...ihbarsız işten çıkarmanın amacı, belirli davranışları cezalandırmak ve işvereni memnun etmek değildir. Özellikle burada olduğu gibi sözleşmenin feshine yol açan olayda sözleşmeye aykırılık yoksa, yalnızca objektif olarak artık kabul edilemez bir durum sona erdirmeye amaçlı olarak ileri sürülebilir. Durumun böyle olup olmadığı ve iş ilişkisinin bir sonraki fesih tarihine kadar devam etmesinin artık makul görünüp görünmediği, belirli münferit davanın koşullarına bağlıdır. Spesifik koşullar ne olursa olsun, olay tek başına son çare olarak derhal işten çıkarmayı haklı çıkarmak için genellikle yeterli değildir. Aksine, objektif olarak savunulamaz hale gelen bir durum olmalıdır. Sözleşmenin olağanüstü feshinin istisnai niteliği açısından, olayın güven ilişkisini gerçekten ciddi şekilde bozduğunun ve nesnel olarak iş ilişkisinin devam etmesinin mantıksız görüneceği kadar ağır bir şekilde ağırlaştırıldığının belirli münferit davada kanıtlanması gerekir. BGE 127 III 351 E. 4b / dd; BGE 124 III 25 E. 3a ve b; BGE 121 III 467 E. 5b; BGE 116 II 145 E. 6b; ...” (<https://www.bger.ch>, E.T. 10.11.2021). Federal Mahkemenin söz konusu kararında sözleşme ilişkisi dışından meydana gelen sebeplere nazaran sözleşmeye aykırılık sözleşmenin derhal feshi için evleviyetle haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

lar altında bulunan makul, dürüst, orta seviyeli biri açısından çekilmez hale gelip gelmediğinin tespitidir. “Sübjektif ağırlık” kriteri ise bu şartlara maruz kalan fesih hakkını kullanmak isteyen kişi açısından da sözleşmenin devamının beklenilemeyecek derecede ağır olup olmadığına dair yapılan değerlendirmedir⁵⁰⁶. Bu kriterlere göre feshin haklı olup olmadığının tespiti de ihlalin ağırlığı göz önünde bulundurularak dürüstlük kuralı çerçevesinde TMK m. 4 gereği hâkimin takdirinde olacaktır.

1. Feshe Dayanak Oluşturan Sözleşmeye Aykırılık Halleri

Genel anlamda borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık halleri imkânsızlık, temerrüt veya kötü ifa gibi çeşitli suretlerde vuku bulabilir. Üst hakkı sözleşmesine aykırılık halleri incelenirken imkânsızlık dışında kalan, sözleşmede tarafların kararlaştırdıkları hükümlerin veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi üzerinde durulmuştur.

a) Gereği Gibi İfa Etmeme

aa) Genel Olarak

Kanun’da zikredilen gereği gibi ifa etmeme kavramı bir üst kavramdır ve temerrütle imkânsızlık hali dışında kalan her türlü ihlali bünyesinde barındırır. Gereği gibi ifa etmemenin kapsamında kötü ifa, borçlanılan edimin amacına uygun olarak ifa edilmesi için yerine getirilmesi gereken yan yükümlülükler ve koruma yükümlülüklerinin ihlali ile ayıplı ifa yer almaktadır⁵⁰⁷. Çalışmamızda genel anlamda gereği

⁵⁰⁶ **Altıok Ormancı**, 139-154; **Seliçi**, 200 vd.; Ancak kanaatimizce sözleşmenin çekilmez hale gelip gelmediğinin tespitinde hem dürüstlük kuralı gereği objektif hem de fesih hakkını kullanan tarafın sübjektif durumu beraber değerlendirilmek kaydıyla bir sonuca varılmalıdır. Taraf açısından doğan sübjektif durumun makul, dürüst bir üçüncü kişi açısından da sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez hale getirecek mahiyette olup olmadığı esas alınmalıdır. Zira sözleşmede tarafların menfaat dengesi gözetilirken sadece sübjektif değerlendirme ile her iki tarafın menfaatlerini korumak mümkün olmayacağı gibi sadece objektif bir değerlendirme yapmak da yeterli olmayacaktır. Tarafların içinde bulunduğu durumu ve sözleşmenin tarafı olarak onlar açısından bu sözleşmeyi ayakta tutan saikleri göz önünde bulundurmadan yapılacak değerlendirme eksik olacaktır.

⁵⁰⁷ **Akıncı**, Kötü İfa, 1393; **Eren**, 1067; **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 346-347; Diğer görüşler için bkz. **Aral**, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, 76 vd.; **Serozan**, İfa, 231 vd.; **Schwarz**, Andreas B., Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Feshi, E. Mardin’e Armağan, İstanbul 1944, 770; **Antalya**, Borçlar, C: V/1,3, 455, N.2310 vd.; **Atamer**, Yeşim, İfa Engelleri Hukukunun Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, İstanbul 2010, 217 vd., ; **Oğuzman/ Öz**, Borçlar, C.1, 491, N. 1540 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, 255 vd.; **Nomer**,

gibi ifa etmeme hususu ele alınırken ayıplı ifa hususu konunun üst hakkı açısından daha önce monografik eserlerde ele alınmamış olması ve ayıba karşı tekeffül hususundaki özel hükümler sebebiyle detaylı değerlendirme yapılmasını gerekli kıldığı için ayrı başlık altında incelenmiştir.

bb) Üst Hakkı Sözleşmesi Açısından Gereği Gibi İfa Etmeme Halleri

Gereği gibi ifa, sözleşmede belirtilen amaca uygun olarak, ifa programına riayet edilerek gerçekleştirilen ifadır. Dolayısıyla ifa gerçekleştirilmiş, ancak bu ifa sözleşmede belirtilen amaca hizmet etmiyor, belirtilen amaçtan farklı bir surette kullanılıyor ya da sözleşmenin amacını tehlikeye düşürüyorsa sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğinden bahsedilir⁵⁰⁸.

İfa, sözleşmenin amacını gerçekleştirmeye hizmet etmek zorundadır. Sözleşmenin amacına hizmet etmeyen ifa, gereği gibi ifa değildir⁵⁰⁹. Bu durum kötü ifa, ayıplı veya eksik ifa olarak nitelendirilmese de geniş anlamda gereği gibi ifa edilmeme olarak kabul edilecektir⁵¹⁰. Uygulamada sözleşmelere “sözleşme hükümlerine aykırı davranılması, taşınmazın (ve yapıların) amaç dışında kullanılması veya daha sonra tesis edilecek haklarla amaç dışı kullanımına izin verilmesi vb.” gibi durumlarda fesih hakkının kullanılabileceğine dair hüküm konmaktadır. Ancak böyle bir hüküm konulmasa dahi, kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde bu hak taraflara tanınabilmektedir. Örneğin; üst hakkı sahibi alışveriş merkezi yapacağını taahhüt etmiştir. Yapılan bina bir süre alışveriş merkezi olarak kullanıldıktan sonra okul binası veya

Halûk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, genişletilmiş 17.B., İstanbul 2000, 381 vd.

⁵⁰⁸ Eren, 1067; Akıncı, Borçlar Hukuku, 346-347; Oğuzman/ Öz, Borçlar, C.1, 491, N. 1540, 1541; Antalya, Borçlar, C: V/1,3, 455, N.2310 vd.

⁵⁰⁹ Aral'ın çalışmasında paylaştığı üzere Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin verdiği 06.03.1903 tarihli kararında “akdin amacının tehlikeye sokulmasını akdin müspet ihlali sayılacağı” yaklaşımdan yola çıkarak üst hakkı sözleşmesinde sözleşmenin amacını ihtiva eden hükmün ihlalinin bizdeki kabulü ile gereği gibi ifa etmeme olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir. Bkz. Aral, Kötü İfa, 79 vd.

⁵¹⁰ Akıncı'ya göre “geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme sadece asli ve yan yükümlülüklerin ihlali değil ifanın diğer tüm unsurlarına da aykırılığı kapsamaktadır”. Bkz. Akıncı, Kötü İfa, 1393.

hastane binası olarak üst hakkı kapsamında başka bir şahsa tahsis edilmiştir⁵¹¹. Bu durumda da yine sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğinden bahsedilir.

Örnek teşkil edecek başka bir husus da plan ve projelere ilişkindir. Taraflar üst hakkı sözleşmesine üst hakkı kapsamında yapılması planlanan tesis veya yapılara ilişkin detayları plan, proje, teknik şartnameler üzerinden belirleyeceklerdir⁵¹². Plan/projenin gereği olarak hangi alanların ne için kullanılacağı, nerelere yapı inşa edileceği, nerelerin boş alan olarak bırakılacağı, buralardan nasıl faydalanılacağı, yapıların dış görünüşleri, kanalizasyon, elektrik, yol vb. alanların belirlenmesi gibi hususlarda sözleşme kapsamında anlaşmaya varılmış olabilir. Bu durumda üst hakkı sahibinin yapacağı tüm yapıların ve mevcut yapılar varsa o yapıların muhafaza edilmek kaydı ile yapılacak binalara olan entegrasyonunun plan/ projeye uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi halde edim, borç ilişkisindeki niteliğe uygun olarak ifa edilmemesine bağlı olarak kötü ifa suretiyle gereği gibi ifa edilmemiş sayılır⁵¹³.

Taraflar bir sözleşme ilişkisinde, sözleşme görüşmesine başladıkları andan itibaren diğer tarafın zarar görmemesi için gerekli özeni göstermek zorundadır. Özellikle koruma yükümlülükleri kapsamında taraflar birbirlerinin ve onların korumaları altındaki kişilerin mal veya şahıs varlığı değerlerini de korumakla yükümlüdürler⁵¹⁴. Bir kişinin manevî değerleri kişilik haklarına girer ve sözleşme ile kişilik hakkı kapsamındaki manevî değerlerin de ihlal edilmesi mümkündür. Aslında koruma yükümlülüklerinin, sadakat yükümlülüğünün, özen yükümlülüğünün temelinde sadece

⁵¹¹ Yine aynı şekilde karardan üst hakkı ile ilgili olduğunu tespit edebildiğimiz, irtifak hakkının sözleşmede belirtilen amaçtan başka bir amaç için kullanıldığı gerekçesiyle feshine hukuken bir engel olmadığı görüşünde olduğunu anladığımız Y.14.HD.'nin 21.05.2019 tarih 2018/2793 E. 2019/4607 sayılı kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁵¹² **Turanboy**, Asuman, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, Y. 1990, C. 41, S. 1, 158 vd.; Mesela, hazine taşınmazları üzerinde irtifak hakkı tesisinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğünün 2018/7 sayılı broşürüne göre ihale aşamasında proje istenmemekte, ihaleden sonra ihaleyi kazanan yatırımcıdan gerekli görülürse verilecek ön izin süresi içinde proje sunması istenmektedir. Bu durumda ön izin süresi sonunda hakkın tescili gerçekleştirilmektedir. (Bkz. <https://www.milliemlak.gov.tr/Documents/irtifak/irtifak-hakki-brosur.pdf>). Diğer yandan 21.07.2017 tarih 30130 sayılı “Kamu Taşınmazları Üzerinde Eğitim ve Yurt Faaliyetleri İçin Üst Hakkı Tesis Edilmesine İlişkin Yönetmelik” m. 5 vd.’da başvuru şartları arasında plan ve proje hazırlanması gerektiği ifade edilmektedir.

⁵¹³ **Eren**, 1070 vd.

⁵¹⁴ **Eren**, 40 vd.; **Akıncı**, Borçlar Hukuku, 64 vd.; **Antalya**, Borçlar, C: V/1,1, 63, 64 vd..

maddi değil tarafların manevî değerlerinin de korunması yatmaktadır. Bu yükümlülükler sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi dürüstlük kuralından da doğabilirler⁵¹⁵. Dolayısıyla sözleşme ile taraflar arasında kurulan ilişki kapsamında, korunmaya çalışılan manevî değerler taraflara manevî yükümlülükler yükler. Taraflar sözleşme ile bu yükümlülükleri açıkça zikretmemiş olsalar dahi birbirlerinin bildikleri veya bilebilecekleri toplumsal ve bireysel manevî değerlerine sözleşmenin ifası sırasında da saygı göstermek zorundadırlar. Bu sebeple sözleşmenin amacının manevî değerlerin ve manevî dengenin korunması hilafına kullanılması, gereği gibi ifa etmemenin bir görünümü olarak taraflar arasındaki ilişkinin sona ermesi sonucunu doğurabilir. Örnek verecek olursak, üst hakkı kapsamında inşa edilecek binanın veya mevcut yapıların randevu evi olarak kullanılması veya arazinin dini bir vakfa ait olmasına ve öğrenci yurdu yapılacağı taahhüt edilmesine rağmen daha sonra burada misyoner öğrenci yetiştirilmesi ya da barındırılması veya misyonerlik faaliyetlerinin yürütülmesi söz konusu olabilir. Yahut yine aynı ihtimalde üst hakkı sahibi tarafından binanın dairelerinden bazıları ya da bir bölümü ateist derneklere kiraya verilmiş olabilir. Üst hakkı ile taşınmaz üzerinde İslamî otel yapacağı taahhüt edilmiş; ancak alkol kullanılan eğlence merkezlerinin de olduğu otel haline getirilmiş ya da tam tersi beş yıldızlı, eğlence merkezlerinin olduğu, uluslararası standartlarda bir otel yapacağı söylenmiş, ancak İslami anlayışta bir tesis yapılmış olabilir. Bu ihtimallerde üst hakkı sözleşmesi belirtilen amaçtan başka bir amaç ifa etmek için kullanılmakta, aynı zamanda bu suretle taşınmaz malikinin de manevî değerleri ihlal edilmektedir.

Saydıklarımız dışında üst hakkı sözleşmesi kapsamında yapıların inşası bittikten sonra yerine getirilmesi gereken yapma/ yapmama yükümlülükleri de ihlal edilmiş olabilir. Örneğin; taşınmaz malikine yapıların korunmasına veya muhafazasına ilişkin sözleşme ile çeşitli yükümlülükler yüklenmiş olabilir. Bunun dışında taşınmaz maliki, üst hakkı tesis edildikten sonra yapıları kullanmaması gerekirken kendi taşınmazıymış gibi kullanmış ya da onlar üzerinde üçüncü kişiler lehine çeşitli haklar tesis ederek (kira sözleşmesi gibi) üst hakkı sahibinin hakkına tecavüz etmiş olabilir. Yahut yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sözleşmesi kapsamında yapı inşa edilmeyecek yerlerden nasıl yararlanabileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen malik bu

⁵¹⁵ Akıncı, Borçlar Hukuku, 62 vd.; Eren, 40 vd.; Antalya, Borçlar, C: V/1,1, 63, 64 vd..

sınırlara uymaksızın üst hakkı sahibinin hakkını ihlal edecek şekilde yapısız alanları kullanmaya başlamışsa bu durumda da sözleşmenin ihlali söz konusu olur⁵¹⁶.

b) Temerrüt

aa) Temerrüde İlişkin Genel Değerlendirmelerimiz

Üst hakkı kapsamında yüklü taşınmaz maliki veya üst hakkı sahibi sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini vaktinde yerine getirmezse, ifada gecikirse temerrüdün varlığından söz edilir⁵¹⁷. Taraflardan biri borcunu ifada temerrüde düşerse bu noktadan sonra edim yükümünü ya hiç ifa etmez ya da geç ifa eder. Ancak her halükârda sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edilmemesi söz konusudur.

Üst hakkı sözleşmesinde taşınmaz malikinin de üst hakkı sahibinin de temerrüde düşmesi mümkündür. Örneğin, taşınmaz maliki üst hakkı sözleşmesi kapsamında üstlendiği koruma ve muhafaza tedbirlerini almamış olabilir ya da üst hakkı sahibi temerrüdün en genel görünebilecek şekliyle irat şeklinde ödenecek olan üst hakkı bedelini ödemediği için temerrüde düşmüş olabilir. Böyle bir durumda sürekli borç ilişkisi niteliğini haiz olan üst hakkı sözleşmesinin haklı nedenle fesih yanında temerrüt sebebi ile sona erdirilip erdirilemeyeceğinin tespiti gerekir.

Bir borç ilişkisinde borçlunun borcunu vaktinde ifa etmemesi, şartları dahilinde temerrüdün sonuçlarının doğmasına sebep olur. Temerrüdün şartları ve sonuçları TBK m. 117 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu TBK m. 126 hükmü çerçevesinde sürekli edimli borç ilişkilerinde temerrüdün sonuçlarının ilişkin bazı özel esaslar getirmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus, sürekli edimli bir borç ilişkisinde temerrüt sebebi ile de sözleşmenin feshi mümkün iken haklı nedenle fesih kurumuyla temerrüdün sonuçlarının kesişmesi halinde temerrüde ilişkin özel düzenlemelerin haklı nedenle fesih karşısında öncelik ihtiva edip etmeyeceğidir.

⁵¹⁶ Malikin sözleşmeye aykırı olarak üst hakkı sahibinin hakkını ihlal ettiği hallerde de hak sahibi TMK hükümleri çerçevesinde el atmanın önlenmesi hakkını kullanabilir. Bkz. **Ersöz/Karauz**, 1013- 1021.

⁵¹⁷ Eren, temerrüdü “pasif davranışla, yapması gerekeni yapmayarak; yani yapmama fiili ile sözleşmenin ihlali” olarak da değerlendirmektedir. Bkz. **Eren**, 1066 vd.; Üst hakkı sözleşmesi açısından da temerrüdün sonuçlarının doğduğunun kabulü yönünde bkz. **Belen**, Süresinden Önce Devir, 48 vd.

Doktrinde⁵¹⁸ temerrüde ilişkin hükümlerin özel hüküm olduğu ve haklı nedenle feshe gidilemeyeceği yönünde görüş olmasına karşın, iki hükmün yarıştığı yönünde görüşler de mevcuttur. Bu hususta ileri sürülen başka bir görüş⁵¹⁹ de sürekli borç ilişkisi doğuran bir hukukî ilişkide borçlu temerrüdü olgusunun sözleşmenin feshe edilmesi için haklı neden teşkil edeceği yönündedir. Bir başka görüş⁵²⁰ ise sürekli borç ilişkilerinde dönmenin yerini haklı sebeple feshin aldığı için yarışma görüşünü reddetmektedir. Buna göre “*sürekli borç ilişkileri ancak karşılıklı güvenin çökmesi halinde ortadan kaldırılabilir; taraflardan birinin objektif bir ağırlık taşımayan sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle borç ilişkisi sona erdirilemez.*”.

Öncelikle, temerrüde ilişkin hükümler de Borçlar Hukukunun genel hükümleri arasında yer almaktadır ve “tüm borç ilişkileri açısından uygulama alanı bulur”. Bizim de katıldığımız görüşe göre⁵²¹ sürekli edimli sözleşmelerin haklı nedenle feshinin de genel sona erme sebeplerinden sayılmasına bağlı olarak iki hüküm arasında genel-özel hüküm ilişkisi yoktur. Bu sebeple kanunen temerrüt hükümlerinin de sürekli edimli sözleşmelere uygulanmasında bir engel yoktur.

Diğer yandan yarışma görüşünü değerlendirecek olursak, iki kurum arasında taleplerin yarışmasından bahsedebilmek için sözleşmeye aykırılık halinin her iki kurumun şartlarını da sağlıyor olması gerekir. Aksi halde, her iki kurum ile aynı sonuçlar elde edilecekse kanunen iki müessesenin de uygulanmasına bir engel olmasa dahi pratik sonuçları itibarıyla yarışma görüşünün kabul edilmesi bir anlam ifade etmez. Kaldı ki, hak sahibinin iki kurumdan bir diğerini seçmesinde haklı bir menfaatinin olması gerekir. Bu durumda, temerrüt ile haklı nedenle feshin yarışması için öncelikle bir sürekli edimli borç ilişkisi olmalı, feshi gerektirecek sözleşmeye aykırılık haklı neden teşkil edecek ağırlıkta, önemli bir ihlal olmalıdır. Bu şartların varlığı halinde seçim hakkı olan hak sahibinin de haklı bir menfaati varsa biz de iki müessesenin

⁵¹⁸ Görüşler için bkz. **Altıok Ormancı**, 191 vd.

⁵¹⁹ İntifa hakkına ilişkin değerlendirme için bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 176, dn.446.

⁵²⁰ Bkz. **Seliçi**, 221 vd. Yazar, sürekli edimli borç ilişkilerinde güven ilişkisi önem arz eder. İfasına başlanmış bir ilişki söz konusu ise bu ilişki ancak karşılıklı güvenin çökmesi ile ortadan kaldırılabilir. Objektif bir ağırlık taşımayan sözleşmeye aykırılık ile ilişki sona erdirilemez.

⁵²¹ Aynı yönde bkz. **Altıok Ormancı**, 193; **Yücer Aktürk**, 308 vd..

yarıştığı görüşüne iştirak ediyoruz. Şu hâlde, her iki kurumun da tâbi olduğu kriterlerin değerlendirilmesi gerekir.

Haklı nedenle fesih ile temerrüdü birbirinden ayıran en temel fark sözleşme ihlalinin ağırlığı konusunda farklı kriterlerin benimsenmiş olmasıdır. Temerrüt açısından ihlalin ağırlığına dair bir sınırlama yokken, haklı nedenle fesihte objektif ağırlık kriteri gereği ağır yükümlülük ihlalinin varlığı aranmaktadır.

Alacaklının temerrüt halinde borçluya kural olarak ihtar çekip mehil vermesine rağmen borçlunun borcunu ifa etmemiş olması sebebi ile fesih yolunu seçmek zorunda kalması alacaklı açısından sözleşme ilişkisinin çekilmez hale geldiğinin de bir göstergesi sayılabilir. Böyle bir durumda borçlunun tutumundan borcu ifa etmeyeceği açıkça anlaşıyorsa TBK m. 124'e göre süre dahi verilmesine gerek olmayacaktır. Doğrudan haklı nedenle fesih sebebi sayılmayan fakat temerrüdün şartlarını taşıyan bir ihlalde ihtar çekilmek ve mehil verilmek suretiyle borçlunun ifasına imkân tanınır. Ancak borçlu borcunu ifa etmemekte ısrar ederse bu durumda borca aykırılığın tekrarlanmak suretiyle devam ediyor olması bu ihlali basit bir ihlal olmaktan çıkarır. Haklı nedenle fesih açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere nispi ağırlıktaki bir ihlal derhal sözleşmenin feshi sonucunu doğurmayacak ise de ihtara rağmen ihlalin devam etmesi veya mevcut sözleşmeye aykırılığa başka ihlallerin eklenmesi, söz konusu ihlalin sözleşmenin haklı nedenle feshine yetecek ağırlığa ulaşmasına sebep olabilir.

Diğer yandan, haklı nedenle fesih sebebinin borçlunun kusurlu bir davranışına dayanması söz konusu olabileceği gibi borçlunun dışında ortaya çıkan bir sebep de sözleşmeyi sona erdirmeye yetecek ağırlıkta olabilir. Buna rağmen, haklı nedenle feshin genellikle borçlunun kusurlu davranışlarından kaynaklandığı görülür. Ancak, haklı nedenle fesih için kusur şartı aranmaz⁵²². Kaldı ki, fesih muhatabı kusurlu olsa dahi kusur şartı haklı nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için tek başına yeterli değildir. İhlalin belirli bir ağırlıkta olması gerekir. Temerrüt halinde de borçlunun kusurlu olmasının bir önemi yoktur. Borçlunun kusuru alacaklının tazminat taleplerini ilgilendiren bir husustur. Dolayısıyla borçlunun kusuru olmasa dahi alacaklı te-

⁵²² Altıok Ormancı, 158.

merrüt hükümlerine gidebilir. Özetle, Borçlar Hukukunun genel hükümleri açısından borçlunun temerrüde düşmesine sebep olan borca aykırılığın aynı zamanda haklı nedenle fesih sebebi de sayılabildiği hallerde haklı nedenle fesih hükümleri ile borçlu temerrüdünden doğan talep haklarının yarıştığını kabul etmek gerekebilir⁵²³.

Bu görüşümüz doğrultusunda yarışma halinde hangi kurumun tercih edilmesinin fesih hakkı sahibinin lehine olacağının tespiti önemlidir. Öncelikle kusur şartı açısından her iki kuruma başvurma noktasında bir fark yoktur. Temerrütte de haklı nedenle feshi de kusur şart değildir. Öte yandan, temerrüt açısından Kanunda, TBK m. 124 hükmündeki istisnalar hariç, kural olarak ihtar ve mehil şartlarının getirildiği görülür. Haklı nedenle fesih açısından genel kural ihtar ve mehile gerek olmaksızın derhal fesih hakkının kullanılmasıdır. Bu açıdan yaklaşıldığında haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasının fesih hakkı sahibinin lehine olacağı söylenebilir. Ancak, ileride açıklandığı üzere⁵²⁴ bir sınırlı aynî hak söz konusu olduğunda üst hakkı sahibinden kaynaklanmayan nedenlerle haklı nedenle fesih yoluna başvurulmak istenmesi halinde de ihtar ve mehil kriterlerine başvurulması gerekebilir. Dürüstlük kuralı gereği her iki tarafın da menfaatini korumak için ihtar çekilerek hak sahibinin uyarılması ve uygun bir mehil verilerek feshin yıkıcı etkilerinin azaltılması açısından bu şartlara uyulmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki, temerrütteki TBK m. 124 ile getirilen istisnalar hariç ihtar ve mehil kriterleri malik açısından da hakkın kötüye kullanılması riskini ortadan kaldırmak için gerekli olabilir. Bu durumda sınırlı aynî haklar açısından temerrüt ile haklı nedenle feshin şartları arasında da ciddi bir fark kalmayacağı açıktır.

Ayrıca sonuçları incelendiğinde haklı nedenle fesih ve temerrüt hükümlerinin birbiri ile fark yaratmayacak benzerlik içinde olduğu söylenebilir⁵²⁵. İki düzenleme

⁵²³ Aynı yönde **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 967; **Altıok Ormancı**, 193 ve dn. 583; **Demirsatan**, 141, 142.

⁵²⁴ Bkz. § 5/II.

⁵²⁵ Haklı nedenle fesih halinde de temerrüt halinde de başvurulabilecek yol; sözleşmenin feshi ve müspet zararlarının tazminidir. Borçlu temerrüdünün en genel sonucu muaccel ve ifası mümkün olan ifa edilmeyen edimin aynen ifasını gecikme tazminatı ile birlikte talep etmektir. Bu imkân, ifası mümkün ve muaccel bir edim için doğan doğal bir sonuçtur. Alacaklının her zaman aynen ifa talep edebilme imkânı vardır (**Eren**, 1122-1127; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 925; **Oğuzman/Öz**, Borçlar, C.1, 504, N. 1575 vd.; **Antalya**, Borçlar, C: V/1,3, 500, N.2547). Doktrinde bir görüş (**Oğuzman/Öz**, Borçlar, C.1, 504, N. 1579; **Demirsatan**, 133) üst hakkı bedelinin ifasında

de sürekli edimli sözleşmeler açısından aynı sonuçları öngörmektedir. Sonuç itibarıyla da fesih ve tazminat açısından bir fark olmadığı düşünüldüğünde seçim hakkına sahip olan hak sahibinin temerrüt hükümlerine başvurmasında haklı bir menfaati olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, “haklı nedenle fesih hükmü yanında temerrüt hükümlerine başvurmanın hakkı ihlal edilen tarafa sonuçları itibarıyla haklı bir menfaat sağlaması gerektiğidir”.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde borçlu temerrüdünün haklı neden teşkil edeceği görüşü değerlendirilecek olursa her türlü temerrüt halinin haklı neden sayılması gibi genel bir kaniya varmak kanaatimizce doğru değildir. Zira, tarafların menfaatleri, objektif ve sübjektif durumları her türlü temerrüt sebebini bütün sürekli edimli borç ilişkileri için genel bir kural gibi haklı neden saymayı gerektirmeyebilir. Örneğin, taşınmaz malikinin tek gelir kaynağının üst hakkı bedeli olduğu bir ilişki söz konusu ise üst hakkı sahibinin bedel borcunu ödemedi bir defa temerrüde düşmesi haklı neden olarak kabul edilebilir. Ancak bunun aksi de mümkündür. Diğer yandan, bir ihlal hem haklı neden teşkil ediyor hem temerrüt sebebi sayılabiliyorsa doğrudan haklı nedenle fesih imkânına başvurulacağı yönünde bir izlenim yaratmak da doğru değildir. Bu durumda malikin temerrüt hükümlerine gitmekte sonuçları itibarıyla haklı bir yararı varsa, talepler arasında yarışma olduğunun kabulü ile temerrüdün sonuçları da uygulanabilir⁵²⁶.

temerrüde düşülmüşse aynen ifa talebinin temerrüdün bir sonucu olarak değerlendirmenin doğru olmadığını, bu durumun alacaklının muaccel alacağını talep etmek anlamına geldiği ileri sürmektedir. Kanaatimizce, borç ilişkisinin hitamı boyunca alacaklının hak ettiği bedeli tahsil edebilmek istemesi tabiatın gereğidir. Bir bakıma aynen ifanın her zaman talep edilebilir olması diğer seçimlik hakların özel kullanım şekilleri ve süreleri olduğuna dikkat çekmektedir. Fakat, burada aynen ifa talebinin bedel ödeme borcu için temerrüdün sonucu dışında değerlendirilmesi temerrüde dayalı tazminat ve faiz taleplerinin belirlenmesi açısından da sorun yaratır. Alacaklı borçluyu temerrüde düşürdükten sonra aynen ifayı talep etmişse bu durumda diğer seçimlik haklarından vazgeçmiş sayılacak ve temerrüt anı itibarıyla işletilecek temerrüt faizini talep edebilir. Bu sebeple alacaklının temerrüt beyanında bulunmadan borçludan alacağını talep ettiği hallerden farklı bir bakış açısı ile durumu ele almak gerekmektedir.; Para borçlarında gecikme tazminatının kapsamı, kusura ve zarara bağlı olmayan temerrüt faizi ve munzam zararlardır. Munzam zararlar, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanmayan zararlarını ifade eder. Bkz. **Eren**, 1130; **Von Thur**, 617 vd..

⁵²⁶ Aynı yönde, **Yücer Aktürk**, 310; Benzer bir şekilde temerrüde ilişkin hükümlerin intifa hakkı açısından uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Özen’in yaptığı değerlendirme şu şekildedir: “*İntifa hakkı bedeli ödenmesi kararlaştırıldığı hallerde hak sahibinin intifa bedelini ödememesi halinde malikin temerrüt sebebi ile intifa hakkını sona erdirebileceği hususunda kesin bir sonuca varılmamalıdır. Somut olay açısından bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira, tarafların kararlaştırdığı intifa bedeli intifa hakkının “gerçek” değerinden daha düşükse, başka bir ifade ile sade-*

Öte yandan, üst hakkı açısından temerrüt sebebiyle sözleşme ihlal edilmişse haklı nedenle feshe imkân tanımayacak ağırlıkta bir ihlal tarafların TMK m. 831-833 hükümlerine göre hareket etmelerini gerektirir. Zira, kanun koyucu TMK m. 831-833 hükümleri ile üst hakkı sözleşmesinin feshini veya süresinden önce devrini ağır yükümlülük kriterine bağlamıştır. Bu şartın üst hakkı sözleşmesi açısından özel bir kriter olduğu açıktır. Şu hâlde, ihlal yeterli ağırlıkta değilse, aksi de TMK m. 833 gereği taraflarca kararlaştırılmamışsa ve taşınmaz malikin de temerrüt hükümlerine başvurmasında haklı bir menfaati yoksa haklı nedenle fesih hali dışında sözleşmenin feshine imkân tanınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

bb) Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi Halinde Temerrüdün Sonuçları

Burada karşımıza çıkan bir sorun üst hakkı sözleşmesinden doğan alacağın temlik edilmiş olması veya borcun nakli halinde temerrüdün seçimlik haklarından biri olan fesih hakkının kim tarafından kullanılacağı ya da kime yöneltileceğidir.

Taraflar arasındaki üst hakkı devredilebilir ve mirasçılara intikal edilebilir nitelikte bağımsız bir hak olarak tesis edilmişse bu durumda taraflar, üst hakkı sözleşmesinden doğan alacaklarını üçüncü kişilere olan borçlarına karşılık temlik edebilirler. Bunun yanı sıra taraflar yine bağımsız üst hakkı kapsamında aynî etkili olmayan ve cüz'i haleflere karşı da ileri sürülebilecek borçlarını borcun dış üstlenilmesi suretiyle nakledebilirler. Buna engel bir durum yoktur. Ancak alacak hakkının devrinde sözleşme ilişkisinden doğabilecek sona erdirmeye yetkisinin kime ait olacağı, bu hakkın kim tarafından kullanılacağının veya borcun nakli halinde fesih beyanının kime yöneltileceğinin de ayrıca tespiti gerekir.

Bir örnek üzerinden sorunu somutlaştıracak olursak, üst hakkı bedeli alacağının taşınmaz maliki tarafından üçüncü bir kişiye temlik edilmesi halinde üst hakkı sahibi bedel ödeme borcunun ifasında temerrüde düşerse seçimlik hakları ve bu kapsamda duruma göre sözleşmeyi feshetme hakkını taşınmaz maliki mi yoksa alacağı devralan

ce intifa hakkının gerçek değerinin belirli bir kısmını karşılamaya yetecek derecedeyse malikin bedelin ödenmediğine dair irtifak ilişkisini sona erdirmesi için haklı neden teşkil etmez. Bu sebeple tarafların sözleşmede açıkça intifa bedelinin ödenmemesinin sözleşmeyi feshetmeye yeterli olacağı hususunda anlaşmaları gerekir.”. Bkz. Özen, İntifa Hakkı, 386.

üçüncü kişi mi kullanacaktır? Başka bir ihtimal olarak da üst hakkı sahibinin bedel ödeme borcunu bir üçüncü kişi üstlenir ve bu kişi borcu ifa etmezse taşınmaz maliki temerrüt sebebiyle fesih hakkını kullanmak isterse fesih beyanını kime karşı yöneltecektir?

Bu husus yenilik doğuran hakkın devralana geçip geçmeyeceği veya borcu üstlenen kişiye yöneltilip yöneltilemeyeceği ile ilişkilidir. Söz konusu tartışmanın temeli aslında yine Borçlar Kanunu'ndaki kurumların ani edimli sözleşmeler düşünülerek düzenlenmiş olmasıdır. Birçok kurumun sürekli edimli borç ilişkilerindeki uygulanışı tamamen muallak ve çözüm üretilmeye muhtaç durumdadır. Üst hakkı sözleşmesi kapsamında temerrüdün özel sonucu olan bu seçimlik hakların kullanılması taraflar arasında synallagma ilişkisinin devamına bağlıdır. Bu sebeple üst hakkından doğan alacak temlik edilir veya borç nakledilirse synallagma ilişkisinin ne olacağı ve tarafların temerrüt sebebi ile fesih hakkını kullanma imkân ve ihtimallerinin olup olmadığı tespit edilmelidir.

Doktrindeki bir görüşe göre⁵²⁷ *“alacağın devredilmesi borç ve sözleşmeden doğan hukukî durumların ve sıfatların devri anlamına gelmediği için böyle bir ilişkiden doğan yenilik doğuran haklar ve def’iler de kural olarak devredilemez. Bu hakların kullanılması sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafına ait olur.”* Bu görüşü savunan yazarlara göre sözleşmenin feshi veya sözleşmeden dönülmesinde de aynı durum geçerlidir. Buna karşılık başka bir görüş⁵²⁸ ise teminatların, yenilik doğuran hakların temellük edene intikal edeceği yönündedir. Temel ayrım bu iki ihtimal üzerinde yoğunlaşsa da doktrinde bu görüşlerin olumlu, olumsuz yönlerine dair farklı

⁵²⁷ **Eren**, 1249; **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Gözden Geçirilmiş 17.B., İstanbul 2022, 578, N. 1663, 597, N. 1742; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, 251; **Kahraman**, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul 2013, 141, 142; **Ozanemre Yayla**, Hatice Tolunay, Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukukî Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, MÜHFHAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, 2943 vd.; **Şafak**, Ali/ **Diren**, Duygu/**Baklacı Çakıroğlu**, Evren/ **Öztürk Almaç**, Tuğçe, Alacağın Temliki (devri), Ankara 2017, 41, 54 vd.

⁵²⁸ **Akıncı**, Borçlar Genel, 385; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 317- 323, dn. 119.

görüşler ve çözüm yolları da sunulmaya çalışılmıştır⁵²⁹. Bu görüşlerden yola çıkarak üst hakkı sözleşmesi açısından en uygun değerlendirmeyi yapmak gerekir.

Öncelikle, alacağın devri açısından bu durumu incelenecek olursa doktrindeki bir görüşün⁵³⁰ özellikle üzerinde durduğu husus, alacağın devri halinde yenilik doğuran hakların kim tarafından kullanılacağı değil, hakkın taraflar açısından bir menfaat taşıyıp taşınamamasıdır. Bu değerlendirme bize göre de son derece yerindedir. Zira, üst hakkı bedelinin temlikî örneğinden yola çıkarsak tek başına yenilik doğuran talep haklarının ne taşınmaz maliki açısından tek başına kullanılabilirliği vardır ne de üst hakkı sahibinin bu hakkın kullanılmasından sonra elde edebileceği bir menfaat bulunmaktadır. Fesih hakkının temlike rağmen taşınmaz malikinde kalacağı düşünülecek olursa taşınmaz malikinin tek başına bu hakkın kendisi tarafından kullanılmasında menfaati olduğundan şüphe yoktur. Fesih hakkının kullanılmasının sonuçları mülkiyet hakkı ve üst hakkı üzerinde doğacaktır. Bu sebeple feshin sonuçları sadece alacağı değil sözleşmeyi ve sözleşmeye bağlı olan hakkı da etkilemektedir. Dolayısıyla malikin malvarlığı bu hakkın kullanımından doğrudan etkilenir. Ancak burada temel sorun tek başına taşınmaz malikinin alacak hakkına sahip olmadan bedel borcunun ifa edilmemesi halinde temerrüdün şartlarının nasıl oluşacağı noktasında toplanmaktadır ve buna verilecek makul bir cevap yoktur. Bedel alacağını devralan kişinin ise üst hakkı sahibini temerrüde düşürmesi mümkündür. Fakat bu temerrüt neticesinde fesih hakkının kullanmasının kendisine bir menfaati yoktur. Zira, üst hakkı sözleşmesi ile birlikte kendi alacak hakkını da sona erdirir. Ayrıca fesih hakkının kullanılmasından sonraki süreçte iade taleplerini içeren tasfiye sürecinin sonuçları üzerinde de bir hak iddia edemeyecektir. Tasfiye aşamasının tarafları taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibidir. Sonuçları da onların malvarlığında doğar. Bu sebeple fesih hakkının tek başına taraflardan birince kullanılmasında herhangi bir menfaat yoktur.

Biz de doktrindeki “kullanılacak hakkın taraflar açısından sağladığı menfaatin esas alınması gerektiği” görüşüne iştirak ediyoruz⁵³¹. Fesih hakkı kullanılacaksa da

⁵²⁹ Bu konuya dair doktrinde ileri sürülen tüm görüşler ve görüşlere ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, 310- 329.

⁵³⁰ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 317 vd.

⁵³¹ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 325 ve dn. 124’teki yazarlar.

bu hakkı taşınmaz malikinin ve devralanın birlikte kullanması gerekir. Aslında bu durum temlik halinde üst hakkı sözleşmesi açısından fesih hakkının kullanılmasında bir menfaat olmadığını gösterir. Bu sebeple ya taraflar fesih hakkını birlikte kullanacak ya da hakkın iki taraftan biri açısından kullanılmasında menfaati olmadığı için hak kullanılmayacaktır⁵³².

Borcun üstlenilmesi açısından durumu değerlendirecek olursak şu tespitleri yapmak mümkündür: Üst hakkı sahibini üst hakkı bedeli ödeme borcundan, borcun iç üstlenilmesi suretiyle kurtarmayı vaat eden üçüncü kişi, taşınmaz maliki ile aralarında yapacakları dış üstlenme ile kurtarabilir. Bu durumda üçüncü kişinin TBK m. 196'ya göre borçluyu bedel ödeme borcundan kurtarmak için mi, yoksa borçlunun yerine üçüncü kişinin geçmesi amacıyla mı borcun üstlenildiğine göre ayrı sonuçlara ulaşılabileceği kanaatindeyiz.

Öyle ki, doktrinde⁵³³ borcun üstlenilmesi ile dar anlamda borca ilişkin yenilik doğuran hakların da devralana geçeceğine ilişkin bir görüş ileri sürülmektedir. Böyle bir görüşün varlığına rağmen devreden ve borcu devralanın üst hakkı sözleşmesini fesih hakkını kullanabilmeleri açısından alacağın devrindekine benzer sorunlarla karşılaşabilmeleri mümkündür. Borcun üstlenilmesi ile üst hakkı bedeli ödeme borcunun borçlusu borcu devralan üçüncü kişidir. Borcu devralan sözleşmenin devrinden farklı olarak devreden sözleşme ilişkisindeki durumunu elde etmez⁵³⁴. Fesih hakkı, sözleşmenin tarafı olmaya bağlanan bir yenilik doğuran haktır ve bu sadece sözleşmenin devri ile üçüncü kişiye geçer⁵³⁵. Ancak temerrüdün sonuçlarının doğması için üst hakkı sahibine fesih beyanında bulunmak yeterli değildir. Zira, bedel ödeme borçlusu devralan üçüncü kişidir. Bu sebeple kanaatimizce taşınmaz malikinin üst hakkı bedelinin ödenmemesi halinde temerrüdün şartlarını üçüncü kişiye yapaca-

⁵³² Bu hususta Buz'un fesih hakkının temlik eden tarafından kullanılması gerektiği takdirde temlik eden ve temlik alan arasındaki temlik sözleşmesinden dönülmek suretiyle temlik alanın korunabileceği yönündeki görüşünün TBK m. 183'te yapılacak düzenleme ile mümkün olabileceği yönündeki görüşü de değerlendirmeye alınmalıdır. Yazarın çözüm önerisi ve gerekçeleri için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, 328.

⁵³³ **Kahraman**, 141, 142.

⁵³⁴ **Kahraman**, 142

⁵³⁵ Dönme hakkının sözleşmenin tarafı olan kişiye koparılmaz, sökülmez bir bağ ile eklenmiş, çivilenmiş olduğu görüşü için bkz. **Serozan**, Dönme, 451 vd.; **Kahraman**, 141/ dn. 591, 263/ dn. 1193, 264.

ğı ihtarla gerçekleştirecek fesih beyanının da hem borcun tarafı olan üçüncü kişiye hem de sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye yöneltilmesi gerekir.

cc) Temerrüt Halinde TMK m. 831'in Uygulanması

Temerrütte Borçlar Kanunu anlamında ağır yükümlülük ihlali- hafif yükümlülük ihlali olarak bir ayırım yapılmamıştır. Taraflar sözleşme gereği üstlendikleri muaccel ve mümkün olan borçlarını sözleşmedeki ifa programına uygun olarak ifa etmedikleri veya geç ifa ettikleri takdirde alacaklının ihtarı neticesinde (TBK m. 117/II'deki haller dışında) borçlu temerrüde düşmüş olur. Bu noktada yükümlülük ihlalinin ağırlığının bir önemi yoktur. İhlalin ağırlığı taşınmaz malikin alacaklı olduğu ve TMK m. 831'in uygulama alanı bulabileceği hallerde temerrüdün şartlarının da oluşması neticesinde önem arz eder. Bu noktada üst hakkı sahibinin temerrüde düşmesi halinde TMK m. 831'in temerrüdün genel ve özel sonuçlarına başvurulmasına engel teşkil edip etmeyeceği hususu üzerinde durulması gerekir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, TMK m. 831 hükmü emredici nitelikte bir hüküm olmadığı için Borçlar Hukuku anlamında temerrüdün sonuçlarının doğmasına engel değildir. Kanaatimizce, yüklü taşınmaz maliki ağır yükümlülük ihlali teşkil eden ve aynı zamanda temerrüdün de şartlarını sağlamış olduğu ihlallerde dilerse devredilecek üst hakkı için (bu kapsama yapılar da girmektedir) uygun bir bedel ödemek kaydı ile süresinden önce devir hakkını kullanır dilerse temerrüdün sonuçlarına başvurabilir⁵³⁶.

Doktrinde TMK m. 831'in emredici olduğunu savunan bazı yazarlar⁵³⁷ temerrüdün sonuçlarının doğacağı zaman ile TMK m. 831'in uygulanacağı zamanın tespiti üst hakkının tescili öncesi ve sonrası ayırımına gitmişlerdir. Bu görüşe göre tescil öncesi üst hakkı doğmamış olduğu için taraflar arasında ani edimli bir borç ilişkisi vardır ve bu süre zarfında henüz hakkın aynî sonuçlarının doğmaya başlamaması sebebiyle temerrüdün sonuçlarına gidilebilir. Ancak, üst hakkı tescil edildikten sonra hakkın aynî etkisi doğmuş olacağı için TMK m. 831'in özel hüküm olması sebebi ile

⁵³⁶ Bkz. §5/II, C.

⁵³⁷ **Isler**, Baurechtsvertrage, 48, 126; **Demirsatan**, 139 vd.; **Gürzumar**, 137.

sözleşmenin Borçlar Hukuku ilkeleri çerçevesinde sona erdirilmesi hakkının yerini süresinden önce devir talebi alır. Biz bu görüşe hem üst hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğinde yapılan ayırım sebebiyle, hem de tarafların kendilerini uzun süreli bir hukukî ilişki içinde karşılıklı hak ve yükümlülüklerle kayıtlamaları hususundaki iradelerinin göz ardı edilmiş olması sebebiyle katılmıyoruz⁵³⁸. Sözleşmeye bağlı üst hakkının aynî etkilerinin doğumu resmî senede bağlı olarak tescili gerektirse de tarafların karşılıklı borçlanmaları sözleşmenin taraflar arasında akdedildiği an ile geçerli hale gelmektedir. Taraflar baştan itibaren sürekli edimli bir borç ilişkisinin tesisi için irade beyanında bulunmaktadırlar⁵³⁹. Kanaatimizce olsa olsa burada süresinden önce devir hükümleri ile temerrüt hükümleri arasında bir yarışma halinden söz edilebilir⁵⁴⁰.

Üst hakkı sözleşmesinde temerrütten doğan talep hakları konusunda bir ayırma dikkat edilmesi gerekir. Sözleşme ilişkisinde tarafların gerçekleştirecekleri her ihlal aynı ağırlığa sahip değildir ve hakkı ihlal edilen kişi açısından da aynı zararı doğurmamaktadır. Bu noktada üst hakkı sahibinin ihlali hem temerrüdün şartlarını oluşturuyor hem de TMK m. 831’de ifade edildiği gibi sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırılık teşkil ediyorsa taşınmaz malikinın seçimlik haklarının yanına bir de süresinden önce devir talebi eklenebilir. Bu durumda taleplerin yarışmasından söz edilebilir. Temerrütte de süresinden önce devir talebinin kullanılmasında da üst hakkı sahibinin kusurlu olması gerekmemektedir. Süresinden önce devir talebi için Kanun’un emredici olarak şart koştuğu yapılar için uygun bedel ödeme şartı yerine getirilmek kaydı ile taşınmaz maliki dilerse bu talepte de bulunabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus ihlalin ağırlığıdır. Taraflar sözleşmede süresinden önce devir hakkına ilişkin bir hüküm tesis etmemişlerse taşınmaz maliki TMK m. 831’deki ağır yükümlülük ihlali olarak değerlendirilebilecek aykırı-

⁵³⁸ Bu hususla ilgili olan üst hakkının niteliği ile ilgili açıklamalarımız için bkz. § 3/III, A; Aynı yönde bkz. **Belen**, Süresinden Önce Devir, 54. Yazara göre de temel sözleşmenin borçlandırıcı işlem niteliği tapuya tescil edildikten sonra ortadan kalkmamakta ve hatta tescilden sonra da hakkın süresi boyunca devam etmektedir.

⁵³⁹ Detaylı bilgi için bkz. § 3/III, A.

⁵⁴⁰ **Belen**, Süresinden Önce Devir, 54. Yazar da bu görüşümüzü destekler nitelikte TMK m. 831 hükmünü “temerrüt yanında tanınan bir olanak” olarak değerlendirmektedir.

lıklara dayanarak devir talep edebilir. Aksi takdirde taşınmaz maliki sadece şartları dahilinde temerrütten doğan seçimlik haklarını kullanabilir.

Yarışma halinde taşınmaz malikinin bu talep hakları arasında hangisi yararına olacak ise o hükmün seçilmesi gerekir. Zira, TMK m. 831 de yapılar için uygun bedel ödemek kaydı ile devir hakkının kullanılacağını kanun koyucu kabul etmiştir. Bu durumda temerrütten doğan talep hakları ile talep edebileceği zarar kalemlerini de dikkate almak kaydı ile kendisi somut olayın şartları için en uygun olan hakkı kullanmalıdır.

c) Üst Hakkının Ayıba Karşı Tekeffül Açısından Değerlendirilmesi

Üst hakkı genellikle kırk dokuz ve maksimum yüz yıllığına tesis edilen bir hak olarak hak sahibi açısından yüksek ekonomik değere sahip bir malvarlığı unsurudur⁵⁴¹. Bir üst hakkı sözleşmesi kapsamında gerek üst hakkı tesis edilecek arazinin (ve/veya varsa arazi üzerindeki yapıların) gerekse hak sahibinin üst hakkı bedeli ödeme borcunu para dışında bir malvarlığı unsurunun teslimi suretiyle ifa etmesi mümkündür. Böyle bir durumda bu malvarlığının vaat edilen nitelikleri taşımaması söz konusu olabilir. Ancak kanun koyucu üst hakkında ayıba ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Üst hakkı sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü inceleme sebebimiz de bu gibi ayıplı ifa kavramı içerisinde değerlendirebileceğimiz bazı hallerde hangi hükümlere başvurulması gerektiği sorusunun cevabını bulmak arzusudur. Başka bir ifade ile ifa edilen edimlerin ayıplı olması halinde Borçlar Hukukunun genel hükümleri kapsamında borca aykırılık hükümlerine göre mi yoksa özel hükümler nezdinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle talepte bulunulmalıdır? Bu hususun üst hakkının sona ermesi açısından önemi ise Borçlar Kanunu'nda ayıba karşı tekeffülün düzenlendiği muhtelif hükümlerde (TBK m. 219 vd. gibi) ayıplı ifa halinde başvurulabilecek seçimlik haklardan biri olarak hak sahibine sözleşmeden dönme hakkının tanınmış olmasıdır. Eğer ki; üst hakkı açısından ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidileceği neticesine varacak olursak tarafların, şart-

⁵⁴¹ **Özmen**, Etem Sebâ/**Yıldırım**, Selen, İcra İşlemlerine Konu Olarak İntifa Hakkının Paraya Çevrilmesi Uygulamaları ve Cebren Devri Yanılgısı Üzerine Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2017, C. 91, S. 1, 156, 157, <http://www.sabaozmen.av.tr>, E.T. 05.07.2021).

ları dahilinde üst hakkı sözleşmesinin feshedilmesi suretiyle üst hakkı sözleşmesini sona erdirebilmesi söz konusu olur.

Gereği gibi ifa etmemenin bir türü olan kötü ifada edim yükümünün ihlali ayıplı ifa şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁴². Ayıplı ifa, kanun veya sözleşmeyle öngörülen, borçlunun borçlandığı nitelik ve vasıfları taşımayan bir edimi ifa etmesidir⁵⁴³. Başka bir ifade ile genel anlamıyla ayıp, TBK m. 219'dan da anlaşılacağı üzere bir sözleşmede kararlaştırılan edimin ifa edildiğinde taahhüt edilen nitelikleri taşınamaması ya da tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amacın gerçekleşmesini sağlayacak dürüstlük kuralı gereği ondan beklenen vasıfların bulunmaması halidir⁵⁴⁴. Türk Borçlar Kanunu'nda satım, eser, kira, trampa ve evde hizmet sözleşmelerinde ayıba dair hükümlerin ihdas edildiği görülmektedir⁵⁴⁵. Ayıptan sorumluluk, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesinin bir görünümü olarak karşımıza çıkar. Bu kapsamda ayıplı ifa, kötü ifanın bir alt kavramını teşkil eder⁵⁴⁶.

Satım sözleşmesinde ayıp kavramını düzenleyen TBK m. 219 hükmünde ayıptan sorumluluk şu şekilde ifade edilmiştir: *“Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.”*. Hükme

⁵⁴² Aral, Kötü İfa, 111.

⁵⁴³ Aral, Kötü İfa, 112; Serozan, sözleşme ile güdülen amaca ulaşmak için asli edim yükümlülüklerinde bulunması gereken nitelik ve vasıfların bulunmasını yan edimi yükümü olduğunu ifade etmektedir. Bu nitelik ve vasıfların bulunmamasını veya vaat edildiği gibi olmamasını da yan edim yükümüne aykırılık olarak gereği gibi ifa etmemenin içinde değerlendirmektedir. Bkz. Serozan, Dönme, 282 vd.

⁵⁴⁴ Akıncı, Kötü İfa, 1396.

⁵⁴⁵ Akıncı, Kötü İfa, 1395.

⁵⁴⁶ Doktrindeki birçok farklı yaklaşıma karşın en isabetli ifade şekliyle *“kötü ifa, gereği gibi ifa etmemenin içinde yer alan, tarafların borçlandıkları edimi amacına uygun şekilde ifa edebilmeleri için yerine getirilmesi gereken yan yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesini ve ayıplı ifayı da kapsayan bir üst kavramdır.”* Bkz. Akıncı, Kötü İfa, 1393; Benzer şekilde diğer yaklaşımlar için bkz. Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. B., Ankara 2014, 118; Eren, 100; Akıncı, Şahin, Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı tüketicinin Korunması, Konya 1998, 26 vd.; Akıncı, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler Türk-Kazak Hukuku, Konya 2004, 41; Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Neubearbeitete Auflage, Bern 1995, 64.

göre iki durumdan birinin varlığı halinde edimin ayıplı ifa edildiğinden bahsedilebilir. İlk durum, hasarın alıcıya geçtiği andan itibaren borçlunun ifa edilen edimde beyan ettiği, taahhüt ettiği niteliklerin bulunmamasıdır. İkinci durum ise borçlunun herhangi bir beyanı olmamakla beraber dürüstlük kuralı gereği sözleşme ile ulaşılmak istenilen fayda veya değere maddi, hukukî ya da ekonomik bir eksiklik sebebi ile ulaşamıyor olmasıdır⁵⁴⁷.

Hangi suretle olursa olsun ayıp üç şekilde tezahür edebilir. Eğer ki, malın fiziki özelliklerini (şekil, renk, kimya, teknik vb.) etkileyen, bozan haller söz konusu ise maddi ayıptan söz edilir. Diğer yandan, malın normal şartlardaki özellik ve nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda kendinden beklenen verim ve gelir elde edilemiyorsa bu ayıp ekonomik ayıptır. Hukukî ayıp ise malın hukukî niteliklerindeki eksikliktir; yani, kamu hukukundan kaynaklanan sınırlandırmalar sebebiyle satış konusu maldan tam olarak yararlanılamaması veya tasarruf edilememesidir⁵⁴⁸. Bu noktada satılan arsa üzerinde inşaat yasağının bulunması, arsanın imar planında yeşil alan olarak gözükmesi hukukî ayıba örnek teşkil etmektedir⁵⁴⁹.

Tespitlerimizin birçoğu örnek mahiyetinde olmakla beraber, üst hakkında ayıp kavramı içerisinde değerlendirilebilecek haller üst hakkının konusu ile ilgili olabilir. Bu kapsamda üst hakkının konusu olan yüklü taşınmaz ve yapı kavramları ayıptan sorumluluk kapsamında inceleme konusu olabilecektir. Üst hakkı sözleşmesinde hak sahibinin üst hakkı ile elde etmek istediği amaca hizmet etmeyen nitelikte bir taşınmaz hak sahibine teslim edilmişse bu takdirde üst hakkının konusu olan taşınmazın ayıplı oluşundan söz edilebilir. Bu ayıp taşınmazın fiziki yapısına ilişkin olabilir. Öte yandan, kamu hukuku kökenli sınırlamalar sebebiyle üst hakkı ile inşa edilecek yapıların inşasına engel olmak veya sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle inşa edilecek ya da mevcut yapıların kullanımını kısmen yahut tamamen kısıtlamak suretiyle hukukî ayıp şeklinde de tezahür edebilir. Ayrıca, üst hakkından doğan mülkiyet hakkının konusu olan yapıların da ayıba konu olması mümkündür. Taşınmaz maliki, üzerinde

⁵⁴⁷ Akıncı, Ayıplı Mal, 26; Eren, 100.

⁵⁴⁸ Aral/Ayrancı, 121; Akıncı, Ayıplı Mal, 27 vd..

⁵⁴⁹ BGE 98 II 197; Gümüş, M. Alper, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, B. 3, İstanbul 2013, 52, 215; Akçaal, Mehmet, Satıcının Zapattan Sorumluluğu, Ankara 2020, 101.

yapı bulunan bir taşınmaz üzerinde üst hakkı tesis etmek istenmiş ve hak sahibinin mülkiyetine geçecek olan bu yapılar taahhüt edilen vasıfları taşııyorsa veya hak sahibinin üst hakkından beklediğı menfaati elde etmesine uygun değilse (örneğin, yapıya ilişkin inşaat ve kullanma ruhsatı eksikliği varsa veya imara elverişli olmayan bir arazinin inşaat arazisi olarak üzerinde üst hakkı tesis edilmişse) yine ayıptan sorumluluktan söz edilebilir. İster taşınmaza isterse yapıya ilişkin olsun ayıbın üç türünün de üst hakkı üzerinde doğması mümkündür⁵⁵⁰.

Tüm bu hallerde en önemli husus üst hakkı sözleşmesi açısından ayıp sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğı, Borçlar Kanunu'ndaki muhtelif hükümlerdeki ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen üst hakkı sözleşmesi açısından uygulama alanı bulup bulamayacağıdır.

Öncelikle, kendine özgü (*sui generis*) bir isimsiz sözleşme olan üst hakkı sözleşmesinde bu hususta bir kanun boşluğu vardır. Bu boşluğun “isimsiz sözleşmelerin tamamlanması” esasları çerçevesinde doldurulması gerekir⁵⁵¹. Bu kapsamda Borçlar Hukukunun özel hükümleri kapsamında düzenlenmiş olan satım ve kira sözleşmesinin ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerinin kıyasen üst hakkı sözleşmesi açısından da uygulanacağı ileri sürülmektedir⁵⁵².

İsimsiz sözleşmelerin (tür ayrımı yapılmaksızın) tamamlanması hususunda öncelikle Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri sözleşmenin içeriğine uygun düştüğü

⁵⁵⁰ Örneğin, yüklü taşınmazda daha önce bir yapı mevcutken, bu yapıya üst hakkı kapsamında yeni yapılar eklenecektir. Yeni yapılar için üst hakkı sahibi temel çalışmaları için zemin etüdü yaptırmış, yapılan etüt çalışmalarında arazide tarihi eser kalıntılarına rastlanmıştır. Bu sebeple arazinin üçüncü derece sit alanı olduğu yeni yapılaşmaya izin verilmeyeceğı anlaşılmıştır. Bu durumu hukukî ayıp olarak kabul edecek olursak ayıp sebebiyle değer kaybı neredeyse üst hakkı bedeli ile denktir. Üst hakkı sahibi sözleşmeyi feshetmelidir.

⁵⁵¹ **Yücer Aktürk**, 100 vd.

⁵⁵² İsviçre ve Türk Hukuk doktrinde bazı yazarların üst hakkı sözleşmesi açısından ayıba karşı tekeffülde, taşınmaz satışına ilişkin kanun koyucunun ayıba karşı tekeffülle ilgili koyduğu kuralların kıyasen uygulanabileceğı görüşünü savunduğı görülür. (İsviçre doktrinde **Isler**, Baurechtsvertrag, 51; Satış sözleşmesi açısından aynı yönde bkz. **Meier-Hayoz**, 558; Türk doktrinde Isler'le aynı yönde **Gürzumar**, 160-161; **Köprülü/Kaneti**, 59; **Yücer Aktürk**, 314-315. Yazar ayıptan sorumluluk kapsamında taşınmaz satışı ile eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğı görüşündedir.; Satış sözleşmesi ve tescil ile birlikte de kira hükümlerine başvurulabileceğı yönünde **Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir**, 871/N.3094b, dn.467; Üst hakkı sözleşmesinde kira sözleşmesinden de kıyasen yararlanılabileceğı hususunda bkz. **Demirstan**, 39, 161. Aynı yazarın üst hakkı bedeli açısından detaylı değerlendirme için bkz. **Demirsatan**, 152- 163.

takdirde uygulanır⁵⁵³. Borçlar Hukukunun özel hükümlerinin ise ne ölçüde uygulanabileceği hususunda bir görüş⁵⁵⁴ karma sözleşmelerden farklı olarak, özel hükümlerin *sui generis* sözleşmeler açısından uygulanamayacağı, bu sebeple hâkimin hukuk yaratması yoluna gitmesi gerektiği yönündedir. Bir diğer görüş⁵⁵⁵ ise özel hükümlerdeki muhtelif sözleşmelere ilişkin ayıp hükümlerinin (satım, kira, eser vb.) kıyasen üst hakkı için de uygulanabileceğini savunmaktadır.

Bu noktada her iki görüşün de ortak bir noktada birleştiği ileri sürülmektedir⁵⁵⁶. Öyle ki, hâkim TMK m. 1/I hükmüne göre kanundaki bir boşluğu doldurmak için önce örf ve âdet kurallarını araştırmalı, uygulayacağı bir örf ve âdet kuralı yoksa da hukuk yaratma yoluna gitmelidir. Genel itibarıyla uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin örf ve âdet kuralı bulmak pek mümkün olmadığı için hâkim bir kanun boşluğunu doldururken hukuk yaratmak için de öncelikli olarak kıyas yöntemini kullanır⁵⁵⁷. Kıyasta da başvurulacak hükümler benzer sözleşme tiplerine ilişkin kanunda mevcut olan uyuşmazlığı çözmeye muktedir hükümlerdir. Şu hâlde, her iki görüş de değerlendirildiğinde söz konusu yazarlara göre ayıptan sorumlulukta üst hakkı açısından kıyasen uygulanabilme ihtimali olan hükümler satım sözleşmesi, kira ve eser sözleşmeleri olacaktır. Ancak biz bu görüşlere şu gerekçelerle iştirak etmiyoruz:

Kanun koyucu, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü detaylı olarak düzenlemiştir. Diğer sözleşme türlerinde de ayıp sorumluluğu genel olarak düzenlendikten sonra, o sözleşmeye ilişkin ayıp halinde uygulanacak özel hükümler hariç satım sözleşmesi hükümlerine atıf yapmayı yeterli görülmüştür. Bu sebeple satım sözleşmesinin ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümleri ya Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili sözleşmelerinin doğrudan atfı gereği ya da yorum yoluyla diğer sözleşmeler için de uy-

⁵⁵³ **Arat**, İsimli Sözleşmeler, 105-106; **Oktay**, 292, 294; **Tandoğan**, 13; **Yücer Aktürk**, 314;

⁵⁵⁴ **Eren**, Borçlar Özel, 951, 961- 962; **Eren**, Fikret, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut Akıntürk'e Armağan, 100; **Arat**, İsimli Sözleşmeler, 106 vd.; **Oktay**, 275-276, 292-294. Yazar, *sui generis* sözleşmelerin tamamlanmasında özel hükümlerin kesin surette uygulanamayacağını da ifade etmektedir.; **Tandoğan**, 13; **Aral**, 55; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, 56; **Hitz**, 98-99, Nr. 163-164; **Yücer Aktürk**, İpek, İsimli Sözleşmeler Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi, Ankara 2016, 138 vd.; **Yücer Aktürk**, 314.

⁵⁵⁵ **Yücer Aktürk**, İsimli Sözleşmeler, 138 vd.; **Eren**, İsimli Sözleşmeler, 100; **Demiristan**, 39.

⁵⁵⁶ **Yücer Aktürk**, 102.

⁵⁵⁷ **Edis**, Medenî, 143 vd.; **Yücer Aktürk**, 102; **Akyol**, 284.

gun düştüğü ölçüde kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁵⁵⁸. Öte yandan, gözden kaçırılmaması gereken en önemli husus, ayıptan sorumluluğa ilişkin genel hüküm kabul edilen satım sözleşmesinin ayıp hükümlerinin diğer sözleşmelerde de uygulanabilmesi için diğer sözleşme türleri açısından kanun koyucunun genel itibariyle ayıptan doğan sorumluluğu düzenlemiş olması gerektiğidir. Başka bir ifade ile kanunda o sözleşme türü için ayıp sorumluluğunun kabul edilmiş olması gerekir. Ancak bu durumda genel hatları belirlenmiş olan o sözleşme türü için kanun koyucunun özel olarak öngördüğü hükümler hariç diğer hususlarda satım sözleşmesinin ayıp hükümleri uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilecektir. Örneğin, kanun koyucu TBK m. 474 hükmü ile eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıp sebebi ile sorumluluğu genel hatları ile düzenlemiştir. Hüküm bulunmayan hallerde ise satım sözleşmesinin ilgili hükümleri kıyasen uygulanabilir.

Kanaatimizce, ayıba karşı tekeffül özel bir sorumluluk türüdür. Türk Borçlar Kanunu'nda 112. maddede öngörülen gereği gibi ifa etmemenin bir alt türü olan kötü ifanın özel olarak düzenlenmiş şeklidir⁵⁵⁹. Kanun koyucunun ayıba karşı tekeffülü öngördüğü sözleşme türleri belirli sayıdadır. Bu sebeple her sözleşmede ayıba karşı tekeffüle gidilebilmesi söz konusu değildir⁵⁶⁰. Kaldı ki, üst hakkı sözleşmesinde olduğu gibi özel olarak ayıp hükümlerinin düzenlenmediği sözleşmelerde gereği gibi ifa etmeme hükümlerine mi yoksa kıyas suretiyle ayıp hükümlerine mi gidileceği hususunda tereddüt yaşanan hallerde alacaklının daha iyi korunduğu TBK m. 112 hükümlerinin uygulanmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz⁵⁶¹. Zira, sırf sözleş-

⁵⁵⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesinde ayıptan sorumluluğun en detaylı düzenlendiği TBK m. 219 vd. hükümleri taşınır satışına ilişkin hükümlerdir. Taşınır satışına ilişkin bu hükümler kıyasen diğer sözleşme tipleri içinde genel hüküm niteliği taşımaktadır. Taşınmaz satışında da kanun koyucu sadece TBK m. 244 ile özel bir hüküm getirmiş onun dışında TBK m. 246 hükmü ile taşınır satışına ilişkin hükümlerin kıyasen taşınmaz satışında da uygulanacağını belirtmiştir. Bu durumda taşınmaz satışında ayıba karşı tekeffülde taşınır satışının genel hükümleri yanında TBK m. 244'teki özel şartlara da riayet edilecektir.

⁵⁵⁹ Akıncı, Kötü İfa, 1398; Aral, 192; Serozan, İfa, 248; Oğuzman/ Öz, Borçlar, C.1, 491, N. 1540 vd.; Atamer, 223, dn. 19.

⁵⁶⁰ Aynı yönde Serozan, İfa, 248.

⁵⁶¹ Akıncı, Kötü İfa, 1417. Yazar'ın Yargıtay'ın ayıplı ifa-eksik iş kavramları arasında içtihatlar arası tutarsızlıklarını ele alan eserinde de benzer şekilde ifade edildiği üzere ayıp hükümlerine gidildiği takdirde korunması gereken menfaatler açısından ihbar ve zamanaşımı gibi hususlara ilişkin büyük sorunlarla karşılaşılacaksa TBK m. 112 hükümlerinin uygulanmasının daha doğru olduğu görüşü ileri sürülmektedir.

meler arasındaki benzerlikten yola çıkarak isimsiz bir sözleşmede de ayıba karşı tekeffül hükümlerinde kıyasa gitmek o sözleşme için cevabını bulamayabileceğimiz yeni soru ve sorunlarla karşı karşıya bırakabilir. Bunların başlıcaları ihbar ve zamanaşımı sürelerine ilişkindir⁵⁶².

Öyle ki, ayıp hükümlerini incelediğimizde muayene ve ihbar külfeti gibi çok özel ve sözleşmenin tipine uygun belirlenmesi gereken, kıyas ile o sözleşme için yeterli bir çözüme ulaşılamayacak durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin; üst hakkı sözleşmesinde ayıp hükümleri açısından kıyasa gidilebileceği düşünülürse, üst hakkı sözleşmesinin benzerlik taşıdığı sözleşme türlerinden hangisinin kıyasta esas alınacağı sorunu gündeme gelir. Kira hükümlerine gidilecek olursa kira sözleşmesinin sürekli edimli sözleşme olmasından mütevellit kanun koyucunun muayene ve ihbar külfeti öngörmediği görülür. Buna karşın üst hakkı sözleşmesinin taşınmaz satışı ile olan benzerliği göz önünde bulundurulduğunda da satım sözleşmesinde muayene ve ihbar külfeti aranmaktadır. Görülmektedir ki, bu durum kıyasın kabulü halinde kafa karıştırıcı yeni soruların da doğmasına sebep olacaktır.

Öte yandan, kanun koyucu ayıba karşı tekeffülde iki yıl gibi kısa zamanaşımı süresi öngörmektedir (TBK m. 231). Fakat, TBK m. 112 kapsamında gereği gibi ifa etmeme hallerinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi ise on yıldır (TBK m. 146). Bu açıdan da gereği gibi ifa etmeme hükümlerinin alacaklının menfaatini daha fazla koruduğu açıktır.

Kanun koyucunun ayıba karşı tekeffül için öngördüğü sonuçların üst hakkı açısından ne derece uygulanabileceğinin tespiti de bu noktada önem arz eder. Ayıba karşı tekeffülün dört özel sonucundan olsa olsa sözleşmenin niteliğine ve ayıbın konusuna uygun olarak genel anlamda sözleşmeden dönme/fesih ve ayıbın ücretsiz olarak onarılmasını isteme hakları kullanılabilir. Bunların içinde de ayıba karşı tekeffülde öngörülmüş olan onarım isteme hakkı TBK m. 112 vd.'daki aynen ifanın özel olarak düzenlenmiş halidir. Zira, ayıplı malın tamir edilmesi ile de bir yerde aslında yine aynen ifa talep edilmiş olmaktadır. Başka bir ifade ile ayıba karşı tekeffüldeki onarım isteme hakkı, TBK m. 112 kapsamında “aynen ifa talebinin uzantısı” niteli-

⁵⁶² Benzer şekilde bkz. **Akıncı**, *Kötü İfa*, 1417 vd.

ğindedir⁵⁶³. Hal böyle olunca zaten TBK m. 112 vd. hükümlerine gitmek bir anlamda aynen ifanın da talep edilmesi anlamına geleceği için bu sebeple özel olarak tamir ibaresinin burada kullanılması da bir anlam ifade etmeyecektir. Ayrıca, üst hakkı sözleşmesinin niteliği ve ayıbın konusu göz önünde bulundurulduğunda ayıba karşı tekeffül için kanun koyucunun öngördüğü bedelden indirim isteme gibi özel sonuçlardan yararlanılamayacak olması ayıp hükümlerine gidip ihbar külfeti gibi şekil şartlarını yerine getirmenin bir anlam ifade etmeyeceğini de gösterir⁵⁶⁴.

Üst hakkı sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülün söz konusu olabileceği bir durum da taraflar arasındaki ilişkinin tüketici ilişkisi olması halindedir. Borçlar Hukuku özel hükümler çerçevesinde ayıba karşı tekeffüle gidemeyecek olsa da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereği taraflar arasındaki ilişki tüketici ilişkisi ise ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidebilmenin mümkün olacağı düşünülebilir. Ancak, üst hakkı mahiyeti gereği tüketiciden ziyade tacir sıfatını haiz kişilerle tesis edilen bir sınırlı aynî haktır. Yürütülen faaliyette genel anlamda ticari iş niteliğindedir. Üst hakkı sahibi tüketici sıfatıyla bu sözleşmeyi yapmamaktadır. Genelde üst hakkı sahibi, ticarî veya meslekî amaçlarla yahut kamusal ihtiyaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerdir. Bu sebeple tüketici ilişkisi altında da ayıp hükümlerine gitmek söz konusu olamayacaktır. Ayrıca, malik de çoğu zaman meslekî amaç ile hareket etmemektedir. Üst hakkı sözleşmesi açısından ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna gidileceğinin ve satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabulü halinde tacir olan taraflar açısından 6102 sayılı Ticaret Kanunu m. 23 ile ticari satışlar için öngörülmüş olan özel hükümlerin de uygulanması gerekecektir. Kanun koyucu ticari satışa dair özellikle muayene ve ihbar sürelerine dair özel bir düzenleme getirmiştir⁵⁶⁵. Bu durumda ayıba karşı tekeffülde kıyasa gitmek sadece üst hakkı sözleşmesine satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlerin uygulanmasını yeterli kılmayacak taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre

⁵⁶³ **Akıncı**, Ayıplı Mal, 115-116; **Aslan**, Bayram, Onarım Borcunun İfa Edilmesi, SÜHFD, Y. 2017, C. 25, S. 1, 322.

⁵⁶⁴ Benzer şekilde bkz. **Akıncı**, Kötü İfa, 1418-1419.

⁵⁶⁵ Buna göre kanun koyucu açık ayıplar için 2 gün, açık olmayan ayıplar içinde 8 günlük muayene ve ihbar süresi getirmiştir. Alıcı tacir bu süreler içinde hem muayene külfetini yerine getirecek hem de ayıbın tespiti halinde satıcıya ayıbı ihbar eder. Ancak, olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak ayıplar söz konusu ise TBK m. 223/II hükümleri uygulama alanı bulur.

Türk Ticaret Kanunu veya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki özel hükümlerin de uygulanmasını gerektirir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işlerin ivediliği sebebiyle kısa süreler öngörülmüş olmasının ve Tüketici Kanunu'nda tüketiciyi koruyan hükümlere yer verilmesinin üst hakkı sözleşmesinin mahiyetiyle ne denli uyuşacağı hususu üzerinde de ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, ayıba karşı tekeffül özel bir sorumluluk türü olduğu için kanun koyucunun öngördüğü belirli sayıdaki sözleşme türleri için ayıp sorumluluğuna gidilebilir. Bu sebeple her sözleşmede ayıba karşı tekeffüle gidilebilmesi söz konusu değildir.

Ayıp kavramı içinde değerlendirebileceğimiz tüm durumlar gereği gibi ifa etmeme kavramı içinde kötü ifa olarak da değerlendirilmelidir⁵⁶⁶. Zira, ayıp teşkil eden haller aynı zamanda tarafların borcunu sözleşme programına uygun ifa etmemeleri sebebiyle daha üst bir kavram olarak bir sözleşmeye aykırılık, borcun gereği gibi ifa edilmemesi halini de teşkil etmektedirler. Türk- İsviçre Hukukundaki hâkim görüşün de ayıplı ifanın, gereği gibi ifa etmemenin ve onun altında da kötü ifanın bir alt türü olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde olması bu görüşümüzü desteklemektedir. Bu sebeple kanaatimizce, üst hakkı sözleşmesi açısından ayıp kapsamında değerlendirilecek bir vakıa ile karşılaşılsa dahi bu uyuşmazlığın TBK m. 112 nezdinde çözüme kavuşturulması gerekir. Kaldı ki, ayıp sorumluluğunun getirilmediği sözleşmeler açısından TBK m. 112 ve ayıba karşı tekeffül için öngörülen şartlar mukayese edildiğinde gereği gibi ifa etmemeye tanınan imkânların daha fazla alacaklının menfaatini koruduğu söylenebilir. Bu sebeple, üst hakkı sözleşmesi açısından ayıbın konusu olacak bir ihtilafla karşılaşıldığında bu ihtilafların Borçlar Kanunun genel hükümleri nezdinde çözülmesi gerekir⁵⁶⁷. Özetle, ayıplı ifa halinde üst hakkı sözleşmesinde uygulanacak hükümler TBK m. 112 vd. gereğince borca aykırılık hükümleridir.

⁵⁶⁶ Atamer, 223, dn. 19.

⁵⁶⁷ Yargıtay'ın ayıplı ifaya dayanan uyuşmazlığı özel hüküm bulunmaması sebebi ile TBK m. 112 kapsamında değerlendirdiği kararları için bkz. Y.13.HD., 13.06.2013, E. 2012/18696 K. 2013/16116 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 23.03.2022); Y.13.HD., 21.02.2013, E. 2012/24672 K. 2012/4061; Y.13.HD., 06.06.2012, E. 2012/60 K. 2012/14833 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2. Feshin Kullanılması ve Sonuçları

a) İhbara İlişkin Değerlendirmeler

Genel olağanüstü fesih sebebi olan haklı nedenle fesihte, fesih beyanı derhal sonuç doğurur. Olağan feshin kabul edildiği durumlarda ise hiçbir gerekçe gösterilmeden sözleşmede sona erdirildiği için kanun koyucu karşı tarafa uygun bir süre vermekte ve bu sebeple ihbar yapılması gerekmektedir. Feshin, ihbar süresine bağlanması beyan edildiği anda etki doğurmasını engellemekte ve fesih beyanının etkileşiminin zamanını göstermektedir. Başka bir ifade ile ihbar süresi feshin etkisini göstermesi için muhataba tanınan süredir. Süre, kimi zaman feshin derhal sonuç doğurması sebebiyle muhatabın olası zararlarının önlenmesi, durumunu düzenlemesi için tanınmış olabilir. Kimi zaman ise beyan sahibi kendi durumunu düzenlemek için bu süreye ihtiyaç duymuştur⁵⁶⁸. Fesih, beyan sahibi tarafından süreye bağlanabileceği gibi Kanun'da feshin hüküm doğurması için bir süre öngörülmüş de olabilir⁵⁶⁹.

Üst hakkı sözleşmesi sürekli edimli bir borç ilişkisi olarak olağanüstü fesihle sona erdirilebilir. Şu hâlde, fesih için haklı nedene ihtiyaç vardır. Bu durumda üst hakkı sözleşmesinin de olağan feshi mümkün değildir⁵⁷⁰. Fesih sebebinin ortaya çıkması anı itibarıyla bir ihbara gerek olmaksızın derhal feshedilebilir. Fesih beyanının muhatabın hukuk alanına ulaşması ile sözleşme ortadan kalkar⁵⁷¹. Kural bu olmakla beraber doktrinde bir fikre⁵⁷² göre istisnai bazı hallerde olağanüstü fesih halinde de muhataba süre verilmesi gerekebilir. Bu kapsamda TBK m. 331 ve 369'daki adi kira ve ürün kirasına ilişkin hükümlerin olağanüstü feshe getirilen istisnalar olduğu ifade edilmektedir. Özellikle muhataptan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmenin birdenbire feshinin onda yaratabileceği muhtemel sakıncalar göz önünde bulunduru-

⁵⁶⁸ Seliçi, 158.

⁵⁶⁹ Borçlar Kanunu'nda bazı sözleşme tipleri için haklı nedenle feshin özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Adi kira (TBK m. 331), hasılat kirası (TBK m. 369), hizmet sözleşmesi (TBK m. 435) bu özel düzenlemelerden bazılarıdır. Özellikle kira sözleşmesinin olağanüstü feshine ilişkin hükümlerinde fesih ihbar sürelerine bağlanmıştır.

⁵⁷⁰ Aksi yönde bkz. Yücer Aktürk, 303 vd.

⁵⁷¹ Eren, 1286; Serozan, Dönme, 122; Seliçi, 112, 113.

⁵⁷² Seliçi, 157. Yazar'a göre her iki durumda olağanüstü feshin kullanılmasını yasal fesih bildirim sürelerine uyma şartına bağlamıştır. Verilen bu süreye rağmen sona erdirmeye ile güdülen amaca ulaşabiliyorsa muhataba istisna tanınarak süre verilmesi dürüstlük kuralı gereğidir.

larak muhataba süre tanınmak istenmiştir⁵⁷³. Kanaatimizce bu görüş bir boyutu ile kabul edilebilir. Öyle ki, bu imkânı şu kriterlerle sınırlandırmak gerektiği düşünce-sindeyiz: Olağanüstü feshin dayandığı sebep muhataptan kaynaklanmamalı (muhatap dışında gelişen sebeplerle sözleşme sona erdirilecek olmalı), süre verilmezse muhatabın derhal fesih sebebi ile zarara uğrayacağı hallerde dürüstlük kuralı gereği muhataba süre verilmeli, menfaatler dengesi gözetilmeli ve süre makul bir süre olmalıdır.

Bu sebeple üst hakkı sözleşmesi açısından da TMK m. 831 vd. dışında, özellikle de muhataptan kaynaklanmayan ancak yine olağanüstü feshi gerektirecek ağırlıkta bir sebepten sözleşmenin feshedilmesi gerekirse dürüstlük kuralının gerektirdiği istisnai durumlarda muhataba fesih öncesi bir süre verilmesi gerektiği düşünülebilir. Böylece hem fesih hakkı sahibinin hakkını kullanması uzun sürelerle geciktirilip onun aleyhine zarar doğması engellenmiş olur hem de muhatabın fesih sebebinden haberi olmaması sebebiyle hazırlıksız yakalanmasına bağlı olarak doğabilecek afakî zararlar minimum düzeye indirilebilir⁵⁷⁴. Ayrıca fesih hakkının kullanılması hak sahibi açısından terkin borcu doğuracağı için feshin ihbarı gerekebilir. Bu ihbara rağmen hak sahibi borcunu ifa etmezse malik, TBK m. 716'nin kıyasen uygulanması ile gereği açacağı terkine zorlama davası⁵⁷⁵ ile hakkı sona erdirebilir. Öte yandan, fesih hak sahibine ihbar edilmiş olsa da terkin borcunu ifa etmeyeceği düşünüldüğünde malikin doğrudan TMK m. 716 kapsamında dava açarak fesih sebebi ile terkin talep etmesi halinde davanın açılması ihbardan beklenen faydayı sağlamış olacaktır. Dolayısıyla ihbar yapmaya da gerek yoktur.

⁵⁷³ **Seliçi**, 157-158. Yazara göre hatta bu süre her zaman muhatap için değil beyan sahibi açısından da onun menfaatine sonuçlar doğurabilir. Beyan sahibi de kendi durumunu düzenlemek için süreye ihtiyaç duyabilir.

⁵⁷⁴ Yenilik doğuran bir hak olarak fesih hakkının kullanılması da bir hak düşümü süresine tâbi olmalıdır. Üst hakkı sözleşmesi için ne kanunda ne de hukukî işlemlerde bir süre tayin edilmemiştir. Bu durumda ya muhatap hak sahibine hakkını kullanması için uygun bir süre verecektir ya da fesih hakkı sahibi ihlale rağmen sessiz kalarak muhatap lehine bu hakkı kullanmayacağı yönünde bir güven telkin ederse fesih hakkı etkisizleşecektir. (Bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, 263 vd.). Bu ihtimaller içinde kanaatimizce muhatabın fesih hakkı sahibine bir süre vermesi söz konusu olmayacağı için hak sahibinin ihlalin gerçekleşmesi akabinde makul bir düşünme, muhakeme sürecinden sonra bildirimde bulunmak kaydı ile bu hakkını kullanması, derhal feshetmek istemiyorsa bile en azından ihlalin farkında olduğunu bildiren bir ihtarda bulunması gerekmektedir.

⁵⁷⁵ Tescile zorlama davası gibi terkine zorlama davasının da olabileceği, bu durumda TMK m. 716'nın kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan husus ise hangi hukuk normuna başvurulduğudur. Bkz. **Arslan**, Ahmet, Taşınmaz Mülkiyetinin Tescile Zorlama Davası ile Kazanılması, İstanbul 2021, 225.

b) İhtara İlişkin Değerlendirmeler

Kanun koyucunun genel hükümler çerçevesinde sözleşmeye aykırılık halinde kural olarak ihtarın varlığını özellikle temerrüt halinde aradığı görülmektedir⁵⁷⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesine göre borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının ihtarıyla borçlu temerrüde düşer. Bunun dışında Borçlar Kanunu'nda kanun koyucunun fesih hakkının kullanılmasını ihtar şartına bağlandığı başka hükümler de mevcuttur⁵⁷⁷.

Kural olarak, ağır yükümlülük ihlalleri dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin derhal feshine imkân tanır. Buna karşılık, tek başına fesih için yeterli ağırlıkta olmayan ihlallerde ise muhatap ihtar edilir ve ihtara rağmen ihlalin devam etmesi söz konusu ise sözleşme bu surette feshedilebilir. Şu hâlde, ihtar şartının aranıp aranmayacağı hususunda yapılacak değerlendirmelerde öncelikle feshe sebep olan vakıanın, ihlalin ağırlığı tespit edilmelidir. Zira, ihtar şartı sürekli edimli borç ilişkilerinde feshe konu ihlalin ağırlığı ve muhatap tarafından ihlalin sona erdirilme yahut eski hale getirilme imkânının olup olmadığı hususu ile ilgili bir meseledir. Bu sebeple her somut olayın özelliğine göre ve ihlal teşkil eden olgunun ağırlık derecesi de belirlenmek kaydı ile sürekli borç ilişkileri için de ihtar yapılmasının gerekip gerekmediği belirlenmelidir⁵⁷⁸. Hangi ihlallerin ağır yükümlülük ihlali sayılacağı hususunda ise bir listeleme yapmak mümkün değildir. Bu hususta taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa takdir hâkime aittir.

Kanun koyucu bazı hallerde ihtarın gerekli olduğu halleri özel olarak düzenlenmiştir⁵⁷⁹. Ancak böyle bir düzenleme olmasa da özellikle sürekli edimli borç iliş-

⁵⁷⁶ İhtar ile hem ihlalin hak sahibi tarafından bilindiği bildirilmekte, hak sahibinin sessiz kalması engellenmekte hem de ihlalin giderilmesi için muhataba imkân tanınmaktadır. Bu sebeple ihlal giderilmezse veya aynı ya da benzeri ihlallerle mağduriyet devam ettirilecek olursa da sözleşme feshedilebilir. Dolayısıyla ihtar ihlale son verilmemesi halinde sözleşmenin sona erdirileceği uyarısını da taşır. Ancak bu mutlak anlamda bir zorunluluk değildir. Söz konusu davranışların beyan sahibi tarafından istenmediğinin muhatapça anlaşılması yeterlidir. Bkz. **Altıok Ormancı**, 146-147.

⁵⁷⁷ Kanun koyucu kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 316/II ve 352 hükümlerinde feshi ihtara bağli olarak düzenlenmiştir.

⁵⁷⁸ Aynı yönde **Altıok Ormancı**, 147, 148.

⁵⁷⁹ Borçlar Kanunu'nda bazı sözleşmelerde kanun koyucunun ihlalin ağırlığına göre ihtar şartını belirlediği görülmektedir. Örneğin, kira sözleşmesinde olağanüstü feshe ilişkin hükümlere bakılacak olursa TBK m. 316/II'de konut ve çatılı işyeri kiralarında özen ve saygı yükümlülüğüne aykırılık

kilerinde muhataba ihlali gidermesi için bir imkân tanınmadan sözleşmenin feshedilmesi her iki tarafın da menfaatine olmayabilir. Kaldı ki, muhatap tarafından ihlalin sonlandırılması ve zararlı sonuçların ortadan kaldırılarak sözleşmenin ayakta tutulması ihtimali varken bu imkânın muhataba tanınmaması dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edebilir.

Diğer yandan, kanun koyucu TBK m. 124'te borçlunun temerrüdü halinde süre verilmesine gerek olmayan halleri saymıştır. Buna göre *“borçlunun tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa veya borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa ya da borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa”* alacaklının borçluya ifa için süre vermesine gerek yoktur. İhlalin ağırlığı kadar ifanın veya hak sahibinin ihlali ortadan kaldırmasının malik açısından bir öneminin kalıp kalmadığı da dikkate alınması gereken hususlardandır. Borçlu temerrüdüne ilişkin, TBK m. 124 hükmünün kıyasen burada da uygulanmasına bir engel yoktur.

Bu durumda, kanaatimizce üst hakkı sözleşmesinde de sözleşmeye aykırılık halinde ihtarın aranıp aranmayacağı hususunda şu kriterlere dikkat edilmelidir: İhlalin arazinin kullanımına mı yoksa yapılara mı ilişkin olduğu, dürüstlük kuralı gereği ihtarın gerekip gerekmediği, ihlalin ağırlığı ve TBK m. 124'te olduğu gibi ihtara rağmen telafi edilebilecek bir durum olup olmadığıdır.

Üst hakkı sözleşmesi açısından haklı nedenle fesih kapsamına giren bu gibi hallerde derhal fesih sonucu doğabilecekken ihtar şartının aranmasının haklı nedenle feshin mahiyetiyle bir çelişki yaratabileceği eleştirisi ile karşılaşılabılır. Kanaatimizce üst hakkı sözleşmesinin feshinde TBK m. 124'ün kıyasen uygulanmasını gerekti-

tek başına fesih sebebi olarak kabul edilmemiş, muhataba ihtar çekilerek en az otuz günlük süre verilmesi, aykırılığın giderilmemesi halinde de sözleşmenin feshedileceğinin bildirilmesi şartı getirilmiştir. Söz konusu durum İsviçre doktrinine göre “nispi ağırlık” kavramı ile izah edilmektedir. Bu gibi haller, çok önem arz etmeyen ihlaller olarak değerlendirilmekte ve muhatapın ihlali gidermesine de imkân tanınmaktadır. Hâkimin takdir yetkisi bu kıstasla sınırlandırılmıştır (Bkz. **Altıok Ormancı**, 137-138). Fıkranın devamında ise diğer kira sözleşmeleri için bu sebep derhal fesih sebebi kabul edilmiştir. Diğer yandan TBK m. 316/III'te *“konut ve çatılı işyeri kiralarında, kasten ağır zarar verme, süre verilmesinin yararsız olması veya söz konusu ihlalin sözleşme ilişkisini çekilmez hale getirmesi halinde”* derhal fesih imkânı tanınmıştır.

recek haller dışında malikin hak sahibine ihtar çekmesi üst hakkının bir aynî hak olarak mahiyetine ve malikin sözleşmeden elde etmeyi amaçladığı menfaatine daha uygun düşecektir. Ancak, ağır bir ihlal var ve TBK m. 124'te olduğu gibi ihtara rağmen bu ihlalin zarar verici sonuçları düzeltilebilecek durumda değilse o halde ihtara gerek olmamalıdır⁵⁸⁰. Zira, haklı neden teşkil eden ihlaller sebebi ile çekilmez hale gelen sözleşme ilişkisini sona erdirmek amacını taşıyan olağanüstü fesih karşısında taşınmaz malikin başlıca menfaati sözleşme ilişkisinin ayakta kalmasıdır. Malikin üst hakkı beklentisi, hak sahibinin sözleşmeye uygun şekilde hakkını kullanması ve malike karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmesidir. Bu menfaat dengesi taraflar arasında korunduğu veya bozulan denge yeniden tesis edildiği sürece malikin sözleşmenin feshini veya süresinden önce devrini istemede haklı bir menfaati yoktur. Hak sahibi sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırılabiliyor ve zarar verici sonuçları da telafi edilebiliyorsa üst hakkı sözleşmesinde taraflardan beklenen ahde vefa ilkesi gereği sözleşmenin ayakta tutulmasıdır. Her iki tarafın menfaatine uyan çözüm de budur. Bu sebeple ihlal ve sonuçları telafi edilebilecek iken aniden sözleşmenin feshedilmesi ise hakkın kötüye kullanılması sayılabilir⁵⁸¹. Malik, hak sahibinin sözleşmeye aykırılığını fırsat bilip sözleşme ilişkisini sona erdirip sonradan daha yüksek bir bedelle başkası ile üst hakkı ilişkisi kurmak niyetinde olabilir ki, bu da hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Malik kusurlu olarak ve zarar verme kastıyla hareket etmemiş olsa dahi hak, amacı dışında kullanılmışsa amaç dışı kullanımdan malik bir menfaat elde etmiş olsun veya olmasın, buna bağlı olarak başkası zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalmışsa kötüye kullanılan hakka

⁵⁸⁰ İsviçre doktrinine göre taşınmaz maliki tarafından Art. 779f ZGB hükmü gereğince süresinden önce devir hakkının kullanılmasından evvel üst hakkı sahibine bir ihtar çekilmeli ve sözleşmeye aykırılığın ya da ihlalin giderilmesi için üst hakkı sahibine bir süre verilerek ihlali gidermesi beklenmelidir. Bu durumda OR Art. 107 (TBK m. 123) ve OR Art. 214 (TBK m. 235) hükümlerine başvurulabilir. Ayrıca bizim görüşümüze benzer şekilde yine bu durumda da mehil vermeye gerek olmayan bir ihlal söz konusu ise OR Art. 108 (TBK m. 124) hükmünün uygulanacağı da ifade edilmektedir. Bu ihtarın aynı borçlu temerrüdünde olduğu gibi yazılı yapılması gerektiği ispat kolaylığı açısından tavsiye edilmektedir. Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 10- 11; **Spycher**, ZK Art. 779h, Nr.9- 10.

⁵⁸¹ **Edis**, Medenî, 290 vd.; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, 7 vd.; **Uyar**, 441 vd.

dayalı talep ve savunmalar kabul edilmemelidir⁵⁸². Özetle, malikin ihtar çekmeden sözleşmeyi sona erdirmesinde haklı bir menfaati olmalıdır.

Bir örnek üzerinden açıklayacak olursak; üst hakkı kapsamında üst hakkı sahibinin işletmesinde bulunan oteli ahlaka aykırı amaçlarla kullanması halinde malikin bu ihlal karşısında hak sahibine ihtar çekmesi beklense dahi üst hakkı sahibinin düzeltebileceği bir ihlalden bahsedilemez. İhtar çekilmiş ve hak sahibi bu faaliyetlere son vermiş olsa da üst hakkı sahibi o ticari unvanla orayı işletmeye devam ettiği müddetçe söz konusu işletme kötü nam salmaya devam edecektir. Kaldı ki; malikte öyle kötü bir nam salmış bir kişiyle sözleşme ilişkisini devam ettirmek istemeyebilir. O zaman malikin bu ilişkiyi sonlandırmasında haklı menfaati vardır. Aksi halde bu ilişki devam ettiği sürece malikin de bu uygunsuzluğa ortak olduğu yönünde bir intiba uyanacak ve ticari itibarı zarar görecektir. Göz önünde bulundurulabilecek bir diğer örnek de hizmet sözleşmeleri için kişilik hakları ve sadakat yükümlülüğü ihlallerinin derhal fesih sebebi sayılmasıdır⁵⁸³. Bu durumda üst hakkı sözleşmesinde manevî yükümlülük ihlali suretiyle ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık halleri ihtar gerektirmeyen fesih sebebi olarak kabul edilmelidir. Zira, TBK m. 316/III'teki kriterler düşünüldüğünde bu ihlalin giderilmesinin zor olduğu, üst hakkı sahibinin kastî davranışı ve taşınmaz maliki açısından amaca aykırılıkla oluşan durumun sözleşme ilişkisini çekilmez hale getirme ihtimalinin çok yüksek olduğu göz önünde bulundurulduğunda taşınmaz malikine ihtarsız sözleşmenin feshi imkânı tanınmalıdır⁵⁸⁴.

⁵⁸² **Edis**, Medenî, 321 vd.; **Uyar**, 442; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet, Medenî Hukuka Giriş, 1946, 159 vd.

⁵⁸³ **Altıok Ormancı**, 144.

⁵⁸⁴ Olağanüstü fesih sebebinin itiraz neticesinde feshe yetersiz olduğu tespit edilirse bu durumda sözleşmenin akıbeti üzerinde durulması gereken bir diğer sorundur. Fesih hakkının kullanılmasından sonra taraflar arasında sebebin yetersiz olduğuna dair bir ihtilaf çıkarsa bu durum bir tespit davası konusu haline gelir. Seliçi'ye göre olağanüstü feshin sebebi yetersizse fesih kendiliğinden geçersiz olur. “Yeterli bir fesih sebebinin yokluğu nedeni ile geçersiz bir olağanüstü fesih “tahvil” yoluyla olağan fesih olarak yorumlanmalıdır”. Yazar, bu yorumun yapılabilmesini “olağan fesih imkânının bertaraf edilmemiş ve beyan sahibinin olağanüstü fesih geçersizliğini bilmiş olsaydı olağan fesih yoluna gideceğinin kabul edilebileceği bir durumun var olması” gerekliliğine dayandırmaktadır. Başka bir ifade ile “fesih sebebi mevcutsa, fakat olağanüstü fesih için yetersiz ise beyan sahibinin olağan fesihle ilişkiyi sona erdirmeyi istemiş olacağı yorumuna gidilebilir”. Ancak olağanüstü feshin olağan fesih sebebi sayılabilmesi için de kanun fesih süresi ve zamanı öngörmüşse feshin bu sürelerle bağlı olarak yapılması gerekir. (Bkz. **Seliçi**, 158, 159). Seliçi'nin bu görüşü Federal Mahkemenin ATF 123 III 124 kararına dayanmaktadır (Karar için bkz. **Altıok Ormancı**, 247 vd.). Karara göre beyan sahibi fesih beyanının dayandığı sebep feshe yeterli olmasa dahi bu beyanını

Burada önemli olan bir husus da üst hakkı sözleşmesinde ihtarın dava şartı olarak aranıp aranmayacağıdır. Bu husus üst hakkı sözleşmesinin feshi için açılacak davanın niteliği ile de yakından ilgilidir. Zira, kanun koyucunun fesih hakkının dava yoluyla kullanılmasını gerekli gördüğü TBK m. 351, 352 hükümleri gereğince akdi sonlandırmak isteyen taraf yenilik doğuran dava açmak suretiyle bu hakkı kullanabilir. Hâkimin tesis edeceği inşâî nitelikteki kararlar da sözleşme geleceğe etkili olarak sona erdirilir. Bu tür davalarda ihtar, dava şartı olarak gözükmektedir. Usul hukuku açısından dava şartı olarak sayılmamakla beraber Borçlar Kanunu anlamında özel olarak getirilmiş bir dava şartıdır⁵⁸⁵. İhtar şartı yerine getirilmemişse davanın usulden reddi gerekir. Doktrinde bir görüşe⁵⁸⁶ göre inşâî dava haklarında “sınırlı sayı ilkesi” geçerlidir. Kanunda öngörülenler dışında yeni yenilik doğuran dava hakları yaratılması mümkün değildir. Yenilik doğuran davalar yenilik doğuran hakka dayanılarak açılrsa da her yenilik doğuran hak, yenilik doğuran dava yoluyla ileri sürülmez⁵⁸⁷.

başka bir sebebe dayandırabiliyorsa beyan sahibinin yaptığı hukukî nitelendirmedeki hata ileri sürülemez ve fesih hakkı uygulanabilir nitelikte olan diğer sebebe dayandırılmalıdır. Kanaatimizce bu görüş belirsiz süreli sürekli edimli borç ilişkileri için makul bir çözüm ise de belirli süreli sürekli edimli borç ilişkileri açısından kabul edilebilir değildir. Zira, belirli süreli sürekli borç ilişkilerinin olağan fesihle sona erdirilmesi mümkün değildir ve tahvil yolu ile olağanüstü feshin de olağan fesih sayılabilmesi söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple üst hakkı sözleşmesinde de bu beyan ancak olağanüstü fesih çerçevesinde yorumlanabilir. Beyan sahibinin dayandığı fesih sebebi olağanüstü fesih için yeterli değilse veya haklı sebep teşkil etmiyorsa bu durumda fesih beyanının geçersizliği söz konusu olur. Böyle bir durumda beyan sahibi taşınmaz maliki ise sebebin olağanüstü feshe yeterli olmaması halinde sözleşmeyi feshedemeyecekse, fesih hakkı yerine şartları dahilinde TMK m. 831 gereği süresinden önce devir hakkını kullanabilir.

⁵⁸⁵ Y.6.HD., 18.11.1986, E. 1986/11249 K. 1986/13036, “...yerleşmiş içtihatlar uyarınca aktin hitamını izleyen bir ay içinde açılması zorunludur. İhtarlar, dava şartı olduğu için süre kesme niteliğini haiz değildir. Süre konusu kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle re'sen gözetilmesi gerekir...”; Aynı yönde Y.6.HD., 14.07.2008, E. 2008/119 K. 2008/474; YHGK, 01.04.2015 tarih 2013/1577 E. 2015/1143 sayılı kararına konu olan uyuşmazlıkta akde aykırılık gerekçesiyle kira sözleşmesinin feshi ve tahliye talebiyle dava açılmıştır. Davacı çektiği ihtarla aykırılığın giderilmesini, eski hale getirilmesini talep etmiş, ihlal giderilmediği için de söz konusu davayı açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı kabul etmiş Yargıtay 6. Hukuk Dairesi ise iki kişi olan kiracılardan sadece birine yapılan ihtar sebebiyle bu eksikliğin giderilemeyeceğini, ihtarın dava şartı olması sebebiyle bu eksikliğin hukukî sonuç doğurmayacağı gerekçesiyle kararın bozulmasına hükmetmiştir. İlk derece mahkemesi karar direnmiştir. Hukuk Genel Kurulu bu durumun 818 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ve eTBK m. 256/II'ye göre bu durumun haklı fesih teşkil edeceğinden bahisle ihtarın şart olmadığına karar vermiştir. (Kararlar için bkz. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵⁸⁶ **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, 186 vd.. Yazarın ifade ettiği üzere “kanun koyucu muhatabın korunması düşüncesinden de yola çıkarak, hak sahibinin güçlü bir konuma sahip olduğu özellikle kamu düzeni ile ilgili olan veya hukuk güvenliğinin sağlanması ya da üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gereken durumlarda sadece hak sahibinin iradesini yeterli saymamış bu iradeyi bir de yargı süzgecinden geçirmeyi uygun görmüştür.”. (bkz. a.g.e 183 vd.).

⁵⁸⁷ **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, 186 vd.

Üst hakkında ise sözleşmenin feshinin TMK m. 716 gereği dava yolu ile ileri sürülebilecek olması üst hakkı açısından inşaî bir dava hakkı yaratıldığı anlamına gelmemektedir. Diğer yandan, sözleşmeye aykırılıkta genel hükümlerde temerrüt hali dışında Kanun'un ihtarı zorunlu tuttuğu herhangi bir düzenleme yoktur. Haklı nedenle fesih kanun koyucunun ihtarına gerek olmaksızın fesih hakkı tanınmasının asıl sebebi feshi gerektiren sebebin sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez hale getirecek olmasıdır. Taşınmaz malikinin fesih hakkını veya TMK m. 831 gereği süresinden önce devir hakkını kullanmasında haklı bir menfaatinin olması gerekir. Başka bir ifade ile karşı tarafın ihlali telafi etmesinin fesih hakkı sahibi açısından bir yararının kalmamasıdır. Bu halde hak sahibinin sözleşme ile kurulan güven ilişkisi çökmüş ve artık sözleşmenin devamını talep etmez haldedir. Üst hakkı ilişkisinde tarafların karşılıklı menfaatleri düşünüldüğünde haklı nedenle feshi gerektirecek ağır yükümlülük ihlalleri hariç sözleşmenin ayakta tutulmasının her iki tarafın da menfaatine olacağı açıktır. Aksi takdirde Borçlar Hukukuna hâkim olan ilkelerden ahde vefa ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır. Bu nedenle üst hakkı açısından da ihtarın varlığı dürüstlük kuralı gereği aranmalıdır. Ancak, bu bir dava şartı değildir. Zira, açıklandığı üzere ihtarına gerek olmayabilecek ihlallerle karşılaşmak mümkündür. Her halükârda taşınmaz malikini ihtar çekmek zorunda bırakmak hatta ihtarın dava şartı olduğunun kabul etmek sürecin uzamasına ve taşınmaz malikinin hak kaybına uğramasına da sebep olabilir. Bu sebeple hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta ihlalin ağırlığına, TBK m. 124'ün kıyasen uygulanması sureti ile ihtarına gerek olup olmadığını her somut olaya göre ayrıca değerlendirip hak sahibine ihlalin giderilmesi için bir imkân tanınıp tanınmadığı hususunda TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralı çerçevesinde bir karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Haklı nedenle feshi gerektirecek ağırlıkta bir yükümlülük ihlali yoksa bile yine de taşınmaz malikinin ihtar çekmesi önemlidir. İhtarına rağmen sözleşmeye aykırılık giderilmez veya başka şekillerde sözleşme ihlal edilmeye devam edilirse mevcut durum taşınmaz maliki için hukukî ilişkinin çekilmez hale gelmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda ihtar, kendinden sonraki ihlaller halinde sözleşmenin olağanüstü feshine sebep olacağının da işaretidir. Bu sebeple her ne surette olursa olsun

sözleşmeye aykırılık halinde ihtar çekmek taşınmaz malikinin yararına olacağı düşünülmektedir.

c) Feshin Tescil Üzerine Etkisi ve Fesih Halinde Açılacak Davalar

Üst hakkı sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi halinde feshin tescil üzerindeki sona erdirici etkisinin ayrıca incelenmesi gerekir. Zira, bu husus fesih hakkının tasarruf işlemi olup olmadığı ve sebebe bağlılık- soyutluk yönündeki doktrindeki çeşitli görüşler sebebi ile de üst hakkı açısından farklı değerlendirmelere gidilmesine sebep olmuştur.

Öncelikle fesih/dönme gibi hakların kullanılmakla tüketilmesine bağlı olarak tasarruf işlemi olabileceği yönündeki görüşleri kısaca değerlendirecek olursak; doktrinde hâkim görüş⁵⁸⁸, yenilik doğuran hakların kullanılmasını tasarruf işlemi olarak kabul etmemektedir. Buna karşılık bazı yazarlar⁵⁸⁹ da dönme, fesih gibi yenilik doğuran hakların kullanılmasının bir tasarruf işlemi olduğu görüşündedirler. Doktrinde bir görüşe⁵⁹⁰ göre hakkın kullanılması, sürekli edimli borç ilişkisini doğrudan etkileyerek onu sona erdiriyorsa tasarruf işlemi olarak kabul edilmelidir. Bu hususta üst hakkı açısından yapılan bir değerlendirmeye göre⁵⁹¹ üst hakkı sözleşmesinin feshi üst hakkını ne maddi anlamda ne de şekli anlamda ortadan kaldırır. Kanaatimizce de fesih/dönme gibi hakların tek taraflı irade beyanı ile kullanılması neticesinde hakkın kullanmakla tükeniyor olması bu hakkın bir tasarruf işlemi olduğu anlamına gelmemektedir. Tasarruf işlemi, bir hukuki ilişkiyi veya hakkı “doğrudan” değiştiren, sona

⁵⁸⁸ Eren, 174; Von Thur, 164; Ayiter, 117; Serozan’a göre “*aynî hakların mutlaklığı, açıklık ilkesi ve iyiniyetin korunması ilkeleri gereğince aynî haklardan birtakım irade bildirimleri ve özellikle de yenilik doğuran hukuksal işlemlerle al-ver, git-gel oyunu oynamasına ve aynî hakkın zilyetlik el değiştirmeden iki taraf arasında mekik dokumasına kesin surette engel oluşturmaktadır*”. Bkz. Serozan, Dönme, 94 vd.

⁵⁸⁹ Ayiter, 15-16; Seliçi, 116 ve dn. 48’deki yazarlar; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 79 ve 80, dn.101’deki yazarlar.; Antalya/ Topuz’a göre fesih, dönme gibi hakkın yanında hukukî işleme de etki eden yenilik doğuran hakların teknik anlamda olmasa da geniş anlamda tasarruf işleminin konusunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bkz. Antalya/ Topuz, Eşya Hukuku, N. 546, 165.

⁵⁹⁰ Seliçi, 116.

⁵⁹¹ Gürzumar, 136, 137 ve dn. 534. Yazar’ın bu görüşünün temelinde hâkim görüşe iştirak ederek feshin tasarruf işlemi olmadığı yönündeki görüşü benimsediğini söylemek mümkündür.; Aynı yönde Demirsatan, 86, 87.

erdiren, sınırlayan, onu diğer tarafa geçiren işlemlerdir⁵⁹². Ancak, fesih hakkı gibi yenilik doğuran hakların kullanılmakla tükenen haklar olduğu dikkate alındığında tasarruf işlemi ile benzerlik gösteriyor olmaları onları tasarruf işlemi yapmaz. Zira, fesih hakkının kullanılmakla tükenmesi hakkın yan sonucudur⁵⁹³. Bu haklar doğrudan hakka etki etmezler.

Fesih hakkının kullanılması halinde hakkın sona erip ermeyeceği ve bu açıdan tescile etkisi doktrinde sebebe bağlılık açısından da tartışmalara konu olmuştur. Hakkın kurulması anındaki hukukî sebep, hakkın geçerli olarak doğumunu sağladıktan sonra fesih veya dönme gibi bir hakkın kullanılması sebebi ile sona erecek olursa bu durumda hakkın ve tescilin âkibetinin ne olacağı tartışmaların odağını oluşturur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe⁵⁹⁴ göre fesihle beraber hakkın temelindeki borç ilişkisi ortadan kalkar ve sebebe bağlılık ilkesi gereğince hak da sona erer. Bu görüşe göre fesih beyanı aynî etki doğurur. Fesihle beraber hak temelde yatan hukuki sebebini (*causa*) kaybeder, sebebin ortadan kalkmış olması ise hakkın kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurur. Tapudaki tescil de yolsuz hâle gelir. Bu sebeple fesih aynî etkilidir. Malik, hakkının sona ermesine bağlı olarak mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmak suretiyle istihkak iddiasında bulunabilir. Bu durumda hakkın sona ermesi ile tapudaki tescil de yolsuz tescil haline gelecek ve malik, TMK m. 683/II'ye dayanan TMK m. 1025 gereği istihkaka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi talebinde bulunabilecektir⁵⁹⁵.

⁵⁹² Eren, 173; Akıncı, Borçlar Hukuku, 93 vd.; Antalya, Borçlar, C: V/1, I, 170.

⁵⁹³ Bkz. Eren, 174, dn. 32'deki yazarlar.

⁵⁹⁴ Baumann'ın ileri sürdüğü bu görüş için bkz. Özen, İntifa Hakkı, 175 vd.; Baumann'ın görüşünü destekler nitelikte bkz. Öz, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, 218; Klasik dönme görüşündeki dönme hakkının kullanılmasının hakkı sona erdireceği görüşünün temelinde yatan sebep de budur. Bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar, C.1, 537 vd.. Dönme hakkının kullanılması ile sebebin ortadan kalkacağı, dönme beyanının aynî etki taşıyacağı hakkında bkz. Buz, Dönme, 134 vd.; Ünal/Başpınar, 70 vd.

⁵⁹⁵ Teori hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, 1144-1147, 1287 vd.; Öz, Dönme, 80-81, 131-172; Buz, Dönme, 121. Yazar, aynî etkili dönme ve istihkak görüşüne ağırlık verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. a.g.e. 134 vd..

Daha isabetli bulduğumuz diğer görüşe⁵⁹⁶ göre ise bir aynî hak, geçerli olarak bir kez kurulduktan sonra “sebebe bağlılık ilkesi” çerçevesinde hakkı tesis eden sözleşmenin hukuksal nedeni sonradan ortadan kalksa dahi hakkın doğrudan sona ermesi söz konusu olmaz⁵⁹⁷. Aynî hakkın temelinde yatan borçlandırıcı işlem sona ermiştir. Hak, terkine bağlı olarak sona erer. Bu durum karşı tarafa aynî hakkın terkini borcunu yüklemektedir⁵⁹⁸. Bu halde iade talebinin hukukî dayanağı sebepsiz zengin-

⁵⁹⁶ **Serozan**, Dönme, 90 vd.. Yazar, görüşün dayanağını sadece sebebe bağlılık ilkesine dayandırmakta, aynı sonuca “aynî hakkın bağımsızlığı ilkesi” ile ulaşılabileceğini ifade etmektedir.; **Serozan**, Eşya, 84 vd.; Aynı yönde, **Özen**, İntifa Hakkı, 176 vd. Yazara göre “Sözleşmenin sebebe bağlı olduğu varsayımında dahi sebebe bağlılık ilkesinden bahsedilmesi için intifa hakkının kurulduğu sırada geçerli bir sebebin bulunması gerekmekte olup, başlangıçtaki sebebin ortadan kalkması, hakkı doğrudan sona erdirmemekte, ancak hak sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve malike zarar verebilecek davranışlarda bulunması, intifa hakkına temel olan sözleşmenin feshedilmesi için haklı sebep sayılmaktadır. Hâkim tarafından tüm olgular objektif olarak değerlendirilerek hukuki ilişkinin devamının çekilmez hale getirildiğinin tespitiyle haklı sebep teşkil ettiğine karar verildiğinde, sadece kanunda yazılan sözleşmelere değil, bütün sürekli borç ilişkilerinde fesih hakkı tanınacaktır. Buradan yola çıkılarak, intifa hakkını kuran sözleşme sürekli borç ilişkisi sağladığından dolayı sürekli borç ilişkilerinde ileri etkili olarak sözleşmenin feshi hükümlerinin uygulanması gerekir. Böylece dava açmaya gerek kalmaksızın fesih beyanının yapılmasıyla temel sözleşme ortadan kalkacak, ancak temel sebebin ortadan kalkmasıyla intifa hakkı kendiliğinden sona ermeyecek ve hakkın sona ermesi için terkine gerek bulunacaktır. Fakat hak sahibi terkine yanaşmazsa malikin açacağı terkin davasında hâkimin vereceği karar ile intifa hakkı sona erecektir.”; **Antalya/ Topuz**, Eşya Hukuku, N. 581, 173; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, 427-428; **Gürzumar**, 136; **Bertan**, 1549; **Özmen/Aydın**, İptal Davası, 191, 193, 194. Yazarlara göre dönme hakkının kullanılması gibi bir sebep ile hukukî işlemin yapıldığı andaki sebep sonradan ortadan kalkarsa borçlandırıcı işlemin geçersizliğine bağlı olarak tasarruf işleminin kendiliğinden geçersiz olmayacağı, bu halde sebepsiz zenginleşme davasının söz konusu olacağı görüşündedirler. Özetle, yazarlar dönme hakkının kullanılmasının tescil üzerinde aynî etkiye sahip olmadığını görüşüne iştirak etmektedirler.; **Demirsatan**, 141-142; **Arslan**, 227-228; **Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah, İntifa Hakkına Konu Taşınmazın Hukuka Aykırı veya Niteliğine Uygun Düşmeyen Şekilde Kullanılması, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı, İstanbul 2018, 275. Yazara göre “haklı nedenlerin varlığı halinde fesih hakkının kullanılmasıyla veya bozucu koşulun gerçekleşmesiyle intifa sözleşmesi sona erecektir. Ancak bu durum başlangıçta geçerli bir şekilde tesis edilmiş intifa hakkını kendiliğinden yolsuz tescil edilmiş bir aynî hakka dönüştürmez. Daha açık ifadeyle bize göre dönme veya fesih ya da bozucu koşulun gerçekleşmesi aynî etkili değildir.”. Aynı yönde, **Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah, Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, 131, 156 vd.; **Belen**, Süresinden Önce Devir, 50.

⁵⁹⁷ Aynî hakkın başlangıçta geçerli bir şekilde tescil edilmiş olmasına rağmen hakkın temelinde yatan borçlandırıcı sözleşmenin sonra ermesiyle hakkın kendiliğinden yolsuz tescile dönüşmeyeceği hakkında Yargıtay’ın ilgili kararı için bkz. Y.14.HD., 13.04.2012, E. 2012/1604, K. 2012/5522 (Kazancı İçtihat Bilgi Banakası).

⁵⁹⁸ Arsa payı karşı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin baştan tapu devri yaptığı hallerde sözleşmeden dönülmek istenirse bu durumda mülkiyeti devralan üçüncü kişilerin kazanımlarının âkibetinin ne olacağına ilişkin yapılan bir değerlendirmeye göre “Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinde (yani inşaatın ulaştığı oran haklı gösterdiğinde) ise o zamana kadar ifa edilen edimler geçerliliğini korumaktadır. Arsa sahibi baştan mülkiyeti devrettiği, yüklenici de kendisine devredilen payı üçüncü kişilere devrettiği için üçüncü kişi tapudaki kayda istinaden zaten mülkiyeti kazanmış olur. Bir başka deyişle sözleşmeye istinaden baştan yapılan devir geçerli bir hukukî sebep teşkil ettiği için yüklenici adına yapılan tescil geçerlidir. Bu tescile istinaden üçüncü kişiye yapılan devir de geçerlidir.”. Söz konusu yorumdan da anlaşılacağı üzere baştan

leşme olacaktır. Özellikle klasik dönme görüşü taraftarları bu görüşü savunmaktadır. Dönme/fesih beyanı aynî etki doğurmayacağı için TMK m. 716 gereği açılacak bu dava sebepsiz zenginleşmeye dayalı tescile zorlama davası olacaktır⁵⁹⁹.

Dönme ve fesih hakları yenilik doğuran haklardır. Ancak her iki hakkın borçlandırıcı işlem üzerindeki etkileri de farklıdır. Dönme beyanının hukukî etkisine ilişkin tartışmalar⁶⁰⁰ dikkate alındığında dönmenin aksine feshin ileriye etkili sonuç doğurduğu tüm hukuk düzeni tarafından kabul edilmektedir.

Diğer yandan, tescil baştan yolsuz olabileceği gibi tescile esas hukukî sebebin sonradan ortadan kalkması halinde de yolsuzlaşabilir. Sonradan ortadan kalkması kapsamında dönme, iptal haklarının kullanılması örnek gösterilebilir. Ancak bu gibi durumlarda hak, baştan itibaren geçerli olarak kurulmuşken yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla sonradan geçersiz hale gelmektedir. Dönme ve iptal hakkının hukukî işlem üzerindeki etkileri sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz hale getirmesi sebebi ile geçmişe etkilidir. Öte yandan, fesih halinde hakkın kullanılması tüm diğer sona erme sebeplerinin aksine ileriye etkilidir. Bu durumda feshin tescil üzerindeki etkisinin fesih hakkının etkileri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Şu hâlde, feshin ileriye etkili sonuçları göz önünde bulundurulduğunda ta-

geçerli bir sebebe dayanan tescil fesih sebebi ile geçersiz sayılmamıştır. Bkz. **Arat**, Ayşe/**Akçaal**, Mehmet, 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, SÜHFD, Y. 2018, C. 26, S. 2, 388.

⁵⁹⁹ **Özmen/Aydın**, İptal Davası, 190 vd.; Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini zamanında ifa etmemesi sebebi ile arsa sahibinin dönme hakkını kullanması halinde sözleşmenin geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkacağı, yükleniciye verilen arsa paylarının da arsa sahibine döneceği kabul ettiği görülmektedir. Bu durumda Yargıtay'ın dönme sebebi ile tescilin sebebinin ortadan kalktığını, yolsuz tescil haline geldiğini ve mülkiyetin de arsa sahibine döneceğini kabul etmesi sebebi ile aynî etkili dönme görüşüne yakın bir yaklaşımda olduğu, bu sebeple iadenin istihkaka dayalı olması gerektiği düşünülecekse de Yargıtay dönme sebebi ile iadenin kapsamını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırmaktadır. Hatta iadenin kapsamının dayandığı hukukî sebep ne olursa olsun iyiniyetli üçüncü kişilerin TMK m. 1023 gereği korunması gerekirken Yargıtay, yüklenici ile sözleşme yaparak arsa payı satın alan üçüncü kişileri yüklenicinin halefi saymakta ve yüklenicinin edimini ifa etmemesi ihtimalinde üçüncü kişilerin arsa paylarının arsa sahibine döneceğini baştan itibaren bildiklerini buna rağmen satın aldıklarını kabul ederek üçüncü kişileri kötüniyetli saymakta, TMK m. 1023'ün korumasından müstesna tutmaktadır. Bkz. **Arat**, Ayşe, Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018, 140 vd., özellikle 146 ve dn. 178.

⁶⁰⁰ Dönmeye ilişkin teoriler için bkz. **Buz**, Dönme, 118 vd.; **Eren**, 1144-1146; **Serozan**, Dönme, 59 vd., 73 vd.

raflar arasında iade yükümlülükleri kapsamında üst hakkı sahibi açısından hakkı terkin etme borcu doğduğu kabul edilmelidir⁶⁰¹. Hak sahibinin bu borcunu kendi rızasıyla ifa etmesi uygulamada da beklenmeyeceği için taşınmaz maliki TMK m. 716 gereği sebepsiz zenginleşmeye dayanan terkine zorlama davası ile feshin tespitini ve tescilin terkinini mahkemeden talep edebilir⁶⁰². Bu durumda hâkimin vereceği karar feshin haklı olup olmadığının tespiti hükmü ile terkine karar verilmesi hususunda inşâî bir nitelik gösterir. Mahkemenin verdiği kararın kesinleşmesi ile de hak terkinden önce sona ermiş kabul edileceği için terkin açıklayıcı niteliği haiz olacaktır.

Uygulamada genelde “tapu iptal ve tescil davası” olarak adlandırılan, ancak aslında “yolsuz tescilin düzeltilmesi” talep edilen, hazineye ait taşınmazlar üzerinde kurulan “üst haklarının iptaline” ilişkin açılan birçok dava bulunmaktadır⁶⁰³.

Bu noktada “üst hakkının iptali” talebinden ne anlaşılması gerektiğinin tespiti önem arz eder. Çoğunlukla hakkın sona ermiş olması sebebiyle veya borçlandırıcı

⁶⁰¹ Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 802/N. 2813, dn. 151; **Gürzumar**, 136; **Demirsatan**, 86.

⁶⁰² Türk Medenî Kanunu’nun 1014. maddesine göre terkine yetkili olan kişi üst hakkı sahibidir. Üst hakkı sahibinin yazılı başvurusu ile üst hakkı terkin edilecektir. Bu sebeple tasfiye ilişkisi içinde üst hakkının terkinini üst hakkı sahibinin Kanun’dan doğan bir borcudur. Ancak bu borcun mutlak suretle üst hakkı sahibine bağlı olduğunu kabul etmek dürüstlük kuralı gereği taraflar arasında çekilmez hale gelen ilişkiyi daha da uzatmak ve zorlaştırmak anlamına gelecektir. Bu sebeple üst hakkı sahibi bu borcu ifa etmese dahi taşınmaz maliki de TMK m. 716’ya mahkemeden alacağı terkin kararı ile tapuya başvurmak suretiyle terkinini gerçekleştirebilmelidir. Aynı yönde bkz. **Antalya/ Topuz**, Eşya Hukuku, N. 581, 173; **Belen**, Süresinden Önce Devir, 50.

⁶⁰³ Y.14.HD.’nin 21.05.2019 tarih 2018/2793 E. 2019/4607 sayılı kararından taraflar arasında mahkemece TMK m. 838 gereği “diğer irtifaklar” kapsamına dahil edilmekle beraber, kanaatimizce arazi üzerindeki mevcut bir yapının muhafaza edilmesi şeklinde, kültür ve sanat merkezi olarak kullanılması kaydıyla davalı lehine kırk dokuz yıllığına üst hakkı kurulduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu davada davacı, davalının yapı dışındaki araziye sözleşmeye aykırı olarak kullandığı iddiası ile sözleşmenin feshi gerekçesiyle hakkın terkinini talep etmektedir. Daire, sözleşmeye aykırılık gerekçesi ile hakkın terkinine ve ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Taraflar aralarında yaptıkları sözleşmede hak sahibinin sözleşmeye aykırı davranması halinde arazi maliki idare tarafından irtifak hakkının iptal edileceğini kararlaştırmışlardır. İleride açıklandığı üzere taraflarca kararlaştırılan veya talep edilen, irtifakı kurucu sözleşmenin feshedilmesi ve buna bağlı olarak tapudan hakkın terkinidir. Zira, sözleşmeye aykırılık halinde kullanılacak yenilik doğuran hak fesih hakkıdır. Bu sebeple tarafların sözleşmeye koydukları iptal hakkına dair hükmün özel fesih hükmü olarak anlaşılması gerekmektedir. (Bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Aynı şekilde AYM, 2.B., 12.09.2019 tarih, 2016/15702 sayılı bireysel başvuruda hazineye ait orman vasıflı bir turizm alanının otel yapılmak amacıyla bir şirkete kırk dokuz yıllığına üst hakkı kapsamında tahsis edildiği, ancak şirketin sözleşmede taahhüt edilen süreler içinde inşaatı tamamlamadığı, ek süre verilmesine rağmen neticenin değişmemesi sebebi ile tahsis işleminin iptal edildiği (yani sözleşmenin feshedildiği), bu iptal işleminin ise mülkiyet hakkının ihlali teşkil edeceğinden iptal işleminin kaldırılmasının talep edildiği görülmektedir. (Bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Diğer kararlar için bkz. § 5/II, C, 2, c.

işlemin sona ermesine bağlı olarak sebebe bağlılık ilkesi gereği tapudaki kaydın yolsuz tescile dönüştüğü iddiası ile yolsuz tescilin düzeltilmesi davası mahiyetinde “hakkın iptali ve/veya tapunun iptali” talebinde bulunmaktadır⁶⁰⁴. Zira, “aynî hakkın iptali” kavramının hukuken karşılığı bulunmamaktadır. Öyle ki, hakkın tapudan terkin veya tescili söz konusu olabilir⁶⁰⁵. İptal kavramı ise hukuken ya irade bozukluğu (*willensmängel*) sebebi ile sakatlanmış bir hukukî işlemin iradesi sakatlanan tarafça şartları dahilinde geçersiz kılınması halinde kullanılır yahut idari bir işlemin ortadan kaldırılmasına karşılık gelmektedir. Özetle; iptal, hukukî ve idari işleme yöneliktir. Türk Medenî Kanunu ve Tapu Sicil Tüzüğü’ne göre bir hakkın tesisi ve kaldırılması tapuya yapılacak tescil ve terkin işlemleri ile mümkündür. Tescil kurucu, terkin ise sona erdirici bir fonksiyona sahiptir.

İptal, hukukî işleme ilişkin bir kavram olduğu için, “hakkın iptalinden” kastedilen hukukî işlemin iptali ise yine burada bir kavram kargaşası ile karşılaşılacaktır. Üst hakkının dayanağı olan hukukî işlem resmî senetle düzenlenmiş olan üst hakkı sözleşmesidir. Bir sözleşmenin iptali yukarıda ifade ettiğimiz gibi irade bozukluğu hallerine münhasırdır. Bunun dışında olsa olsa taraflar, sürekli edimli bir borç ilişkisinde sözleşmenin feshini talep edebilirler. Fesih hakkının kullanılmasına bağlı olarak da hakkın tapudan terkin söz konusu olur. Kanaatimizce “hakkın iptali” tabiri, hukukî kavramların doğru kullanılmaması sebebi ile tarafların iradelerini hukuken karşılayacak bir ifade değildir. Tüm bu davalarda temeldeki üst hakkı sözleşmesinin feshedildiği, bu feshe bağlı olarak da hakkın sona erdirilmesi ve tapudan terkin talebiyle davanın açıldığı görülmektedir⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Aynı yönde bkz. **Özmen/Aydın**, İptal Davası, 184; Aynı durumun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, üçüncü kişilerin kazanımlarına dair Yargıtay’ın tutumuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Arat**, Üç Köşeli İlişki, 152 vd..

⁶⁰⁵ Bunun dışında kanun koyucunun TMK m. 998’de “taşınmazların tapuya kaydı” ve TMK m. 999/II’de “tapudan çıkarılma” terimlerini kullandığı görülür. Benzer terimlere Tapu Sicil Tüzüğü’nde de yer verilmiştir. Sadece Kamulaştırma Kanunu m. 36’da tapu kaydının iptali terimi kamulaştırılmış bir taşınmazın orta malı ve hizmet malı sayılması sebebi ile özel mülkiyete elverişli değilken yeniden bir gerçek veya tüzel kişi adına tapuya kaydedilmesi halinde bu kaydın mahkeme kararı ile terkin edilebileceği anlamında kullanıldığı görülmektedir. Diğer tespitler için bkz. **Özmen/Aydın**, İptal Davası, 180 vd.

⁶⁰⁶ Çoğunlukta “üst hakkının iptali” kavramının TMK m. 716 kapsamında terkin zorlama davası olarak anlaşılması gerektiği bazı kararlar: İzmir BAM 14.HD., 13.07.2020, E. 2018/792 K. 2020/761; Y.14.HD., 27.12.2016, E. 2016/7188 K. 2016/10889; Y.14.HD. 15.07.2008 E.

Diğer yandan “tapu iptal ve tescil davası” adı altında açılan davanın dayandığı hukuki sebep açısından durum ele alınacak olursa; uygulamada “istihkak davasına dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi” taleplerinin bu dava altında talep edildiği görülmektedir⁶⁰⁷. Sebebe bağlılık ilkesini esas alan bu yaklaşım altında hukuki sebepler arasında hiçbir ayırım yapmaksızın TMK m. 716’ya dayalı davalar da yine “tapu iptali ve tescili” talebiyle açılmaktadır. Hatta, “tapu iptali ve tescil davası” adı altında “tescile zorlama” ve “yolsuz tescilin düzeltilmesi” davaları başta olmak üzere tüm taşınmaza ilişkin talepler bu kapsamda ileri sürülmektedir⁶⁰⁸. Bu noktada üst hakkının feshine ilişkin “tapu iptali ve tescili” davasının sebebe bağlılık ilkesi esas alınırsa “istihkaka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi” davası olarak, soyutluk ilkesi esas alınır da TMK m. 716 hükmü gereğince “sebepsiz zenginleşmeye dayalı terkinde zorlama davası” olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak, her halükârda TMK m. 716’dan doğan tescile/terkinde zorlama davasının “tapu iptali ve tescil” olarak adlandırılmaması gerekir⁶⁰⁹.

Bu noktada üst hakkının feshi halinde açılacak dava, fesih beyanına rağmen terkin borcunu yerine getirmeyen hak sahibine karşı feshin aynî etkisi olmaması se-

2008/8489 K. 2008/9331; Y.12.CD., 18.03.2016, E. 2014/20748 K. 2016/4501; Antalya BAM 1.HD., 07.03.2019, E. 2018/1266 K. 2019/320; Y.8.HD., 17.06.2021, E. 2018/15778 K. 2021/2445; Y.6.HD., 21.03.2011, E. 2011/2760 K. 2011/3396; Y.6.HD., 30.10.2010, E. 2010/10809 K. 2010/13084; Y.6.HD., 02.06.2021, E. 2019/13653 K. 2021/7629; Y.14.HD., 20.12.2018, E. 2016/4310, 2018/9285 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta Hazineye ait taşınmaz üzerinde Belediye lehine yirmi yıllığına üst hakkı tesis edildiği, üst hakkı sözleşmesinde “*Bakanlık’ın izni olmadan kiraya verilemeyeceği, üst hakkının iptali başlıklı maddede sayılı maddelere aykırılığın sözleşmeye aykırılık sayılacağı ve üst hakkının iptal edileceği*” hüküm altına alınmıştır. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları üst hakkının iptali kavramı kanaatimizce üst hakkının feshi olarak anlaşılmalıdır. Zira, sözleşmeye aykırılık halleri sayıldıktan sonra sözleşmenin iptalinin talep edileceğine yönelik tarafların iradesi yine kavramların taraflarca doğru kullanılmamasına bağlı olarak kavram kargaşasına sebep olmuştur. Burada tarafların iradelerinden anlaşılması gereken üst hakkı sözleşmesinin feshi ve hakkın tapudan terkinidir.; Aynı şekilde Gaziantep BAM 14.HD.’nin 23.05.2017 tarih, 2017/161 E. 2017/187 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta da sözleşmede hakkın iptaline ilişkin tesis edilen hükmün fesih hükmü olarak anlaşılması gerektiği ve uyuşmazlıktaki üst hakkının iptali talebinin de fesih sebebi ile hakkın terkinini şeklinde anlaşılması gerekmektedir. (Kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶⁰⁷ Özmen/Aydın, İptal Davası, 180.

⁶⁰⁸ Arslan, 91-92; Özmen/Aydın, İptal Davası, 190 vd..

⁶⁰⁹ Arslan, 91-92; Özmen/Aydın, İptal Davası, 190 vd.

bebi ile devam eden sözleşme ilişkisi kapsamında, nispi güçteki bir talep yetkisi veren TMK m. 716'ya dayanan “tescile/ terkine zorlama davası” şeklinde olacaktır⁶¹⁰.

Fesih hakkının kullanılması neticesinde hak kendiliğinde sona ermiş sayılmayacağı için malik TMK m. 716'ya dayalı terkin talebinde bulunduğu takdirde mahkemenin kararına kadar hak sahibi haktan yararlanmaya devam eder. Bu süre zarfında hak sahibi iadeyi zorlaştıracak kötüniyetli tasarruflarda da bulunabilir. Hak sahibinin adı tapudan silinmediği sürece tapu sicilinin aleniyeti gereği her türlü hukukî işlemin hak sahibi tarafından yapılmaya devam edilmesi mümkündür ve hatta uygulamada da bu örneklerle sıkça rastlanılmaktadır. Bu durumda olsa olsa TMK m. 1010 gereği “çekişmenin tapuya şerh ettirilmesi” suretiyle tasarruf yetkisinin kısıtlanması talep edilebilir⁶¹¹. Şerh sureti ile hak sahibinin tasarruf yetkisine getirilecek kısıtlamalar taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan hak sahiplerine karşı da ileri sürülebiyecektir (TMK m. 1010/II). Aksi halde dava sona erene kadar sözleşme ilişkisi devam edeceğinden üst hakkı sahibi hakkı başkasına devredebilir yahut üst hakkı üzerinde kira tesis edip taşınmaz malikini zor durumda bırakmaya çalışabilir. Aksi halde iyiniyet hükümlerinin uygulanmasına gerek olmadan üçüncü kişilerle yapılan işlem geçerli sayılabilecektir⁶¹².

⁶¹⁰ Bu kapsamda açılan ifa davası ile üst hakkının içeriğinden kaynaklanan yetkiler malikin yetkilerine karışacaktır. Yenilik doğuran karar hakkındaki incelemeleri için **Tek**, 272; **Özen**, intifa hakkı açısından benzer bir yaklaşımla tasfiye ilişkisinde terkin borcunun yerine getirilmemesi halinde malik tarafından açılacak davanın “terkine zorlama davası” olacağı görüşündedir. Bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 177; **Dönme** veya fesih beyanı ile malik mülkiyete kavuşamayacağı, hak hâlâ geçerli olarak varlığını devam ettirdiği ve tescil yolsuz hale gelmediği için açılacak dava “tapu sicilinin düzeltilmesi davası” değil nispi güçteki “tescile zorlama davası” olduğu yönünde bkz. **Serozan**, **Dönme**, 619-620; Aynı yöne bkz. **Belen**, Süresinden Önce Devir, 50. Yazar dönme hakkını kullanan taşınmaz malikinin talebine karşı üst hakkı sahibinin kayıtsız kalması halinde TMK m. 716 gereği tescile zorlama davası açması gerektiği görüşündedir.; Doktrinde soyutluğu görüşünü savunmakla beraber sebepsiz zenginleşme sebebiyle iade talebinin tescile zorlama davası ile değil, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile ileri sürülmesi gerektiğine dair görüşler de bulunmaktadır. Öz’ün bu görüşü ile ilgili bkz. **Arat/Akçaal**, 386.

⁶¹¹ Aynı yöne bkz. **Belen**, Süresinden Önce Devir, 50.

⁶¹² Aynı yöne bkz. **Belen**, Süresinden Önce Devir, 50. Yazar dönme hakkını kullanan taşınmaz malikinin talebine karşı üst hakkı sahibinin kayıtsız kalması halinde TMK m. 716 gereği tescile zorlama davası açması gerektiği ve buna ek olarak da TMK m. 1010 talep edilmesi gerektiği görüşündedir.

3. Eski Hale Getirmenin veya İhlali Gidermenin Sona Erme Talebi Üzerine Etkisi

Taşınmaz maliki üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırılığı gerekçesiyle fesih hakkını kullanmak istemiş ancak fesih ihtarından sonra hak sahibi sözleşme ilişkisini ihlalden önceki duruma veya sözleşme ile kararlaştırılan şartlara uygun hale getirmişse bu durumun fesih üzerine etkisi üzerinde durulması gerekir.

Kanun koyucunun temerrüt açısından TBK m. 124'te öngördüğü hallerde olduğu gibi üst hakkı sözleşmesine aykırılık halinde de ihtar gerektirmeyecek ağırlıktaki ihlaller dışında malikin üst hakkı sahibine dürüstlük kuralı gereği fesih ihtarında bulunulması gerektiğini ifade etmiştik. Aksi halde, üst hakkı sahibinin giderebileceği bir ihlal söz konusu ise bu imkân üst hakkı sahibine tanınmazsa malikin fesih hakkını kullanması hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir.

İhtar çekilmiş ve muhataba ihlali gidermesi için bir imkân tanınmışsa, muhatap da bu süre zarfında ihlali gidermişse bu durumda feshe esas teşkil eden bir hukukî sebebi kalmamış olur. Başka bir ifade ile fesih, hukukî sebepten yoksun hale gelir. Zira, malikin fesih hakkına başvurmasının asıl sebebi hak sahibinin sözleşmeye ağır yükümlülük ihlali sebebi ile aykırı davranmasıdır. Malik fesih sebebi ile dava açmasıdaki öncelikli amacı sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırmaktır. İhlalin giderilmiş olması malikin fesih hakkını kullanmasını gerektirecek bir dava sebebi de kalmadığını gösterir. Bu sebeple malikin fesih beyanı sonuç doğurmayacak, sözleşme ilişkisi devam edecektir.

Esas sorun muhatabın kendisine verilen süre dışında eski hale getirme veya ihlali giderme girişiminde bulunması halinde fesih sebebi ile açılmış olan davanın âkibetinin ne olacağıdır. Bu ihtimalde üst hakkı sahibi malikin kendisine ihlali sona erdirmesi için verdiği süre zarfında ihlali gidermemiş, malik de feshin tespiti ve hakkın terkin için dava açmıştır. Dava açıldıktan sonra hak sahibi ihlali giderdiğini veya eski hale getirdiğini malike bildirirse bu durumda malikin fesih talep etmesinde hukukî yararı var mıdır? Böyle bir durumda ihlalin giderilmiş olmasını feshe esas teşkil eden sebebin ortadan kalkması sebebi ile davanın konusuz kaldığını mı söylemek gerekir? Yoksa, hak sahibinin kendisine verilen sürelerle uymayarak ihtarla verilen

süre içinde ihlali gidermemesi malikin davasının kabulü sonucunu doğurarak feshin sonuçlarına katlanmasını mı gerektirir?

Malik hak sahibinin ihlali gidermemesi sebebi ile sözleşmenin feshini mahkemen talep etmiş olsa da mahkemenin vereceği karar kesinleşene kadar üst hakkı ilişkisinin devam ettiği unutulmamalıdır. Kesinleşme tarihine kadar fesih henüz hüküm ve sonuç doğurmadığı, üst hakkı sözleşmesi de varlığını devam ettirdiği için sona ermiş bir hukukî ilişkinin yeniden canlanmasının mümkün olup olmadığından söz edilmeyecektir. Aynı sonuca ise fesih beyanının tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuç doğurduğu haller için söylemek mümkün değildir. Zira, doktrinde tek taraflı fesih beyanının muhatabın hukuk alanına ulaşması ile sonuç doğurduğu hallerde fesih beyanının geri alınıp alınamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Genel kural yenilik doğuran haklar kullanılmakla tükenir, muhatabın hukuk alanına ulaşmış bir yenilik doğuran hak ortandan kaldırılamaz⁶¹³. Bunun tek yolu yeniden bir sözleşme yapmaktır⁶¹⁴. Ancak bu kuralın mutlak olduğunun kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Özellikle tarafların menfaatleri gerektiriyorsa muhatabın muvafakati alınmak kaydı ile veya beyan sahibinin fesih için gerekli şartların oluşmadığı itirazında bulunması halinde fesih beyanı geri alınabilmelidir⁶¹⁵. Üst hakkı sözleşmesinde ise fesih henüz hüküm ve sonuç doğurmadığı için malik üst hakkı sahibinin bu ihlali her zaman giderme imkânı vardır. Üst hakkı sahibi ihlali giderir veya eski hale getirirse malik fesih beyanını geri alabilir. Hatta geri alması da gerekir. Şu hâlde malikin fesih talep etmesinde hukukî yararı kalmamıştır. Zira, malik açısından ihlalin giderilmiş olması sözleşmenin ayakta tutulması için yeterli ise bu durumda fesih hakkının kullanılmasında menfaati kalmamıştır.

Diğer yandan, ihlal giderilmiş olsa da yine malik açısından ihlalin yarattığı zararlar tamamen tazmin edilmemiş olabilir (özellikle ihlal sebebi ile mesleki ve ticari

⁶¹³ **Seliçi**, 129; Bu görüş taraftarları, muhatabın muvafakati dahi olsa eski durumun yeniden tesis edilemeyeceğini kabul eder. **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, 443 vd. ve 444, dn. 4'tek, yazarlar, 470 vd.; **Buz**, Dönme, 307 vd.;

⁶¹⁴ Ancak borçlunun, beyan sahibinin kararsızlığı sebebi ile git gel ilişkisi içine düşmesini önlemek amacıyla beyan sahibinin yenilik doğuran hakkın kullanılması ile kurulan yeni durumun kesinliğine güvenebilmesi gerekir. Zira, borçlunun ve hatta üçüncü şahısların da korunması gereken menfaatleri söz konusudur. Bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, 471, 472.

⁶¹⁵ **Seliçi**, 130, 131; **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, 471 ve dn.80'deki yazarlar, 473.

itibarının zarara uğraması söz konusu ise durum böyledir). Şu hâlde, malik geri alma beyanında bulunmayabilir⁶¹⁶. Haklı neden teşkil edecek, ihlalin giderilmiş olmasının dahi malik açısından yetersiz olacağı durumlarda üst hakkı sahibinin ihlali gidermesi veya eski hale getirmesi ancak ileride tazminat taleplerinde indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

III. TMK M. 833 GEREĞİ AĞIR YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ SEBEBİ İLE SONA ERME VEYA DEVİR İSTEME YETKİSİ

Taraflar bir sözleşme ilişkisi içinde irade serbestisi gereğince sözleşmenin sona erdirilmesine dair özel fesih hükümleri getirebilirler⁶¹⁷. Üst hakkı sözleşmesinde tarafların süresinden önce sözleşmenin özel sebeplerle (belirli yükümlülük ihlalleri sebebi ile) sona erdirilmesi veya devrine ilişkin hüküm tesis etmeleri halinde bu hükümlerin âkîbetini kanun koyucu TMK m. 833 hükmü ile düzenlemeye çalışmıştır.

Kanun koyucu TMK m. 833 hükmü gereğince sözleşme ile saklı tutulan süresinden önce sona erme ve devir haklarına kanundan doğan süresinden önce devire ilişkin hükümlerin (TMK m. 831, 832) uygulanacağını öngörmektedir⁶¹⁸. Bu düzenleme sözleşmeye tarafların sözleşmede fesih veya süresinden önce devir hakkını saklı tuttukları hallerde de ağır yükümlülük ihlaline ve yapılar için uygun bedel ödenmesine ilişkin kriterlerin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu gündeme getirir. Şu hâlde söz konusu değerlendirmeyi ağır yükümlülük ihlali ve bedel kriterleri açısından ayrı ayrı yapmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

⁶¹⁶ Y.14.HD.’nin 30.02.2012 tarih, 3598 E. 4686 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta üst hakkı sözleşmesinde davacıya iki yıl üst üste irtifak bedelinin ödenmemesi halinde irtifak hakkını iptal edebileceği hususuna ilişkin yetki tanındığı, davalı üst hakkı sahibinin de 1989-1990 dönemlerine ait irtifak bedelini ödemediği, davacı iptale ilişkin dava açtıktan sonra davalının bedeli ödediği ilk derece mahkemesinin de bedelin ödenmiş olması nedeniyle “davayı reddettiği” görülmektedir. Yüksek Mahkeme de sonradan bedelin ödenmiş olmasının davalının sözleşmeye aykırı davranışını ortadan kaldırmayacağı, taraf iradelerinin bağlayıcı olduğu gerekçesi ile ilk derece mahkemenin kararının bozulmasına hükmetmiştir. Bkz. **Özkan**, 82-84.

⁶¹⁷ Sözleşmede taraflardan biri lehine fesih imkânı tanınmış olması haklı nedenle fesih imkânından faydalanılamayacağı anlamına gelmemektedir. Sözleşmede belirtilen fesih sebepleri aynı zamanda haklı neden olarak nitelendirilebiliyorsa somut olayda haklı nedene dayanmak fesih hakkı sahibi açısından avantajlı olacaksa (ispat veya tazminat açısından elverişlilik) sözleşme hem haklı nedene dayanarak hem de özel düzenlemeye dayanılarak feshedilebilir. Bkz. **Altıok Ormancı**, 95.

⁶¹⁸ Taraflar üst hakkını tesis ederken en baştan sözleşmede süresinden önce sona erdirmeye veya devir yetkilerini saklı tutabilecekleri gibi üst hakkı tesis edildikten sonra resmî şekil şartına uymak kaydıyla üst hakkı sözleşmesinin tadil edilmesi suretiyle de sözleşmeye ekleyebilirler.

Doktrinde ise bazı yazarlar dışında⁶¹⁹ TMK m. 833 hükmünün uygulanmasına dair kısaca TMK m. 831 hükmüne tâbi olacağı yönündeki yaklaşımdan öteye bu hususa dair başka bir açıklama getirilmemiştir. Zira, bunun altında yatan sebebin Türk doktrininde de İsviçre'deki gibi, TMK m. 831- 832 hükümlerinin emredici kabul edilmesi olduğu kanaatindeyiz⁶²⁰. Bu hususu ele alan bazı eserlerde⁶²¹ TMK m. 833'e uygulanacak hükümlerin kapsamına dair cevap bulunmaya çalışıldığı görülür. Ancak bu eserler haricinde hiçbir genel eserde TMK m. 831-832'den doğan kriterlerin TMK m. 833 kapsamına giren uyuşmazlıkların çözümünde nasıl uygulanacağına dair bir değerlendirme yapılmamıştır.

Ancak bu kriterlere ilişkin değerlendirmelerimize geçmeden önce iki husus üzerinde durulmalıdır. Bunlardan ilki TMK m. 833 hükmü gereği taraflar sözleşmede feshi kararlaştırmış olsalar da TMK m. 831 sebebi ile fesih hakkı yerine süresinden önce devir hakkının kullanılmasının gerekip gerekmeyeceğidir. İkincisi ise TMK m. 831- 832 hükümlerinin emredici olarak kabul edilmesinin TMK m. 833 kapsamında tarafların aksine bir sözleşme yapmalarına engel teşkil edip etmeyeceğidir.

Öncelikle TMK m. 833 hükmü gereği tarafların sözleşmede feshi kararlaştırdıkları hallerde TMK m. 831- 832 düzenlemeleri çerçevesinde bu fesih hakkını kullanabilme imkânının olup olmadığı incelenmelidir. Zira, doktrinde TMK m. 831 hükmünün emredici olduğu gerekçesiyle TMK m. 833'e göre sözleşmede fesih kararlaştırılmış olsa da bu hakkın ancak süresinden önce devir hakkı şeklinde kullana-

⁶¹⁹ **Gürzumar**, 137- 141; **Belen**, Süresinden Önce Devir, 45 vd.; İsviçre doktrininde genel olarak Art. 779e, 779f ZGB hükümleri emredici kabul edilmekteydi. Buna bağlı olarak da Art. 779h hükmünün de emredici sayılması gerektiği hakkında Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779h Nr. 2, 3.

⁶²⁰ Mehaz Kanun'a bakıldığı takdirde TMK m. 833 hükmünü karşılayan ZGB Art. 779h hükmünün gerekçesinde süresinden önce devir hükmünün emrediciliği karşısında sözleşmeye konulacak süresinden önce devir veya fesih yetkileri ile kanunu dolanmak suretiyle emredici hükümlerin atlatılmasının engellenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. (Bkz. BBI 1963 I 988; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779h Nr. 1). Buna göre sözleşmenin tek taraflı yenilik doğuran bir hak ile feshi sonucuna gelecek bütün sözleşme hükümleri (örneğin, sözleşmenin erken feshine ilişkin hükümler, bina dahil üst hakkı irtifakını geri alım hakkı) için de geçerli sayılmıştır. (Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 2).

⁶²¹ Bkz. **Gürzumar**, 146; **Belen**, Süresinden Önce Devir, 33- 55.

bileceği yorumu yapılmaktadır⁶²². Bu görüş taraftarları süresinden önce devir hükmünün mehzaz kanuna alınma gerekçesini ileri sürerler. Taşınmaz malikinin baskıcı ve kendi menfaatini gözetten bir yaklaşımla, basit gerekçelerle sözleşmenin bedelsiz feshedilebilmesinin üst hakkı sahibinin mağduriyetine yol açacağı gerekçesi bu görüşün dayanağıdır. Ancak, TMK m. 831 hükmü tamamlayıcı hukuk kuralıdır. Bu hükmün varlığı genel hükümler nezdinde yahut tarafların sözleşme ile kararlaştıracakları hallerde fesih hakkının kullanılmasına engel teşkil etmemektedir. Zira, üst hakkı bir sınırlı aynî hak olsa da hakkın kuruluşuna esas teşkil eden sözleşme sebebi ile Borçlar Hukukuna hâkim olan ilkelere de tâbidir. Kaldı ki, kanun koyucunun TMK m. 833'ün gerekçesinde “tarafların sözleşmedeki üst hakkının feshine dair hüküm koymalarına engel bir durum olmadığı ancak bu sözleşme hükümlerinin süresinden önce devir istemine ilişkin hükümlere tâbi olacağı” görüşündedir. Benzer şekilde mehzaz kanun gerekçesinde de ilke olarak bu düzenlemelerin geçerli olduğu ancak ZGB Art. 779f ve 779g hükümlerine uyulmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁶²³.

Kanaatimizce, kanun koyucuların yaklaşımlarından tarafların sözleşmede feshi kararlaştırmaları engellenmek istenmemiş, fakat feshin hüküm ve sonuç doğurabilmesine ilişkin şartlar belirlenmeye çalışılmıştır. Aksi takdirde fesih hakkının kanun

⁶²² **Ertaş**, N. 2434, 2435; Mehzaz Kanun’a bakıldığı takdirde TMK m. 833 hükmünü karşılayan ZGB Art. 779h hükmünün gerekçesinde süresinden önce devir hükmünün emrediciliği karşısında sözleşmeye konulacak süresinden önce devir veya fesih yetkileri ile kanunu dolanmak suretiyle emredici hükümlerin atlatılmasının engellenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. (Bkz. BBI 1963 I 988; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779h Nr. 1). Buna göre sözleşmenin tek taraflı yenilik doğuran bir hak ile feshi sonucuna gelecek bütün sözleşme hükümleri (örneğin, sözleşmenin erken feshine ilişkin hükümler, bina dahil üst hakkı irtifakını geri alım hakkı) için de geçerli sayılmıştır. (Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779f Nr. 2); TMK m. 831 hükmünün üst hakkı açısından özel hüküm niteliğinde olduğu ve hakkı doğumu itibarıyla artık fesih hakkının ileri sürülemeyeceği de doktrinde kabul bulan bir görüştür. Buna göre üst hakkı sözleşmesi tescil edilmeden önce Borçlar Kanunu genel hükümler gereği TBK m. 125’e göre sözleşmeyi sona erdirebilecekken, üst hakkı tescil edildikten sonra fesih olanağı TMK m. 831 vd. hükümlerine tâbi olacaktır. Bkz. **Gürzumar**, 136, 137; **Özmen/ Korkmaz**, 175 vd.; Aynı yönde **Isler**, Baurechtsverträge, 126.

⁶²³ ZGB Art. 779h hükmünün gerekçesinde de söz konusu sözleşme hükümlerinin geçerli olacağı ancak 779f ve 779g hükümlerine uyulmasının zorunlu olduğu açıkça vurgulanmıştır. (Bkz. BBI 1963 I 988).; İsviçre doktrininde ZGB Art. 779f hükmüne aykırı olarak tarafların koydukları sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılmayacağını ancak söz konusu hükümlerin taraflar ve hâkim açısından bağlayıcı olmadığını ifade etmektedir. Hâkim için asıl olanın sözleşmenin ihlali anındaki koşullara dayalı objektif kriterler olduğu ve bu kriterlere göre karar verilmesi gerektiğidir. Bkz. **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779f Nr.9; **Isler**, Baurechtsverträge, 128; **Friedrich**, 18; Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkileri kapsamında üst hakkı sahibinin yapıları sözleşmede belirtilen amaca aykırı olarak kullanması veya sözleşmede belirtilen amaca uymayan yapıların varlığı halinde binaların yıkılmasını sağlayabileceği hakkında bkz. **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779b, Nr.4; **Spycher**, ZK Art. 779b, Nr. 3.

hükmüyle yasaklandığı düşünülecek olursa TMK m. 831'in emrediciliği hususuna ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkı kullanmak zorunda kalması onu üzerinde birçok ipotek yüküyle yüklenmiş bir taşınmazı devralma ihtimali ile karşı karşıya bırakabilir. Bu şartlar altında taşınmaz maliki ya bu hakkı kullanmayacak, yükümlülük ihlaline göz yummuş olacak yahut üzerindeki ipotek yükleriyle bu hakkı devralıp rehinli alacaklılar ile karşı karşıya kalacaktır. Böyle bir durumda neden hukuka aykırı davranan üst hakkı sahibinin taşınmaz maliki karşısında korunmaya çalışıldığını anlamak mümkün değildir.

Bu noktada TMK m. 831-832 hükümlerinin emredici olduğu görüşünden yola çıkarak TMK m. 833'e uygulanacak kriterler açısından şu hususun da netleştirilmesi gerekir. Doktrinde hâkim görüş olarak kabul edildiği üzere TMK m. 831-832 hükümlerinin emredici olarak kabul edilmesi TMK m. 833 kapsamında tarafların öngörülen kriterlerin aksine fesih veya devir kriterleri getirmelerine engel teşkil edecek midir? Emredici hukuk kuralına aykırı bir sözleşme hükmü her iki tarafın da ortak ve hür iradesiyle sözleşmeye konulmuşsa taraflardan birinin bu hükmün geçersizliğini daha sonra ileri sürmesi ihtimali sözleşmedeki o hükmün geçersizliği sonucunu doğuracak mıdır?

Kural olarak emredici hukuk kurallarının aksi kararlaştırılmaz. Emredici kurala uymayan bir sözleşme yapılması halinde de bu sözleşme yerine emredici hukuk kuralı uygulanır. Bu kural irade serbestisinin sınırlarından biridir⁶²⁴. Bir emredici hukuk kuralına aykırı sözleşme hükmü TBK m. 27 gereği kesin hükümsüzdür. Örneğin; TMK m. 832 hükmünü emredici kabul edersek malik yapılar için bedel ödemek zorunda olacağından üst hakkı sözleşmesinde tarafların “malikin bedelsiz devir talep edebileceğine” ilişkin hükmü geçersizdir. Ancak, kanaatimizce tarafların ortak ve hür iradeleriyle sözleşmeye koydukları bir hükmün sözleşme ifa edilmeye başladıktan sonra taraflardan biri tarafından geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Zira, taraflar öncelikle hür ve ortak iradeleriyle bu hükmü sözleşmeye koymuşlardır. Ayrıca bunun karşılığında diğer yükümlülüklerde hafifletilmeye gidilmiş olabileceği gibi sözleşmeden başkaca menfaatler elde edilme-

⁶²⁴ Eren, 335; Antalya, Borçlar, C: V/1,1, 450, N. 1992 vd..

si karşılığında da hükmün bu şekilde kararlaştırılmasında mutabık kalınmış olabilir. Bu sebeple diğer menfaatleri elde ederken hükmün geçersizliği önem ifade etmezken fesih veya devir hakkının gündeme geldiği anda hükmün geçersizliğine sığınmak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Bu durum aynı zamanda üst hakkı sahibinin suistimaline de yol açabilir. Üst hakkı sahibi hükmün geçersiz olduğunu, malikin bu fesih sebebine dayanamayacağını bilerek, “ben bu ihlal gerçekleştirim, sonra da hükmün geçersizliğini ileri sürerim, malik de nasılsa sözleşmeyi feshedemez” şeklinde kötüniyetli uygulamalarına yol açabilecektir. Kesin hükümsüzlük her zaman ileri sürülebilir. Ancak baştan beri geçersizliğin taraflarca bilinmesine rağmen sırf menfaatlerini düşünerek sessiz kaldıktan sonra geçersizliğin ileri sürülmesine de imkân tanınmamalıdır. Öyle ki, benzer şekilde Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararına⁶²⁵ da konu olan bir olayda “bir tarafın kendi edimini ifadan kaçınmak için şekil noksanlığını ileri süremeyeceği bu aşamada sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak” kabul edilmiştir. Şu hâlde TMK m. 831-832 hükümlerinin emrediciliği kabul edilse dahi TMK m. 833 hükmü gereğince tarafların bu hükümlerin aksine bir düzenleme öngörmeleri halinde tarafların ortak ve hür iradeleriyle kararlaştırıp, karşılığında menfaatte elde ettikleri sözleşme hükümlerinin geçersizliğinin ileri sürülememesi gerekir. Hâkimin böyle bir durumda sözleşmenin tamamı dikkate alınarak taraf menfaatleri açısından bir tespit yapması, akabinde menfaate dayalı karşılıklı muvafakate dayanan bir irade birliği söz konusu ise de geçersizlik talebinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Açıklanan sebeple kanun koyucunun TMK m. 833 gereği fesih hakkının kullanılabilmesi açısından koymaya çalıştığı kriterlerin nasıl yorumlanması gerektiği, uygulamada hangi sorunlarla karşılaşılabilceği ve bu sorunların çözümü için hakimler açısından hukuk birliğini sağlayacak esasların neler olacağı hususunun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Çalışma konumuz üst hakkının sona ermesi olduğu için bu başlık altındaki değerlendirmelerimizde TMK m. 833 hükmü, “sözleşmede saklı tu-

⁶²⁵ YİBBGK, 30.09.1988, 1987/2 E. 1988/2 K. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); **Uluğ**, İlk-nur/**Taşdelen**, Nihat, 30.09.1988 tarihli ve E. 1987 K. 1988/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının İncelenmesi, DÜHFD, Y. 2003, S.7, 143 vd.; **Uyar**, 443.

tulan üst hakkını süresinden önce sona erdirme” diğer bir ifade ile fesih hakkı boyutuyla ele alınmıştır.

A) TMK M. 833 HÜKMÜNÜN AĞIR YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun koyucunun TMK m. 831 gereği kanundan doğan süresinden önce devir hakkının kullanılabilmesi için aradığı en önemli şart hak sahibinin ağır yükümlülük ihlalinde bulunmasıdır. Bu sebeple “hafif ihlal” kapsamında değerlendirilebilecek sözleşmeye aykırılıklar veya yetki aşımaları taşınmaz malikine devir hakkı tanımaz.

Genel anlamda TMK m. 833 kapsamındaki ağır yükümlülük ihlali kriterinin aranıp aranmayacağı ile ilgili değerlendirmelerimize genel anlamda üst hakkı sözleşmesinin hukukî niteliği göz önünde bulundurulduğunda hangi esaslar çerçevesinde feshedilebileceğini değerlendirerek başlamak yerinde olur. Üst hakkı sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir. Sürekli edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin olağanüstü fesihle sona erdirilebileceği bilinmektedir. Bu durumda malikin sözleşme ilişkisini sona erdirmeyi gerektirecek haklı bir sebebinin olması gerekir. Öte yandan, kanun koyucu haklı nedenle feshin özel bir görünümü olarak TMK m. 831 hükmü ile “ağır yükümlülük ihlali” kavramının çerçevesini belirlemiştir. Kanun koyucu TMK m. 833 ile TMK m. 831 hükmüne atıf yapmamış olmasaydı bile tarafların sözleşmede fesih hakkının saklı tuttukları tüm hallerde de üst hakkı sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi olması sebebi feshin haklı neden teşkil edecek bir sebebe dayanması gerekcekti. Bu sebeple kanun koyucu feshe ilişkin herhangi bir hüküm öngörmemiş dahi olsaydı yine de genel olarak üst hakkının feshedilebilmesi için haklı neden teşkil edecek ve sözleşme ilişkisini malik açısından çekilmez hale getirecek sebeplerin vuku bulması gerekir. Kanun koyucunun ifadesiyle TMK m. 831-833 hükümleri açısından haklı nedene karşılık gelen kriter de “ağır yükümlülük ihlali”dir⁶²⁶.

Bu genel esaslar çerçevesinde tarafların üst hakkı sözleşmesinde fesih hakkını saklı tuttukları hallerde çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurarak TMK m. 833’ün

⁶²⁶ Ağır yükümlülük kriterinin burada da aranması gerektiği hakkında bkz. **Ulus**, Üst Hakkı, 32. Aksi yönde; TMK m. 833 kapsamında yükümlülüğün ağırlık derecesinin önemli olmadığı, üst hakkı sözleşmesinden kaynaklanan hükümlere aykırı davranılmış olmasının yeterli olduğu hakkındaki bkz. **Karauz**, 80.

uygulanması açısından fesih sebebine ilişkin bazı soruların cevaplanması gerekir. Şu hâlde iki ayrı ihtimal üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. İlk ihtimal, tarafların sözleşmede fesih hakkını kararlaştırıp fesih sebebini açıkça göstermemeleridir. Bir diğer ihtimal ise spesifik olarak bir fesih sebebinin belirlenmiş olmasıdır.

Öncelikle tarafların özel bir fesih sebebi belirtmeksizin genel bir ifade ile taşınmaz malikinin fesih hakkına sahip olduğunu kararlaştırmaları halinde ağır yükümlülük kriterinin nasıl uygulanması gerektiği üzerinde duralım. Malik ve üst hakkı sahibi üst hakkı sözleşmesinde “üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırı davranması, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi veya sözleşme ile tanınan yetkilerini aşması halinde malikin fesih hakkı saklıdır” şeklinde bir fesih hükmü getirmiş olabilirler. Yahut “haklı neden teşkil edecek bir sebep söz konusu olduğunda malik sözleşmeyi feshedebilir” gibi daha da genel bir fesih hükmü öngörülmüş olabilir. Hâkimin böyle durumlarda takdir yetkisini nasıl kullanacağı önemlidir.

İlk ifadede tarafların sözleşmeden doğan bütün yükümlülükleri işaret ettiği veya üst hakkı sahibinin haktan doğan her türlü yetkisinin sınırlarının aşılmasını fesih sebebi olarak gösterdikleri görülmektedir. Ancak üst hakkı sözleşmesinin feshi için haklı neden teşkil edecek bir ağırlıkta ihlalin varlığı gerekeceği için sözleşmedeki bütün yükümlülük ihlallerinin veya hakka dayanan yetki aşımalarının aynı ağırlıkta ihlaller olması mümkün değildir. Hepsinin aynı ağırlıkta ihlaller olduğu kabul edilecek olursa ağır yükümlülük ihlali veya haklı neden kriterinin geniş yorumlanması gerektiği sonucunu doğurur. Ancak Borçlar Hukukuna göre “düzenleyici kuralların aksine anlaşmaların dar yorumlanması” gerekir. Bu sebeple TMK m. 831’in tamamlayıcı hukuk kuralı olduğu düşünüldüğünde tarafların sözleşmeye bu hukuk kuralının aksine bir hüküm koymaları halinde veya koydukları hükümlerin kapsamının belirlenmemesi durumunda genişletici yoruma gidilmemeli. Kanaatimizce genişletici bir yorumla sözleşmeye dayanan bütün ihlaller ağır yükümlülük ihlali sayılmamalı. Taraflarca fesih sebebine ilişkin yeterince açıklık getirilmemiş olan hallerde hâkimin takdir yetkisini kullanırken evleviyetle TMK m. 831 hükmünü esas alması gerekir. Hâkim ortaya çıkan her ihlalin kendi içinde feshe esas teşkil edip etmeyeceği ve yeterli ağırlıkta olup olmadığı hususunda ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Diğer yandan, kanun koyucu 833. maddenin gerekçesinde⁶²⁷ ifade ettiği üzere tarafların “önemli ölçüde” olmayan ancak “üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması” halinde sözleşmenin feshedileceğine dair sözleşmeye hüküm koymalarına engel yoktur. Ancak bu hükümler TMK m. 831 kapsamında “kanundan doğan süresinden önce devir isteme” hükümlerine tâbidir. Bu ifadenin şu şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz: Öncelikle bu hükümler geçersiz değildir. Dolayısı ile tarafların iradesi de esas alınmak suretiyle varsa boşluklar TMK m. 831 ile tamamlanarak hükmün uygulanması cihetine gidilmelidir. Örneğin, taraflar genel anlamda “üst hakkı sahibi yükümlülüklerine aykırı davranırsa sözleşme feshedilir” şeklinde bir hüküm tesis etmişse bir ihtilaf çıkması halinde ortaya çıkan sebebin ağır yükümlülük ihlali olup olmadığına bakılması gerekebilir. Hâkim bir ihtilaf halinde sözleşme hükmünün sözleşmenin feshine yeterli ağırlık teşkil edip etmeyeceği hususunda tarafların iradelerinin yorumlanmasında şu kriterleri dikkate alarak bir değerlendirme yapılmalıdır: Tarafların bu hükmü neden ve nasıl koydukları, taşınmaz malikin ve üst hakkı sahibinin bu hükmün tesisindeki menfaatleri ile sözleşmedeki güç dengesi açısından konumlarıdır. Hâkim yapacağı bu değerlendirmede sadece objektif kriterleri dikkate alarak takdir yetkisini kullanmamalıdır. Takdir yetkisini kullanırken hükmün yorumlanmasında taşınmaz malikin ve üst hakkı sahibinin sözleşmeyi yaparken içinde bulundukları konumları, tarafların bu hükmün tesisinde elde ettikleri menfaatleri de dikkate almalıdır⁶²⁸. Açıklanan sebeple, “sözleşmeye aykırılık halinde

⁶²⁷ Gereğe göre “...üst hakkı sahibinin yükümlülüklerini, 831 inci maddeden farklı olarak “önemli ölçüde” değil sadece “yükümlülüklerine aykırı davranması halinde” arazi malikin böyle bir isteme yetkisini kararlaştırmalarına engel değildir. İşte madde, böyle bir anlaşma yapıldığı takdirde, sözleşmeden kaynaklanan süresinden önce devir isteminin kanundan doğan devir istemi hükümlerine tâbi olacağını açıklamaktadır”.

⁶²⁸ Hâkimin takdirinin objektif olarak ancak somut olaydaki yarar durumu gözetilerek taraflar arasındaki maddi haklılığı sağlamalı ve kural ile amaçlanan değer yargısı ile çelişmemelidir. Bu sebeple hâkimin, takdir yetkisini kullanırken “somut olayın bütün özelliklerini (özellikle hukuken önem arz eden hal ve şartları), olayın meydana gelişini, çatışan çıkarları ve yararları, hangi çıkarın korunacağını veya korunan yararın hangi ölçüde tercih edileceğini” dikkate alması gerektiği hakkında bkz. **Antalya**, Metodoloji, 777, 778; Benzer bir yaklaşımla Altıok Ormancı, “sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshi” hususunu incelerken haklı sebebin hâkim tarafından takdirine ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Hangi olguların haklı sebep teşkil ettiği hukuku uygulayanlar tarafından somut olay nezdinde bizzat belirlenmelidir. Hâkim, somut olay adaletini sağlamak için somut olayın tüm önemli hususlarını ve tarafların menfaatlerini dikkate almalıdır. Hâkimin TMK m. 4 gereği hakkaniyete göre karar vermesi için somut olayın tüm şartlarını incelemesi gerekir. Hakkaniyete göre verilecek karar, en somut ve farklılıkları en çok gözetilen karardır. Daha sonra elde edilen değişik etkenleri taraf menfaatleri açısından dengelemelidir.” Yazarın ifade ettiği üzere hâkim haklı sebebin ağırlığını takdir ederken hem objektif olarak dürüstlük kuralı gereği hem de

sözleşmenin feshi” kararlaştırılmışsa hâkim tarafların sözleşmedeki iradelerini daha fazla dikkate alması gerekeceği için ortaya çıkan sebeplerin ağırlığını tespitinde objektif anlamda ağır ihlal kriterinden ziyade daha hafif ölçü kriteri esas alınmalıdır.

Tarafların sözleşmeye daha da genel bir ifade ile “haklı neden teşkil edecek bir sebep söz konusu olduğunda malik sözleşmeyi feshedebilir” şeklinde fesih hükmü koymaları ihtimalinde de TMK m. 831 gereği hâkimin takdir yetkisi devreye girer. Ancak burada bir önceki ihtimalden farklı olarak tarafların iradeleri veya fesih sebebine dair belirsizlik daha fazladır. Hatta, taraflar da sözleşme içi veya dışı herhangi bir sebebin haklı neden teşkil edebileceğini zımnen ifade etmektedirler. Bu durumda hâkim ağır yükümlülük ihlali kriterini daha objektif bir bakış açısıyla takdir edebilir. Her somut olayın şartları içinde meydana gelen ihlalin “ağır yükümlülük ihlali” olup olmadığı hususunda takdir yetkisini kullanmalıdır.

Esas sorun sözleşmede spesifik olarak bir fesih sebebinin (örneğin; üst hakkı bedelinin ödenmemesi halinde veya yapıların sözleşme amacına aykırı kullanılması halinde vb. sözleşmenin feshedileceği gibi) belirlenmiş olması ihtimalinde ortaya çıkar. Öyle ki, tarafların ortak iradeleriyle sözleşmenin feshi için haklı neden teşkil edeceğini kararlaştırdıkları bir fesih sebebinin daha sonra hâkim tarafında tekrar “ağır yükümlülük ihlali” kriterine göre değerlendirilmesi gerekecek midir? Başka bir ifade ile hâkim, fesih talebiyle açılan bir davada sebebin geçersizliğine veya haksızlığına ilişkin bir itiraz olmaksızın Kanun’un kendisine “ağır ihlali” tespit hususunda takdir yetkisi tanıdığı gerekçesi ile fesih sebebini ağır yükümlülük ihlali kriteri açısından yeniden değerlendirebilir mi? Yahut üst hakkı sahibi sözleşme yapılırken malikle mutabık kaldığı bu fesih sebebinin daha sonra haklı neden teşkil etmediği gerekçesi ile hükmün geçersizliğini ileri sürebilecek midir? Böyle bir ihtimalde hâkimin yaklaşımı ne olmalıdır? Mesela sözleşmede fesih sebebi olarak öngörülen bir sebep ağır ihlal teşkil etmiyorsa, TBK m. 27’ye aykırı da değilse bu hüküm geçerli sayılacak mıdır?

sübjektif olarak fesih hakkını kullanacak taraf açısından derhal feshi gerekli kılacak nitelikte olup olmadığına bakmalıdır. (Bkz. **Altıok Ormancı**, 134- 139). Görüldüğü üzere hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu hallerde ne sadece objektif esaslara göre değerlendirme yapılması ne de sadece taraflar açısından sübjektif kriterlerin ele alınması somut olay adaletini tecelli ettirebilecektir.; Benzer bir yaklaşım için bkz. **Dörttepe Okutan**, 92 vd..

Kanaatimizce, tarafların özgür ve hür iradeleri ile sözleşmede fesih sebebinin ne olduğunu belirledikleri hallerde tarafların bu iradelerinin daha sonra hâkim tarafında tekrar ağır yükümlülük ihlali kriteri açısından değerlendirilmemesi gerekir⁶²⁹. Zira, tarafların TBK m. 27'ye aykırı olmayan ve özgür iradeleriyle sözleşmeye koydukları hükümler irade serbestisi ilkesi gereğince geçerli kabul edilmelidir. Taraflar, haklı fesih teşkil edecek sebebi önceden sözleşmede kararlaştırmışlarsa bu hüküm geçerlidir ve söz konusu hüküm tarafların kararlaştırdıkları sebebe fazla önem vermiş olduklarının göstergesidir⁶³⁰. Öte yandan, hâkim fesih sebebinin haksızlığına veya geçersizliğine ilişkin bir itiraz olmaksızın kendiliğinden sebebin ağırlığına ilişkin yeniden bir değerlendirme yapmamalıdır. Fesih sebebinin tarafların kararlaştırdığı şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ile yetinmelidir. Kaldı ki, kanun koyucunun TMK m. 831 ile hâkime tanıdığı ağır yükümlülük ihlalinin tespitine ilişkin takdir yetkisinin kapsamını tarafların irade beyanında bulunmadığı veya ihlalin yeterli ağırlıkta olmadığı, feshin haksız olduğu itirazında bulunulduğu yahut taraflarca öngörülen hükmün yeterli açıklıkta olmadığı hallerle sınırlı tutmak gerekir. Takdir yetkisi, kanunda genel anlamda sınırları çizilen bir kuralın somut olayın ve toplumsal, hukukî ihtiyaçların özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından tamamlanmasıdır⁶³¹. Başka bir ifade ile kanun koyucunun bilinçli olarak bıraktığı kural içi boşlukların hâkim tarafından doldurulmasıdır. Hâkim bu kural içi boşluğu doldururken örf adet kurallarını, somut olay özelliklerini, hukuk birliğini, açık veya zımni takdir yetkisi tanıyan kuralın amacını, sosyal adalet ilkelerini vb. göz önünde bulundurur⁶³².

Ayrıca hâkim tarafların ortak irade beyanında bulundukları bir hususta tarafların sübjektif durumlarından bağımsız olarak sadece objektif kriterler çerçevesinde de

⁶²⁹ Tarafların bu hükümlerinin hâkimi bağlamayacağı hakkında bkz. **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779f Nr.9; **Isler**, Baurechtsvertrage, 128.

⁶³⁰ **Altıok Ormancı**, 118-119. Yazara göre “tarafların sözleşme ile haklı nedenle fesih hakkını ortadan kaldırmaları veya sınırlandırmaları geçerli olmamalıdır. Sözleşmede objektif olarak haklı nedenle fesih sebebi sayılabilecek davranışların fesih sebebi olmayacağı kararlaştırılmışsa bu hususlar haklı neden oluşturur ve tarafların bu görüşü hâkimin değerlendirmesinde düşünce olarak dikkate alınabilir”.

⁶³¹ **Edis**, Takdir Yetkisi, 169- 170.

⁶³² **Edis**, Takdir Yetkisi, 172-173; **Edis**, Medenî, 132; **Kırca**, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S. 1, 93-94.

bir değerlendirme yapmamalıdır. Zira, normalde bir üst hakkı bedelinin ödenmemesi genel anlamda ağır yükümlülük ihlali sayılmayabilir. Ancak taşınmaz malikinin yüksek gelirli bir kişi olmaması ve hatta tek gelirinin üst hakkı bedeli olduğu durumlar göz önünde bulundurulduğunda bir taksitin bile ödenmemesi malik açısından sözleşmenin devamını çekilmez hale getirebilir⁶³³. Başka bir noktadan bakacak olursak üst hakkı sahibi bu hükmün sözleşmeye konmasını rızai olarak kabul ederken karşılığında kendisi de ödenecek üst hakkı bedelinde indirim yapılmasını sağlamak suretiyle bir menfaat elde etmiş olabilir. Bir diğer örnek üzerinden durumu ele alacak olursak, dini değerlerine düşkün bir taşınmaz malikinin arsası üzerindeki üst hakkı kapsamında inşa edilen binanın gayriahlaki veya misyonerlik faaliyetlerinde kullanılması yine aynı şekilde ağır yükümlülük ihlali sayılabilir. Bu noktada kanun koyucunun TMK m. 831-833 hükümleri ile amaçladığı tarafların menfaatlerinin korunması, menfaatler arasında denge kurulması ise hâkimin de takdir yetkisini kullanırken tarafların hür iradeleriyle belirlediği ortak menfaatlerini yansıtan iradelerinin aksine hareket etmemesi gerekir. Hâkimin sadece objektif açıdan yapacağı yorum hakkaniyet gereği somut olay adaletinin tesisini sağlamayacağı gibi taraf iradelerine gereğinden fazla müdahale edilmesi sonucunu doğurarak sözleşme hukukuna hâkim olan ilkelerin de ihlali anlamına gelir. Sonuç itibarıyla, hâkimin fesih talebiyle açılan davada fesih sebebinin geçerliliğini ve haklılığını incelerken tarafların ortak iradesini asıl almalıdır. Bu değerlendirmeyi yaparken de objektif kriterleri göz önünde bulundurup sözleşmedeki sebebin “objektif anlamda ağır ihlal sayılmadığı” gerekçesi ile fesih talebini reddetmemelidir.

Üst hakkı sözleşmesinde fesih sebebi tarafların ortak ve hür iradeleriyle kararlaştırılmışsa bu sebebin/hükmün geçersizliği üst hakkı sahibince ileri sürülemezdir. Zira, geçersizliğin ileri sürebilmesi için haklı gerekçelerinin olması ve bu iddianın da ispatlanması gerekir. Örneğin, üst hakkı sahibi fesih sebebinin yeterli ağırlıkta olmadığını, bu hükmün baskı altında konulduğunu veya sözleşmenin bir kelepçeleme sözleşmesi olduğunu vb. ispat etmek suretiyle feshin haksız olduğunu ileri sürebilir.

⁶³³ YHGK.’nın 08.10.2008 tarih 14/620 E., 615 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta tarafların yaptıkları irtifak hakkı sözleşmesinin 7. maddesine “bir yılda iki taksit ödenmemesi halinde irtifak hakkının iptal edileceğini” kararlaştırdıkları görülmektedir. Bkz. **Özkan**, 72.

Böyle bir itiraz halinde veya münferiden açılacak davada hâkim üst hakkı sahibinin itirazlarının doğruluğunu tespit ederse haksız fesih sebebi ile fesih talebinin reddi gerekir.

B) TMK M. 833 HÜKMÜNÜN “UYGUN BEDEL” AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sözleşmede fesih hakkının saklı tutulması halinde düzenleyici bir hüküm olan TMK m. 832 hükmü gereğince bedel kriterinin uygulanma esaslarının tespiti de ağır yükümlülük ihlali kriteri kadar önemlidir. Zira, uygulamada sıklıkla fesih veya devir hakkının bedelsiz kullanımına dair hükümlerle karşılaşılır. Bu durumda aynen ağır yükümlülük ihlali kriterinde olduğu gibi bu hususta da farklı ihtimallere göre değerlendirme yapmak gerekir.

Ağır yükümlülük ihlali kriteri açısından cevap bulmaya çalıştığımız sorulara benzer şekilde burada da bazı hususlar üzerinde durmak gerekir. Bu kapsamda sorulacak soruları şöyle sıralamak mümkündür: Kanun gereği taşınmaz maliki fesih hakkını kullanmak için bedel ödemek zorunda mıdır? Taraflar TMK m. 832 aksine bedelsiz feshi kararlaştırabilirler mi? Sözleşmede fesih hakkı saklı tutulmuş ancak bedele ilişkin bir açıklık getirilmemişse malik bedel ödemek durumunda kalır mı?

Taşınmaz malikinin fesih hakkını kullanabilmesi için bedel ödemek zorunda olup olmadığı incelenecek olursa, bu husus ağır yükümlülük ihlalinde olduğu gibi öncelikle TMK m. 831-832 hükümlerinin emredici kabul edilmesi ile ilişkilidir. Emrediciliğin kabulü halinde TMK m. 833 gereği sözleşmeden doğan fesih hakkının kullanılabilmesi için malik, kendisine kalacak yapılar için intikal bedeli ödemek zorunda kalır. Bu hükümlerin emredici olmadığı, tamamlayıcı hükümler olarak kabul edilmesi gerektiği hususundaki görüşlerimiz çerçevesinde TMK m. 833’ün somut uyuşmazlıklarda hâkimin takdir yetkisini kullanırken hangi kriterleri göz önünde bulundurması gerektiği hususu netleştirilmelidir⁶³⁴.

⁶³⁴ YHGK., 07.04.2004, 2004/13- 208 E. 2004/211 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun üst hakkına ilişkin olduğu anlaşılan bu kararında özetle davalı Maliye Hazinesinin davacı lehine kırk dokuz yıllık turistik tesisler inşası ve işletilmesine ilişkin tesis ettiği irtifak hakkını sözleşmeye aykırılık gerekçesi ile iptal davası açmış, açılan dava neticesinde de irtifak hakkı iptal edilmiştir. Hazine’de bunun üzerine taşınmaz üzerindeki tüm yapılara ve içindeki

Doktrinde TMK m. 832- 833 kapsamında bedele ilişkin değerlendirme yapan sınırlı sayıda monografik eser olduğu görülmektedir. Bu eserlerden birinde⁶³⁵, TMK m. 831- 832 hükümlerinin emredici olduğundan yola çıkarak TMK m. 833 gereği konulan sözleşme hükümlerinin de bunlara aykırı olamayacağı bu sebeple bedel ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Aksi halde TMK m. 27 gereği söz konusu hükümlerin batıl sayılmalıdır. Ayrıca yazarın da katıldığı Türk ve İsviçre doktrininde desteklenen bir fikre göre üst hakkı sözleşmesi tescil edildikten sonra fesih olanağı TMK m. 831 vd. hükümlerine tâbidir. Bu durumda ağır yükümlülük ihlali sayılabilecek temerrüt hallerinde sözleşme feshedilebilecekken, hakkın terkin edilebilmesi için de taşınmaz malikinin TMK m. 832 gereği kendine kalacak yapılar için uygun bir bedel ödemesi gerekir⁶³⁶.

Bir başka eserde de⁶³⁷ her ne kadar bu görüşe iştirak edilmişse de çalışmanın ilerleyen bölümlerinde TMK m. 831 ve temerrüde ilişkin yapılan değerlendirmelerde süresinden önce devir hakkı “temerrüt yanında tanınan bir olanak” olarak değerlendirildi-

eşyalara hiçbir bedel ödemeksizin el koymuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na intikal eden uyuşmazlık, Hazine’nin irtifak hakkının iptali sebebi ile davacı şirketin olumlu ve olumsuz zararlarını talep edip edemeyeceği hususuna ilişkindir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu hususa dair verdiği karar da “Kemer Asliye Hukuk Mahkemesinin aynı taraflar arasında görülüp kesinleşen kararında eTMK m. 751/f ve g (TMK m. 831, 832) maddelerinin emredici olmadığı hususuna dair dayandığı gerekçenin aksine bir görüş benimsemeyerek bu görüşe iştirak ettiği, davacının olumsuz zararlarının tazminini isteyemeyeceği, zira “sözleşme feshedilerek geçersiz olduktan sonra, artık sözleşmeye dayanılarak borcun yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarardan söz edilemeyeceği” ancak bunun için de davacının kusurunun olmaması gerekirken davacının sözleşmeye aykırılığı sebebi ile kusurlu olmasının olumsuz zararlarının da tazminine imkân tanımadığı yönünde” hüküm tesis ettiği görülmektedir. Dava konusu olan üst hakkı sahibinin olum ve olumsuz zararlar kapsamındaki talepleri TMK m. 831, 832 hükümlerinde zikredilen üst hakkı konusu yapıların malike intikali sebebi ile intikal bedeline karşılık gelmektedir. Bu sebeple buradaki esas meselelerin sözleşmeye aykırılık sebebi ile üst hakkı sözleşmesinin feshinin bedele dayanma zorunluluğu olup olmadığı üzerinde toplandığını söylemek mümkündür.; Aynı şekilde Y.13.HD.’nin 22.10.2009 tarih 2009/4883 E. 2009/11965 sayılı kararında fesih sebebi ile tazminat alacağının talep edildiği uyuşmazlığın üst hakkına ilişkin olduğu karardan anlaşılmakla beraber, feshin geçerliliğini kabul etmekle beraber sözleşmeye konulan hüküm gereğince tazminat isteme hakkının bulunmadığına hükmetmiştir. (Karar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶³⁵ **Gürzumar**, 137, 138.

⁶³⁶ Doktrinde bir görüş, üst hakkı sözleşmesi tescil edilmeden önce Borçlar Kanunu genel hükümler gereği TBK m. 125’e göre sözleşmeyi sona erdirebilecekken, üst hakkı tescil edildikten sonra fesih olanağı TMK m. 831 vd. hükümlerine tâbi olacaktır. Bu durumda ağır yükümlülük ihlali sayılabilecek temerrüt hallerinde sözleşme feshedilebilecekken, hakkın terkin edilebilmesi için de taşınmaz malikinin TMK m. 832 gereği kendine kalacak yapılar için uygun bir bedel ödemesi gerekir. Bkz. **Gürzumar**, 136, 137; **Özmen/ Korkmaz**, 175 vd.; Aynı yönde **İsler**, Baurechtsvertrage, 126.

⁶³⁷ **Belen**, Süresinden Önce Devir, 47, 48

rilmiştir. Yazarın bu yorumunun, TMK m. 831 hükmünün emredici sayılmasına engel teşkil edeceği düşüncesindeyiz. Zira, önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere hükmün emredici sayılması halinde yükümlülükler aykırılık sebebi ile Borçlar Kanunu kapsamında genel hükümlere başvurmak mümkün olmayacaktır. Emredici nitelikteki bir özel hükmün varlığı genel hükümlerin uygulanmasına engel teşkil eder. Kanaatimizce, TMK m. 831- 832 hükümlerinin tamamlayıcı nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda TMK m. 833 gereği bedel ödenme şartının da tarafların sözleşmedeki iradelerinin dikkate alınması suretiyle değerlendirilmesi gerekir. Tarafların sözleşmede kararlaştırmadıkları veya o hususa ilişkin bir irade beyanında bulunmadıkları hallerde TMK m. 832 hükmünün tamamlayıcı niteliği devreye girer.

Aynı eserde yazar⁶³⁸, üst hakkının sona erdirilmesinin bedele bağlı olarak kullanılması emredici kabul edilmesi gerektiği görüşünde olmasına karşılık feshin bedele bağlı olmasını hakkın kullanılmasının ağırlaştırılması olarak görmektedir. Temerrüt ve süresinden önce devir haklarının mukayesesinde ifade ettiği üzere *“feshin hakkının bedele bağlı olarak kullanılması bu hakkın kullanılması için şartların ağırlaştırılması anlamına gelir. Malik bu bedel ödeme riskini düşündüğü takdirde hakkı kullanmaktan dahi vazgeçebilir.”*. Bu durumda hakkın içi boşalır. Böyle bir hakkın malike tanınması anlamsız hâle gelir. Zira, Borçlar Hukukunun genel hükümleri çerçevesinde gerek haklı nedenle fesihte gerekse TBK m. 117- 126 hükümleri gereği temerrüt halinde dönme veya fesih hakkının kullanılmasında kanun koyucu bedele ilişkin bir şart öngörmemiştir. Bu sebeple bize göre de fesih hakkının bedele bağlı olması hakkın kullanılması açısından bir şart olarak kabul edilmemeli, feshin sonuçlarının ileriye etkili olmasının bir sonucu olarak hakkaniyet gereği ödenmesi gerekecek bir bedel olarak yorumlanması gerekir. Hükmün bu şekilde yorumlanması hem kanun koyucunun gerekçede zikrettiği şekilde taraflar arasındaki menfaatlerinin korunmasına daha fazla hizmet edecek hem de hükmün emredici kabul edilmemesine dair görüşümüzü de destekleyecektir. Açıklanan sebeple tarafların bedelsiz feshi kararlaştırabilmeleri de mümkündür.

⁶³⁸ **Belen**, Süresinden Önce Devir, 55.

Öte yandan, sözleşme ile haklı nedenle fesih hakkının kaldırılamayacağı veya sınırlandırılmayacağı, bu hükümlerin de geçersiz olacağı ve haklı nedenle fesih imkânının doğacağı görüşünde olanlar⁶³⁹ “bedelsizlik” kaydının da benzer sebeple geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürebilirler. Bu durum kanunun tanıdığı bir hakkın, imkânın taraf iradesiyle ortadan kaldırılamayacağı ile ilgilidir. Kaldı ki, haklı nedenle fesih imkânı emredici niteliktedir⁶⁴⁰. Sözleşmede yer alan bu kapsamdaki bir hüküm geçerli sayılmaz. Ayrıca, “bir hak doğmadan haktan feragat edilemez”⁶⁴¹. Buna karşılık, TMK m. 832 açısından bedel hususu ise hakkın varlığına değil kullanılmasına ilişkindir. Kanun koyucu emredici olarak bu hükümleri getirmediyse taraflar aksini sözleşme ile kararlaştırabilirler. Şu hâlde böyle bir gerekçe ile bedelsizlik kaydının geçersiz sayılacağı da ileri sürülemez.

Görüldüğü üzere ağır yükümlülük ihlali kavramının değerlendirilmesinde olduğu gibi benzer bir yaklaşımla, “her halükârda bedel ödenecektir” yorumundan ziyade burada da bir ayrıma gidilmelidir. Örneğin, taraflar; “yapılar üst hakkının tahsis amacından başka bir amaç için kullanılacak olursa taşınmaz maliki bedelsiz fesih hakkını kullanabilir” şeklinde, belirli yükümlülüklerin ihlali halinde “bedelsiz” fesih hakkını kararlaştırmış olabilir. Tarafların üst hakkı sözleşmesini bedelsiz sona erdirmeyi kararlaştırdıkları bu gibi hallerde hâkim bir ihtilaf halinde sözleşme serbestisi ilkesi gereği bu iradelerine öncelik tanınmalıdır. Somut olayın şartlarını, tarafların menfaatlerini ve menfaat dengesini sağlamak için karşılıklı ne gibi kriterlerde değişiklikler yaptıklarını, bir tarafın eşitliği bozucu güç dengesi ile hareket edip etmediğini yahut korunması gereken başkaca bir kamu yararı olup olmadığı hususlarını da göz önünde bulundurarak değerlendirme yapılmalıdır. Zira, kanun koyucunun ifade ettiği üzere belirlenecek bedel hakkaniyete uygun bir bedeldir. Tarafların açıkça irade beyanında bulundukları hallerde de taraflardan birinin iradesini sakatlayan bir sebep yoksa yahut sözleşmede taraflar arasındaki eşitliği bozacak bir güç dengesi gelişip bir tarafı baskı altında bırakmamışsa hâkimin tarafların ortak ve hür iradesini esas alması gerekir. Bedelsizlik kaydına rağmen bedele hükmetmemelidir.

⁶³⁹ Altıok Ormancı, 117-118.

⁶⁴⁰ Altıok Ormancı, 117.

⁶⁴¹ Öztan/Gürpınar, 167-168.

Tarafların fesih hakkını sözleşmede saklı tuttukları ancak bedele ilişkin bir hüküm tesis etmedikleri hallerde ise hüküm için boşluk söz konusudur. Sözleşmedeki bu boşluğun TMK m. 832 hükmünün tamamlayıcı niteliği gereği somut olayın şartları ve üst hakkı sahibinin de kusuru gözetilmek kaydı ile hâkim tarafından doldurulması gerekir. Hâkim burada hakkaniyete göre taşınmaz malikinin bir intikal bedeli ödemesine hükmedebilir. Bedel ödeme riskine katlanması gereken bu durumda taşınmaz malikidir. Örneğin, taraflar genel anlamda “üst hakkı sahibi yükümlülükler aykırı davranırsa sözleşme feshedilir” şeklinde bir hüküm tesis edilmiş olduğunu varsayalım. Taraflar arasında feshe ilişkin bir ihtilaf çıkması halinde ortaya çıkan sebebin ağır yükümlülük ihlali olup olmadığı hâkim tarafından takdir edileceği gibi bedele ilişkin de bir boşluk söz konusudur. Taraflarca bedele ilişkin bir hüküm konmamış olduğu için TMK m. 832 gereği taraf iradeleriyle bırakılan bu boşluk tamamlanmak suretiyle taşınmaz malikinin intikal bedeli de ödemesi gerekebilir⁶⁴².

Üst hakkının sona erdirilmesinin bedele bağlı olarak kullanılmasının emredici kabul edileceği görüşüne karşılık olarak doktrinde bir yazarın⁶⁴³ da temerrüt ve süresinden önce devir haklarının mukayesesinde ifade ettiği gibi fesih hakkının bedele bağlı olarak kullanılması bu hakkın kullanılması için şartların ağırlaştırılması anlamına gelir. Malik bu bedel ödeme riskini düşündüğü takdirde hakkı kullanmaktan dahi vazgeçebilir. Zira, Borçlar Hukukunun genel hükümleri çerçevesinde gerek hâli nedenle fesihte gerekse TBK m. 117- 126 hükümleri gereği temerrüt halinde dönme veya fesih hakkının kullanılmasında kanun koyucu bedele ilişkin bir şart öngörmemiştir. Bu sebeple fesih hakkının bedele bağlı kullanılmasının hakkın kullanılması açısından bir şart olarak kabul edilmesinden ziyade feshin sonuçlarının ileriye etkili olmasının bir gereği olarak hakkaniyete göre ödenmesi gerekebilecek bir bedel olarak yorumlanması gerekir. Hükümün bu şekilde yorumlanması hem kanun koyucunun gerekçede zikrettiği şekilde taraflar arasındaki menfaatlerinin korunmasına daha fazla hizmet edecek hem de hükümün emredici kabul edilmemesine dair görüşümüzü de destekleyecektir.

⁶⁴² Bedelin tayininde hâkimin dikkate alacağı esaslara ilişkin tespitlerimiz için bkz. § 4/VI, C.

⁶⁴³ **Belen**, Süresinden Önce Devir, 55.

Son olarak, TMK m. 832 kapsamında kanun koyucunun süresinden önce devir hakkının kullanımı açısından bedel şartı getirmiş olmasının bir amacının da rehinli alacaklıların korunması olduğu yaklaşımı açısından TMK m. 833'ün değerlendirilmesi gerekir. Önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere⁶⁴⁴ TMK m. 832 kapsamında hâkimin rehinli alacaklıları korumak gibi bir zorunluluğu yoktur. Rehlinli alacaklıların üst hakkı sözleşmesindeki hükümleri bilmesi gerekir. Bu sebeple TMK m. 833 gereği hakkın bedelsiz sona ermesi sonucunda doğacak ihtimalleri de biliyor olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu duruma katlanması gereken rehinli alacaklılardır.

Diğer yandan, sözleşmede feshin kararlaştırıldığı ancak bedele ilişkin hüküm konmadığı hallerde hâkim bu boşluğu doldurarak hakkaniyet gereği bedel tayin edeceğinde rehinli alacaklıların varlığını da göz önünde bulundurarak bir bedele hükmedebilir. Zira, TMK m. 828 hükmü gereği üst hakkının sona ermesi üst hakkı üzerindeki rehin haklarının da sona ermesi anlamına gelir. Bu durumda TMK m. 832 gereği ödenecek intikal bedelinin TMK m. 829/I'in bu hükme de teşmili ile rehinli alacaklıların ödenmemiş alacaklarının güvencesi olarak kabul edilmesi gerekir⁶⁴⁵. Böylece hâkim, üst hakkı sözleşmesinin tarafı olarak öncelikle taşınmaz malikin ve üst hakkı sahibinin menfaatlerini gözetmek kaydı ile tarafların menfaatlerine ve iradelerine aykırılık teşkil etmedikçe hakkaniyet gereği rehinli alacaklıları da gözeterek uygun bir bedel ödenmesine hükmedebilir.

Sonuç itibarıyla, TMK m. 833 gereği de TMK m. 831-832 hükümlerinin kesin sınırlarla emredici olarak kabul edilmesi tarafların sözleşme ile kurduğu menfaat dengesinin bozulması ihtimalini doğuracaktır. Bu sebeple hâkimin üst hakkı sözleşmesinin sona erdirilmesi hususunda takdir yetkisini kullanacağı hususlarda hakkaniyete uygun; yani somut olay adaletini sağlayacak bir karar verebilmesi için somut olayın şartlarını, taraf iradelerini, tarafların menfaatlerini de gözetmek kaydı ile TMK m. 831-833 hükümlerinin tamamlayıcı hükümler olduğunu göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmalıdır.

⁶⁴⁴ Bkz. § 4/VI, C.

⁶⁴⁵ Bkz. § 8/I.

IV. SÖZLEŞMENİN BOZUCU ŞARTA BAĞLI OLMASININ SONA ERME ÜZERİNE ETKİSİ

Bozucu şart, taraflar arasında geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşme ilişkisini şartın gerçekleşmesi ile birlikte baştan itibaren geçersiz hale getirmesi sonucunu doğuracak olan taraflarca sözleşmeye konulmuş bir hükümdür. Sözleşme hukuken geçerli ve tüm sonuçları ile birlikte hüküm doğururken bozucu şart niteliğindeki olgunun gerçekleşmesine bağlı olarak sözleşmenin sona ermesi sonucu doğmaktadır. Bu sebeple böyle bir hükmün üst hakkı sözleşmesine irade serbestisi ilkesi gereğince taraflarca konulmuş olması halinde bu hükmün sözleşmeye ve hatta üst hakkının tesciline etkisinin ne olacağının tespiti gerekir. Zira, bozucu şart ihtiva eden sözleşmeye dayanan üst hakkının geçerli bir şekilde tescil edilebileceği sonucuna varılırsa tescilden sonraki süreçte şartın vuku bulması sözleşmenin ve üst hakkının sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Bu başlık altında böyle bir şartı taşıyan üst hakkı sözleşmesinin tescil edilip edilemeyeceği incelenmiştir.

Tarafların geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin üst hakkı tescil edilene kadar ki süre içerisinde gerçekleşecek bir olay neticesinde kendiliğinden ortadan kalkacağı yönünde bozucu şarta bağlamaları TBK m. 170 vd. ve 173 vd. hükümleri dikkate alındığında mümkündür⁶⁴⁶.

Üst hakkı sözleşmesinin bozucu şarta bağlanabilmesi imkânı sadece tescil öncesindeki aşama için söz konusudur. Taraflar arasında borçlandırıci işlem mahiyetinde tezahür eden üst hakkı sözleşmesinin bozucu şarta bağlanmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır. Örnek verilecek olursa kamu arazisinde üst hakkı tesis edilmişse üst hakkı tesis eden idare, istihdam ilişkisi sona erince üst hakkının da kendiliğinden sona ereceği yönünde sözleşmeye bozucu şart koyabilir⁶⁴⁷. Taraflar irade serbestisi kapsamında belirli şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmenin sona ereceği hükmünü öngörebilirler. Bu durumda üst hakkı sözleşmesinin bozucu şarta bağlanmış olması üst hakkı sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak karşımıza çıkacaktır.

⁶⁴⁶ Gürzumar, 166; Isler, Baurechtsvertrag, 90.

⁶⁴⁷ Isler, Baurechtsvertrag, 89, 90.

Ancak, bu mahiyette bir hüküm taşıyan sözleşmenin tescili mümkün değildir⁶⁴⁸. Zira, Tapu Sicil Tüzüğü'nün (TST) 16/II hükmündeki tescil isteminin, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamayacağı hususundaki açık ifade ile tescilin etkisini sona erdirebilecek bozucu bir şarta bağlanması yasaklanmıştır⁶⁴⁹.

Üst hakkının bozucu şarta bağlı olarak tapuya tescil edilip edilemeyeceği, irtifak haklarının bozucu şarta bağlanıp bağlanamayacağı sorusu ile ilişkili olduğundan yasağa rağmen doktrinde tartışmalara konu olmuştur⁶⁵⁰. Bir görüşe⁶⁵¹ göre tescil bozucu şarta bağlı olamaz; aksi halde işlem kesin hükümsüz sayılır. Diğer bir görüşe⁶⁵²

⁶⁴⁸ **Gürzumar**, 166.

⁶⁴⁹ Doktrinde TST m. 16/II hükmünde öngörülen tescil isteminin şarta bağlanamaması kuralı eksik bir biçimde ifade edilmiş olduğu, bu yasağın sadece bozucu şartı değil aynı zamanda geciktirici şartı da kapsadığı ileri sürülmektedir (Bkz. **Sirmen**, 174, 175; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 296; **Gürzumar**, 166, 167). Zira, bizim de katıldığımız bu görüş yazarlarına göre irtifak hakkının erteleyici şarta bağlı olarak tescil edilebileceği kabul edilirse, bu hakkın doğumu için tescil yeterli olmayacak, ancak mevcut bir hakmış gibi gözükmeye neden olacaktır. Diğer yandan, TMK m. 780/II'ye göre irtifak haklarının tescilinde taşınmaz mülkiyetine ilişkin kurallar uygulanacağı için TBK m. 243/I hükmü uygulama alanı bulacaktır. Hüküm gereğince de taşınmaz satışında şarta bağlı tescil kabul edilmemektedir. Bu durumda TST m. 16/II hükmünün de sadece bozucu şart için geciktirici şart için getirilmiş olduğu yorumu da isabetli gözükmektedir. (Aynı yönde bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 90); Tek, hakkın kuruluşunun ve tescilinin geciktirici şarta bağlı olamayacağı görüşüne iştirak etmekle beraber hakkın kullanımına ve içeriğine dahil unsurların geciktirici şarta bağlanabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre önemli olan taraflar arasındaki aynı ilişkiyi etkilemeyecek olan hükümlerin şarta bağlanmış olması gerektiğidir. (Bkz. **Tek**, 247- 249); İsviçre Hukukunda da GBV Art. 47 Abs. 1'e göre tescil başvurusunun içeriğinin koşulsuz olması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. Hitz, 65, N.108.

⁶⁵⁰ İrtifak haklarının bozucu şarta bağlanıp bağlanamayacağı ile ilgili tartışmalar için bkz. **Tek**, 250-254; İsviçre Hukukunda eski görüş irtifak haklarının bozucu şarta bağlanamayacağı yönündeydi (Bkz. **Isler**, Baurechtsverträge, 91, 92; **Riemer**, Baurecht, 28; **Henggeler**, 36; Ayrıca irtifak hakkının geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak tescil edilemeyeceği hakkında BGE 87 I 311, (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c1087311.html>, E.T. 05.10.2021)). Zamanla doktrin ve yargı kararlarıyla eski görüş terkedilmiş, ayırım yapılmaksızın her türlü irtifak hakkının bozucu şarta bağlanabileceği görüşü hâkim görüş haline gelmiştir (Federal Mahkeme'nin oturma hakkı ile ilgili verdiği karar için bkz. BGE 115 II 213, (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2115213.html>, E.T. 05.10.2021)); Üst hakkı bozucu şarta bağlanmışsa, bu durumun üst hakkının sona erme süresinin taraflarca nispi süre olarak belirlenmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. **Karauz**, 120 vd..

⁶⁵¹ **Sirmen**, Şart, 115; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, 331; Doktrinde bozucu şartın gerçekleşmenin aynı etki doğurmayacağı, bu sebeple taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin bozucu şarta bağlanamayacağı da savunulmaktadır. Bu görüşe göre bozucu şartın sadece borçlandırııcı işlemde söz konusu olabileceği TMK m. 521 ve TBK m. 292 hükümlerinde de tasarruf işleminin bozucu şarta bağlanmış olduğunun söylenemeyeceği ileri sürülmektedir. **Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, 1991, 561; Üst hakkının varlığının bozucu şarta bağlanmış olması halinde hak, süresiz veya en az süreyle kurulmuş olsa bile sürekli bir nitelik göstermiş olmaz. Bkz. **Kuntalp**, 543.

⁶⁵² **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 569; **Özakman**, 54; Aynı yönde **Tek**, 254; İsviçre Hukuku açısından aynı yönde **Isler**, Baurechtsverträge, 91, 92; **Riemer**, Baurecht, 28; Üst hakkının bozucu şarta bağ-

göre de irtifakın bozucu şarta bağlanmasının pratik ihtiyaçları karşılayabileceği savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, TMK m. 521 vd. ile TBK m. 292'yi bu görüşlerine dayanak olarak göstermektedirler. Öyle ki, TMK m. 521 vd. hükümlerine göre önmirasçının mirası kazanması bozucu olarak belli bir süreye ya da şarta bağlanmışsa ve önmirasçının kazandığı mallar arasında taşınmazlar varsa bunların önmirasçı adına tescili mümkündür. Ayrıca, TBK m. 292'ye göre de taşınmazlara ilişkin bağışlayana dönme koşullu bağışlamada aynî hakkın bozucu şartlı olarak tesciline izin verilmiştir. Böylece tescilin şarta bağlanamayacağı yasağı bozulmuştur⁶⁵³. Bu görüşe göre bozucu şarta bağlı bir irtifak hakkı da tescille doğar ve eğer şart gerçekleşirse hak maddi anlamda sona erse de şekli anlamda varlığını sürdürecektir. Böyle bir durumda da iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabı TMK m. 1023 gereğince korunur.

Doktrindeki hâkim görüşe⁶⁵⁴ göre de irtifak hakkının tescilinin şarta bağlanması tapu sicilinin açıklık ilkesinin ihlali anlamına gelir. Bu görüş taraftarları tapu sicilinin taşınmazlar üzerindeki aynî hakların durumunu açık ve şüpheye yer vermeyecek şekilde yansıtmamasının kamu menfaati açısından büyük önem taşıdığı gerekçeleriyle irtifak hakkının tescilinin şarta bağlanamayacağını kabul etmektedirler. Tescil istemi bozucu şarta bağlanır, memur da derhal tescil yaparsa tescilin etkisi de bozucu şarta bağlanmış olacağı ve TST m. 16/II' ye göre tescilin etkisinin de bozucu şarta bağlanması yasaklandığı için memurun bu tescili gerçekleştirmemesi gerekir⁶⁵⁵. Tapu Sicil Tüzüğü ile yasak getirilmiş olması başlıca gerekçe olmak kaydı ile biz de doktrinde ileri sürülen görüşlerden hâkim görüşe iştirak ediyoruz. Sözleşmenin bozucu şarta bağlanmış olması ile geçerli olarak yapılmış hukukî işlemin âkabeti, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir durumun âkabetine bağlanarak belirsizleştirilmektedir⁶⁵⁶. Zira, şartın gerçekleşmesi TBK m. 173/II'ye göre sözleşmenin hüküm

lanması halinde hakkın kendiliğinden sona ereceği ve taşınmaz malikinin terkin talebinde bulunabileceği hakkında bkz. **Schmid**, Art. 976, N. 8; **Henggeler**, 82.

⁶⁵³ **Gümüş**, M. Alper, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, B. 3, İstanbul 2013, 215.

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz. **Sirmen**, 174, 175; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 203/ N. 848, dn. 622; Yazara göre bozucu şartla elde edilmek istene sonuç, çoğu hallerde mülkiyetin devrini taahhüt eden kişiye tanınacak bir geri alım hakkı ile az çok sağlanabilir. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 296, 297; **Ünal/Başpınar**, 290; **Gürzumar**, 167

⁶⁵⁵ **Sirmen**, 174, 175.

⁶⁵⁶ **Eren**, 1195.

ve sonuçlarının kendiliğinden ortadan kalkması anlamına gelecektir. Buna bağlı olarak da tarafların borçları sona erecek, tasarruf işlemine bağlı sonuçlar sözleşme öncesi hale gelecektir⁶⁵⁷. Bu durumda taşınmazın tapu kaydında gözüken hak sahiplerinde de değişiklik meydana gelecektir. Sonuç itibarıyla, tescilin bozucu şarta bağlı olması hem tapu sicilinin açıklığı ilkesinin ihlal edecek hem de bozucu şartın varlığı hakkın âkîbetini belirsizleştirdiği için sicile güven zedeleneyecektir. Bunun sonucu olarak da tapu siciliyle korunmak istenen menfaatler zarar görecektir.

Aynî hakların tescilinin bozucu şarta bağlanamayacağına ilişkin genel kural göz önünde bulundurulduğunda irtifak hakkı sözleşmesindeki nisbi nitelikli hükümlerin bozucu şarta bağlanmasına bir engel olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Tapu Sicil Tüzüğü'ndeki açık hüküm karşısında buna bir engel olmadığını söylemek mümkündür. Zira, doktrinde de bu görüşe iştirak eden yazarlara göre bozucu şartın gerçekleşmesi ile birlikte aynî hak kendiliğinden sona ermeyecek, hakkın terkinini talep etme borcu doğacaktır⁶⁵⁸. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilmesine bir engel yoktur. Üst hakkı açısından da aynı yaklaşımın kabul edilmesi gerekir. Üst hakkı sözleşmesindeki nispi borç doğuran hükümler bozucu şarta bağlanırsa, şartın gerçekleşmesi halinde üst hakkı sahibi hakkı terkin borcu altına girecektir. Terkin borcunu ifa etmeyen üst hakkı sahibine karşı da kıyasen TMK m. 716 hükmü uygulanmak suretiyle taşınmaz maliki mahkemeden terkin kararı verilmesini isteyebilir. Bu durumda mahkemenin terkin kararı inşaî bir karar olarak hak sahibinin terkin beyanı yerine geçecek ve terkin açıklayıcı terkin niteliğine sahip olur.

Sonuç olarak, irtifak haklarının kurulmasına veya devredilmesine yönelik borçlandırıcı işlemlerin ve pek tabii ki, üst hakkı sözleşmesinin de borçlandırıcı işlem olarak şarta bağlanmasına engel yoktur⁶⁵⁹. Taraflar, irade serbestisi gereği üst hakkı

⁶⁵⁷ Üst hakkı sözleşmesi sürekli nitelikte bir borç ilişkisi olduğu için TBK m. 173/III'e göre yerine getirilen edimlerin geçerliliklerini korurlar. Hukuken bozucu şarta bağlı sona ermenin sonuçları (aynî sonuçlar hariç) şartın gerçekleşmesinden itibaren ileriye etkili sonuç doğurmaktadır. Ancak, taraflar şartın geçmişe etkili sonuç doğurmasını sözleşmede kararlaştırabilirler. Bkz. **Eren**, 1202, 1203.

⁶⁵⁸ **Gürzumar**, 172; **Sirmen**, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, 106.

⁶⁵⁹ Aynı yönde bkz. **Sirmen**, 175; Şarta bağlı olarak yapılan taahhüt işlemlerinin tescil edilebilmesi için şartın gerçekleşmesini beklemek gerekir. Şarta bağlı olarak yapılan bir taahhüt işlemi, şartsız olarak tescil edilebilir bu takdirde de ilgililerin TMK m. 1025 hükmüne dayanan dava hakları saklıdır. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 297; Bu durumda şart gerçekleşirse aynî hak kendiliğinden ortadan

sözleşmesine bozucu şart koyabilecekler ise de bu şartlar hakkın varlığını veya aynı ilişkiyi etkileyecek hükümlere ilişkin olmamalıdır. Bu kapsamda olsa olsa üst hakkının kullanılmasına ve kapsamına ilişkin hususlar bozucu şarta bağlanabilecektir. Böylece şartın gerçekleşmesi halinde de üst hakkının değil, hak sahibinin bozucu şarta bağlı olan kullanım yetkisi sona ermiş olacaktır.

§ 6. DİĞER SONA ERME SEBEPLERİ

I. KAMULAŞTIRMA

Taşınmaza bağlı irtifak haklarını dolayısıyla üst hakkını da sona erdiren bir diğer sebep kamulaştırma⁶⁶⁰. Kamulaştırma Kanunu m. 3/I'e göre kamulaştırmanın konusuna irtifakla yüklü taşınmazlar girebileceği gibi doğrudan doğruya irtifak hakları da kamulaştırmanın konusunu oluştururlar. Her iki durumda da kamulaştırma ile irtifak hakları sona ermektedir.

Kamulaştırma, kamu gücüne dayanarak devlet veya idarenin kanunda öngörülen usul ve esaslar altında özel mülkiyet konusu olan taşınmazları iktisap etmesi olarak tanımlanabilir⁶⁶¹. Doktrinde doğrudan irtifak hakkının kamulaştırılmasına “doğrudan doğruya kamulaştırma”, yüklü taşınmazın kamulaştırılması ile irtifakın sona erdiği duruma da “dolayısıyla kamulaştırma” denilmektedir⁶⁶². Uygulamada çoğunlukla kamu yararı gerekçesiyle doğrudan irtifak hakkının kamulaştırılması yoluna başvurulmaktadır. Yüklü taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı kamu yararı amacıyla yapılacak bir eserin inşasına engel oluyorsa bu takdirde irtifak hakkı doğrudan kamulaştırılır⁶⁶³.

kalmaz fakat irtifak hakkı sahibinin aynı hakkı terkin etme borcu doğar. **Tek**, 249, 250; Sadece tescil işleminin bozucu şarta bağlanamayacağı yönünde bkz. **Isler**, Baurechtsvertrag, 91.

⁶⁶⁰ **Isler**, Baurechtsvertrag, 119; **Riemer**, 49; **Freimüller**, 49; **Ünal**, 165; **Gürzumar**, 180; **Köprülü/Kaneti**, 67; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 662; **Sirmen**, 498; **Büyüktanır**, 256; **Yaylak**, Cihan, Kamulaştırmanın Sınırlı Aynı Haklara Etkisi, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 6, S. 2, 93-94.

⁶⁶¹ **Onar**, Sıddık S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. C., İstanbul 1966, 1513 vd..

⁶⁶² **Ünal**, Sona Erme, 121, Yazar doktrinde taşınmaza bağlı irtifak hakkının doğrudan doğruya kamulaştırılmasının “kısmi kamulaştırma” olarak değerlendirildiğini de ifade etmektedir.

⁶⁶³ **Ünal**, Sona Erme, 121.

Üzerinde durulması gereken bir husus da yüklü taşınmazın kısmen kamulaştırma konusu yapıp yapılamayacağıdır. Yüklü taşınmazın tamamı kamu yararı gerekçesiyle kamulaştırılabileceği gibi bir kısmı da kamulaştırma konusu yapılabilir. Bu durumda yüklü taşınmazın kısmen kamulaştırılması halinde irtifak hakkının sona ermesine ilişkin farklı sonuçlar ortaya çıkar. Kısmi kamulaştırma ile irtifaktan yararlanmak tamamen imkânsız ve faydasız hale gelmişse irtifak sona erer. İrtifak kamulaştırmadan hiç etkilenmemişse kalan kısım ile irtifak varlığını sürdürür. Fakat, irtifak kısmen etkilenmişse bu durumda da kamulaştırma dışında kalan kısım üzerinde irtifak varlığını devam ettirir. Tüm bu hallerde kamulaştırma neticesinde irtifakı sona eren hak sahipleri uğradıkları zarar mukabilinde tazminata hak kazanırlar⁶⁶⁴.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında yüklü taşınmazın kamulaştırılması taşınmaza bağlı irtifaklar için bir sona erme sebebidir⁶⁶⁵. Diğer bir deyişle yararlanan taşınmazın kamulaştırılması ona bağlı olan irtifakları etkilemezler. Bağlı bulunduğu taşınmazla beraber irtifaklar da kamulaştırmayı yapan kuruma geçerler⁶⁶⁶. Ancak üst hakkında hem yüklü taşınmazın hem yararlanan taşınmazın kamulaştırılması üst hakkını sona erdirir. Çünkü, yüklü taşınmazın kamulaştırılması ile üst hakkının konusu kalmamıştır, yararlanan taşınmaz kamulaştırılırsa da üst hakkının kullanılabileceği bir süre kalmayacaktır⁶⁶⁷. Ayrıca taşınmaza bağlı diğer irtifaklarda olduğu gibi doğrudan doğruya üst hakkının da kamulaştırma konusu olması mümkündür⁶⁶⁸.

Kamulaştırma Kanunu m. 25, 10/III, f hükmüne göre kamulaştırma işleminin kesinleşmesiyle beraber üst hakkı sona erer. Kamulaştırmanın kesinleşmesi ise davaya bakan kamulaştırma konusu yüklü taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi'nin tescil veya terkin kararı ile gerçekleşir⁶⁶⁹. Daha sonra kamulaştırmanın

⁶⁶⁴ Tazminat kamulaştırmanın sadece sonucu değil aynı zamanda şartı niteliğindedir. Bkz. **Ünal**, Sona Erme, 122.

⁶⁶⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 803/ N. 2817; **Ünal**, Sona Erme, 121 vd.; **Köprülü/Kaneti**, 67; **Sirmen**, 498; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, 662.

⁶⁶⁶ **Ünal**, Sona Erme, 122.

⁶⁶⁷ **Ünal**, 165; **Büyüktanır**, 256;

⁶⁶⁸ **Ünal**, 165; **Aral**, 75.

⁶⁶⁹ Bkz. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 25, 18/IV ve TST m. 69/II; Bedele ilişkin karar tescil veya terkin kararının ve kamulaştırma kararının kesinleşmesine engel değildir. Yararlanan taşınmaz maliki Kam. K. m. 10/VIII' e göre mahkemenin verdiği kararın ve kamulaştırma işleminin

kesinleşmesiyle sona eren üst hakkının kamulaştırmaya dayanılarak terkin işleminin yapılması gerekir ki bu terkin açıklayıcı etkiye sahip bir terkindir. Bu sebeple terkin tapuya işlenmedikçe tapu kaydı gerçek hak durumu göstermeyeceği için yolsuz tescil haline gelir ve bu tescile dayanarak taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından iktisabı halinde TMK m. 1023 uyarınca kazanımları korunur⁶⁷⁰.

II. ÜST HAKKI SAHİBİNİN ÖLÜMÜ

Türk Medenî Kanunu'nun kural olarak benimsediği üst hakkı, 826/I hükmüne göre kişiye bağlı üst hakkıdır (*Personaldiensbarkeit*). Ancak taraflar TMK m. 826/II'ye dayanarak aksini kararlaştırmamışlarsa devredilebilen ve mirasçılara intikal edebilen bir haktır⁶⁷¹. Bu surette kişiye bağlı üst hakkı, üst hakkı sahibinin azami yüz yıl veya tarafların belirlediği süre boyunca sadece onun kullanabileceği ve yararlana-bileceği bir hak olarak varlığını sürdürür.

Üst hakkı, tarafların anlaşması gereği kişiye bağlı olarak ve tasarruf sınırlan-dırması ile devredilemez ve mirasçılara intikal edilemez şekilde kurulursa kişiye bağ-lı irtifaklardan intifa hakkında (intifa hakkına dair hükümlere tâbi olan oturma hak-kında da) olduğu gibi (TMK m. 796/II) hak sahibinin ölümü ile sona erer⁶⁷². Gerçek kişilerde, TMK m. 35'e göre gaiplik kararı ölüm ile aynı sonucu doğuracaktır. Üst hakkı sahibinin gaipliğine karar verilmesi halinde hakkın sona erip ermeyeceği hak-kın devredilebilir olup olmadığı ile ilişkilidir. Kural olarak üst hakkı devredilebilir bir hak olduğu için aksi kararlaştırılmamışsa hak sahibinin ölümü veya gaipliğine karar verilmesi hakkı sona erdirmez. Üst hakkı, hak sahibinin mirasçılara geçer⁶⁷³.

kesinleşmesine rağmen kararın bedele ilişkin kısmı için istinaf veya temyiz yoluna başvurabilir. Diğer yandan yüklü taşınmaz maliki tarafından irtifakın kamulaştırılması işleminin iptali için idari yargıda dava açılmış ve yürütmenin durdurulması kararı alınmışsa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bu kararı bekletici mesele yapması gerekir. İptal davası reddedilirse somut olayın şartlarına göre terkin kararı verebilir. Bkz. Ünal, Sona Erme, 123.

⁶⁷⁰ Ünal, Sona Erme, 123; Köprülü/Kaneti, 69.

⁶⁷¹ Isler, Baurechtsvertrag, 101; Freimüller, 31; Ünal, 145- 146; Ertaş, N. 2405; Gürzumar, 36 vd., 47 vd..

⁶⁷² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 837/ N. 2935; Hâkim görüşe göre ölümün gerçekleştiği an, beyin ölümünün gerçekleştiği andır. Bu andan itibaren şahsa bağlı olan üst hakkı da kendiliğinden (ipso iure) sona erer. Bkz. Özmen/Yıldırım, 156- 157.

⁶⁷³ Sirmen, 493; Esener/Güven, 369; Akipek/Akıntürk/Ateş, 701; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 837/ N. 2936; Tokat, Hüseyin, Türk Hukukunda Gaiplik, Konya, 2018, 179, 180.

Diğer yandan, TMK m. 826 gereği taraflar üst hakkının devrini yasaklamışlarsa bu durumda üst hakkı sahibinin gaipliğine karar verilmesi hakkın sona ermesi anlamına gelir⁶⁷⁴. Üst hakkı taşınmaza bağlı olarak tesis edilmişse hak şahsın varlığına bağlı olmadığı için hak sahibinin gaipliği hakkı sona erdirmez⁶⁷⁵.

İntifa hakkından farklı olarak⁶⁷⁶ taraf iradesiyle intikali yasaklanan üst hakkı sicil dışında sona ermiş olur. Diğer bir ifadeyle, hakkın sicilden terkin edilmesinden önce hak sona ermiş olacağı için tescilin içi boşalmış olur, hukukî değerini kaybeder. Bu sebeple terkin için TMK m. 1026'daki usulün uygulanması gerekir⁶⁷⁷. Yüklü taşınmaz maliki TMK m. 1026/I'e dayanarak tapu sicil müdürüne doğrudan başvurarak üst hakkının sicilden terkin edilmesini isteyebilecektir.

III. YARARLANAN TAŞINMAZIN TERK EDİLMESİ⁶⁷⁸

Taşınmaz mülkiyetinin ve taşınmaza bağlı irtifakların, dolayısıyla üst hakkının da sona erme sebeplerinden birisi taşınmazın (taşınmaza bağlı irtifak hakkı için yararlanan taşınmazın)⁶⁷⁹ terk edilmesidir⁶⁸⁰. Taşınmazın terk edilmesinin hakkın sona ermesi sonucunu doğurabilmesi için öncelikle taşınmazın üzerindeki bütün hakları ile

⁶⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 837/ N. 2936; Tokat, 180.

⁶⁷⁵ Tokat, 180.

⁶⁷⁶ İntifa hakkı, hakkın niteliği gereği ayrılmaz şekilde kişiye bağlıdır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 837/ N. 2935.

⁶⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 837/ N. 2937;

⁶⁷⁸ Bu başlık altında yapılan açıklamalarda Ünal, Sona Erme, 129-130'da yapılan değerlendirmeler esas alınmıştır.

⁶⁷⁹ Terk edilen taşınmaz değil, bağımsız ve sürekli bir hak ise bunun haktan vazgeçme mahiyetinde olduğu ve hak sahibinin haktan vazgeçmesi ile açılan tapu kütüğü sayfasının da kapatılacağı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 463/ N.1693; Akipek/Akıntürk/Ateş, 506; Tapuda ayrı bir sayfaya yazılmış bağımsız ve sürekli hakların da Kanun nezdinde taşınmaz kavramı içerisinde değerlendirilmesine bağlı olarak bu hakların da terk edilebileceği yönünde bkz. Eren, Mülkiyet, 321.

⁶⁸⁰ Doktrinde bazı yazarlar terk beyanının haktan feragat etmekle aynı anlamda olduğu, tapu idaresine karşı yapılan feragat beyanının aynı zamanda terkine muvafakat beyanı olup tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Eren, Mülkiyet, 321 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 461/ N.1688; Akipek/Akıntürk/Ateş, 505 vd.

birlikte kamuya intikal etmemiş veya taşınmaz üzerinde intifa ya da rehin gibi bir sınırlı aynî hakkın tesis edilmemiş olması gerekmektedir⁶⁸¹.

Yararlanan taşınmazın terk edilmesi ona bağlı olarak tesis edilen üst hakkının da sahipsiz hale gelmesine sebep olur ve sahipsiz hale gelen yararlanan taşınmaz işgal edilerek yeniden mülkiyet kazanılırsa ona bağlı üst hakkı da yeniden kazanılmış olur. Bu durum, terk neticesinde tapudaki üst hakkına ilişkin tescilin bütün hukukî değerini kaybetmediğini, şekli de olsa varlığını koruduğunu göstermektedir. Şekli anlamda varlığını devam ettiren bu üst hakkı, yüklü taşınmaz malikinin TMK m. 1014'e göre Tapu Sicil Müdürüne yapacağı yazılı başvuru ile sicilden terkin edilebilir. Yüklü taşınmaz malikinin terkin talebinin reddedilmesi halinde yüklü taşınmaz maliki terkin davası açmak suretiyle mahkeme kararı ile üst hakkının terkin edilmesine karar verilmesini sağlayacaktır. Bu durumda husumet doğrudan tapu sicil idaresine yöneltilmek kaydıyla dava tapu sicil idaresi aleyhine açılabilecektir⁶⁸².

IV. CEBRİ İCRA

A) YÜKLÜ TAŞINMAZIN CEBRİ İCRAYA KONU OLMASI⁶⁸³

Taşınmaza bağlı irtifak hakların sona ermesi sonucunu doğurabilecek sebeplerden biri cebri icradır. Bir taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynî hak tesis edilebilir. Bu kapsamda üst hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde bir üst hakkı daha tesis edilebileceği gibi, başka sınırlı aynî haklar da tesis edilebilir. Bu suretle taşınmaz üzerinde birden çok sınırlı aynî hak veya rehin hakkı mevcut olabilir. Bu sınırlı aynî haklar

⁶⁸¹ Meier- Hayoz'a göre terk, tek taraflı bir hukukî işlem olduğu için işlemin geçerliliği genel hükümlere (TBK m. 1 vd.) tâbidir. Aktaran: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 462/ dn.785; Aynı yönde bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 505.

⁶⁸² Henüz terkin yapılmamışsa terk ile irtifakın sona ermeyeceği, dolayısıyla terkinin de kurucu, bozucu, nitelikte olduğu yönünde bkz. **Eren**, Mülkiyet, 322; **Sirmen**, 355; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 506; Taşınmazın terk edilmesi halinde taşınmaza bağlı borçların akıbeti konusuna dair İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü eşyaya bağlı irtifaklarda yüklü taşınmaz malikine bakım borcu yükletilmişse yüklü taşınmazın terk edilmesi halinde bakım borcunun ortadan kalkmayacağı, bu borçtan yeni bir mülkiyet hakkı tesis edilene kadar eski hak sahibi sorumlu olacağı yönünde ise de doktrinde çoğunlukta kabul edilen görüş taşınmaza bağlı borçların da ortadan kalkacağı yönündedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre terk beyanından sonra taşınmaza bağlı borçlar sona erecek ve yeni borç doğmayacaktır. Ancak, terk anına kadar doğan borçlardan eski hak sahibi sorumlu olmaya devam eder. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 463/ N.1694 vd.

⁶⁸³ Bu başlık altında yapılan açıklamalarda **Ünal**, Sona Erme, 131, 132'de yapılan değerlendirmeler esas alınmıştır.; Ayrıca, **Akipek**, 64 vd.

arasındaki ilişki TMK m. 1022/I' göre "sıra ilişkisi" olarak kabul edilmektedir. Aynı taşınmaz üzerinde birden çok sınırlı aynî hakkın mevcudiyeti halinde bu haklar arasındaki ilişkiyi düzenlemek için Roma Hukukundan günümüze intikal eden en temel ilke "*prior tempore potior iure*"; yani "zaman itibarıyla öncelik ilkesi" dir. Buna göre aynı eşya üzerinde birden fazla sınırlı aynî hak tesis edilmiş ve bir hakkın kullanılması diğerine zarar veriyor ise zaman itibarıyla önce gelen sınırlı aynî hak diğerlerine göre önceliklidir⁶⁸⁴. Başka bir ifade ile, "tescil tarihi daha eski olan bir sınırlı aynî hak sıra bakımından kendisinden sonra tescil edilmiş olan yeni tarihli bir sınırlı aynî haktan önce gelir"⁶⁸⁵.

Ancak bu kuralın sözleşmeye⁶⁸⁶ ya da Kanun'a⁶⁸⁷ dayanan bazı istisnaları vardır⁶⁸⁸. Zaman itibarıyla öncelik ilkesi ve istisnaları rehin konusu taşınmazların icra yoluyla paraya çevrilmesi süreci açısından önem arz eder. Öyle ki, ilke gereği malı paraya çevirmeye yetkili olan kişi, lehine rehin hakkı önce tesis edilmiş olan alacaktır. İstisnaların olmadığı ve taşınmaz üzerinde önce rehin hakkının, sonra irtifakın kurulmuş olduğu halde taşınmaz öncelikle irtifakla yüklü olarak ihaleye çıkarılır,

⁶⁸⁴ Örneğin, bir arazi üzerinde geçit irtifakından sonra üst hakkı tesis edilmişse, üst hakkının kullanılması geçit irtifakının kullanılmasına zarar verebileceği için geçit irtifakı önceliklidir. Üst hakkı sahibi hakkını kullanırken geçit irtifakının kullanılmasına engel olmamak, geçit irtifakı sahibinin hakkını kullanmasına saygı göstermek zorundadır. Bkz. **Akıncı**, Roma Hukuku, 323; Malik teminat olarak aynı şeyi birkaç alacaklıya vermişse her ne kadar zaman itibarıyla öncelik prensibi esas olsa da sonraki alacaklının "*ius offerendi*"si; yani önceli alacaklıya kendisini tatmin etmeyi teklif etmek hakkı vardı. Bunun sonucu olarak önceki alacaklı bu teklifi kabul ederse sonraki alacaklı önceki alacaklının yerine geçerdi. Bkz. **Di Marzo**, 291; **Çelebican**, 298 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 768; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 1052; **Aybay/Hatemi**, 25 vd., 158 vd.; **Erel**, 6 vd.; **Okumuş**, Selmani/**Demir**, Bahadır, Sabit Derece Sisteminde Sözleşmeden Doğan İlerleme Hakkı, AÜHFD, Y. 2017, C. 66, S. 3, 607; **Schulz**, Fritz/**Erdoğan**, Belgin, Roma Hukukunun Bir Prensibi: Emniyet, İÜHFM, Y. 1976, C. 42, S. 1-4, 608; **Karabacak Furuncı**, Semra, Sınırlı Aynî Haklar Arasında Sıra İlişkisi, İÜHFM, Y. 2016, C. 74, S. 2, 776 vd..

⁶⁸⁵ **Akipek/Akıntürk/teş**, 768; **Okumuş/Demir**, 607.

⁶⁸⁶ Örneğin; bir arazi üzerinde geçit irtifakından sonra üst hakkı tesis edilmişse geçit irtifakı sahibi üst hakkına izin verirse üst hakkı sıra yönünden geçit irtifakından öncelikli hale gelmiş olur.

⁶⁸⁷ Sonradan kurulan sınırlı aynî haklar, tescile tâbi olmayan kanuni ipotekler (TMK m. 892) ve irtifaklarsa ya da TMK m. 841'e göre kamu hukukuna ilişkin taşınmaz yükleri veya TMK m. 870-872'de öngörülen sabit dereceler sistemine tâbi rehin hakkı ise Kanun'dan doğan istisnalardan söz edilecektir.; bu kuralın kanuni rehin haklarında işlev görmeyeceği, kanuni rehin haklarının önceliği olduğuna dair bkz. **Erdoğan**, 129, dn.70.

⁶⁸⁸ Roma Hukukunda da bu kuralın istisnaları mevcuttur. Mesela, şeyin korunması için gerekli olan vasıtaları tedarik eden kişi lehine tesis edilmiş ipotek var ise bu ipotek sonra kurulmuş olsa dahi öncelik hakkı kazanırdı. İmparator Leo tarafından çıkarılan emirname ile alenî muamelelerden veya üç şahidin imzasını taşıyan işlemlerden doğan rehin hakları sonra kurulmuş olsa dahi öncelikliydi. Bkz. **Di Marzo**, 291.

teklif edilen bedel alacaklıyı tatmin ediyorsa taşınmaz irtifakla yüklü olarak ihaleyi kazananın mülkiyetine geçer. Bedel alacaklıyı tatmin etmemişse bu durumda ikinci ihaleye gidilmesi gerekir; ancak, taşınmaz irtifaktan arındırılmış bir şekilde ihaleye çıkarılır (İİK. m. 132/I). Bunun sebebi ise taşınmaz üzerinde ikinci bir sınırlı aynî hak tesis edilirken rehinli alacaklının rızası aranmadığı için kendinden sonraki sınırlı aynî hakların taşınmazın değerini düşürdüğü gerekçesi ile ikinci ihalede üstündeki yüklerden arındırılmış olarak satışa çıkarılması sağlanmıştır. İkinci satışta üstündeki yüklerden arındırılmış şekilde satışa çıkarılan taşınmaz için teklif edilen bedel, ilk ihalede verilen bedelden düşükse taşınmaz üzerindeki irtifak sona ermez ve taşınmaz irtifakla beraber ihale kimin üzerinde kalmışsa ona intikal eder. Diğer yandan, ikinci ihalede teklif edilen bedel ilk ihaleden yüksekse taşınmaz ihaleye çıkarıldığı gibi irtifaktan arındırılmış olarak ihaleyi kazananın mülkiyetine geçer. Bu ihtimalde irtifak sona ermiştir⁶⁸⁹. İhalenin gerçekleşmesi ile birlikte irtifak hakkı sona ermiş olduğundan tapuda terkin işlemi gerçekleştirilmeden irtifak maddi anlamda sona ermiş olur⁶⁹⁰.

Bu açıklamalar ışığında, bir taşınmaz üzerinde üst hakkı tesis edilmişse üst hakkı sahibi, kendi hakkından önce kurulmuş olan aynî hakların kullanılmasına engel olmamak zorundadır. Burada üst hakkı sahibinin katlanma yükümlülüğünden de söz etmek mümkündür. Üst hakkından önce kurulmuş bir rehin hakkı varsa TMK m. 869'a göre (rehin hakkı sahibi üst hakkının kurulmasına muvafakat vermişse) sıra bakımında üst hakkı rehin hakkından sonra gelecektir. Üst hakkına göre öndeki sırada bulunan rehinli alacaklı taşınmazın paraya çevrilmesini talep ederse üst hakkı TMK m. 869 hükümlerine tâbidir⁶⁹¹. Hükme göre “...paraya çevirme aşamasında eski tarihli rehinli alacaklıya zarar veren irtifaklar ve taşınmaz yükleri terkin edilir.”.

⁶⁸⁹ Bu aşamada, icraya başvuran alacaklıya yapılan ödeme sonrası elde para kalacak olursa TMK m. 869/II, III gereği irtifak hakları sona erenlere hakları nispetinde ödeme yapılır.

⁶⁹⁰ Diğer yandan, irtifaktan arındırılmış ikinci ihalede teklif edilen bedel, ilk ihale ile aynı veya daha düşükse bu durumda irtifak hakkının taşınmazın değerine bir etkisi olmadığı anlaşılabacağı için ikinci satışta da irtifak hakkının terkin edilmesine gerek kalmamakta, taşınmaz irtifak hakkı ile birlikte devredilmektedir. (Bkz. **Canarşlan**, Gökçe, İntifa Hakkının Sona Ermesi, İstanbul 2016, 148).

⁶⁹¹ **Akipek**, 64.

Anlaşılabacağı üzere TMK m. 869 çerçevesinde yüklü taşınmaz üzerinde üst hakkından önce rehin hakkı varsa bu hakkın paraya çevrilmesi aşamasında ikinci satışta yüklerden arındırılmış (terkin edilmiş) olarak taşınmazın ihaleye çıkarılması söz konusudur. Üst hakkı da bu aşamada maddi anlamda sona ermiş olur. Maddi anlamda sona eren hakkı şekli anlamda da sona erdirmek için terkin talebinde bulunmaya yetkili olanlar cebri icra vasıtasıyla üst hakkı sona eren üst hakkı sahibi, ihale ile TMK m. 1013/II, 705/II ve 716/II'ye göre mülkiyeti edinenler ve ihaleyi gerçekleştiren makamlardır.

Üst hakkı kurulmuş bir taşınmaz üzerinde (çıplak mülkiyet üzerinde) daha sonra taşınmaz maliki tarafından rehin hakkı tesis edilirse malikin borcunu ifa etmemesi halinde taşınmazın satışa çıkarılmasının üst hakkı üzerindeki etkisinin ne olacağına bakmak gerekir. Yüklü taşınmazın rehinli alacaklı tarafından borcun ödenmemesi sebebi ile ihaleye çıkarılması halinde taşınmaz üst hakkı ile birlikte satılacağından üst hakkının geçerliliğine bir etkisi olmaz. Zira rehinli alacaklı taşınmazı üzerindeki üst hakkının varlığını bilerek ve bu şartlarda kabul ederek rehin tesis ettirmiştir. Ancak, bu durumda taşınmazın satılması üst hakkı sözleşmesinin tarafının da değişeceği anlamına geleceğinden taşınmazın satılmasında üst hakkı sahibinin de zarar görme ihtimali vardır. Kanun koyucu TMK m. 884⁶⁹² ile sınırlı aynî hak sahibine ipotek konusu borcu ödemek suretiyle hak sahibinin alacağına halef olma imkânı tanımıştır. Başka bir ifade ile üst hakkı sahibi taşınmazın cebri icra marifetiyle satılmasını istemiyorsa bu satışı engellemek için taşınmaz malikinin borcunu ödemek kaydı ile rehlin kaldırılmasını sağlayabilir⁶⁹³.

B) ÜST HAKKININ KENDİSİNİN CEBRİ İCRAYA KONU OLMASI

Birleşme ilkesinin istisnası olması sebebiyle üst hakkı tesis edilen taşınmazın üstündeki ve altındaki yapılar üzerinde üst hakkı sahibinin sahip olduğu mülkiyet hakkına bağlı olarak üst hakkının fonksiyonlarından biri de “teminat fonksiyonu”dur.

⁶⁹² Hükme göre “..borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz maliki, borçluya ait koşullar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir. Alacak, borcu ödeyen malike geçer.”.

⁶⁹³ İntifa hakkı açısından benzer bir değerlendirme için bkz. **Canarlan**, 216; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 915.

Üst hakkı sahibi, hal ve şartlar dahilinde ihtiyacı olan finansman teminini sağlayabilmek açısından teminat olarak üst hakkını gösterilebilmekte, bu vesile ile ipotek konusu haline getirilebilmektedir. Kanun'un 834 vd. maddelerinde de yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı iradına güvence teşkil etmek adına en çok üç yıllık üst hakkı iradı alacağı için üst hakkının ipotek edilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm de açıkça göstermektedir ki, üst hakkı sahibinin gerek üst hakkı ilişkisi içinde yüklü taşınmaz malikine karşı gerekse hak sahibinin üçüncü kişilere olan borçlarına karşılık teminat aracı olarak kullanılabilmesi imkânı hukuken tanınmıştır⁶⁹⁴.

Kanun, ilgili maddelerde sadece ipotek tesisinden söz etmişse de üst hakkı sadece ipotek konusu olmayacak bunun yanı sıra rehin konusu ve hatta yine şartları dahilinde irtifak hakkı olarak taşıdığı ekonomik değer üzerinden haczedilmek suretiyle genel haciz yolu ile takip konusu da olabilecektir. Üst hakkının ister genel haciz yolu ile isterse rehin veya ipoteğin paraya çevrilmesi suretiyle takip konusu yapılabilmesi hususunda öncelikle bakılması gereken, hakkın hangi nitelikte tesis edildiğidir. Burada önemli olan üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olup olmadığıdır. Hukuken, üst hakkının rehin konusu yapılabilmesi veya üst hakkı üzerinde ipotek tesis edilmesi için hakkın “bağımsız ve sürekli” mahiyette bir hak olması gerekmektedir. Hakkın devredilebilirliği ile hak üzerinde rehin hakkının kurulabilmesi doğrudan sıkı bir bağlantı içindedir⁶⁹⁵. Bu bağlantı TMK m. 954/I hükmünde açıkça ifade

⁶⁹⁴ Bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkının rehin (ipotek) konusu yapılabilmesi noktasında üst hakkı ve üst hakkı kapsamında inşa edilen veya önceden var olan yapılar ayrı ayrı rehin konusu yapılamaz. Zira, üst hakkı ile bu kapsama dahil olan yapılar bir bütünlük arz etmektedir. Birbirinden bağımsız nitelikte değildir. Üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz üzerindeki önceden var olan veya daha sonra inşa edilecek yapılar üzerindeki mülkiyet hakkı üst hakkından doğmaktadır. Üst hakkından bağımsız olarak hak sahibinin bu yapılar üzerinde mülkiyet hakkı yoktur. Bu sebeple üst hakkı üzerinde tesis edilecek ipotek yapıları da kapsayacaktır. Bkz. **Acar**, 33 vd., 277 vd.; **Gürzumar**, 60; Taşınmaz rehni kapsamında Kanun 834. madde ile dolaylı bir kanuni ipoteğin üst hakkı üzerinde kurulabileceğini öngörmüşse de bunun dışında ipotekli borç senedi ve irat senedi de şartları dahilinde üst hakkı üzerinde kurulabilecektir. Bu görüşte bkz. **Witt**, 121; **Freimüller**, 111; **Gürzumar**, 60; **Gürses**, 4 vd., Yazarın da ifade ettiği üzere uygulamada üst hakkının teminat olarak kullanılmasına en çok kamuya ait sahil şeridi taşınmazlar üzerinde tesis edilen üst haklarında rastlanmaktadır.; Üst hakkının Kamu Özel İşbirliği açısından en çok başvurulanan teminat olduğu hususunda bkz. **Ustaoglu**, Üst Hakkı İpoteği, 857 vd.; **Gümüş**, Taminat Alacakları, 550, dn. 65; **Belen**, Herdem, Ana Hatları ve Bazı Temel Özellikleriyle Taşınmaz Rehin Hakları, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. 5, S. 1- 2, 11.

⁶⁹⁵ Bu husus önceki açıklamalarımızda incelediğimiz üzere üst hakkının devir ve intikal edilebilirliğinin taraflarca sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, yapılacak sınırlandırmaların da bağımsızlık niteliğini etkileyip etkilemeyeceği hususuna dair doktrindeki tartışmalarla doğrudan ilişkilidir. Bu hususa dair tekrara düşmemek adına mevcut tartışmalara burada yer verilmeyecektir. Ancak bizim

edilmiştir. Kanun, üst hakkını 826/II hükmünde kural olarak devir ve intikal edebilir bir hak olarak kabul etmiş, ancak taraflara aksini kararlaştırabilme imkânı da tanımıştır⁶⁹⁶. Eğer ki, üst hakkı taraflar arasındaki resmî senette bağımsız ve sürekli nitelikte tesis edilmiş (maddi koşul), daha sonra da üst hakkı tapuda taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmişse (şekli koşul) taşınmaz gibi işlem görecektir, bunun sonucu olarak da taşınmaz rehni (ipotek) konusu olabilecektir⁶⁹⁷. Diğer yandan üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte olsa da tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi zorunlu

de katıldığımız ve hâkim görüş çerçevesinde üst hakkının devir ve intikaline yönelik yoğun olmayan kısıtlamaların hakkın içerik ve kapsamına dahil kabul edilmesi söz konusu olduğu için bu hükümler aynı etkiye sahip olacaklardır. Böylece söz konusu hükümler hakkı devralan kişileri de bağlayacak, rehin hakkı elde etmek isteyen kişilere karşı da ileri sürülebilir. Aksi durumda yapılan tescil “yolsuz” sayılacaktır. (Aynı yönde bkz. **Acar**, 31; **Kuntalp**, 539, 540). Ancak Tapu Genel Müdürlüğünün genelde kabul ettiği esas çerçevesinde üst hakkı üzerinde sınırlı aynı hakların kurulmasına dair bir sınırlama söz konusu ise üst hakkı üzerinde ipotek kurulabilmesi ilgili sınırlamalara uymak kaydıyla olmalıdır. Aksi halde yapılan tescil yolsuz tescil sayılacak ve ipoteğin terkinini gerekir. Bkz. **Gürses**, 8; Üst hakkının belirli kişilere devrinin yasaklanması suretiyle sınırlandırılmış olması halinde hakkın bağımsızlık niteliği etkilenmeyeceği için bu durumda yasaklı olan kişilere üst hakkının rehin verilmesinin mümkün olup olmayacağı da incelenmesi gereken bir diğer husustur. Bizim de katıldığımız **Acar**’ın görüşüne göre bu sınırlı devir yasağı rehin verme olasılığını ortadan kaldırmamalıdır. Şöyle ki; öncelikle lex commissoria yasağı gereği üst hakkı sahibi rehin hakkı sahibine rehin hakkını devretmeyi taahhüt etmemektedir. Diğer yandan tasarruf yetkisinin ölçülü sınırlandırılmasının aynı etkililiği doktrinde kabul edilen görüşe göre cebri arttırma yoluyla satışta uygulanmamaktadır (Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrage, 157, dn. 10; **Gürzumar**, 48). Cebri arttırma yoluyla satış, o şey üzerinde tasarrufa yetkili olan kişinin iradesi dışında devlet gücü marifetiyle resmî makamlar tarafından gerçekleştirildiği için daha çok kamu hukuku işlemi niteliğindedir ve bu sebeple özel hukuk anlamında gerçek manada bir satış değildir. Rehinin tesisi aşamasında üst hakkı sahibi kendi iradesi ile özel hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşmişse de sonuç itibarıyla devir sonucunu doğuracak aşama üst hakkı sahibinin iradesinin dışında resmî makamlarca gerçekleştirilmektedir. Bu durum hem irtifak hakkı olarak rehin tesis edilmiş üst hakkı için hem de taşınmaz mal niteliğinde üst hakkının rehni için geçerlidir. Bkz. **Acar**, 32 vd.; **Belen**, 11; Y.12.HD.’nin 21.02.2013 tarih 2012/29116 E. 2013/5455 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta “Kız Kulesi” vasıflı taşınmaz üzerinde kırk dokuz yıllığına üst hakkı kurulduğu, üst hakkına ilişkin resmî senette Turizm Bakanlığı ve Maliye Bakanlığının izni olmadıkça hakkın kısmen veya tamamen üçüncü kişilere ve kuruluşlara devredilemeyeceği, ipotek tesis ettirilemeyeceği, kiralanamayacağı hüküm altında alınmıştır. Bu sebeple resmî senette devir yasağı getirilmiş olan üst hakkının bağımsızlık özelliğini kaybetmiş olduğundan haczinin de mümkün olmadığı, zira haczedilse bile borcun ödenmemesi halinde üst hakkının satışa çıkarılması neticesinde devrin yapılmasının üst hakkı sözleşmesi ile yasaklandığı görülmektedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere üst hakkı bir malvarlığı değeri olarak cebri icra konusu yapılabilir ve haczedilebilir. Ancak bunun evleviyetle şartı üst hakkının tasarruf sınırlamaları ile bağımsızlık özelliğinin bertaraf edilmemesidir. (Bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶⁹⁶ Üst hakkı üzerinde tasarruf edilebilmesi imkânı, resmî senette yüklü taşınmaz malikinin iznine tâbi tutulabileceği gibi tamamen yasaklana da bilir. Tarafların iradelerinin tespiti yönünde tereddüt yaşanması, ihtilaf çıkması halinde sözleşmenin yorumu kuralları gereğince güven teorisi çerçevesinde mevcut sorunun çözülmesi gerekir. Bkz. **Acar**, 29.

⁶⁹⁷ TMK m. 834/I hükmünde de üst hakkı üzerinde ipotek tesis edilebilmesinin hakkın tapuda taşınmaz olarak kaydedilmiş olması şartına bağlanmış olması teoride taşınmaz rehni kurumu için öngörülen asli kurucu unsurunun teyidi mahiyetindedir.

değildir. Bu noktada, tapuya taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız üst hakkı üzerinde hak rehini tesis edilmek suretiyle cebri icra konusu yapılabileceği sorusu akla gelebilir. Ancak, önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere kanunun lafzı açısından mümkün görünen bu imkân rehin hakkının tesisi ve tapuda tescili hususunda aleniyetin sağlanmasında tapu sicili sisteminin elverişsizliği sebebi ile mümkün değildir⁶⁹⁸.

Üst hakkı, bir irtifak hakkı olarak da ekonomik değer taşımaktadır⁶⁹⁹. Her ne kadar üst hakkı sahibi tarafından bir teminat aracı olarak kullanılmamışsa da üst hakkı sahibinin üçüncü kişilere olan borçlarına karşılık alacaklılar üst hakkının irtifak değeri üzerine haciz koyabileceklerdir. Bu durumda üst hakkının taşıdığı ekonomik değer üst hakkı sahibinin malvarlığı içinde aktiflerinde yer alan bir malvarlığı unsuru sayılacağından⁷⁰⁰ bu değer üzerinden konulacak haciz, genel haciz yolu takip konusu haline gelecektir⁷⁰¹. Üst hakkı tesis edilen taşınmaz üzerinde mevcut yapı varsa üst hakkı ile yapıların mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olacağı için bu durumda yapı veya yapıların değeri ve bunlardan elde edilen gelirler bilirkişilerce yapılacak kıymet takdirinde dikkate alınarak haciz tutanağına yazılacaktır⁷⁰². Taşınmaz üzerinde yapı

⁶⁹⁸ Üst hakkının hak rehnine konu olup olmayacağına ilişkin görüşümüz için bkz. § 3/III.

⁶⁹⁹ Üst hakkının bir malvarlığı unsuru olarak ekonomik değeri hak sahibine tanınan kullanma ve yararlanma yetkilerinin kapsamına göre belirlenir. Bkz. **Ustaoglu**, Üst Hakkı İpoteği, 862.

⁷⁰⁰ Bir özel hukuk kişisine ait para ile ölçülebilen bütün hak ve borçlar o kişinin malvarlığı olarak kabul edilir. Bu kapsamda taşınır ve taşınmaz eşyalar mülkiyet hakkı kapsamında kişinin aktiflerini oluştururken üst hakkının malvarlığı içindeki yeri hakkın niteliğine göre değişmektedir. Öyle ki; üst hakkının taraflar arasındaki sözleşme kapsamında bağımsız ve sürekli nitelikte tesis edilmiş olmasına bağlı olarak hakkın tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmek suretiyle taşınmaz olarak malvarlığı unsuruna dahil olması söz konusu iken, bunun tam tersine taşınmaz niteliği kazanmamış üst hakkının da hak sahibinin malvarlığında eşya olarak yer alması yine aktifler içinde eşya üzerinde tesis edilmiş mülkiyet hakkı tanıyan bir aynî hak olarak değerlendirilmesi gerekir. Bkz. **Özmen/ Yıldırım**, 155 vd..

⁷⁰¹ İrtifaklar sütununa tescil edilmiş bir üst hakkının da haczedilebileceği yönünde bkz. http://www.tapu-kadastro.net/Eski_Forum/Serbest_Kursu/serbest_kursuSayfa140.html, E.T. 15.07.2021; **Fehlmann**, 18-19.

⁷⁰² Bu kapsamda uygulamada üst hakkı ile yüklü taşınmazın bulunduğu semt ve mevki, emsallerinin alım- satım rayıçları, inşaat tarzı, yüzölçümü, yapıların malzeme ve işçilik kalitesi, taşınmazın merkeziliği, bölgedeki konumu, yıpranma payı gibi kıymet takdirini etkileyecek bütün etkenler günün ekonomik koşulları da dikkate alınarak, kıyaslama suretiyle üst hakkının değerinin tespit edildiği görülmektedir.; Uygulamada üst hakkı değerlemelerinde iki husus önem arz etmektedir. Bunlardan ilki, üzerinde üst hakkı tesis edilen arazinin çıplak (kuru) mülkiyeti, diğeri ise yararlanma ve kullanma hakkıdır. Özellikle arazinin çıplak mülkiyet değerinden ne kadarlık kısmın üst hakkı değeri olarak belirleneceği önemli bir husustur. Bu hususa dair esas alınan mevzuat “eski 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile yürürlükteki 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanu-

mevcut değilse üst hakkının tesisinden sonra resmî senet gereği tesis edilmesi taahhüt edilen yapıların üst hakkına katacağı muhtemel değer dikkate alınmak kaydıyla üst hakkı için kıymet takdiri yapılacaktır. Ancak her halükârda unutulmamalıdır ki, hacze konu olabilecek üst hakkı aynen rehin tesisinde olduğu gibi devredilebilir nitelikteki üst hakkıdır. Maddi hukukun devrini yasakladığı mal ve hakların haczi hukuken mümkün değildir, zira devlet eliyle dahi olsa haciz sonucunda mal ve haklar satışa çıkarılacak, mülkiyetin devri sonucu doğacaktır⁷⁰³. Üst hakkı devredilebilir nitelikte değilse bu durum hakkın bir malvarlığı değeri olmasını engellemez⁷⁰⁴. Bu durumda hak sahibinin elde ettiği hukukî ve doğal ürünler yine hacze konu edilebilecektir⁷⁰⁵.

nu ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun" ilgili hükümleridir. Diğer kanunlarda arazi değerinin yüzde kaçının çıplak mülkiyete yüzde kaçının yararlanma hakkına bırakılacağı hususunda çeşitli oranları gösteren hükümler bulunmakla beraber Harçlar Kanunu'ndaki 2/3'lük oranın yararlanma hakkına bırakılmasına dair konulan hüküm neticesinde halihazırda yapılan tüm değerlemelerde üst hakkının arazi değerinin 2/3'ü olarak ele alındığı görülmektedir. Bu değer üzerine üst hakkının kalan süresinin toplam süreye orantılanması suretiyle elde edilen oran da üst hakkının değerinde dikkate alınmaktadır. Bunun dışında üst hakkı üzerinde tapuda şerh veya başka bir tahdit olup olmadığı tespit edilir, üst hakkı ile yükümlü arazinin konumu, çevre merkezlere uzaklığı ölçümler yapılmak kaydıyla değerlendirmeye alınır. Üst hakkı kapsamındaki yapının detaylı analizi yapıldıktan sonra, emsal satış örneklemeleri dikkate alınarak yapılacak emsal karşılaştırma analizi neticesinde üst hakkının piyasa değeri tespit edilir. Üst hakkı kapsamında alınacak kira vs. gelirler varsa bunların üst hakkına katacağı değer artışı da eklenmek suretiyle detaylı bir değerlendirme yapılmaktadır. (Bkz. <http://www.evagyd.com/images/yuklenenler/MTU5NGNINDM1MT5YzY.pdf>, E.T. 06.08.2021; <https://www.emektd.com.tr/tr/bagimsiz-ve-surekli-haklar-hukuksal-nitelikleri-ve-ust-hakki-degerlemesi>, E.T. 06.08.2021); Üst hakkı değerlemesinde izlenecek sıralama şu şekildedir: Arsa değeri hesaplanması (Pazar yaklaşımı esas alınarak), üst hakkının kalan süresinin tespiti, arsa değeri ve üst hakkının kalan süresi de dikkate alınarak arsa değerinin 2/3 oranıyla çarpılması suretiyle hesaplanır. Bu bedel üzerine varsa üst hakkından elde edilen gelirler de eklenir. Bkz. **Akdu-man**, Umutcı/Yenice, Sedat, Gayrimenkule Dayalı Haklardan Üst Hakkının Değerlemesi ve Örnek Uygulamalarla İncelenmesi, Journal of Economics and Financial Researches, Y. 2020, S. 2, C.1, 34 vd..

⁷⁰³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 281 vd..

⁷⁰⁴ Özmen/ Yıldırım, 156.

⁷⁰⁵ Y.12.HD.'nin 21.02.2013 tarih 2012/29116 E. 2013/5455 sayılı kararında "...*kültür ve tabiat varlığı niteliğinde olan kamu malı niteliğindeki "Kız Kulesi" vasıflı taşınmaz üzerinde kırk dokuz yıllığına üst hakkı tesis edilmiş olduğu, resmî senedin 14. maddesine göre borçlu üst hakkı sahibi olan şirketin Turizm Bakanlığı ve Maliye Bakanlığı'ndan izin almadıkça irtifak hakkını kısmen veya tamamen üçüncü kişilere devredemeyeceği, ipotek tesis ettiremeyeceği, kurulan tesislerin işletmelerini kiralayamayacağına belirtildiği, bu sebeplerle bağımsız nitelikte olmayan üst hakkının haczinin mümkün olmayacağı ancak sadece üst hakkından elde edilen gelirlerin haciz konusu yapılabileceği...*" hüküm altına alınmıştır.; Y.12.HD.'nin 22.12.2016 tarih 2016/7982 E. 2016/25873 sayılı kararında da "...3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu kapsamına giren mülkiyeti Hazineye ait taşınmaz üzerinde tesis edilen üst hakkının ve üst hakkı ile birlikte üst yapı kullanım hakkının devir hakkı bedeline haciz konulması üzerine haczin kaldırılması için açılan davada taşınmazın Hazineye ait olması ve 3218 sayılı Kanun gereği üzerinde kırk dokuz yıllığına irtifak hakkı tesis edilebilmesi mümkünse de irtifak hakkının devrinin Devletin iznine tâbi olduğu, Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği gereğince irtifak hakkının sözleşme ile kısmen veya tamamen devredilebileceği, bu

Bağımsız nitelikte olsa da tapuda ayrı bir sayfa açılmamış üst hakkı, hak haczi- nin konusu olacak, bu suretle genel haciz yolu ile takip edilebilecektir. İcra Hukuku doktrininde irtifak haklarının haczi genelde TMK m. 794- 822 hükümleri çerçevesin- de intifa hakkının haczi temelinde değerlendirilmektedir. Ancak, intifa hakkının şah- sa bağlı oluşu ve hak kapsamına giren unsurlar üzerinde mülkiyet hakkı tanımayıp sadece kullanma ve yararlanma hakkı tanıyor olması üst hakkı ile arasında önemli bir fark oluşturmaktadır. İntifa hakkının haczi ile aslında kullanım yetkisinin haczedil- mesi, bu kapsamda da intifa hakkına bağlı olarak elde edilen gelir, temettü, semere ve kiraların haciz konusu olması söz konusudur⁷⁰⁶. Üst hakkının sağladığı mülkiyet hakkının kapsamı yüklü taşınmaz üzerindeki yapılardır. Bu yapıların malik sıfatıyla kullanılması ve yararlanılması sebebiyle yapılardan elde edilen veya edilecek gelir üst hakkı sahibine ait olacaktır. Dolayısıyla üst hakkının bir malvarlığı değeri olarak değerli kılan hakkın kapsamına dahil olan yapılar üzerindeki geniş tasarruf yetkisidir. Üst hakkının genel haciz yolu ile takip veya rehnin paraya çevrilmesi usulüne tâbi olması her iki usulde de üst kullanım hakkının biçilecek değer üzerinden satılmak suretiyle paraya çevrilmesi neticesini doğuracak, satış sonucunda da üst hakkı sona ermeyecek, devredilmek suretiyle hukuken varlığı devam edecektir. Bu noktada ba- ğımsız ve sürekli nitelikte olmakla beraber tapuda ayrı sayfaya kaydedilmemiş irtifak niteliğindeki üst hakkı ile haczedilebilirlik açısından taşınmaz olarak tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmiş üst hakkı arasında (haciz ve paraya dönüştürme prosedürüne ilişkin farklılıklar haricinde) önemli bir fark yoktur⁷⁰⁷. Usul olarak intifa hakkının

sebeple her ne kadar faaliyetin sonunda, üst yapı hakkına dair ruhsat Hazine'ye intikal edeceğin- den haczi mümkün değil ise de, söz konusu hakkın, mevzuat kapsamında ekonomik değer karşılığı devrinin mümkün olması sebebiyle devir hakkının haczinin de mümkün olacağı..." sonucuna va- rılmıştır. (Aynı yönde Y.12.HD., 22.11.2016, 4110/24068, Kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁷⁰⁶ Y.12.HD.'nin 05.10.2017 tarih 2016/32071 E. 2017/12042 sayılı kararında borçlunun "üst yapı kullanım hakkı devir bedeline" haciz talep edildiği ve talep tarihi itibarıyla da haciz konduğu, hak- kın ekonomik değer karşılığı devredilebilirliği sebebiyle devir hakkının haczinin de mümkün ol- duğu ifade edilmiştir. (Bkz. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

⁷⁰⁷ **Acar**, 190, dn. 590; Üzerinde ipotek tesis edilmiş taşınmaz niteliğindeki üst hakkının paraya çev- rilmesi rehnin paraya çevrilmesi usulü gereği taşınmazların cebri icra suretiyle satışı gibi olacaktır. İpotek alacaklısı ipotekle teminat altına alınmış olan alacak ödenmediği takdirde ipotek alacaklısı üst hakkının paraya çevrilmesi için üst hakkı sahibini borçlu göstererek cebri icraya başvurur. Sa- tıştan sonra üst hakkını devralan yeni hak sahibi ile taşınmaz maliki arasında önceki sözleşme de- vam edebileceği gibi yeni bir sözleşme de yapılabilir. Taraflar yeni bir sözleşme yapacak olsalar da bu sözleşme eski sözleşmenin devamı niteliğinde olacak, süre hususunda da önceki sözleşme- den daha uzun bir süre kararlaştırmış olsalar bile üst hakkının süresi önceki sözleşmenin süresine

hacine ilişkin esaslar takip edilecek olsa da kapsam olarak üst hakkının haczinin intifa hakkından daha geniş düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Açıkladığımız tüm hallerde üst hakkı hukuken varlığını devam ettirmektedir. Haciz ve paraya çevirme aşamaları üst hakkına biçilen değer üzerinden gerçekleştirilmekte, nihayetinde borcun ödenmemesi halinde de satışa çıkarılarak alacaklının tatmin edilmesi sağlanmaktadır. İcra satışı neticesinde üst hakkını devralan üçüncü kişide bu durumda yeni üst hakkı sahibi olur. Sonuç olarak üst hakkının hacze konu olması veya üzerinde rehin tesis edilmek suretiyle satılması üst hakkını sona erdirmez. Hakkın takdir edilen parasal değeri üzerinden satılması söz konusu olacak böylece hak, icra satışı neticesinde devralana intikal eder.

eklenmek kaydıyla yine azami yüz yıl olabilir. Aynı yönde **Gürses**, 12, Yazar özellikle devlet arazilerinin cebri icra ile satışı halinde kamu kurumlarının devralan üst hakkı sahibi ile yeni bir üst hakkı sözleşmesi yapılmasının zorunlu tutulduğunu, satıştan sonra yeni üst hakkı sahibi ile yapılacak üst hakkı sözleşmesi değişikliklerinin veya yeni üst hakkı sözleşmesinin tapuda “üst hakkı şart değişikliği” olarak resmî senede işleneceğini ifade temektedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKININ SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

§ 7. HAKKIN SONA ERMESİ HALİNDE DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

I. ÜST HAKKI SAHİBİNİN GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Üst hakkının sona ermesi ile birlikte TMK m. 828’de de ifade edildiği üzere hukuken yapıların mülkiyeti taşınmaz malikine geçer ve bu an itibarıyla taraflar arasında geri verme süreci başlar. Üst hakkı süresince hak sahibinin kullanımına ve tasarrufuna bırakılmış olan yapılar hakkın sona ermesi ile birlikte malikin mülkiyetine geri döneceğinden taraflar arasında tasfiye benzeri bir ilişkisinin doğması söz konusu olacaktır.

Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşmenin sona ermesi halinde tarafların iade yükümlülüğü altında olduğu hallerin başında sözleşmeden dönme veya fesih hakkının kullanılması gelir. Ancak bunlar dışında bir malın kullanılmasına bağlı sözleşmelerde de (örneğin, kira sözleşmesi vb.) sözleşme sonunda devir veya malike intikal borcu doğabilir. Bu hallerde de taraflar arasında sözleşme sonrası tasfiye ilişkisinin varlığından söz edilir. Tarafların bu süre zarfında iade kapsamında üstlendiği yükümlülükler tasfiye yükümlülükleridir. Tasfiye yükümlülükleri de sözleşmenin sona ermesine hizmet ederler⁷⁰⁸.

Bu sebeple üst hakkının sona ermesi halinde taraflar arasındaki sözleşme sona ermiş olsa da sözleşme ilişkiden kaynaklanan bağın tamamen kesilmesi amacına hizmet eden bir iade ilişkisi doğar. Bilindiği üzere, üst hakkının birinci ve en temel şartı arazi ve üzerindeki yapılar arasındaki TMK m. 718/II’ye dayanan birleşme ilkesinden kaynaklanan ilişkinin kesilmesidir. Bu sebeple üst hakkının sona ermesinin en temel sonucu üst hakkının tesisi ile birlikte arz ve arzın üzerindeki yapılar arasındaki bağlantının yeniden kurulması, TMK m. 828’de de açıkça ifade edildiği üzere birleşme (*accessio*, *Akzessionsprinzip*) ilkesinin yeniden canlanmasıdır.

⁷⁰⁸ Serozan, Dönme, 119; Akçaal, Mehmet, Sözleşme Sonrası Sorumluluk, Konya 2018, 158 ve dn. 266’daki yazarlar; Özen, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003, 43.

Üst hakkının kurulmasıyla yüklü taşınmaz ve üzerindeki yapıların her biri ayrı ve bağımsız mülkiyet konusu haline gelirken hakkın sona ermesiyle taşınmazın ve yapıların mülkiyeti kendiliğinden taşınmaz malikinin mülkiyetine geçer. Üst hakkı ile gerçekleştirilmek istenen amaç, üst ve arz arasındaki bağlantının kesilmesi, birleşme ilkesinin askıya alınması olduğu için hakkın sona ermesi doğrudan kesilen bağlantıyı yeniden kurar⁷⁰⁹. Bu durum özellikle üst hakkı sözleşmesi yapılacağı sırada yüklü taşınmaz üzerindeki mevcut yapılar için geçerlidir. Zira, üst hakkı tesis edildikten sonra inşa edilen yapılarla yüklü taşınmaz arasında bağ hiç kurulmaz⁷¹⁰. Ancak, her halükârda üst hakkının sona ermesi halinde, yüklü taşınmaz üzerinde bulunan tüm yapılar birleşme ilkesinin kapsamına dahil olur.

Üst hakkı sona erdiği takdirde taraflar üst hakkı sözleşmesinde veya ayrı bir anlaşma ile yapıların âkıbetini de kararlaştırabilirler. Bu da göstermektedir ki yapıların âkıbetinin ne olacağı taraflara bırakılmıştır. Üst hakkı sözleşmesi dışında yapılan anlaşmalar TMK m. 830'a göre resmî şekilde yapılmalıdır. Bu kapsamda ya yapılar korunacak ve birleşme ilkesi gereğince taşınmaz malikinin mülkiyetine geçecek ya da taşınmaz yapılardan temizlenip eski haline getirilecektir⁷¹¹. Taraflar üst hakkının süresi sona erince yapıların taşınmaz malikine kalması hususunda anlaşmışlarsa TMK m. 829 gereği yapılar için bedel ödenip ödenmeyeceği veya TMK m. 830'da ifade edildiği üzere yapıların kaldırılıp arazinin ilk haline getirilmesi hususunda ayrıca hüküm tesis etmelidirler. Ancak, taraflar üst hakkı sözleşmesinde hak sona erdiğinde yapıların mülkiyetinin üst hakkı sahibine kalacağını kararlaştıramazlar. Bu düzenleme TMK m. 718/II hükmüne açıkça aykırılık teşkil eder⁷¹².

Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olsa bile TMK m. 828'den de anlaşılacağı üzere üst hakkı sahibinin yapıların zilyetliğini iade yükümlülüğü üst hakkı kurulduğu

⁷⁰⁹ **Isler**, Baurechtsvertrage, 120; **Freimüller**, 89; **Ünal**, 173; **Akipek**, Üst Hakkı, 255; **Köprülü/Kaneti**, 171;

⁷¹⁰ **Ünal**, 173.

⁷¹¹ Özellikle endüstriyel ve ticari yapıların söz konusu olduğu üst hakkı ilişkilerinde taşınmaz malikinin bunları dönüştürmesi veya yeniden kullanması genellikle zor hatta imkânsızdır. Bu gibi durumlarda arazinin eski, orijinal haline getirilmesi hususunda tarafların anlaşmaya varması tavsiye edilir. Bkz. **Flepp**, 54.

⁷¹² **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 711.

andan itibaren hak sahibinin yükümlülükleri arasındadır. Dolayısıyla bu yükümlülük dolaylı da olsa kanundan doğan bir yükümlülüktür. Üst hakkı sahibinin özellikle iade yükümlülüğüne dair bir irade göstermesine gerek yoktur. Hak sahibi, başkasına ait bir eşya üzerinde aynî hak sahibi olmasına bağlı olarak kendiliğinden bu yükümlülük altına girer. Bu sebeple üst hakkı sahibinin zilyetliği iade yükümlülüğünü salt Borçlar Hukuku anlamında yorumlamak aynî hak özelliğinin göz ardı edilmesi anlamına gelir⁷¹³. Türk Hukukunda taraflar arasında nisbi borç olarak doğan, ancak nisbi hakkın ilgili bulunduğu eşyanın her yeni maliki tarafından da talep edilebilecek nitelikte olduğu borçlara eşyaya bağlı borç denilmektedir⁷¹⁴. Eşyaya bağlı borçlar açısından tipe bağlılık ve sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğu için ancak bir kanun hükmü gereğince veya kanunun açıkça hüküm tesis ettiği hallerde söz konusu olabilir⁷¹⁵. Bu sebeple üst hakkının sona ermesine bağlı olarak hak sahibinin zilyetliği iade yükümlülüğü de dolaylı olarak TMK m. 828'in atfı ile 684'ün bir sonucu olarak eşyaya bağlı borç olarak kabul edilmelidir⁷¹⁶.

Açıklanan sebeplerle taraflar üst hakkı sözleşmesi ile kararlaştırmış olsun veya olmasın TMK m. 828'in de atfı ile üst hakkının sona ermesi anı itibarıyla yeniden canlanan birleşme ilkesi gereği hak sahibi yapıları taşınmaz malikine iade ile yükümlüdür. Üst hakkı sahibinin zilyetliği iade yükümlülüğü eşyaya bağlı borç niteliğindedir. Hak sahibinin iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ise taşınmaz maliki dava yoluna başvurabilir. Üst hakkının sona ermesi halinde birleşme ilkesinin canlanması sona erme sebebine göre farklılık arz etmeksizin bütün sebepler için söz konusudur. Ancak bunun dışında sona ermeye bağlı olarak ortaya çıkan taleplerin âkibeti ve kullanılma şekilleri üst hakkının süresinin dolması ile mi yoksa sözleşmeye aykırılık sebebi ile mi sona erdiğine bağlı olarak farklılıklar arz edebilir. Bu sebeple üst hakkının terkinine, zilyetliğin iadesine, iade kapsamına ilişkin değerlendir-

⁷¹³ Aynı yönde intifa hakkının sona ermesi açısından değerlendirmeler için bkz. **Canarşlan**, 163 vd.

⁷¹⁴ **Erel**, 5- 9.

⁷¹⁵ **Erel**, 9.

⁷¹⁶ Doktrinde her ne kadar eşyaya bağlı borçların sadece mülkiyet hakkına bağlı olduğu yönünde görüşler mevcut ise de bizim de katıldığımız görüşe göre sınırlı aynî haklar ve zilyetlikten de eşyaya bağlı borçlar doğabilir. Bu durumda sınırlı aynî hak sahibinin ve zilyedin de eşyaya bağlı borcun alacaklısı olabileceği kabul edilmelidir. Bkz. **Oğuzman**, 211 vd.; **Erel**, 8 vd.; **Canarşlan**, 165 vd..

melerimiz sözleşme süresinin dolması ve sözleşmeye aykırılık sebebi ile sona erme halleri ayrı ayrı incelenmiştir.

A) SÖZLEŞME SÜRESİNİN DOLMASI SEBEBİ İLE SONA ERMESİ HALİNDE GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel Olarak

Bir sınırlı aynî hak, tarafların belirlediği sürenin sona ermesi ile terkine bağlı olmaksızın sona erer. Bu durum irtifak hakkıyla sınırlanmış olan mülkiyetin haktan önceki haline dönmesi anlamına gelir ki doktrinde buna “mülkiyetin esnekliği” denilmektedir⁷¹⁷. Üst hakkının süresinin dolması ile birlikte canlanan birleşme ilkesinin de bir sonucu olarak taşınmaz maliki hem taşınmazdaki önceden var olan yapıların hem de üst hakkı süresince inşa edilen yapıların tamamının yeniden maliki haline gelir.

Üst hakkının süresi dolduğu takdirde hak hem maddi hem şekli anlamda sona erer. Üst hakkı sürenin dolması halinde terkin edilmemiş bile olsa hiçbir ilgili için hüküm ve sonuç doğurmaz. Zira üst hakkı süresi, sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde tescile kaydedilmesi gereken unsurlarından biridir. Üst hakkının kaç yıllığına tesis edildiği sicilden açıkça anlaşılır. Bu sebeple ilgilisi olan herkes bu kayda ulaşabileceği için süresi dolmuş bir üst hakkı üzerinde üçüncü kişilerin kazanımlarının TMK m. 1023 gereği korunması da söz konusu değildir. Bu noktada söz konusu kazanımlar hüküm ifade etmeyecek olsa da sürenin sona ermesi halinde tapu memuru üst hakkını kendiliğinden terkin edemeyeceği için kim tarafından tapuya terkin talebinde bulunulacağı üzerinde de durmak gerekir.

Kanun koyucu istisnai olarak⁷¹⁸, birçoğu şerhe konu şahsi hak olmakla birlikte, bazı özel düzenlemelerle tapu müdürlüklerinin resen terkinine imkân tanımıştır. An-

⁷¹⁷ Köprülü/Kaneti, 4; Gürsoy/Eren/Cansel, 740; Sirmen, 549; Serozan, Rona, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3.B., İstanbul 2014, 42; Canarslan, 62.

⁷¹⁸ Kanun koyucu istisnai olarak bazı haller için tapu müdürlüğüne re’sen terkin imkânı tanımıştır. Örneğin; 1435 sayılı Tapu Kanunu m. 26/8 hükmü gereğince şerh edilen satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri re’sen terkin edilebilir. Bunun dışında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığının 09.12.2019 tarih ve 23294678-010.07.02-E.40190414019041 sayılı Bölge Müdürlüklerine “resen terkine” ilişkin genel duyuru-

cak aynî hakların tapu müdürlükleri tarafında resen terkin TMK m. 1026 ve TST m. 69/IV gereği mümkün değildir. Bu sebeple hem maddi hem şekli anlamda sona ermiş olan üst hakkının tapuya yapılacak talep ile terkin edilmesi gerekir. Tapu müdürlüklerinin hakkı re'sen terkin etme imkânı olmamasına karşın mahkemeye başvurmak suretiyle aynî hakkın sona erdiğinin belirlenmesine ilişkin karar verilmesini isteyebilirler. Mahkemenin vereceği karar tespit niteliğinde olduğundan bu karara dayanarak hakkın terkinini gerçekleştirebilir⁷¹⁹.

Üst hakkının tapudan terkinine yetkili olan kişi TMK m. 1014 ve TST m. 69/I hükmüne göre üst hakkı sahibidir. Ancak, TST m. 69/III gereği taşınmaz malikine de belirli hallerde terkin talep etme imkânı tanınmıştır. Hükme göre “Kanunda açıkça gösterilen hâller ile şerhedilmiş kişisel haklarda ve tescil edilmiş taşınmaz lehine veya kişisel irtifak haklarında belli bir süre söz konusu ise, bu sürenin dolması hâlinde taşınmaz malikinin istemi üzerine terkin işlemi yapılır”. Ayrıca taşınmaz maliki, TMK m. 1026 ve TST m. 69/IV gereği de aynî hakların sona ermesine bağlı olarak hukukî değerini kaybetmiş hakkın terkinini talep edebilir. Bu durumda üst hakkının süresinin sona ermesi halinde de tescilin hukukî değeri kalmayacağı için taşınmaz maliki üst hakkı sahibinin terkin talebini beklemeksizin tapuya başvurmak suretiyle hakkın terkinini isteyebilir. Yapılan terkin açıklayıcı niteliktedir.

Süresi dolan üst hakkının sona ermesiyle, terkin edilmiş olsun veya olmasın üst hakkı sahibinin taşınmaz ve yapı üzerindeki irtifak hakkına dayanan zilyetliği sona erer. Zilyet olan üst hakkı sahibi ile asıl hak sahibi olan taşınmaz maliki arasındaki hukukî ilişki sona erdiği için hak sahibi iade yükümlülüğü altındadır⁷²⁰. Bu sebeple

sunda ifade ettiği sınırlı özel durumlar dışında tapu müdürlüklerin sicilde yer alan kayıtların sürelerinin dolup dolmadığı hususunu talep edebilme imkânı olmadığı gerekçesi ile “özel kanunlarda belirtilen şartlarda ve harca tâbi olmayan şerh ve belirtme terkinlerinden terkinini bir başka işleme bağlı olanların tapu sicilinde yapılacak o işlem ile terkinini başka bir işleme bağlı olmayıp süresi dolan ve/veya kıymetini yitirenlerin de söz konusu taşınmaza yönelik işlem talebi sırasında veya ilgililerinin talebiyle tapu sicilinden re'sen terkinini mümkündür. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın duyurusu için bkz. https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/2020-11/resen_terkin.pdf, E.T. 27.12.2021; Tapu sicil müdürüne re'sen terkin yetkisi öngören İsviçre Medenî Kanunu'ndaki 2011 yılındaki revizyonlara uygun olarak hukukumuzda da benzer düzenlemelerin yapılması hakkındaki görüşümüz için bkz. §5/ II, A.

⁷¹⁹ Bkz. § 5/I.

⁷²⁰ **Akipek**, Jale, Türk Eşya Hukuku, I. Kitap: Aynî Haklar, Gözden Geçirilmiş 2.B., Ankara 1972, 262.

hak sahibinin taşınmazın ve yapıların fiili kullanımını taşınmaz malikine terk etmesi gerekir. Eski hak sahibi, üst hakkı süresinin uzatılması söz konusu olmaksızın zilyetliği iade etmiyorsa haksız zilyet durumuna düşer⁷²¹.

Haksız zilyede karşı iade talebinin hangi hükümlere dayandırılacağına tespiti önem arz eder. Zira, bir tarafta sözleşme ilişkisine dayanan iade yükümlülüğü diğer tarafta da sözleşmenin sona ermesi sebebiyle iade yükümlülüğünü yerine getirmeyen haksız zilyede karşı ileri sürülebilecek mülkiyet hakkına dayanan iade talebi vardır. Şu hâlde malikin, iadede imtina eden eski hak sahibi karşısında haksız zilyetlikte iadeyi düzenleyen TMK m. 993- 995 hükümlerine dayalı yan taleplerden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu gündeme gelir.

Doktrinde tartışmalı olan bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre⁷²² sözleşme konusu eşyanın iadesinin talep edilmesi halinde bu talep sözleşmeye dayanacağı için bütün ihtilafların sözleşme hukukuna göre çözülmesi gerekir. Bu görüşün temelinde yatan düşünce, aynı hakka dayalı iade taleplerinin sözleşmeye dayalı iade talepleri karşısında ikincil kaldığıdır. Öyle ki, sözleşme ilişkisi var olduğu sürece öncelik sözleşmesel tasfiye ilişkisinde olmalıdır. Buna göre iade gereği taraflar arasında doğan tasfiye ilişkisi sözleşme ilişkisinin yeni bir aşamasıdır ve bu aşama da sözleşme hukuku çerçevesinde yürütülmelidir⁷²³.

⁷²¹ **Akipek**, Eşya Hukuku, 262; **Özen**, 6 vd., 40, 41, dn. 43 vd.; Hakka dayanan bir zilyetlikte iade yükümünün yerine getirilmemiş olması halinde haksız zilyet sayılacağına dair bkz. **Canarşlan**, 192 vd.

⁷²² **Oğuzman/Seliçi/ Oktay- Özdemir**, 280/N.1137; **Eren**, Mülkiyet, 36; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 151; **Ayiter**, 80; **Nomer/Ergüne**, 580/N.1709; **Akipek**, Eşya Hukuku, 263; **Özen**, 44, dn. 46'daki diğer yazarlar. Yazarın ifade ettiği üzere bu görüşü savunanlar zilyetliğin devrine malikle hak sahibi arasındaki iç ilişki bakımından "tasarrufi etki" gözüyle bakmaktadırlar.; **Antalya/ Topuz**, Eşya Hukuku, N. 865, 231, zilyetliğin hukukî niteliğine ilişkin görüşler için bkz. N. 649, 191 vd.. Yazarlara göre "hakka dayanan zilyetliğin sona erdiği durumlarda, aynı hak görüşünü benimsememiş olmaları sebebiyle ve sona ermenin sonucu olarak eşyanın iadesi kapsamında geri verme ilişkisi kurulmuş olacağından istihkak davası ve bununla bağlantılı zilyetliğin iadesi hükümleri uygulanamayacaktır".

⁷²³ Bkz. **Özen**, 44 ve dn. 47; **Serozan**, 181, N.693 vd. İade istemine ilişkin yarışma görüşünü kabul etmeyen yazar, sadece zilyetlik kurallarından bir boşluk söz konusu olan hallerde boşluğun doldurulmasında dolaylı olarak yararlanılabileceği görüşündedir.

Aynı sonucu savunan başka bir görüş⁷²⁴ de malikin mülkiyete dayalı iade taleplerine başvuramamasının sebebinin borç ilişkisi olmadığını, zilyetliğin “hak” olarak kabul edilmesi ile ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre sözleşme hukukundan doğan hükümlerle mülkiyete dayalı iade talepleri yarışır. Haksız zilyetlikte iadeyi düzenleyen TMK m. 993- 995 hükümlerinin tasfiye ilişkisinin bünyesine uygun düşmeyeceği gerekçesi ile bu hükümlere başvurulamaz ve iade sırasında meydana gelebilecek aksaklıklar da sözleşme ilişkisi nezdinde çözümlenmelidir.

Bu hususa ilişkin son görüşe⁷²⁵ göre de sözleşme ilişkisinden doğan iade talepleri ile aynî haktan doğan iade talepleri yarışır, mülkiyete dayalı iade talepleriyle beraber onun fer’isi niteliğindeki TMK m. 993-995 hükümlerine gidebilmek mümkündür. Bu görüşü savunan yazara göre⁷²⁶ “aynî hakka sahip olan bir kimsenin, başkasıyla sözleşme ilişkisine girdiği zaman sahip olduğu aynî haktan doğan talepleri ileri sürmesine engel olmamalıdır. Sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, temerrüt ve haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler kural olarak birbirini dışlayıcı değildir”. Hatta, yarışmanın da ötesinde haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler sözleşmeden kaynaklanan iade taleplerinin kıyasen tamamlayıcısı olarak kabul edilmelidir. Sözleşmesel tasfiyede boşluk olduğu hallerde haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır.

Kanaatimizce öncelikle ifade etmek gerekir ki, üst hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki iktisabı sebepsiz değildir. Kanun’dan doğan yasal bir iktisaptır. Üst hakkının süresinin sona ermesi halinde hakkı sahibi, hakkın ne zaman sona ereceğini ve ne zaman iade borcunu ifa edeceğini net bir şekilde bilmektedir. Bu sebeple sürenin sona ermesi anı itibarıyla muaccel hale gelen iade borcunu makul süre içinde ifa etmelidir⁷²⁷. Dürüstlük kuralı gereği, üst hakkı sahibi hakkın sona ermesine yakın bir

⁷²⁴ Köbl’ün bu görüşü için bkz. **Özen**, 45 vd.

⁷²⁵ **Özen**, 46 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 280/N. 1137; **Eren**, 36; **Ayiter**, 80; **Ergüne**, 75; **Antalya**, Gökhan, İstihkak Davası, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 18, S. 2, 502; **Nomer/Ergüne**, 200/ N.607; Yarışma görüşünü sadece sözleşmenin sona ermesi ve taşkın kullanım halinde kabul eden görüş için bkz. **Serozan**, 181, N. 693.

⁷²⁶ **Özen**, 46.

⁷²⁷ Üst hakkı süresinin sona ermesi ile iade borcu muaccel hale gelmiştir. TBK m. 90’a göre taraflar bir ifa zamanı kararlaştırmamışsa veya hukukî ilişkinin özelliğinden ifa zamanı anlaşılmıyorsa doğduğu anda muaccel olur ve hemen ifası talep edilir. Buradaki hemen ifadesinden anlaşılması

zaman içinde tahliye için gerekli hazırlıklara başlayıp, hakkın sona ermesinden itibaren de taşınmazı makul süre içinde boşaltıp, zilyetliği malike iade etmesi gerekir. Aksi halde üst hakkı sahibinin bilerek iade sürecini uzatması yine haksız zilyet haline gelmesine sebep olur. Ayrıca ifade ettiğimiz üzere üst hakkı sahibinin iade yükümlülüğü aynı zamanda Kanun'dan da doğmaktadır. Taraflar arasında sözleşme ilişkisine dayalı bir iade ilişkisinin olması sözleşme ilişkisinin mülkiyet hakkından doğan talepler nezdinde üstünlük taşıdığı anlamına gelmez. Kanun hakkın ne zaman sona erdiğini açıkça göstermişse bu andan itibaren malik aleyhine gerçekleştirilecek her türlü fiil mülkiyet hakkının da ihlali anlamına gelir. Bu nokta da malikin mülkiyet hakkına dayanan yetkilerini kullanmasına da bir engel yoktur.

Açıklanan sebeplerle sözleşmeden doğan iade talepleri ile mülkiyete dayanan iade talepleri yarışır. Üst hakkının süresinin dolmuş olmasına rağmen iade yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde malik, dilerse sözleşmeye aykırılık çerçevesinde dilerse mülkiyete dayalı iade talebinde bulunabilmelidir.

2. Zilyetliğin İadesi Açısından Üst Hakkı Sahibinin Sorumluluğu

Üst hakkının sona ermesi halinde zilyetliğin iadesi, mülkiyet hakkının doğal bir sonucudur. Bu durum aynı zamanda hak sahibinin geri verme borcunun da kapsamını oluşturur. Taraflar bu hususta anlaşmamış olsalar da aralarındaki sınırlı aynî hakkın doğası gereği bu borç kendiliğinden doğar⁷²⁸.

Üst hakkının süresinin dolması sebebiyle sona ermesi anı itibarıyla hak sahibi malik sıfatında asli zilyetliğinde olan yapıların ve vasıtasız fer'i zilyetliğinde olan taşınmazın zilyetliğini malike iade ile yükümlüdür. Dolayısıyla, üst hakkının sona erme anı itibarıyla hak sahibinin taşınmaz ve yapılar üzerindeki zilyetliği haksız zilyetliğe dönüşür. Buna rağmen üst hakkı sahibinin fiili kullanımı devam ediyorsa taşınmaz maliki mülkiyet hakkının koruyucu tedbirlerinden dava yolu ile yararlanabi-

gereken dürüstlük kuralı gereği borçlunun borcunu ifa etmesi için ihtiyaç duyduğu zaman göz önünde tutularak sürenin buna göre belirlenmesidir. Dolayısıyla bu süre borçlunun borcunu ifa etmesine yetecek makul bir süre olacaktır. (Bkz. **Eren**, 970 vd.); İntifa hakkı açısından bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 205.

⁷²⁸ İntifa hakkı açısından yapılan benzer bir değerlendirmede bu çeşit bir borcun aynî hak özelliğinin Borçlar Hukuku kapsamında bir nispi borç olması karşısında ağır bastığı, bu sebeple de eşyaya bağlı borç olarak nitelendirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Canarlsan**, 163.

lir. Bu sebeple zilyetliğin iadesi yükümlülüğünü yerine getirmeyen hak sahibine karşı taşınmaz malikinin iade davası açması söz konusu olabilir (TMK m. 683, 992)⁷²⁹.

Malik şüphesiz ki öncelikle mülkiyet hakkına dayanarak TMK m. 683 gereği istihkak davası ile iade talebinde bulunabilir⁷³⁰. Zira, üst hakkı bütünleyici parça ilkesinin bir istisnasıdır ve kanun koyucu TMK m. 828 ile malikin doğrudan yapılar üzerindeki mülkiyetinin canlanacağını ifade etmektedir. Ayrıca taraflar sözleşme ile iade yükümlülüğünü düzenlemiş olsalar bile önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere bu borcun eşyaya bağlı borç olduğu unutulmamalı ve salt sözleşmeden doğan nispi borç olduğu sonucuna da varılmamalıdır. Bunun sonucu olarak malikin iade davasını halihazırdaki üst hakkı sahibine karşı açması gerekir. Üst hakkı sona ermeden önce hak başkasına devredilmiş ise bu durumda sona erme anında halihazırdaki zilyet iade ile yükümlü olacağı için davanın muhatabı da o kişidir⁷³¹. Ancak bunun dışında zilyetliğin iadesi hususunda katıldığımız yarışma görüşü gereği bu yükümlülük aynı zamanda üst hakkı sözleşmesinden de doğduğu için malik iade taleplerini TBK m. 112'ye de dayandırabilir⁷³².

Malikin mülkiyete dayanan iade talebinde bulunması halinde uygun düştüğü ölçüde TMK m. 993-995 hükümleri de uygulama alanı bulur⁷³³. TMK m. 993-995 hükümleri zilyedin geri verme yükümlülüğünün sonuçlarını düzenler⁷³⁴. Bu sonuçlar

⁷²⁹ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 445 vd.; **Sirmen**, 237 vd.; **Özen**, 89 vd.; **Antalya**, İstihkak, 502 vd.; Uygulamada malikin taşınmaz üzerindeki zilyetliği saldırıya uğradığı kabul edildiği için “elatmanın önlenmesi davası” açılmaktadır. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 278/N.1130 vd. ile 281/N.1142 vd.; Aynı yönde **Eren**, Mülkiyet, 32-33; **Haab/Simonius/Schrerrer/Zobl**, Art. 675 Nr. 6 f.

⁷³⁰ Ayrıca malik, mülkiyet davaları dışında zilyetliği koruyan davaları da açabilir. TMK m. 992/I açık hüküm getirmiştir. Ancak, malik zilyetlik davalarında kısa sürelere dikkat etmelidir. Aksi halde, sürelerin geçmesi halinde yalnızca istihkak davası açılabilir. Bkz. **Eren**, Mülkiyet, 33.

⁷³¹ İntifa hakkı değerlendirmesi için bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 194, 195.

⁷³² İntiha hakkının sona ermesi ile birlikte iade talebinin yasal dayanağının TBK m. 112 olacağına ilişkin olarak bkz. **Canarlan**, 166 vd.

⁷³³ **Eren**, Mülkiyet, 35

⁷³⁴ Bu taleplerin hukukî dayanağı tartışmalıdır. İleri sürülen görüşler: haksız fiil görüşü, sebepsiz zenginleşme görüşü, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme görüşü, mülkiyet ve bütünleyici parça görüşüdür. Yargıtay haksız fiil görüşünü benimser. Ancak bunun kendine özgü bir yasal sorumluluk olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. **Akipek/Akıntürk**, 210, 211; Aynı şekilde ilgili hükümlerin *lex specialis* olduğu yönünde bkz. **Ünal/Başpınar**, 214; **Özen**, 5 vd.; **Esener/Güven**, 104;

istihkak davasının da fer'i sonuçlarıdır⁷³⁵. Şu hâlde, ilgili hükümlere istihkak davası ile gidilebileceği gibi sonradan açılacak bir dava ile de talepte bulunulabilir.

Üst hakkı sahibi koruma yükümlülüklerine aykırı davranmış ve yapıya zarar vermişse malik zararların tazminini talep edebilir. Diğer yandan malik, TMK m. 995 gereği haksız zilyedin eşyadan elde ettiği “bütün doğal ve hukukî ürünleri, hatta hasılatları” geri isteyebilir⁷³⁶. Bu kapsamda haksız zilyet olan üst hakkı sahibi yapıları elinde bulundurduğu süre zarfında elde ettiği semereleri (örneğin, üst hakkı kapsamında yapı bir alışveriş merkezi olarak inşa edilmişse alışveriş merkezi çindeki dükkanlardan tahsil edilen kira gelirleri bu kapsama dahildir) malike iade etmek zorundadır. Bunun yanı sıra, hükme göre “haksız zilyet elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında da tazminat ödemek zorunda kalacaktır”. Şu hâlde, yapı kiraya verilebilecek durumda olduğu halde üst hakkı sahibi haksız zilyet olarak elinde bulundurduğu süre zarfında yapıyı boş bırakarak kiraya vermediyse muhtemel kira gelirleri de üst hakkı sahibinden talep edilebilir. Başka bir örnek verilecek olursa, üst hakkı kapsamında inşa edilen yapı otel olarak kullanılmakta iken haksız zilyet olan üst hakkı sahibi otele müşteri almayarak gelir elde edilmesinin önüne geçmişse yine bu zararları da tazminle yükümlüdür. Son olarak malikin, üst hakkı sahibinin haksız olarak yapıları elinde bulundurup kullanmasından kaynaklanan tazminat olan ecriden misil talep etme imkânı vardır. Ecri misil, haksız zilyedin elinde bulundurduğu bir eşyayı ve özellikle de taşınmazı kullanmasına karşılık asıl hak sahibine ödemesi gereken tazminatı karşılamaktadır⁷³⁷.

⁷³⁵ Akipek/Akıntürk, 209.

⁷³⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, 217, 218.

⁷³⁷ Yargıtay uzun süre bu tazminatı kira bedeline benzetmiş ve orasıyla aynı yerdeki emsallerine göre getireceği kira bedeli üzerinden tazminata hükmedilmiştir. Ancak daha sonra YİBK. 08.03.1950 tarih ve 22/4 sayılı karar ile bu görüşten dönerek, bunun bir haksız fiil sayılması gerektiğini, ancak bir zarar doğmuşa tazminin gerekeceğini kabul etmiştir. Doktrinde bu tazminat haksız fiil, sebep-siz zenginleşme ya da “elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürün” kapsamında farklı değerlendirilmelere konu olmuştur. Bizim de katıldığımız görüşe göre haksız zilyedin bu tazminatla yükümlü olması için eşyayı fiilen kullanması ve eşyanın kiraya verilebilecek nitelikte olmasına rağmen kiraya verilmeyerek kullanılması gerekir. Bkz. Nomer/Ergüne, 82-83 vd.; Esener/Güven, 109-110; Sirmen, 100, 101; Akipek/Akıntürk/Ateş, 220; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 124/N. 579 vd.; Ertaş, haksız fiil görüşüne iştirak etmektedir. Bkz. Ertaş, 79/ N.374 vd.; Ecri misil olarak ödenecek tazminatın miktarı ile ilgili hâkim görüş taşınmazın özgülenme amacı esas alınarak belirlenecek olan piyasadaki kira bedeli olduğu yönündedir. Bkz. Özen, 274.

3. Üst Hakkı Sahibinin Geri Verme Yükümlülüğünün İfası Kapsamında Koruma ve Özen Yükümlülüğünü İhlalden Doğan Tazminat Sorumluluğu

Üst hakkı sahibinin zilyetliğin iadesi gereğince yapıları malike ne şekilde geri vereceğine dair bir değerlendirme yapmak gerekir. Hak sahibinin yapıların bakımı, korunması veya geri verme anında yapıların iyi halde olması hususuna dair bir yükümlülük altında olduğu tespit edilirse iade anında yapıların olması gereken nitelikleri taşınamaması verilen zararlardan sorumluluğu gerektirir.

Hak sahibinin yapılar üzerindeki fiili hâkimiyeti üst hakkından doğan mülkiyet hakkına dayanır. Hakkın sona ermesi halinde geri verme yükümlülüğünün hak sahibinin mülkiyete dayalı kullanımına bir sınır getirip getirmeyeceği önem arz eder. Üst hakkı sahibinin mülkiyet hakkı yapılarla ilişkindir ve üst hakkı irtifakına sıkı sıkıya bağlıdır. İrtifakın sona ermesiyle mülkiyet hakkı da sona erer. İrtifak hakkının süresinden önce de mülkiyet hakkı sona erebilir. Örneğin; yapılar yıkılırsa üst hakkı irtifakı devam ederken yapılarla ilişkin mülkiyet hakkı sona erer. Yapılar ve mülkiyet hakkı sıkı bir bağlantı içindedir⁷³⁸. Üst hakkının kurulması ile taşınmaz malikinin arazi üzerindeki zilyetliği çift dereceli zilyetliğe dönüşür. Malik, asli vasıtalı zilyetken; üst hakkı sahibi fer'i vasıtasız zilyettir. Üst hakkı kurulduğunda taşınmazda bulunan yapılar üzerinde malikin mülkiyet hakkı üst hakkı süresi boyunca sona ereceği için zilyetliğinden de söz edilemeyecektir. Bu durumda üst hakkı sahibi sadece taşınmazda bulunan ve daha sonra inşa edilecek yapılar üzerinde tek dereceli asli zilyetliğe sahiptir.

Üst hakkı sahibinin yapılar üzerindeki mülkiyet hakkı her türlü tasarrufu ve fiili müdahaleyi de haklı kılar. Hak sahibi yapıları isterse yıkabilir, satabilir, yeniden inşa edebilir, dolayısıyla yapılar da sözleşmede belirlenen sınırlar içinde kalmak kaydı ile her türlü değişikliği yapabilir⁷³⁹. Mülkiyet hakkına dayanan bu yetkilerin kullanılması neticesinde de hak sahibi üst hakkının sona ermesinden önce yapılardaki bütün teçhizatı, malzemeleri söküp ve hatta yapıyı tahrip edip malike dört duvar şek-

⁷³⁸ Freimüller, 103; Gürzumar, 118; Akipek, 67 vd.

⁷³⁹ Hak sahibinin malike karşı bir koruma yükümlülüğü altında olmadığı, isterse yapıları yıkabileceği hakkında bkz. Wieland, Komm., Art. 779, Nr.7-b.

linde kullanılamayacak bir yapı bırakabilir. Tüm bu fiillerin üst hakkı sahibinin mülkiyet hakkına dayandığı gerekçesi ile makul karşılanması ve hak sahibinin herhangi bir şekilde yapılardaki zararlardan sorumlu olmayacağının ileri sürülmesi mümkündür. Ancak mülkiyet hakkına dayanan bu gerekçenin kabulü hak sahibinin geri verme yükümlülüğü karşısında üst hakkı sahibinin kötüniyetli kullanımlarının meşrulaştırılması anlamına gelebilir. Böyle bir durumda ise taşınmaz maliki uzun yıllar katlanmakla yükümlü olduğu üst hakkı sonunda bir de enkaz devralmak zorunda kalır.

Tarafların hakkın sonunda yapıların âkıbetine dair özel düzenleme getirdiği durumlar açısından tartışılacak fazla bir husus yoktur. Malik sözleşme sonunda yapıların yıkılmasını isteyebilir. Böyle bir durumda zaten hak sahibi üst hakkı ile yükümlü taşınmazı eski haline getirme yükümlülüğü altındadır. Bu sebeple yapıların zarara uğramasına dayanan bir sorumluluğu da söz konusu olmaz.

Buna karşılık malik, hak sona erdikten sonra yapıları kullanmaya devam etmek isteyebilir. Şu hâlde taraflar, üst hakkı sahibine sözleşme ile özellikle hakkın süresi boyunca yapıları koruma ve bakımlarının yapılmasına ilişkin özen ve koruma yükümlülüğü getirebilirler. Ancak böyle bir özel düzenleme getirilmemiş dahi olsa üst hakkı sahibinin geri verme yükümlülüğü, yapıların malike zarar verecek nitelikte kullanılmasının önüne geçer.

Kanaatimizce kanundan doğan geri verme yükümlülüğü, hak sahibinin mülkiyet hakkının sınırını oluşturur. Hak sahibi, yapılar üzerinde zilyetliğini mülkiyete dayanan yetkilerle istediği şekilde kullanabilir. Ancak, hakkın sona ermesi ile iade yükümlülüğü altında olacağı için yapılar üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkından bağımsız değerlendirilmesi mümkün değildir. Üst hakkı sahibinin malik sıfatındaki zilyetliği üst hakkı ile sıkı ilişki içindedir. Bu kapsamda üst hakkı sahibinin sahip olduğu yetkilere dayanarak, hakkın süresi boyunca yürütülen faaliyete uygun şekilde yapıları kullanması, inşa etmesi, gerekli görülen değişiklikleri yapmasında bir sorun yoktur. Ancak hak sahibi, üst hakkı süresi boyunca yürüttüğü faaliyetin bir gereği olarak yapmadığı, yapmayı da gerekli görmediği yapısal değişiklikleri hakkın sona ermesine yakın icra etmeye kalkarsa ve bu değişiklikler malike kalacak yapıların değerini önemli ölçüde düşürür veya yapıları kullanılamaz hale getirir ise hak sahibi-

nin kötünıyetli olduğundan bahsedilebilir. Bu durumda üst hakkı sahibinin yapılara verilen zararlardan sorumluluğu söz konusudur. Kaldı ki, üst hakkının tesis edildiği andan itibaren hak sahibi hakkın sona ermesi ile yapıların malike intikal edeceğini açıkça bilmektedir.

Öte yandan, sözleşmede taşınmazın ne şekilde iade edileceği, hatta mevcut yapılardan hangilerinin iade edileceği belirlenmişse hak sahibi fazladan inşa edilmiş yapılar varsa bunları yıkabilir. Şu hâlde hak sahibinin kötünıyetinden bahsedilemez. Zira, hak sahibi sözleşme programına uygun hareket etmektedir. Taraflar arasındaki sözleşme iade yükümlülüğu getirdiği için üst hakkı sahibi mülkiyet hakkından doğan yetkilerini sözleşmeye uygun olarak, sözleşmede açıkça iadenin şartları ve sınırları belirlenmemişse de iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanmak zorundadır. En azından maliki zarara uğratmaya yönelik, kusurlu fiillerden kaçınmalıdır. Örneğin, kırk dokuz yıllığına turizm tesisi kurmak ve işletmek hususunda tesis edilen bir üst hakkında, hak sahibi kırk sekiz yıl otel olarak kullandığı yapıları en iyi şekilde muhafaza etmiş, kullanmış ve hakkın bitmesine bir ay kala yapıyı boşaltıp içindeki tüm ekipmanları teçhizatı, hatta camı, kapıyı, havalandırmayı bile söküp dört duvarı kalmış bir şekilde malike bırakmışsa zilyetliğin hakkın kapsamına uygun kullanıldığından söz edilemez.

Burada cevaplanması gereken soru şudur: Üst hakkı sahibine tanınan mülkiyet hakkı, taşınmaz malikinin zarara uğramasına sebep olacak suiistimallere hizmet etmeli midir? Hak sahibinin diğer irtifaklardan farklı olarak sahip olduğu mülkiyet hakkı, üst hakkını diğer irtifaklar nazarında daha fazla tercih edilen ve hak sahibine sunduğu tasarruf imkânı sebebi ile de en avantajlı, en fazla korumayı sağlayan hak haline getirir. Üst hakkının toplumsal, ekonomik ve sosyal önemi düşünöldüğünde bu hakkın hizmet ettiği amaçlardan biri yeterli ekonomik güce sahip olmayan taşınmaz maliklerinin taşınmazlarını işler hale getirerek, öлке ekonomisine kazandırmaktır. Zira, yapılan tesislerle kimi zaman toplu konut ihtiyaçları giderilmekte, kimi zaman da inşa edilen büyük tesislerle hem yeni istihdam alanları yaratılmakta hem de turizm alanındaki projelerin hayata geçirilmesi ile de turizmin canlanmasına bağlı olarak öлке ekonomisine destek olunmaktadır. Dolayısıyla hakka bağlı gayrimenkuller üzerindeki kötünıyetli, yıkıcı tasarruflar her ne kadar şahsi malvarlığına ilişkin ve

sadece maliki üzerinde sonuç doğuracak fiiller gibi gözüксе de daha geniş bakış açısıyla ülke ekonomisine, toplumsal ve sosyal yapıya da zarar vermektedir. Bu sebeple üst hakkı sahibinin malike hakkın süresi sonunda kullanılamayacak hale getirilmiş bir yapı bırakması da kanunun amacına hizmet etmeyecektir.

Diğer yandan, Federal Konsey koruma ve bakım yükümlülüğünü ZGB Art. 779d'de öngörülen intikal tazminatı ile ilişkilendirmektedir. Konsey⁷⁴⁰'e göre taşınmaz malikinin ZGB Art. 779d hükmü gereğince intikal tazminatı ödeyeceği hallerde yapının bakımlı olması üst hakkı sahibinin yararına. Ayrıca, tazminat yükümlülüğünün üst hakkı sahibini hakkın süresi boyunca yapıların bakımını yapmakla da yükümlü kılacağı ifade edilmektedir. Konsey'in görüşüne göre taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa üst hakkı sahibi yapıların bakımını yapma ve yapıları korumakla yükümlüdür⁷⁴¹. Bu görüş doğrultusunda, İsviçre Medenî Kanunu'nun aksine TMK m. 829'da kural olarak intikal bedeli ödenmemesinin hüküm altına alınmış olması sebebi ile üst hakkı sahibinin üst hakkı süresi boyunca yapılar üzerinde taşınmaz maliki lehine sürekli bir bakım yükümlülüğü altında olmayacağının kabulü gerekir. Üst hakkı sözleşmesinde intikal bedeli ödeneceği kararlaştırılmışsa hak sahibi hakkın sona ermesine kadar olabilecek en iyi şekilde yapıların gerekli bakımlarını yaptırarak, yapıları korur ve muhafaza ederse intikal bedelinin tespitinde kendi lehine bir durum yaratmış olur. Bedelin tespiti, yapının hakkın sona ermesine yakın tespit zamanındaki objektif değeri üzerinden yapılacağı için yapıların iyi halde olması değeri de yükseltecektir. Ancak koruma ve özen yükümlülüğünü sadece intikal bedeli açısından ele almak bu yükümlülüğün intikal bedeline bağlı olarak doğduğu sonucunu doğurur. Bu değerlendirme de intikal bedelinin kararlaştırılmadığı üst hakkı sözleşmeleri açısından taşınmaz malikinin aleyhine, TMK m. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek sonuçlar doğurabilir.

İntikal bedeli ödenmeyecek olan sözleşmelerde yapılarda meydana gelen her türlü eksilmenin, zararın malik tarafından katlanması gereken bir durum olduğu

⁷⁴⁰ BBI 1963 I 978, d.

⁷⁴¹ Tarafların intikal tazminatı kararlaştırmadığı hallerde de sözleşme ile aksini kararlaştırarak üst hakkı ile yüklü taşınmazın tüm masraflar üst hakkı sahibine ait olmak üzere yapıların kaldırılarak eski hale getirilmesi şeklinde olacağı hakkında bkz. BBI 1963 I 978, d.

ileri sürülebilir. Ancak, bu görüşün kabulü halinde TMK m. 829 hükmünün üst sahibinin kötüniyetli ve kusurlu fiilleri ile malike zarar vermesini desteklediği sonucuna varılacaktır ki, bu durumda hukuk güvenliği açısından kabul edilebilir değildir. Hukukun amacı taraflar arasındaki dengenin sağlanamadığı hallerde taraflardan birini diğerinin menfaatleri ölçüsünde kurban etmek değildir. Sözleşme hukukunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının aranmasının sebebi de her iki tarafın da karşılıklı hukukî menfaatlerini en yüksek seviyede korumaktır. Bu sebeple intikal bedeli kararlaştırılsın veya kararlaştırılmasın üst hakkı sözleşmesinin sona ermesinin doğal bir sonucu olarak iade yükümlülüğü kapsamında üst hakkı sahibi, taşınmaz malikinin zararına olacak fiil ve tasarruflardan kaçınmak, yapıları hakkın kapsamına uygun şekilde kullanmakla yükümlüdür. Üst hakkı sahibi sürekli bir bakım yükümlülüğü altında da değildir. Üst hakkının devamı boyunca ve sona ermesine yakın bir süreçte maliki zarara uğratabilecek kusurlu fiillerde bulunmaması adına koruma ve özen yükümlülüğü altındadır. Üst hakkı sahibi iade yükümlülüğünü yerine getirirken Borçlar Hukuku anlamında “koruma menfaati= bütünlük menfaatine” riayet etmelidir⁷⁴².

Bir sözleşme ilişkisi içinde taraflar sözleşme kurulmadan önce, edimin ifasında ve hatta sözleşme sona erdikten sonra edim dışında kalan kişi ve malvarlığı menfaatlerinin tehlikeye maruz kalması, zarar görmesi ihtimaline karşı özen ve koruma yükümlülüğü altındadırlar. Yapıların taşınmaz malikine iade etmeden önce tahrip edilmesi veya kullanılamayacak hale getirilmesi taşınmaz malikinin müstakbel malvarlığı menfaatlerinin hak sahibinin kusuru ile zarara uğratılması anlamına gelir. Başka bir ifade ile üst hakkı gereği birleşme ilkesinin kesilmesine bağlı olarak üst hakkı sahibinin kullanımına ve tasarrufuna bırakılmış, ancak aslında kendi malvarlığı unsuru içinde kalan değerlere yönelmiş bir zarar söz konusudur. Hak sahibi, iade yükümlülüğünü ifa ederken bütünlük menfaatini korumak amacı ile dürüstlük kuralına dayanan özen ve koruma yükümlülüğü gereği mutat eksilme, eskime ve yıpranmalar

⁷⁴² Doktrinde “bütünlük menfaati (*Integritätsinteresse*)” yerine, “korunma menfaati (*Erhaltungsinteresse*)” veya “bütünlüğün korunması menfaati” ya da “özen gösterme yükümlülüğü deyimlerinin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Eren, 40 vd.

dışında kusuru ile yapıya verdiği zararları tazmin etmek zorundadır⁷⁴³. Bu durumda üst hakkı sözleşmesinde taşınmaz maliki, hakkın süresi sona erdiği için yapıyı iade etmek isteyen hak sahibinin iade borcunun ifasını, yapıya verilen zararları ileri sürek kabulden imtina edemez. Ancak malik yapıyı teslim alırken aynen kirada olduğu gibi tazminat talep haklarını saklı tutmalıdır. Her ne kadar sözleşmeden doğan bir tazminat talep hakkı olsa da teslim anı itibarıyla yapıda tespit edilen veya henüz tespit edilmemiş olan yıpranma, tahribat veya eksiklikler sebebiyle doğacak zararın tazmin edilmesini talep etme hakkını da ayrıca saklı tutmalıdır⁷⁴⁴.

Sonuç itibarıyla üst hakkı sahibinin koruma ve özen yükümlülüğü dürüstlük kuralına dayanan üst hakkı sözleşmesinden doğan bir yükümlülüktür⁷⁴⁵. Üst hakkı sahibi, yapılara sözleşme sona ermeden önce zarar vermiş ve bu zarar malikin sözleşmenin sona ermesinden önce, hatta sözleşme sona erdikten hemen sonra iade için

⁷⁴³ **Eren**, 36, 40; **Serozan**, İfa, 117; **Tiryaki**, Betül, Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması, EÜHFD, Y. 2008, C. XII, S. 3- 4, 272 vd.; İrtifak hakkı sahibinin yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek şekilde hakkını kullanması gerekliliğinin özel bir düzenleme gerektirmese de TMK m. 2 (ZGB Art. 2)'den doğabileceği yönündeki Baumann'ın görüşü için bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 99; Bu durum kira ilişkisinde kiracının iade yükümlülüğü ile benzerlik arz etmektedir. Aynen TBK m. 334'te kiracının sözleşmeye uygun kullanımından kaynaklanan eksilme ve yıpranmalardan sorumlu olmayacağı gibi üst hakkı sahibi de üst hakkı süresi boyunca olağan kullanıma dayanan yıpranmalardan sorumlu olmayacaktır. Kiracı, aşırı, özensiz, kötü ve kusurlu kullanımı sebebi ile kiralananın değerini normalin üzerinde düşürecek veya özünü değiştirecek zararlar vermişse söz konusu zararlar kiracı tarafından tazmin edilecektir. (Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, 389-390; **Yavuz**, Nihat, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, Ankara 2012, 1283; **Sırataş**, Burcu, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2021, 168).

⁷⁴⁴ **Yavuz**, 1283, 1284.

⁷⁴⁵ Koruma ve özen yükümlülüğünün tasfiye yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi bu yükümlülüklerin sözleşme sonrası sorumluluk kapsamında ele alınıp alınmayacağı sorusunu da akla getirebilir. Sözleşme sonrası sorumluluk, Türk- İsviçre Hukukunda özel olarak düzenlenmemiştir. Doktrinde yapılan tanıma göre geniş anlamda sözleşme sonrası sorumluluk sözleşmede kararlaştırılmış olsun veya olmasın sonraya etki eden yükümlülüklerdir. Dar anlamda sözleşme sonrası sorumluluk ise "kaynağı doğrudan sözleşme ilişkisi olmayan sonraya etkili yükümlülük ihlalleridir" (Bkz. **Akçaal**, Sözleşme Sonrası Sorumluluk, 19 vd.). Bu kapsamda tasfiye yükümlülükleri, sona eren bir sözleşmenin tasfiyesine hizmet ettikleri için doktrinde tasfiye yükümlülüklerinin sonraya etki eden yükümlülüklerle dahil olup olmadığı tartışmalıdır. Azınlıktaki görüşe göre tasfiye yükümlülükleri sonraya etki eden yükümlülüklerken, hâkim görüşe göre tasfiye yükümlülükleri bu kapsamda değerlendirilemez. Zira, tasfiye yükümlülükleri de tasfiye ilişkisinin sona ermesi ile zorunlu olarak sona erer. Ancak sonraya etki eden yükümlülükler tasfiye ilişkisinden bağımsız olarak sözleşme ilişkisi sona ermiş olsa dahi varlığını devam ettirir. Sözleşme sonrası sorumluluk, sözleşme sona erse dahi ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Bu kapsamda üst hakkı sahibinin yapılar üzerindeki koruma yükümlülüğü sözleşme ilişkisinin sona ermesi ile birlikte son bulur. Sözleşme sonrasını kapsayan bir yükümlülük değildir. (Bkz. **Akçaal**, Sözleşme Sonrası Sorumluluk, 98, 160 vd.)

tanınan süre sona ermeden yaptırılacak ekspertiz değerlendirmesi ile tespit edilmişse bu zararlar doğrudan sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilir⁷⁴⁶. Bu kapsamda koruma ve özen yükümlülüğünün ihlali sözleşmeye aykırılık kapsamında borcun gereği gibi ifa edilmemesi neticesini doğurur ve TBK m. 112'ye tâbidir⁷⁴⁷.

Diğer yandan üst hakkı sahibi iade yükümlülüğü için öngörülen makul sürede borcunu ifa etmemiş ve yapılar da bu süre zarfında zarara uğramışsa üst hakkı sahibi haksız zilyet haline gelmiş olur. Bu süre zarfında yapıya verilen zararların tazmini TMK m. 995'e veya koruma ve özen yükümlülüklerinin ihlali kapsamında sözleşme hukukuna dayandırılabilir. Yine burada taleplerin yarışmasından söz edilir. Yalnız tek fark sözleşme hukuku kapsamında TBK m. 112'ye dayanılacaksa yapıya verilen zararın tazmini için üst hakkı sahibinin kusuru aranır. Ancak TMK m. 995 hükmüne gidilmesi halinde kusur şartı aranmaz. Buradaki sorumluluk kusursuz sorumluluktur⁷⁴⁸. Bu sebeple haksız zilyet eşyanın zilyetliği talep edende olsaydı dahi yine de bu zararın meydana geleceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilir⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ Doktrinde hâkim görüş geçerli bir şekilde devam eden sözleşme ilişkisinde zilyet olan hak sahibinin sözleşmeye aykırı davranışının sadece sözleşme hukukuna tâbi olacağı yönündedir. Bu durumda kesinlikle yarışan bir biçimde haksız zilyetlik hükümlerine gidilemez. (Bkz. **Özen**, 38 ve özellikle dn. 40'taki yazarlar). Buna karşılık doktrinde sözleşme ilişkisi devam ederken sözleşmeye aykırı davranışların da hak sahibini sözleşmeyle taahhüt edilen yükümlülüklerle aykırı davranıldığı için haksız zilyet olarak değerlendirilebileceği, bu sözleşmeye aykırılık karşısında mülkiyet hakkını hak sahibi lehine sınırlandıran malikin de mülkiyet hakkından doğan taleplere başvurabileceği ileri sürülmektedir. Bu durumda yarışan haklardan bahsedilebilir. (Bkz. a.g.e 38, özellikle 41 vd.); **Özen**'in intifa hakkına ilişkin yaptığı bir değerlendirmeye göre; Baumann'a göre hak sahibinin sözleşmeyle doğrudan bağlantısı olmayan bir sebeple yapıya zarar vermesi halinde genel hükümlere göre sorumlu tutulacak, üçüncü bir kişinin zarar vermesi gibi değerlendirilecek ve TBK m. 49'a (OR Art. 41) göre haksız fiilden sorumlu olacaktır. Pasif tutumla sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihmali suretiyle zarar doğmuşsa veya harap olmuşsa sözleşmeye aykırılık kapsamında TBK m. 112 (OR Art. 97 vd.) kapsamında değerlendirilir. Ancak, **Özen**'e göre tüm bu durumlar borca aykırılık kapsamında ele alınmalıdır. Hukukî ilişkide taraflar koruma yükümlülüğü altındadır diyor. Hukukî ilişki devam ettiği sürece koruma yükümlülüğüne aykırılık haksız fiil kapsamında değil, borca aykırılık kapsamında değerlendirilecek ve TBK m. 112'ye gidilecektir. (Bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 182, 183).

⁷⁴⁷ Bir görüşe göre üst hakkı sahibinin geri verme borcunu zamanında ifa etmemesi halinde temerrüdü sonuçları doğabilir. Bu durumda taşınmaz maliki TBK m. 117 gereği şartları dahilinde temerrüdün genel sonuçlarından faydalanabilir, gecikme tazminatı ve TBK m. 120'e göre de temerrüd faizi talep edebilir. Bkz. **Seliçi**, 123, 124.

⁷⁴⁸ **Ertaş**, 78/ N. 369; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 123/N. 573; **Sirmen**, haksız zilyedin eşyaya verdiği zararlardan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğunu ancak kusur aranmadığını ifa etmektedir. Bkz. **Sirmen**, 99.

⁷⁴⁹ **Ertaş**, 78/ N. 369.

B) SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ İLE HAKKIN SONA ERMESİ HALİNDE GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Üst hakkının sözleşmeye aykırılık sebebi olağanüstü fesih ile sona erdirilmesi halinde tüm borç ilişkisi hukuk aleminden silinmez. Fesih, sürekli borç ilişkisinin devamı sürecinde doğacak ve doğmakta olan edim borçlarının doğmasını engeller⁷⁵⁰. Bundan sonraki süreçte taraflar arasında iade yükümlülükleri gereği tasfiye ilişkisi başlar. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi fesih suretiyle ileriye dönük olarak sona erdirilmiş olur. Bu sebeple taraflar ifa ettikleri edimleri iade etmeyeceklerse de ifa edilmemiş olan borçlar sona erer. Fesih hakkı kullanılmadan önceki dönemde doğan alacak ve borçlar da sona ermez, geçerliliklerini korur⁷⁵¹.

Fesih neticesinde de birtakım geri verme yükümlülükleri doğar. Bunlar fesih işleminin doğal ve zorunlu hukuksal sonucu değil, doğrudan sözleşmenin fesih ile sona erdirilmiş olmasından kaynaklanan yükümlülüklerdir⁷⁵². Fesih ile sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri sona ererken, ancak sözleşme ilişkisinden doğan iade yükümlülükleri muaccel hale gelir⁷⁵³. Fesih, sürekli borç ilişkilerinde geri verme borçları açısından muacceliyet ihbarı niteliği de taşır⁷⁵⁴. Bu sebeple fesih beyanının muhataba ulaşması anı, geri verme borçlarını da muaccel hale getirir. Muhataba ulaşma anı tek taraflı irade beyanı ile kullanılan feshin hüküm ve sonuç doğurma anıdır.

Üst hakkının fesih sebebiyle tasfiyesi açısından geri verme yükümlülüğünün kapsamının ne olacağı belirlenecek olursa üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı bedeli irat şeklinde kararlaştırılmışsa fesih anı itibarıyla sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülükleri son bulacaktır. Üst hakkı bedelinin irat şeklinde ödeneceği haller dışında ifa edilmiş olan üst hakkı bedeli geri istenemeyecektir. İrat olarak ödenecek

⁷⁵⁰ Seliçi, 118.

⁷⁵¹ Buz, Dönme, 82.

⁷⁵² Serozan, Dönme, 119; Buz, Dönme, 83; Seliçi, 120.

⁷⁵³ Serozan, Dönme, 119; Seliçi, 119.

⁷⁵⁴ Seliçi, 122.

olan üst hakkı bedeli için de ifa edilmiş kısım geçerliliğini koruyacak, ifa edilmeyen kısım taşınmaz maliki tarafından talep edilemeyecektir.

Diğer yandan, aksi kararlaştırılmamışsa üst hakkı sahibinin yapıları geri verme yükümlülüğü kapsamında tamamladığı kısmı ile malike iade etmesi gerekir. Ancak taşınmaz maliki dilerse, masrafları üst hakkı sahibine ait olmak kaydıyla, fesih tarihi itibarıyla henüz tamamlanmamış yapıların yıkılıp arsanın eski haline getirilmesini isteyebilir. Bunun dışında, taraflar sözleşmenin sona ermesi halinde yapıların yıkılıp taşınmazın eski hale getirilmesini sözleşmede kararlaştırmış da olabilirler. Sözleşmeye böyle bir hüküm konulmuş olması halinde yine üst hakkı sahibi taşınmazı eski hale getirmek durumunda kalır.

Bu noktada üst hakkının terkin ile yapıların mülkiyetinin tekrar malike dönmesini sağlayacak iadenin hukuki dayanağı daha önce de ifade edildiği üzere sebepsiz zenginleşmedir. Sebepsiz zenginleşmeye temel olan talep tapudaki üst hakkına ilişkin kaydın terkin edilerek mülkiyetin tekrar malike dönmesinin sağlanmasıdır. Malik, terkin borcunu yerine getirmeyen üst hakkı sahibi aleyhine TMK m. 716'nın kıyasen uygulanması ile sebepsiz zenginleşmeye dayalı tescile zorlama davası açılacağı için bu dava, TBK m. 82 gereği öğrenmeden itibaren iki yıl, her halükârda zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl içinde açılmalıdır.

Mahkemenin vereceği inşaî karar ile terkin gerçekleşmiş olur ve mülkiyet mahkeme kararının kesinleşmesi ile birlikte malike intikal eder. Bu andan itibaren tapudaki terkin açıklayıcı mahiyette olacaktır. Mahkeme kararının kesinleşmesini takiben üst hakkı sahibi iade yükümlülüğünü yerine getirmezse malik mülkiyet hakkından doğan yetkileri kapsamında el atmanın önlenmesi davası açabilir. Üst hakkı sahibinin bu süre zarfındaki zilyetliği haksız zilyetlik haline dönüşür. Buna rağmen üst hakkı sahibinin fiili kullanımı devam ediyorsa taşınmaz maliki mülkiyet hakkının koruyucu tedbirlerinden dava yolu ile yararlanabilir. Bu sebeple zilyetliğin iadesi yükümlülüğünü yerine getirmeyen hak sahibine karşı taşınmaz malikinin iade davası açması söz konusu olabilir (TMK m. 683, 992)⁷⁵⁵. Bu andan itibaren malikin mülki-

⁷⁵⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, 445 vd.; Sirmen, 237 vd.; Özen, 89 vd.; Antalya, İstihkak, 502 vd.; Uygulamada malikin taşınmaz üzerindeki zilyetliği saldırıya uğradığı kabul edildiği için "elatma-

yet hakkından doğan talepleri açısından hakkın süresinin dolması sebebi ile sona ermesine bağlı geri verme yükümlülükleri açısından bir fark yoktur.

Geri verme yükümlülükleri kapsamında değerlendirilecek bir başka husus ise TMK m. 832, 833 kapsamında ödenmesi söz konusu olabilecek intikal bedelidir. Üst hakkı sözleşmesinde aksi kararlaştırmamışsa, TMK m. 832, 833 gereği süresinden önce devir hakkının kullanılması sebebiyle ödenecek bedelin mahkeme tarafından depo edilmesi veya karşılığın teminat gösterilmesi istenilebilir. Bu durumda yine mahkemenin takdir edeceği bedelin kararının kesinleşmesi ile üst hakkı sahibine ödenmesi gerekir.

Üst hakkı sözleşmesinde TMK m. 829 gereği intikal bedeli ödeneceği kararlaştırılmışsa fesih ile üst hakkı sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde bu bedelin üst hakkı sahibine ödenip ödenmeyeceği de izaha muhtaç konulardan biridir. İntikal bedeli iade yükümlülüğüne ilişkindir. Sözleşme ilişkisinin karşılıklılığı intikal bedelinde zilyetliğin iadesine tekabül etmektedir. Malikin kural olarak üst hakkı sona erdiğinde kendine kalacak yapılar için bir bedel ödemesi gerekmemektedir. Ancak taraflar TMK m. 829 gereği intikal bedeli ödeneceğini kararlaştırmışlarsa sözleşmeye aykırılık sebebi ile hakkın sona erdiği durumda tarafların sözleşmede feshin bedelli mi bedelsiz mi olacağına dair bir düzenleme getirip getirmediğine bakmak gerekir. Taraflar fesih halinde bedele ilişkin bir hüküm öngörmemişlerse TMK m. 832'nin tamamlayıcı niteliği gereği malikin bedel ödemesi gerekebilir. Bu durumda TMK m. 829 gereği intikal bedeli kararlaştırılmış olmasının bir önemi yoktur. Zira, her iki hüküm de aynı amaca hizmet etmektedir. Kanun'un 832. hükmünün tamamlayıcı niteliği ile bu yoruma varılmasaydı TMK m. 829 gereği tarafların sözleşmenin sona ermesi halinde intikal bedeli ödeneceği hususunda mutabık oldukları ve bu hükmün fesih haline de teşmil edilebileceği düşünülebilirdi. Ancak sözleşmeye aykırılık halinde sona erme ile sözleşmenin süresinin dolması sebebi ile sona ermesi halinde tarafların aynı iradede olacaklarını kabul etmek mümkün değildir. Zira, sözleşmeye aykırılık hali malikin mağduriyetine de sebep olacağı için taraflar bu halde bedelsiz

nın önlenmesi davası" açılmaktadır. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 278/N.1130 vd. ile 281/N.1142 vd.; Aynı yönde **Eren**, Mülkiyet, 32-33; **Haab/Simonius/Schrerrer/Zobl**, Art. 675 Nr. 6 f.

sona erdirmeyi kararlaştırmış olabilirler. Malik hem sözleşmeye aykırılık sebebi ile mağdur olup hem bedel ödemek istemeyebilir. Ayrıca her iki hüküm aynı amaca hizmet ediyorsa da kanun koyucunun her iki hal için de ayrı düzenleme getirmiş olması hükümlerin birbirine teşmil edilmemesini gerektirir. Bu sebeple kanaatimizce fesih halinde intikal bedeli ödenmesi ile TMK m. 829 gereği intikal bedeli ödenmesi tarafların menfaatleri açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

II. TAŞINMAZ MALİKİNİN TMK M. 829 HÜKMÜ GEREĞİNCE BEDEL (TAZMİNAT) ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A) GENEL OLARAK

Kanun koyucu üst hakkına ilişkin düzenlemelerde üç hususa ilişkin bedel ödeme borcu öngörmüştür. Bunlardan en bilindik olanı üst hakkı sahibinin taşınmaz malikine irtifak hakkı için ödeyeceği bedel (ivaz), ikincisi TMK m. 829 gereği tarafların kararlaştırması halinde taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine ödeyeceği bedel ve son olarak da TMK m. 831 gereği taşınmaz malikinin ağır yükümlülük ihlali sebebi ile üst hakkını süresinden önce devrini talep etmesi halinde TMK m. 832 gereği kendine kalacak yapılar için ödemek zorunda olduğu uygun bedeldir. Ancak Kanun'da bedele ilişkin söz konusu düzenlemelerde bunları kavramsal olarak birbirinden ayıracak bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeple biz kavramların karışmaması adına TMK m. 829'da öngörülen bedelin yapıların malike intikaline bağlı olan bir bedel borcu olması sebebi ile “intikal bedeli” olarak adlandırmayı uygun buluyoruz⁷⁵⁶.

Bu bedel ödeme borçları içinde üst hakkının sona ermesinin sonuçları açısından üzerinde duracağımız husus TMK m. 829 gereği tarafların taşınmaz malikine kalacak yapılar için uygun bedel ödeme borcunun taşınmaz maliki tarafından ödenmesinin zorunlu olup olmadığı, intikal bedelinin hesaplanmasında dikkate alınacak hususlar, ifa edilmemesinin üst hakkın sona ermesine ve üst hakkı sahibinin talepleri üzerine etkisidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 829. maddesine göre üst hakkının sona ermesi halinde tarafların kararlaştırması kaydı ile taşınmaz maliki kendine kalacak yapılar için

⁷⁵⁶ Doktrinde bu bedel “taviz bedeli” olarak da adlandırılmıştır. Bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 706.

üst hakkı sahibine bedel ödeyebilir. Başka bir ifade ile İsviçre Medenî Kanunu'ndan (ZGB Art. 779d) farklı şekilde, kural olarak üst hakkı sözleşmesi sona erdiğinde malikin kendine kalacak yapılar için bedel ödemesi zorunlu değildir. Ancak menfaat dengesinin sağlanması için taraflar anlaşarak bedel ödenmesini kararlaştırabilirler. Önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere sona erme halinde üst hakkı sahibine ödenecek bedel, TMK m. 830 gereği şerh verilmesi halinde eşyaya bağlı borç haline gelebilen, tarafların anlaşmasına bağlı nispi hak niteliğindedir⁷⁵⁷. Şerh verilebilirlik hükmünün borcun niteliğine katkısı onu eşyaya bağlı borç haline getirmesi olarak anlaşılmalıdır.

Türk Medenî Kanunu'nun 829. hükmü gereği intikal bedeli ödeme borcu üst hakkının sona ermesine ilişkin iade yükümlülükleri kapsamında karşımıza çıkar. Kanun koyucunun bu hükümde düzenlenen bedeli, üst hakkının sona ermesinin sonucu olarak taraflarca kararlaştırılabilecek bir edim olarak öngördüğü görülmektedir.

Mehaz Kanundan farklı olarak TMK m. 829 gereği tarafların sözleşmede kararlaştırabilecekleri intikal bedeli sözleşmeden doğan bir bedel ödeme borcudur. Bu edimin borçlusu taşınmaz malikidir. Sözleşme ilişkisine dayanan bir borç olduğu için kural olarak üst hakkı sözleşmesinde taşınmaz maliki olarak gözüken her kim ise bu borcu ifa ile yükümlüdür. Ancak taşınmazın devredilmesi halinde yeni taşınmaz malikin bu borç ile bağlı olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu durumda TMK m. 830 hükmüne göre “taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbidir ve tapu kütüğüne şerh verilebilir”. Söz konusu düzenleme şerhin etkisi olarak borcu eşyaya bağlı borç haline getireceği için ana taşınmaz başkasına devredilmiş olsa da devralan taşınmaz maliki intikal bedeli borcunu ifa etmekle yükümlü olacaktır⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Bkz. §3/II, B; Tarafların bu hususa ilişkin ayrı bir şerh anlaşması yapması gerekmektedir. Yapılacak anlaşma üst hakkının tâbi olduğu şekle uygun olmalıdır. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 872/N. 3099- 3100; **Nomer/Ergüne**, 156 vd.; **Sirmen**, 603; **Isler**, Baurechtsvertrag, 96, 97; **Freimüller**, 91; **Erel**, 76- 112 vd.; **Antalya/ Topuz**, Eşya Hukuku, N. 2772, 670.

⁷⁵⁸ Aynı yönde bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. 15a; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 872/ N. 3100; **Sirmen**, 615; **Yücer Aktürk**, 236- 238; Şerhin etkisinin nispi hakkın

İntikal bedeli borcu, üst hakkının sona ermesi itibarıyla yapının taşınmaz malikine intikaline ilişkin bir bedel borcu olduğu için bu borcun muacceliyeti iade yükümlülüklerinin doğduğu, hukuken yapının mülkiyetinin taşınmaz malikinin malvarlığına dahil olduğunun kabul edildiği andır⁷⁵⁹. Fiili olarak yapı iade edilmemiş olsa da hukuken malikin malvarlığına intikali borcun muaccel olması için yeterlidir. Bu an itibarıyla taşınmaz maliki sözleşme gereği intikal bedeli borcunu ifa etmek, üst hakkı sahibi de yapını fiili zilyetliğini taşınmaz malikine iade etmekle yükümlüdür.

Kanun koyucu TMK m. 829/II hükmü ile hakkın sona ermesi itibarıyla bu borcu ifa edebilecek ekonomik durumda olmayan taşınmaz malikine karşı üst hakkı sahibini ve üst hakkı üzerinde ipotek alacaklısı olan rehinli alacaklıların alacaklarına güvence olarak bu kişilere kanuni ipotek hakkı tanımıştır. Bu durumda taşınmaz maliki borcun muaccel olduğu an itibarıyla bedel tespitine ilişkin gerekli işlemler tamlandıktan sonra bedel borcunu ödeyemeyecek durumda olsa bile talep edilmesi halinde muhakkak borca karşılık güvence vermek zorundadır. Taşınmaz maliki bu

kuvvetlendirilmesi (nispi hakka aynî etki kazandırılması) olduğu yönünde bkz. **Nomer/Ergüne**, 159-160.

⁷⁵⁹ Bu kapsamda intikal bedeli borcunun ifa zamanı, üst hakkı süresinin sona ermesi anıdır (Bkz. **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779d, N.16; **Karauz**, 147). Bu bedelin miktarının taraflarca üst hakkı sona erdiği tarih itibarıyla belirleneceği kararlaştırılmışsa (ki yapının teslim anı itibarıyla son haline göre değer tespit edilmesi daha hakkaniyete uygun olacaktır) o halde uzman değerlendirmesinin ardından taşınmaz malikinin derhal bu borcu ifa etmesi gerekir. İntikal bedelinin muacceliyeti üst hakkının sona ermesi anı olsa dahi taşınmaz maliki tarafından bu borcun ifasında kanundan doğan engellerle karşılaşılabilir. Öyle ki, TMK m. 829/I, c.son'a göre üst hakkı üzerinde rehin tesis edilmişse söz konusu bedel rehinli alacaklıların güvencesidir ve onların rızaları olmadan üst hakkı sahibine ödenemez. Rehlinli alacaklıların korunması düşüncesi ile kanun koyucu tarafından intikal bedeli borcunun ifasına bir tahdit getirmiştir. Ancak rehinli alacaklıların ifaya rıza göstermemelerinin taşınmaz malikinin borcunun akıbetini nasıl etkileyeceğine dair Kanun'da bir açıklık yoktur. Doktrinde bu boşluğun TMK m. 961 (Art. 906 ZGB) hükmü gereği rehinli alacakların ödenmesine ilişkin hükümler doldurulması gerektiği kabul edilmektedir (Bkz. **Henggler**, 136-137; **Karauz**, 148 vd.). Her ne kadar söz konusu hüküm gereği rehinli alacaklıların ihbar edilmesi aranacak olsa da üst hakkının niteliğine göre rehlin türü dikkate alınarak ihbarın gerekli olup olmadığının her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekeceği de ileri sürülmektedir. Bu kapsamda taşınmaz niteliğine sahip bir üst hakkı üzerinde tesis edilmiş ipotek söz konusu ise rehinli alacaklıların üst hakkının sona ereceği tarihi tapu sicilinden öğrenmesi mümkündür; hatta bu tür rehin haklarında rehinli alacaklıların süreyi bilmesi de gerekmektedir. Diğer yandan taşınmaz niteliği olmayan üst haklarının ise TMK m. 954 gereği alacak ve hakların rehni hükümleri gereği hak rehni konusu yapılabileceğinden hareketle bu tarz rehinlerde alacaklıya ihbar edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde ileri sürülen görüş bu yönde olsa da taşınmaz niteliği taşımayan üst hakkı üzerinde hak rehni kurulması halinde bu rehne taşınır rehni hükümlerinin uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda aleniyetin sağlanması noktasında tapu sicili sistematikimize dayanan sorunlarla karşılaşılabilen yönündeki görüşümüz gereği biz ikinci görüşe iştirak edemiyoruz (Bkz. §3/III, C).

ipoteği hakkın sona ermesini takiben üç ay içinde tescil ettirmelidir (TMK m. 829/III). Bu süre aynı zamanda hak düşümü süresidir. Üst hakkı sahibi veya rehinli alacaklılar ipotek tesis ettirme talebini üç ay içinde malike yöneltmelidirler. Zira, kanun gereği üç ay geçtikten sonra taşınmaz maliki talep edilse dahi ipotek tesis ettirmek zorunda değildir. Üç ay oldukça kısa bir süredir. Bu sebeple tarafların intikal bedeli tespitine ilişkin işlemleri ve bedelin tespitini hakkın sona ermesini takiben ivedilikle tamamlamaları gerekir⁷⁶⁰.

B) TMK M. 829 HÜKMÜNÜN “MUHİK TAZMİNAT” KAVRAMI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun koyucunun üst hakkının sona ermesi halinde yapılar için ödenecek bedele ilişkin düzenlemelerde me haz kanundan ayrılarak farklı hükümler getirdiği görülmektedir. İsviçre doktrininde⁷⁶¹ ve 1 Ocak 2012’de yürürlüğe giren Tapu Yönetmeliği’nde (*Grundbuchverordnung*)⁷⁶² bu bedele “*Heimfallentschädigung*” (intikal tazminatı) denilmektedir. İsviçre Medenî Kanunu Art. 779d hükmünde ise kanun koyucu, “*Entschädigung*” başlığı altındaki düzenlemesiyle yüklü taşınmaz malikini üst hakkı sona erince kendine kalacak yapılar karşılığında üst hakkı sahibine tazminat ödemekle yükümlü kılmıştır. Ancak söz konusu hüküm 743 sayılı Medenî Kanun’da 751c hükmünde farklı şekilde kaleme alınmıştı. Hükme göre “*gayrimenkul maliki, aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir tazminat ödemez*” kuralı benimsenmiştir. Kanun koyucu tazminat kavramını korumak kaydı ile hükmü me haz kanunun emredici niteliğinden⁷⁶³ farklı olarak tarafların

⁷⁶⁰ Doktrinde bu sürenin kısalığı göz önünde bulundurularak üç ay içinde bedel tespitinin yapılmasının güçlüğü sebebi ile tarafların intikal bedelini sözleşmede kararlaştırmaları tavsiye edilmektedir. (Bkz. **Yücer Aktürk**, 240). Ancak biz bu görüşe iştirak etmiyoruz. Tarafların yapının sona erme anı itibarıyla mevcut durumunu bilmeden intikal bedelini sözleşmede kararlaştırmış olmaları hakkaniyete uygun bir sonuç elde edilmesi engelleyecektir. Ayrıca Türkiye’deki yaşam şartları düşünüldüğünde bir ayda bile sosyal, toplumsal ve ekonomik birçok hususun değişiklik arz edebileceği göz önünde bulundurulursa önceden yapılacak tespitin taraf menfaatlerini gözetmeyeceği açıktır. Bu sebeple kanaatimizce söz konusu tespitin üst hakkının süresi bittikten sonra sürenin bitimine müteakiben yapılması gerekir.

⁷⁶¹ **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779 Nr. 4b, 779d Nr. 5 ff; **Isler**, Baurechtsverträge, 120-122.

⁷⁶² AS 2011 4659 Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, Art. 118, 120

⁷⁶³ ZGB Art. 779e hükmünün 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmasından önceki süreçte Art. 779d gereği taşınmaz malikinin bedel (tazminat) ödeme yükümlülüğünün emredici olmadığı taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği yönünde doktrinde bir görüş ileri sürülmekteydi (Bkz. **Isler**, Baurechtsverträge, 121; **Freimüller**, 91; **Kohler**, 93; Aynı yönde **Gürzumar**, 181, dn. 134;

aksini kararlaştırabilirdikleri tamamlayıcı hüküm şeklinde kaleme almıştı. Daha sonra 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ise kanun koyucu hükmün tamamlayıcı niteliğini korumak kaydı ile “tazminat” yerine “bedel” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Eski hükmün yürürlükte olduğu süre zarfında bu tazminatın mehzaz kanundaki “*angemessene Entschädigung*” ifadesine uygun olarak “muhtik tazminat (uygun tazminat)” şeklinde yorumlanması gerektiği hususunda yaygın bir uygulama gelişmişti⁷⁶⁴. Kanun koyucu “tazminat” kavramının hukukî dayanağı hakkında ortaya çıkan

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 872/N. 3099, dn. 471; **Demiristan**, 110, dn. 420; **Yücer Aktürk**, 226, 227; **Karauz**, 128). Art. 779e hükmü, “tazminat yükümlülüğünün kaldırılabilmesine dair anlaşmaların tapuya şerh verilebileceğini” öngörmekteydi. Bu hüküm yürürlükte olduğu sürece Art. 779d hükmünün her ne kadar lafzından emredici olduğu anlaşılıyorsa da aksi kararlaştırılabilen tamamlayıcı bir hüküm olduğu sonucuna ulaşmak kaçınılmazdı. Kanaatimizce Art. 779e hükmünün mülga edilmiş olması artık Art. 779d gereği bedel ödeme yükümlülüğünün emredici olmadığı şeklinde yorumlanmasının önüne geçecektir. Zira, Art. 779d hükmünün lafzından tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir yükümlülük olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple biz Art. 779d hükmünün emredici olduğu görüşüne iştirak ediyoruz. Diğer yandan Art. 779b'ye 1 Ocak 2012 tarihi itibarıyla eklenen ikinci fıkra gereği Art. 779b/I'de sayılanlar dışında diğer tüm sözleşme kayıtlarının da tapuya şerh verilebileceği öngörülmüştür. İsviçre doktrininde bazı yazarlar bu hükmün Art. 779e hükmünü tamamen karşıladığından bahisle Art. 779b/II gereği Art. 779d hükmü gereği öngörülmüş olan intikal ödeme borcunun aksinin kararlaştırılabileceğini ileri sürmektedirler. Bu kapsamda Art. 779e hükmünde zikredilen intikal bedelinin şerh edilmesine ilişkin tüm ilgili kayıtların artık Art. 779b/II hükmüne tâbi olduğu ileri sürülmektedir (Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779e Nr. 1; İsviçre doktrininde Isler/Gross ve bazı yazarlar tarafından bu görüşün kabul edildiğine dair bkz. **Hitz**, 190, Nr. 322). Söz konusu hüküm Art. 779d ve 779e maddelerinde olduğu gibi aksini öngören bir düzenleme değildir. Kanun koyucu bu hüküm ile emredici nitelikte olan ve sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran bütün sözleşme hükümlerinin tarafların anlaşması kaydı ile tapuya şerh edilerek eşyaya bağlı borç haline getirilebilmesini, böylece halefleri de bağlayabilecek nitelikte hüküm tesis edilmesini amaçlamıştır (Bkz. BBI 2007 5313). Art. 779b/II hükmünden tüm sözleşme kayıtlarının tapuya şerh edilebileceği açıkça ifade edildiği için bu kapsamda intikal bedeline ilişkin sözleşme kayıtlarını da bu hüküm kapsamına dahil edebilmek mümkündür. Ancak kanun koyucunun, intikal bedeli ödenmesinin aksine bir hükmün taraflarca kararlaştırılabileceğine dair açıkça düzenleme tesis etmediği durumlarda Art. 779b/II hükmünün bu kaydı da içerdiği sonucuna ulaşmak kanaatimizce mümkün değildir. Bu düzenleme olsa olsa intikal bedelinin halefleri bağlayıcı nitelikte kayıt haline getirilip getirilmeyeceği sorusunun cevabını verebilecektir. Bu durumda Art. 779d gereği doğan bedel ödeme borcuna ilişkin sözleşme hükümleri tapuya şerh verilmek kaydı ile eşyaya bağlı borç niteliği kazandırılıp taşınmazın maliki her kimse ondan talep edilebilir. (Aynen TMK m. 830 hükmünde olduğu gibi); Art. 779b/II kapsamında değerlendirilebilecek unsurlar için bkz. **Spycher**, Dienstbarkeiten im Wandel, 101- 102.

⁷⁶⁴ Kanun koyucunun TMK m. 829 hükmü ile öngördüğü bedelin hukukî niteliği eMK. m. 751c düzenlemesinden itibaren tartışmalara konu olmuştur. Eski Medenî Kanun (eMK. m. 751c) dönemindeki tartışmaların temel dayanağı üst hakkı sona erince birleşme ilkesi gereği taşınmaz malikine intikal edecek yapıların üst hakkı sahibinin yaptığı tüm masraflar göz önünde bulundurulduğunda bir karşılık ödenmeksizin malike intikal etmemesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre bu bedelin dayanağı “haksız inşaat” kapsamında değerlendirilmeliydi. Zira, üst hakkının sona ermesi ile üst hakkı sahibi kendi malzemesiyle başkasının arazisinde yapmış olduğu inşaat neticesinde geri verme yükümlülüğü altında olacağı için yapmış olduğu masrafları TMK m. 722 vd. (eMK. m. 648- 650) hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle talep edebilir. (Bkz. **Wieland**, 630; **Meier- Hayoz**, Art. 675, N. 16; **Aral**, 39; **Köprü-**

eleştirileri de göz önünde bulundurarak Türk Medenî Kanunu'nda yapılan düzenlemede tazminat kavramını “bedel” kavramı ile değiştirmeyi uygun görmüştür⁷⁶⁵. Böylece doktrindeki muhik tazminat yorumu da TMK m. 829/I, c. 2 ile mehz kanuna ve doktrindeki eleştirilere uygun şekilde “uygun bir bedel ödenmesi kararlaştırılmışsa” ifadesi ile kanuna işlenmiş oldu⁷⁶⁶.

Her ne kadar mevcut düzenlemeler tarafların “uygun bedel” ödeneceği hususunda anlaşma yapılabileceğini öngörmüş olsa da doktrinde bazı yazarlar “tazminat”

lû/Kaneti, 27; **Akipek**, 27). Başka bir görüş ise yapıların el değiştirmesi ile birlikte taşınmaz malikinin malvarlığı üst hakkı sahibi aleyhine çoğalacağı için tazminatın dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğunu ileri sürmekteydi. (Bkz. **İsler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. 4; **İsler**, Baurechtsverträge, 120; **Freimüller**, 90- 92; **Ünal**, 195, dn. 119'daki yazarlar). Ancak her iki görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira, intikal bedeline haksız inşaat hükümleri uygulanamaz. Üst hakkı sahibinin taşınmaz malikinin taşınmazı üzerindeki hâkimiyeti doğrudan sınırlı aynı hakka dayanmaktadır. Hakkın sona ermiş olması yapıları haksız inşaat haline getirmez. Yapılar, taraflar arasındaki üst hakkı sözleşmesine dayanan üst hakkı kapsamında karşılıklı irade uyuşması ile inşa edilmiştir. Dolayısıyla haksız inşaat hükümlerinin burada uygulama alanı bulması söz konusu olmayacaktır. Diğer yandan sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir bedel alacağı olup olmadığı hususu incelenecek olursa da sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için taşınmaz malikinin haksız bir şekilde üst hakkı sahibi aleyhine malvarlığının artması gerekmektedir. Bu kapsamda sebepsiz zenginleşenin zenginleşmesinin sebebinin olması gerekmektedir. Oysaki, taşınmaz malikinin yapılar üzerindeki hâkimiyeti mülkiyet hakkı gereğince taşınmazın bütünleyici parçası olmasına dayanmakta ve kanundan doğmaktadır. Her ne kadar üst hakkı sahibinin inşa ettiği yapıların mülkiyetinin taşınmaz malikine geçmesi sebebi ile taraflar arasındaki menfaat dengesi değişiyor olsa da bunun zenginleşme kavramı içerisinde ele alınması da söz konusu olamayacaktır. İleri sürülen bir görüşe göre de kanunda boşluk vardır ve bu boşluğun tarafların iradesi ile doldurulması gerekmektedir. Üst hakkı sahibine ödenecek bu tazminat “muhik (haklı) bir tazminat”tır. Buna göre somut olayın özellikleri dikkate alınarak tazminat belirlenmeli, taşınmazın yükümlülüğünden kurtulması sebebi ile kazandığı değer artışı ve üst hakkı sahibinin uğradığı zarar dikkate alınmaksızın doğrudan objektif olarak yapının değeri esas alınarak ödenecek tazminat belirlenmelidir. (Bkz. **Ünal**, 196; **Akipek**, Üst Hakkı, 27; **Uluslan**, 10 vd.).

⁷⁶⁵ Kanun koyucu tarafından 4721 sayılı Kanun kapsamında 743 sayılı eski Medenî Kanun'un birçok hükmünde (eMK. m. 650 (TMK m. 724), 651 (TMK m. 725), 677 (TMK m. 726)) yer alan muhik tazminata ilişkin düzenlemelerin TMK m. 829'da olduğu gibi “uygun bedel” kavramı ile değiştirildiği görülmektedir. Doktrinde TMK m. 724 gereği ödenecek uygun bedelin fedakarlığın denkleştirilmesi temeline dayandığı ileri sürülmektedir. Buna göre arazi sahibi fedakarlıkta bulunmaya zorlanmaktadır. Bu fedakarlığın temelinde ise “yaratılan değer korunması” olgusu yatar. Bu hükümdeki bedel ile de arazi sahibinin fedakârlığının karşılığını olarak, arazi sahibi lehine bozulan taraflar arasındaki menfaat dengesinin denkleştirilmesi amaçlanmaktadır. (Bkz. **Uluslan**, 148- 149; **Sirmen**, 425 dn. 473; **Erkan**, Vehbi Umut, Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK M. 724), AÜHFD, Y.2 014, C. 63, S. 3, 464.

⁷⁶⁶ Söz konusu hükmün kanunda düzenleniş şekli itibarıyla sadece üst hakkı süresinin sona ermesi haline münhasır uygulama alanı olacağı düşünülebilir. Ancak TMK m. 829 gereği taraflar sona erme nedeninin imkân tanıdığı ölçüde diğer bütün sona erme sebepleri içinde intikal bedeli ödenmesini kararlaştırabilirler. Bkz. **İsler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. 2; **Freimüller**, 89.

kavramının daha uygun olduğu görüşündedirler⁷⁶⁷. Diğer yandan bizim de katıldığı-mız görüşe⁷⁶⁸ göre burada teknik anlamda bir tazminattan söz edilemez. Zira, tazmi-nattan söz edilebilmesi için bir hukuka aykırı ve zarar verici bir fiil sebebiyle zarar doğmuş olması gerekir. Kanun koyucu burada üst hakkının sona ermesi ile yapıların kendiliğinden taşınmaz malikinin malvarlığına dahil edilecek olması sebebi ile taraf-lar arasında bozulan menfaat dengesini bir nevi fedakârlık yapan olarak kabul ettiği üst hakkı sahibi lehine dengelemeye çalışmaktadır⁷⁶⁹. Türk- İsviçre Hukukunda fe-dakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin Alman Hukuku gibi yaygın bir sorumluluk ilkesi olarak kabul edilmemesi⁷⁷⁰ TMK m. 829'daki gibi durumlarda taraflar arasında do-ğan ilişkinin tazminat benzeri bir yükümlülüğe dayandırılmasına sebep olmuş olabi-lir. Ancak burada bir zararın giderilmesinden çok bir nevi denkleştirme yapılmak istenmektedir. Burada teknik anlamda bir fedakarlığın denkleştirilmesinden bahsedilemeyecekse de denkleştirme benzeri bir bedel borcu olduğu kabul edilmelidir⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ **Yücer Aktürk**, 225. Yazara göre üst hakkı satış veya eser sözleşmesi gibi bir ilişki kurmayacağı için bedel kavramından bahsedilmesi uygun değildir. Olsa olsa ana taşınmaz malikine iade edilen yapı eseri karşılığında ödenen “iade tazminatı” şeklinde adlandırılmalıdır.; İsviçre Hukukunda da ödenecek tazminatın malikin sübjektif zenginleşmesinin karşılığı olduğu ifade edilmektedir. (Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. 4; **Isler**, Baurechtsverträge, 120.

⁷⁶⁸ **Uluslan**, 30-32; **Gürzumar**, 143, dn.562; **Gümüş**, Tazminat Alacakları, 538 vd.; **Gümüş**, Şerhler, 184.

⁷⁶⁹ ZGB Art. 779d hükmünün amacının menfaat dengesini sağlamak olduğu hakkında bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f.1; Üst hakkının doğası gereği üst hakkı sahibinin bütünle-yici parça ve birleşme ilkelerinin doğal sonucu olarak yapı üzerindeki mülkiyeti taşınmaz malikine bırakması kanun gereği yapmak zorunda olduğu bir fedakârlık olarak değerlendirilebilir. Taşınmaz maliki üst hakkı sahibinin yapı inşa etme veya mevcut yapıları muhafaza etmek kaydı ile malik sı-fatı ile kullanmasına ve yararlanmasına katlanmak zorundadır. Fedakarlığın denkleştirilmesinin temellinde “yaratılan ekonomik değer korunması prensibi” yatar. Özellikle TMK m. 723, 724 gibi düzenlemelerde bu değer korunmaya çalışıldığı görülür. Bir tarafta mülkiyet hakkının bir ta-rafta da yaratılan ekonomik değer korunması söz konusudur. Böyle durumlarda ödenecek olan bedelin (muhik tazminatın) mülkiyeti devretmek zorunda kalan tarafın fedakarlığının karşılığı ola-cağı yorumuna ulaşılabilir. (Bkz. **Uluslan**, İlhan, Medenî Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 2012, 147 vd.). Benzer yaklaşımla üst hakkı ilişkisi açısından da teknik olarak tam bir fedakarlığın denkleştirilmesinden bahsedemesek de fedakarlığın denkleş-tirilmesine esas olan prensipler ve kriterler göz önünde bulundurulduğunda denkleştirme benzeri bir bedel borcunun olduğu kabul edilebilir.

⁷⁷⁰ **Uluslan**, Fedakarlığın Denkleştirilmesi, 9 vd.

⁷⁷¹ **Uluslan**, Fedakarlığın Denkleştirilmesi, 8 vd.; **Gümüş**, Tazminat Alacakları, 539. Yazar, bu yakla-şımı “düşük yoğunlukta denkleştirme bedeli” olarak yorumlamaktadır.; Aynı görüşte **Gümüş**, Şerhler, 184, dn. 244; Benimsemiş olduğumuz bu yaklaşım İsviçre’de intikal bedelinin hesaplan-masında başvuru olan “ortaklık modeli (*das partnerschaftliche modell*)” yöntemine benzemektedir. Bu hesaplama yönteminde de taşınmaz maliki ve üst hakkı sahibi arasındaki ilişki bir ortaklık iliş-

Öncelikle me haz kanunun aksine hukukumuzda kural olarak taşınmaz malikinin intikal bedeli ödeme borcunun olmamasına rağmen sözleşmeden doğan bir borç olarak kararlaştırılabilmesinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekir. İsviçre hukukunda malikin bedel ödeme borcu kanundan doğan bir borçken, hukukumuzda sözleşmeden doğmaktadır. Zira, taşınmaz malikinin bu borç altına girebilmesi için tarafların sözleşmede intikal bedeli ödenmesi hususunda anlaşmaları gerekir. Üst hakkı kurulmadan önce boş bir taşınmaza sahip olan arazi malikinin üst hakkı ile birlikte süre sonunda bir yapının mülkiyetine kanun gereği kendiliğinden, hiçbir bedel ödemeksizin kavuşacak olması üst hakkı sahibinin yapıya dair tüm gider ve masraflar düşünüldüğünde malikin üst hakkı sahibi aleyhine zenginleştiği düşüncesini doğuracaktır. Bu noktada hayatın olağan akışı içinde yapıyı inşa eden kişinin giderleri tazmin edilmeden yapının bedelsiz olarak malike intikalinin eşyanın tabiatına aykırı olacağı düşünülebilir. Bu sebeple, mevcut düzenlemenin hakkaniyete aykırı olduğu, hukukumuzda da TMK m. 829 hükmünün emredici olarak bedel ödeme borcu öngörecektir. Kanaatimizce, sadece yapının objektif değeri göz önünde bulundurularak taşınmaz malikinin malvarlığındaki artışa odaklanılırsa hakkaniyete aykırı bir durum yaratılmış olacaktır. Burada dikkate alınması gereken birçok kriter vardır. Tarafların belirli imtiyazlar karşılığı bedel ödenmesinden feragat etmesi veya üst hakkı sahibinin yaptığı masrafların çok üstünde kazanç, gelir elde etmiş olması ihtimali bunlardan bazılarıdır. Sadece Kanun'da kural olduğu için tarafların bedel ödeme yükümlülüğü getirmediği, bu sebeple üst hakkı sahibinin mağdur edildiği fikrine odaklanılırsa tarafların gerçek iradelerinin her iki tarafında kendi menfaatleri doğrultusunda başka şekilde birleşmiş olabileceği gerçeğinin göz ardı edilmesine sebep olur. Kaldı ki, sözleşme serbestisi ilkesine dayanan bir hukukî ilişkide tarafların bedel ödeyip ödemeyeceği hususunda da serbestçe tasarrufta bulunabilmeleri gerekir. Özellikle, sözleşme ilişkisi devam ettiği süre boyunca her iki tarafın da yüksek menfaatler elde ettiği düşünülürse üst hakkı sahibinin daha büyük menfaatlere kavuşmak için bu bedel talebinden vazgeçme ihtimali de olabilir. Bu sebeple emredici bir hükümle bedel ödeme yükümlülüğü yüklenip taraf iradelerinin sınırlandırılmasındansa taraflara irade serbestisi gereği

kisi gibi kabul edilmekte ve taraflardan birini diğerine üstün tutmamakta, iki taraf arasındaki menfaat dengesini sağlamayı hedef almaktadır. Bkz. **Flepp**, 41.

üzerinde özgürce istişare edip tartışabilecekleri bir alan bırakılması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁷².

Kanun koyucunun mehzaz kanundaki düzenlemeden farklı olarak taşınmaz malikin bedel ödeme yükümlülüğünü hem emredici olarak öngörmemesi hem de kural olarak yapılar için bedel ödenmeyeceği hükmünün getirilmesi üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Zira, hukukumuz açısından bu hükmün emredici mahiyette bedel ödeme yükümlülüğü yüklenecek şekilde tanzim edilmesinde hukukî yarar olup olmadığı ayrıca incelemeyi gerektirir. İsviçre kanun koyucusu üst hakkı sahibinin üst hakkı sona erdiğinde malike intikal edecek yapılar karşılığında bedel alacak olmasını yapıların korunması, üst hakkı sonuna kadar yapılara iyi bakılacak olması ile ilişkilendirmiştir⁷⁷³. Buna göre bu bedel bir nevi üst hakkı sahibinin yapılara iyi bakması karşılığında ödenmekte, böylece üst hakkı sahibinin yapıları koruması da amaçlanmaktadır. Bu hüküm, sonuç olarak üst hakkı sözleşmesinde yapıları düzenli olarak koruma yükümlülüğü getirmiş olan taşınmaz malikin de yararınadır, onun menfaatlerini korumak içindir.

Kanaatimizce intikal bedelinin; yani “muhiik tazminatın” iki fonksiyonu olabilir. Bunlardan ilki yapının olağan yıpranmalar dışında üst hakkı sahibinin yapıya kasten zarar vermek suretiyle malikin zarara uğramasını engellemek, ikinci olarak da üst hakkı sahibinin nasılsa tazminat alacağını düşüncesi ile teslim anına yakın bile olsa yapıyı iyileştirme ve güzelleştirmeye çaba sarf edecek olmasıdır. Öncelikle üst hakkı sahibinin koruma yükümlülüğü açısından durumu değerlendirecek olursak önceki açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere⁷⁷⁴ üst hakkının sahibinin üst hakkı sonunda yapılar için bedel alacak olmasının yapıları koruma yükümlülüğü açısından katkı sağlayacağında şüphe yoktur. Zira, üst hakkı sahibi yapıyı ne kadar iyi durumda iade ederse kendine ödenecek bedelin bununla orantılı olarak artacağını bilmektedir. Bu sebeple yapıyı korumasının yanı sıra yapının iyileştirilmesi hatta değerinin arttırılmasına da katkı sağlaması mümkündür. Ancak koruma ve özen yükümlülüğü-

⁷⁷² Aksi yönde bkz. **Yücer Aktürk**, 226- 229.

⁷⁷³ BBI 1963 I 978, band d.

⁷⁷⁴ Bkz. §7/I, B.

nü sadece intikal bedeline bağlı olarak doğmaz. Türk Medenî Kanunu'nun 828. hükmü gereği üst hakkı sahibi daha sözleşmenin başından itibaren hem kanun gereği hem de sözleşme gereği yapıyı üst hakkı süresi sonunda malike iade edeceğini bilir. İntikal bedeli kararlaştırılsın veya kararlaştırılmasın üst hakkı sözleşmesinin sona ermesinin doğal bir sonucu olarak iade yükümlülüğü kapsamında üst hakkı sahibi, taşınmaz malikinın zararına olacak fiil ve tasarruflardan kaçınmak, yapıları hakkın kapsamına uygun şekilde kullanmakla yükümlüdür. Aksi halde üst hakkı sahibinin hakkın olağan kullanım dışındaki yapıya verdiği zararlar hakkın kötüye kullanılması sayılacak ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple TMK m. 829 hükmünün emredici olarak düzenlenmesine gerek olmadan da üst hakkı sahibi koruma ve özen yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde TMK m. 829 gereği intikal bedeli ödenecek olmasının üst hakkı sahibi tarafından yapıya zarar önleyecek ekstra bir tedbir getirdiği de söylenemez. Her iki ihtimalde de yapılara verilen zarar sebebi ile sorumluluk söz konusu olacak ve zararın tazmini gerekecektir. Koruma yükümlülüğüne aykırılık sebebi ile sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında ödenecek olan sözleşme tazminatının intikal bedelinin (muhik tazminat) üstlendiği fonksiyonu karşılayacağı söylenebilir. Diğer yandan, bir hukuk kuralının emredici sayılması için gereken şartların neler olduğundan bahsedilmişti. Burada da hükmün emredici olarak düzenlenmesini gerektirecek şartlar söz konusu değildir. Üst hakkı sahibi daha sözleşmenin başından bu talepten vazgeçiyorsa bu durumun kendi menfaatine daha uygun olduğunun kabulü gerekir. Üst hakkı sahibi bu imkândan vazgeçmesinin sebebi intikal bedeli almamasına karşılık taşınmaz malikine çok daha düşük üst hakkı bedeli ödemek hususunda tarafların anlaşmış olması olabilir. Taraflar sözleşme gereği karşılıklı menfaatlerini dengeleyip makul bir sonuca ulaşmış ve mutabık kalmış olabilirler. Hükmün emredici olması bu sebeple de makul değildir.

Doktrinde⁷⁷⁵ TMK m. 829 hükmünün ZGB Art. 779d hükmüne biraz daha yaklaştırılarak en azından kural olarak yapılar için bedel ödenmesi gerektiği ancak taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği şeklinde bir düzenleme yapılmasının daha hakkaniyetli olacağı görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüş bir boyutuyla makul karşıla-

⁷⁷⁵ Yücer Aktürk, 229.

nabilir. Özellikle üst hakkı üzerinde rehin hakkı tesis edilmiş olduğu hallerde TMK m. 829'daki bedelin rehinli alacaklıların güvencesi olacağı düşünüldüğünde kural olarak intikal bedeli ödenmesi gerektiği yönünde hükmün yeniden düzenlenmesi teklif edilebilir. Ancak bu hüküm ister kural olarak intikal bedeli ödenmesi gerektiği şeklinde düzenlensin isterse mevcut düzenlemelerde olduğu gibi aksi kararlaştırılırsa bedel ödenecek olsun her iki düzenlemede kanaatimizce aynı sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. İsviçre Hukukunda olduğu gibi hükmün emredici olarak kabul edilmemesi dışında uygulamada taraflar her zaman "bedel ödenmemesi gerektiğini" seçmek hususunda özgür olacaklardır. Hangi düzenleme olursa olsun taraflar her zaman aksini kararlaştırabildikleri takdirde kural olarak hangi düzenlemenin esas alınacağını çok da uygulamayı etkileyecek bir avantajı olmayacaktır.

Diğer yandan üst hakkı sahibinin normal şartlar altında yapıya ekstra bakım ve iyileştirme yapma yükümlülüğü olmadığı düşünüldüğünde intikal bedelinin bu fonksiyona da hizmet etmesi söz konusu olabilir. Üst hakkı sahibi bir yükümlülük altında olmaksızın, intikal bedeli ödeneceğini göz önünde bulundurup bahçeyi mecbur olmadığı halde ağaçlandırır, dış cephe bakımı yaptırır, içine de faydalı masraflar yaparsa bu takdirde yaptığı masrafları talep edebilir. Özetle intikal bedeli, eski tabiriyle muhik tazminat üst hakkı sahibinin faydalı masraflar yapmasından kaçınmamasını da sağlayacağı için yapının daha iyi konumda malike teslim edilmesi fonksiyonunu da üstlenir. Ancak bu ihtimal taşınmaz malikinin üst hakkı sonrasında yapıyı önceki faaliyet alanı içinde kullanacak olması ihtimali için geçerlidir. Aksi halde, üst hakkı sahibi bu imkânı taşınmaz malikini bilerek zarara uğratmak için de kullanabilir. Örneğin, üst hakkı sahibi üst hakkı boyunca alışveriş merkezi olarak kullanılan yapının daha sonra malik tarafından otel haline dönüştürüleceğini biliyor, buna rağmen sırf intikal bedeli miktarını arttırmak için yapıya ekstra masraflar yapıyorsa yine üst hakkı sahibinin iyiniyetinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Keza, burada yine malikin daha yüksek bedel ödemesini sağlayarak kazanç elde etme amacı vardır. Her ne kadar intikal bedeli ödeneceğinin kararlaştırıldığı haller malik açısından yapının olduğu gibi aynı şekilde iade edilmesinden menfaati olduğu hallerde söz konusu olacaksa da yine de bedel takdir edilirken bu durumların da dikkate alınmasında yarar olduğunu düşünmekteyiz.

C) BEDELİN BELİRLENMESİ

“Uygun bedel” kavramının doktrinde⁷⁷⁶, kanun koyucunun bedelin tayinini tarafların kararlaştırmasına bıraktıktan sonra artık “uygunluk” kriterinin aranmasının anlamsız olduğu gerekçesi ile eleştirildiği görülmektedir. “Uygunluk” kriterinin İsviçre’deki ZGB Art. 779d hükmünün emredici nitelikteki düzenlemesinin yansıması olduğu ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu bedelin nasıl hesaplanacağı doktrindeki yaklaşıma vereceğimiz cevap açısından önemlidir. Burada ödenecek bedelin taraflarca önceden kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı ya da yapının iade yükümlülüğünün doğduğu andaki değerini esas almanın tarafların menfaatlerinin denkleştirilmesine hizmet edip etmeyeceği soruları cevaplanmalıdır.

Öncelikle kanun koyucunun tarafların kararlaştırmasını istediği intikal bedeli miktarı değil, intikal bedeli ödenip ödenmeyeceğidir. Zira, tarafların üst hakkının süresinin sona ermesi halinde malike nasıl bir yapı intikal edeceğini bilmeleri mümkün değildir. Yapının değeri, mevcut durumu vb. önceden belirlenemeyeceği için tarafların miktar hususunda yapacakları tüm anlaşmalar hem malikin hem de üst hakkı sahibinin aleyhine sonuç doğurabilir. Malike yıkık dökük bir bina teslim edileceği düşünülürse önceden yüksek bir bedel belirlenmesi malikin zararına olacaktır. Öte yandan, yapının mevcut değerinin altında bir bedel belirlenmesi halinde de üst hakkı sahibi aleyhine bir sonuç elde edilmiş olabilir. Yine de taraflar bir bedel belirlemişlerse ahde vefa gereği bu miktarla bağlı olacaklardır. Zira, bedeli baştan belirleyen taraflar binanın üst hakkı sonunda nasıl teslim edileceğini belirlemişlerdir. Bu sebeple, her ne kadar önceden bedelin belirlenmesi tarafların aleyhine olacaktıysa gözüксе de yine de akit serbestisi ilkesi gereği taraf iradeleri esas alınmalıdır.

Diğer yandan, taraflar sözleşmede intikal bedeli ödeneceğini kararlaştırmışlarsa zaten büyük bir ihtimalle bedelin hesaplanmasında esas alınacak kriterler, nasıl hesaplanacağı hususlarını da belirlemiş olabilirler. Böyle bir durumda taraflar bedelin belirlenmesi hususunda anlaşamazlarsa mahkemeden bedel tespiti talep edebilirler. Hâkim bedelin tespitini sözleşmede belirlenen kriterlere göre yapacaktır. Ancak, sözleşmede böyle bir düzenlemeye yer verilmemişse veya tarafların bedelin tespitine

⁷⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 872/N. 3098, dn.471; Aynı yönde Demirsatan, 109, dn.411.

ilişkin koydukları kriterler yetersizse hâkimin neye göre hüküm tesis edeceği önem arz eder. Anlaşılabacağı üzere esas sorun tarafların bedel belirmediği hallerde bedelin tespitinde dikkate alınacak unsurlardır. Bu sebeple yapının değerinin nasıl ve ne zaman belirleneceği, değer tespitinde dikkate alınacak unsurlar önem arz eder.

Taraflar üst hakkı sözleşmesinde üst hakkının süresi sona erdiğinde malikin intikal bedeli ödeyeceğini kararlaştırmışlar ancak intikal bedeli miktarını belirlememişlerse bedelin nasıl ve ne zaman tespit edileceği Türk ve İsviçre Hukukunda açıkça gösterilmemiştir. İsviçre doktrininde örnek mahiyetinde ileri sürülen bir yaklaşıma göre taraflar bedelde anlaşamamışlarsa çoğu durumda bir veya iki uzmanın (ekspertizin) hazır edilerek üst hakkı süresi bitmeden bir yıl önce ve süre dolmadan altı ay önce raporlar alabilirler. Böylece iade sürecinde ödenecek bedelin miktarı doğru şekilde tespit edilebilir⁷⁷⁷. Kanaatimizce, İsviçre açısından bir yıllık süre makul karşılanabilir. Ancak Türkiye şartları açısından bir yılda ekonomik, toplumsal çok şey değişebileceği için belirlenen değer önemini kaybedebilecektir. Bu yüzden üst hakkı sona ermeden kısa bir süre önce ve hatta mümkünse üst hakkı sona erdikten sonra bedel tespitinin yapılması gerekir⁷⁷⁸. Sözleşme sona erer ermez iade yükümlülüğü gereği yapılar malike devredildiğinde, o esnada bir tespit yapılarak o anki değeri belirlenmelidir. Zira, üst hakkı sahibinin yapıyı iade edene kadar yapıları koruma ve gözetme yükümlülüğü altında olduğu bilinse de yine de yapıların üst hakkı sahibi tarafından maliki zarara uğratmak için tahrip edilmesi söz konusu olabilir. Sözleşme sona ermeden çok önce bedel tespitine gidildiğinde daha sonra iade anı itibarıyla üst hakkı sahibinin yapılara zarar verdiği tespit edilirse yeniden bedel tespiti yapılması gerekecektir ki bu da tarafların hem maddi hem zamansal kayıplara uğramasına sebep olabilir.

Bedelin tespitinde dikkate alınacak kriterler konusunda ise İsviçre Hukukuna göre esas alınması gereken kriter yapının objektif piyasa değeridir. Yapının objektif değer artışı da piyasa rayiçlerine göre belirlenmelidir⁷⁷⁹. Fakat, objektif değer belir-

⁷⁷⁷ Isler/ Gross, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. 12 f.

⁷⁷⁸ Aynı yönde bkz. Yücer Aktürk, 234.

⁷⁷⁹ BBI 1963 I 986; Isler/ Gross, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f. 4; Isler, Baurechtsverträge, 120; Freimüller, 89; Henggeler, 118; Bir görüşe göre devir bedelinin hesaplanmasında çeşitli yöntem-

lenirken üst hakkı sahibinin inşaat için yaptığı masraflar bu kapsama dahil değildir⁷⁸⁰. Değer tespitinde inşaat maliyetleri, değer arttırıcı giderler ve yapının yıpranma payı da hesaba katılacak; ancak, bu hesaplama gelir (kazanç) değeri dahil edilmeyecektir⁷⁸¹. Bunun yanı sıra taşınmaz malikinin sübjektif menfaatleri de bedelin tespitinde dikkate alınmalıdır⁷⁸². Bu yaklaşıma göre yapı, taşınmaz malikine çok az veya hiç yarar sağlamayacaksa intikal bedeli ödemekle yükümlü olmayabilecektir⁷⁸³. Ayrıca, özellikle intikal bedeli ile üst hakkı sözleşmesinin diğer ekonomik unsurları arasında bir denge olmalıdır. Bu kapsamda üst hakkı bedelinin belirli bir miktarı, üst hakkının süresi ve bakım yükümlülükleri de bedelin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Hatta, üst hakkı bedeli ne kadar yüksek olursa intikal bedeli de o kadar yüksek olmalıdır⁷⁸⁴.

Türk Hukukunda da bedelin hesaplanmasında somut olayın özelliklerinin dikkate alınacağı, bu kapsamda taşınmazın yükümlülüğünden kurtulması sebebi ile kazan-

ler söz konusudur. Bunlar: Eski hale getirme yöntemi (*Methoden zur Berechnung des Heimfalls*), Rayiç değer yöntemi (*Die Verkehrswertmethode*), Net varlık değeri yöntemi (*Die Substanzwertmethode*), Ortaklık modeli (*Das Partnerschaftliche Modell*)'dir. Bu yöntemler içinde ortaklık modelinin esas alındığı görülmektedir. Ortaklık modeli yöntemine göre değerlemenin temelini şunlar oluşturur: Mülkün devir anındaki mevcut piyasa değeri, yapının devir anındaki madde (özvarlık, cari piyasa değeri) değeri ve o zamanki arsa değeridir. Mülkün; yani yapı ve arsanın bütün olarak normal şartlarda satılması halinde ödenecek bedeldir. Yapının öz varlık değeri; amortisman payı, binanın yaş devalüasyonu endüstri standardı yüzdesi ile indirilen değeridir. Arsa değeri; bir üçüncü kişinin aynı veya benzer bir mülkü normal şartlarda edinmek için ödeyeceği bedeldir. Bu kapsamda formül şu şekilde kurulmuştur: Yapının öz varlık değerinin yapının öz varlık değeri ve arsa değerinin toplamına oranı ile mülküm piyasa değerinin çarpılması ödenecek devir (intikal) bedelini verecektir. Bkz. **Flepp**, 40 vd., 54-55.

⁷⁸⁰ **Isler**, Baurechtsvertrag, 129, 130; **Demirsatan**, 144; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 876 /N. 3107; **Demirsatan**, 110.

⁷⁸¹ Özetle bu bedel, gelir değerini içermeyen inşaat değeri veya mevcut durum değerine dayalıdır. Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f.9.

⁷⁸² BBI 1963 I 986; **Isler**, Baurechtsverträge, 120; **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f.4.

⁷⁸³ **Isler**, Baurechtsverträge, 120.

⁷⁸⁴ Taraflar sözleşmede üst hakkı bedeli olarak gayrimenkulün piyasa değerinin %60'ı tahsil edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, benzer bir yüzdenin intikal bedelinin belirlenmesinde de dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu durumda üst hakkı bedelinin yüzde yüz rayiç üzerinden değil %60'lık değer üzerinden indirim yapılarak intikal bedeli olarak ödenmesinin taraflarca kararlaştırılması haklı karşılanabilecektir. Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f.7; **Isler**, Baurechtsverträge, 123; **Flepp**, 54.

dığı değer artışı ile üst hakkı sahibinin uğradığı zararın hesaba katılmayacağı, doğrudan objektif olarak yapının değerinin esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁸⁵.

Öncelikle İsviçre’de benimsenen yaklaşım taşınmaz malikinin zenginleşmesi kriteri üzerine tesis edildiği için sadece malikin zenginleşme ihtimalinin olduğu hususların bedelin tayininde dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre objektif değer tespiti inşaat maliyetleri ile değer arttırıcı giderler de dikkate alınacak, ancak bu hesaplama gelir (kazanç) değeri dahil edilmeyecektir. Şu hâlde, üst hakkı sahibinin masraflarının bedel tespitinde dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu durumda masraflar karşılığında üst hakkı sahibinin elde ettiği gelirin/kârın bir önemi olmayacak mıdır? Üst hakkı sahibinin elde ettiği gelire bakılmaksızın masrafların bedel tespitinde dikkate alınması üst hakkı sahibinin zenginleşmesine sebep olmaz mı?

Kanaatimizce, üst hakkı sahibi çoğu zaman üst hakkı süresi boyunca yapıyı inşa ederken yaptığı masrafların karşılığını yapıların işletilmesine bağlı kazancın içinde fazlası ile elde etmiş olur. Örneğin; Üst hakkı kapsamında bir otel tesis edildiğini düşünelim. Lüks bir otelde müşteri fiyatları otele yapılan masrafların lüks bir yapı olup olmamasına, tesisin büyüklüğüne göre de belirlenir. Dolayısıyla aslında üst hakkı sahibi bu masrafları gerek müşterilerden gerekse yapı kiraya verilecekse kiracıdan elde edeceği kira geliri üzerinden fazlasıyla çıkarmaktadır. Zaten yaptığı masrafların kazancını elde etmiş olan bir kişiye bir de taşınmaz maliki tarafından ekstra ödeme yapılması üst hakkı sahibinin zenginleştirilmesi anlamına gelir⁷⁸⁶. Üst hakkı sahibi bu yapılardan kazanç elde edememişse, o takdirde yaptığı tüm faydalı ve lüks masrafları taşınmaz malikinden isteyebilirdi. Aksi halde böyle bir durumda üst hakkı sahibine ödeme yapılmaması taşınmaz malikinin hak sahibi aleyhine zenginleşmesine sebep olurdu. Burada ise üst hakkı sahibi zaten yaptığı yatırımlarla ve binanın zenginleştirilmesinden elde edeceği kazancı öngörerek, bilerek, hesap ederek yapıya

⁷⁸⁵ Bkz. Ünal, 196; Akipek, Üst Hakkı, 27; Uluşan, 10 vd..

⁷⁸⁶ Kaldı ki, üst hakkı sahibi bu geliri ve daha sonra binaları bedelsiz devredeceğini düşünerek sözleşme yapmaktadır. Hakkın süresi de ona göre belirlenir. Eğer ki, üst hakkı sahibi üst hakkı süresi boyunca düşündüğü kârı elde edememişse buna katlanması gereken de kendisidir.

bu masrafları yapmaktadır. Bu sebeple onun üstüne bir de ikinci bir kazanç da malik tarafından sağlanmamalıdır.

Kanun koyucunun “uygun bedel” kavramı ile kastettiğinin yapıların salt objektif rayiç değeri olmadığı açıktır. Kanun koyucu, objektif anlamda yapının piyasa değerini esas alarak malikin bir ödeme yapmasını işaret etmemiş, uygun bir bedel tayin edilmesini istemiştir. Bu noktada yapıların varsa rayiç değeri esas alınmak suretiyle bir değerlendirmeye gidilmeli ancak salt rayiç değere dayanılarak bedele hükmedilmemelidir. Şu hâlde uygun bedelin belirlenmesinde iki hususa ilişkin değerlendirme yapmak gerekir: Taşınmaz malikinin olası subjektif menfaati ve yapıya emsal teşkil edecek bir rayicin olmaması.

İlk olarak taşınmaz malikinin olası subjektif menfaatlerinin dikkate alınıp alınmayacağı hususu ele alınacak olursa; İsviçre’de de ileri sürüldüğü gibi her somut olayın özelliğine göre taşınmaz malikin subjektif menfaatine bakılması gerekebilir. Hatta İsviçre’de bu kapsamda malikin bir menfaat elde etmesi söz konusu değilse bedel dahi ödememesi gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁸⁷. Söz konusu yaklaşım özellikle üst hakkı kapsamında endüstriyel tesislerin inşa edildiği, ihtisas gerektiren alanlarda faaliyette bulunduğu işletmeler açısından makul kabul edilebilir. Zira, böyle bir durumda malikin aynı faaliyet alanına ilişkin bir icraatının, bilgi ve deneyiminin olmaması o alanda da bir menfaat elde edemeyeceğinin bir göstergesi sayılabilir. Uygun bedel tayinin de bu gibi durumlar gözetilerek yüksek bir intikal bedeline de hükmedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, her ne kadar tarafların sözleşme süresi boyunca elde ettiği gelir/kâr-zarar doğrudan hesaplama dahil edilmeyecekse de malikin subjektif menfaatleri kapsamında yapılardan aynı veya benzer faaliyet alanlarında yararlanmaya devam edecek olduğunun tespiti halinde yapıların kâr ya da zarar getiren bir işletme olup olmadığına da bakılması gerekebilir. Yapının intikal anı itibarıyla kalan ekonomik ömrü için o faaliyet alanında yürütebileceği muhtemel menfaat üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır. Böyle bir durumda malikin subjektif menfaatinin olmadığı hallerde yapıya daha düşük değer biçilmesi gerekirken, yine yıllarca zarar etmiş bir yapı için de yüksek oranlarda intikal bedeli ödenmesi

⁷⁸⁷ BBI 1963 I 986; **Isler**, Baurechtsvertrage, 120.

beklenmemelidir. Böylece, taşınmaz malikinin yapılar intikal ettikten sonra işletme imkânının olmaması sebebiyle yapıları yıkmak zorunda kalacağı hallerde yıkacağı yapılar için de yüksek miktarda intikal bedeli ödemesi hakkaniyete aykırı olacaktır.

Diğer yandan, yapının objektif değerinin tespitinde rayiç değerın önemi düşünlüdüğünde bazı durumlarda yapıya emsal teşkil edecek bir rayiç bulunmayabilir. Bu durum üst hakkı sahibinin sözleşmede taahhüt ettiğı yapıdan başka bir yapı inşa etmesi yahut inşa edilen yapının sözleşmedeki amaç dışında bir faaliyet alanında kullanılıyor olmasından kaynaklanabilir ya da inşa edilen büyüklükteki yapıya emsal teşkil edecek başka bir örnek o çevrede bulunmayabilir. Bu gibi durumlarda bedelin hesaplanmasında hangi kriterlerin göz önünde bulundurulacağı üzerinde de durulması gerekir. Eğer, üst hakkı sahibi sözleşmede kararlaştırılan yapıdan başka bir şey inşa etmiş ya da inşa edilen yapıyı taahhüt ettiğı sektör dışında başka bir alanda faaliyete sokmuşsa burada bir rayiç tespit edilemeyeceğı için taşınmaz malikinin subjektif yararlanması dikkate alınarak malikin yapıyı kişisel kullanımına göre bedel hesaplanabilir. Malikin kişisel olarak elde edeceği minimum yararlanma değeri ne ise bu değerin esas alınması söz konusu olur⁷⁸⁸. Diğer yandan, yapının kapsamı ve büyüklüğü esas alındığında yapıya emsal bir rayiç o bölgede bulunmuyorsa yine taşınmaz malikinin yapıdan yararlanma menfaatinin olup olmadığına bakılmalı, daha önce ifade edilen diğer kriterler de dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır⁷⁸⁹.

Tüm bu durumlarda Türk Hukukunda İsviçre'den farklı olarak bedel ödenmesi kural olduğuna göre bedel ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde de mümkün mertebe bu miktarın düşük tutulması gerekebilir. Zira, kanun koyucunun amacına en yakın yorumun da bu olacağı kanaatindeyiz. Şu hâlde, bu yaklaşımın esas alınması suretiyle çok yüksek meblağda bedel ödenmesi ile üst hakkı sahibinin zenginleştirilmesi riski de ortadan kaldırılabilir.

⁷⁸⁸ Aynı yönde bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f.3-4; **Isler**, Baurechtsverträge, 122 vd.; **Freimüller**, 90 vd.; **Yücer Aktürk**, 232, 233.

⁷⁸⁹ Burada İsviçre'deki yaklaşıma göre bir rayiç tespit edilemez, malikin de yararlanma menfaati çok az ya da hiç olmazsa bu durumda yapının yıkılması ve arazinin eski haline getirilmesi gerekir. Böylece malike intikal edecek bir yapı bulunmayacağı için intikal bedeli ödeme borcundan da bahsedilemez. Bkz. **Isler/ Gross**, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. f.6-12; **Yücer Aktürk**, 236.

Sonuç olarak intikal bedelinin hesaplanması, oldukça teknik tespit ve değerlendirilmeler gerektiren bir husus olduğu için tarafların mutlak suretle uzman desteği almaları gerekir. İntikal bedelinin hesaplanışında adil bir tespit yapabilmemizi sağlayacak belli başlı kriterler dışında mutlak surette uygulanacak kriterler belirlemek mümkün değildir. Kaldı ki, asgari düzeyde tespit edebildiğimiz kriterlere de uyulmak suretiyle somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmak gerektiği kanaatindeyiz.

§ 8. HAKKININ SONA ERMESİNİN HAK SAHİBİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

I. SONA ERME HALİNDE REHİNLİ ALACAKLILARIN DURUMU

Üst hakkının teminat fonksiyonu sebebi ile hak sahibinin kredi ihtiyacına karşılık tapuda ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkının taşınmaz rehnine konu edilebileceğini ifade etmiştik. Üst hakkında olduğu gibi yüksek maliyetli projelerde finansman desteğine her daim ihtiyaç duyulmaktadır. Proje finansmanında da finansörler doğal olarak finansman desteği karşılığında teminat talep etmektedirler. Bu noktada kredi alacaklısı açısından kredinin yeterli ve sağlam bir şekilde teminata bağlanmış olması daha yüksek meblağlarda kredi alınabilmesine sebep olur⁷⁹⁰. Uygulamada üst hakkının da kapsamı gereği yüksek meblağlı bir teminat olarak kabul edilmesi söz konusudur. Herhangi bir sebepten teminat bulamayan veya bulmakta zorlanan hak sahibi bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkını ipotek konusu yaparak ihtiyacı olan krediye kolaylıkla ulaşabilmektedir. Bu sebeple üst hakkının sona ermesinden en çok etkilenecek kişilerden biri üst hakkı üzerinde ipotek tesis edilmiş olması halinde rehinli alacaklılardır.

Bu başlık altında rehinli alacaklıların alacaklarının âkabeti sona erme sebeplerine göre ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

⁷⁹⁰ Gürses, 4.

A) ÜST HAKKININ SÜRESİNİN DOLMASI SEBEBİYLE SONA ERMESİ HALİNDE

Üst hakkı tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları sürenin dolması sebebiyle sona erdiği takdirde TMK m. 828 gereği hak üzerindeki rehin hakları da sona erer. Kanun koyucunun TMK m. 828/II’de bağımsız ve sürekli nitelikte olup da tapuda ayrı sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkının sona ermesinin irtifaklar üzerindeki etkisini düzenlediğini görmekteyiz. Bu kapsamda “taşınmaz niteliğine sahip bir üst hakkı sona erince hakka ilişkin sayfa kapatılır, üst hakkı üzerindeki rehin hakları, diğer bütün haklar, kısıtlama ve yükümlülükler sayfanın kapatılması ile birlikte sona erer”. Söz konusu düzenleme, üst hakkının süresinin dolması sebebiyle sona ermesi halinde üst hakkı üzerindeki ipotek hakları açısından uygulanma alanı bulur⁷⁹¹. Hükme göre üst hakkı üzerinde tesis edilmiş rehin hakları da üst hakkının süresinin sona ermesi ile kendiliğinden sona erer.

Rehinli alacaklılar, üst hakkının temeli olan resmî senedi/ üst hakkı sözleşmesini dikkatle incelemelidir. Zira, üst hakkının süreye bağlı olarak kurulmuş olması halinde ipotek hakkının azami süresi üst hakkının süresi kadardır⁷⁹². Ayrıca, tarafların sözleşmede rehin hakkının güvenliğini tehlikeye düşürecek bir hüküm tesis etmesi mümkündür. Böyle durumlara karşı rehinli alacaklıların kredi sözleşmesinde ekstra tedbirler öngörmesi gerekebilir. Bu sebeple rehinli alacaklıların üst hakkı sözleşmesini ayrıntılı bir şekilde incelemesinde mutlak yararı vardır. Aksi takdirde rehinli

⁷⁹¹ **Acar**, 34, 35; Eski Medenî Kanun’da 751c ve 751d (TMK m. 828, 829) hükümlerinin kenar başlığı “sürenin sona ermesinin sonuçları (*Folgen des Ablaufs der Dauer*)” olarak ifade edildiği için bu hükümlerin üst hakkının süresinden önce sona erme hallerinde uygulanmayacağı yorumu gündeme gelmekteydi. Ancak o dönemde de doktrinde bu sonuçların sadece sürenin dolması sebebiyle üst hakkının sona ermesine mahsus olmadığı, süresinden önce devir halini de kapsayacak şekilde geniş yorum yapılması gerektiği ileri sürülmekteydi (bkz. **Isler**, Baurechtsverträge, 120; **Freimüller**, 89; **Gürzumar**, 182). Mevcut Kanun’da bu eleştiriler de göz önünde bulundurularak orta kenar başlık adı “sona ermenin sonuçları” olarak kaleme alınmıştır.; Üst hakkı üzerinde bir ipotek tesis edilmişse bu ipoteğin süresi üst hakkının süresi ile sınırlıdır. Uygulamada ipoteğin süresiz olarak tesis edildiği hallerde ipoteğin süresi azami olarak üst hakkının süresi kadardır. Bkz. **Gürses**, 11.

⁷⁹² Bu sebeple üst hakkı ipoteğinin proje finansmanı karşılığında teminat olması planlanıyorsa, üst hakkının kalan süresi hem teminatın değerinin tespiti için önemlidir hem de ileri de kredinin ödenmemesi ihtimalinde ödemelerin yapılandırılabilmesi için yeterli sürenin olup olmadığına ilişkin bilgi verecektir. (Bkz. **Ustaoglu**, Funda, Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni, İstanbul 2019, 68 vd.).

alacaklılar, tapunun aleniyeti ilkesi gereği tapu kaydında yer alan hususları bilmediğini ileri süremez.

Kanun koyucu üst hakkına ilişkin bazı hükümlerde üst hakkının süresi sona ermiş olsa da rehinli alacaklıların alacaklarına teminat teşkil edecek düzenlemeler getirmiştir. Bizi bu düzenlemelere sevk eden TMK m. 828/II hükmünün son cümlesidir. İlgili düzenlemede bedele ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu hüküm bizi TMK m. 829'un uygulama alanına götürmektedir. Kanun'un 829. madde ile bize rehinli alacaklılar açısından neler getirdiğini inceleyecek olursak; öncelikle, hükmün üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı sahibine intikal bedeli ödenmesini kararlaştırabilme imkânı tanıdığını görmekteyiz. Bu hükmün rehinli alacaklılar için önem arz eden tarafı, tarafların sözleşmede böyle bir bedel kararlaştırmış olmaları halinde söz konusu bedelin üst hakkı üzerinde rehinli alacaklı durumunda olan kişilerin ödenmemiş alacaklarının güvencesini oluşturmasıdır. Kararlaştırılan bedel, üst hakkı sona erince rehinli alacaklıların rızası olmadan üst hakkı sahibine ödenmeyecektir (TMK m. 829/I). Bu durum doktrinde “rehin ikamesi” olarak adlandırılmaktadır⁷⁹³.

İkinci olarak, TMK m. 829/II ve III (ZGB Art. 779d/II ve III) hükmünde tarafların üst hakkının sonunda yüklü taşınmaz malikine kalacak yapılar için bedel kararlaştırmış olmaları halinde üst hakkı sahibine veya bedel alacağına rehin koymuş alacaklılara bu bedel alacağının güvencesi olarak kanuni ipotek hakkı tanındığı görülmektedir. Söz konusu ipotek hakkı, terkin edilen üst hakkının yerine aynı derece ve sırada, üst hakkının sona ermesinden itibaren üç ay içinde tescil edilmesi gereken “kanuni ipotek” hakkıdır. Hükmün lafzından Kanun'un üst hakkı sahibine veya bedelin rehinli alacaklısına ipotek tescil ettirilmesini talep etme hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak burada teknik anlamda bir ipotek tesis etme borcundan söz etmek TMK m. 829/III hükmü düşünüldüğünde mümkün değildir. Buna göre ipotek, “üst hakkının sona ermesinden başlayarak üç ay içinde tescil edilir”⁷⁹⁴. Kanun koyucu, hak

⁷⁹³ **Freimüller**, 92; **Acar**, 348, dn. 1010; **Gümüş**, Tazminat Alacakları, 540; Arazi malikinin bu bedeli ödememesi veya güvence altına almaması halinde üst hakkı üzerindeki rehin, arazi üzerine taşınır. Bkz. **Acar**, 348.

⁷⁹⁴ İpoteğin tescilini talep etme hakkının niteliği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, bu talep hakkının “şahsi talep hakkı” olduğunu ve sadece talep hakkının doğduğu sırada malik olan kişiye karşı ileri sürülebileceği ileri sürülmektedir (bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-**

sahibinin ve rehinli alacaklıların alacaklarına teminat olarak böyle bir güvence ön-görmüştür.

Doktrinde TMK m. 829 hükmünün sadece tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikteki üst haklarının sona ermesi için geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu konuda hâkim görüşe⁷⁹⁵ göre bağımsız olmak kaydıyla sürekli olsun olmasın tapuda taşınmaz olarak kaydedilmemiş üst hakları üzerinde rehin hakkı sahibi olan alacaklılar da en az tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi olan alacaklılar kadar korunmalı ve TMK m. 829 hük-münden yararlanabilmelidirler. Zira, kanun koyucu böyle bir ayırım yaratmak iste-memiştir⁷⁹⁶. Bir diğer görüşe⁷⁹⁷ göre de taşınmaz niteliğine sahip olmayan üst hakları bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Bunun gerekçesi olarak, sadece tapuya ta-şınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikteki hakların ipotek konusu olabileceği, taşınmaz olarak kaydedilmeyen üst haklarının rehnedilemeyeceği ileri sürülmüştür. Zira, üst hakkı taşınır eşya olmadığı ve üst hakkının parayla değeri-

Özdemir, 873/N.3102; **Gürsoy/Eren/Cansel**, 1048 vd.). İsviçre Hukukunda hâkim olan bir diğer görüş ise bu ipotek hakkının aynî hakkın içeriğine dahil olduğu ve eşyaya bağlı bir borç teşkil etti-ği yönündedir. Bu borcun ifası da doğrudan taşınmaz malikinin kendisine yöneltilmelidir. (Bkz. **Isler**, Baurechtsvertrage, 96; **Freimüller**, 92, 93; **Acar**, 281, dn. 844). Eşyaya bağlı borç görüşüne ilişkin doktrindeki eleştiriler, ipotek tesisini talebinin taşınmaz maliki açısından teknik anlamda bir borç teşkil etmediği, hükmün son fıkrasındaki üç aylık sürenin bu talebin eşyaya bağlı borç olma-sını engellediği yönündedir. Bu görüşte olan yazarlar madde gerekçesinde korunan menfaat olarak üst hakkı sona erdikten sonra taşınmaz üzerinde aynî hak iktisap edecek kişiler olduğu, ipotek tesis ettirilmesini talep etme hakkının şahsi talep hakkı olabileceği düşünülse de bu hakların hak düşü-rücü süreye bağlanamayacak olması sebebiyle yenilik doğuran hak olduğu görüşündedirler. Hak sahibinin ipoteğin tescilini de doğrudan tapu memurundan isteyebileceğini ileri sürmektedirler. (Bkz. **Gürzumar**, 184, 185; Aynı yönde **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 873/N.3102; **Gür-soy/Eren/ Cansel**, 1049; Bu konuda Erel, yenilik doğuran hak talebinin varlığına iştirakle, tescil talebinin taşınmaz malikine yöneltilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir. Bkz. **Erel**, 125). Tüm bu görüşler karşısında Ergüne'nin ileri sürdüğü görüşe göre de bu talep tapu memuruna yö-neltilen tescil, "doğrudan tapu memurundan talep edilebilen bir eşya hukukuna özgü doğrudan ta-lep" olarak nitelendirilmelidir. Yazar, bu görüşün temelini 818 sayılı BK. m. 391/III hükmüne benzetmektedir. Üç aylık hak düşümü süresine uyulmak kaydıyla bu talep hakkının kullanılması gerekmektedir (bkz. **Gümüş**, Tazminat Alacakları, 546, 547).

⁷⁹⁵ **Isler**, Baurechtsvertrage, 146; **Freimüller**, 30; Bağımsız yapı hakkının devir ve rehninin TMK m. 954 gereği "alacak ve diğer hakların devri ve rehni" hükümleri çerçevesinde yapılacağı hakkında bkz. **Ünal**, 147; **Akıpek**, 34; **Köprülü/Kaneti**, 169, dn. 19a; **Acar**, 27; **Kuntalp**, 548- 550; **Ergü-ne**, Rehin Hakkı, 741;

⁷⁹⁶ Tapuya taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız ve sürekli hakların devredilebilirliği ve rehnedi-lip rehnedilemeyeceğine ilişkin doktrindeki tartışmalar için bkz. § 3/III, C.

⁷⁹⁷ **Gümüş**, Tazminat Alacakları, 550 vd.; Bu görüşü destekler mahiyette, bağımsız ve sürekli hakla-rın TMK m. 704 (eMK. m. 632) taşınmaz olarak sayıldıkları bu sebeple bunlar üzerinde menkul rehni değil, sadece gayrimenkul rehni tesis edilebileceği yönünde bkz. **Davran**, 94.

rilmesi de mümkün olmadığı için TMK m. 954 hükmü gereği alacak ve diğer hakların rehni hükümlerinin burada uygulanması mümkün değildir. Aksi düşünüldüğü takdirde de irtifak hakkı niteliğindeki bağımsız ve sürekli üst hakkı üzerinde alacaklıları lehine nasıl rehin hakkı kurulacağı hususunun belirsiz olduğu ileri sürülmektedir⁷⁹⁸. Biz de hâkim görüşte ileri sürüldüğü gibi kanun koyucunun üst hakkının türüne göre bir ayırım yapmak niyetinde olmadığı fikrine iştirak ediyoruz. Ancak, bu durumda TMK m. 829/II gereği bu bedel borcunun nasıl güvence altına alınacağı belirsizdir. Zira, önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere⁷⁹⁹ sürekli olmayan ancak bağımsız üst haklarının tapu sistemimiz gereği rehin konusu yapılması mümkün değildir. Kaldı ki, aleniyeti sağlamak için doktrinde ileri sürülen çözüm önerileri de tapu sistemimize uymamaktadır. Bu durumda biz de TMK m. 829 hükmünün sadece bağımsız ve sürekli nitelikteki üst haklarının sona ermesi için geçerli olduğu fikrine katılıyoruz.

Öte yandan açıklığa kavuşturulması gereken bir husus da TMK m. 829/II hükmünde zikredilen “...terkin edilen üst hakkı yerine aynı derece ve sırada bir ipoteğin tescilinin istenmesi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Burada şu soru akla gelebilir: Taşınmaz niteliğindeki üst hakkı sona ermeden önce üzerinde tesis edilmiş olan rehinli alacaklının sahip olduğu ipotekle aynı derece ve sırada bir ipotek mi tesis edilmesi gerekir? Bu hususa ilişkin bir görüş⁸⁰⁰ özetle şu şekildedir: “Söz konusu hüküm üst hakkı tesis edilmiş bir arazi üzerinde birden fazla sınırlı aynî hakkın varlığı durumunda anlam ifade etmekte, böyle bir durumda da üst hakkında dereceden söz edilemeyeceği için öncelik prensibi esas alınmak kaydıyla hak üzerindeki ipotek, üst hakkının tesis edildiği tarih dikkate alınarak yüklü taşınmaz üzerine geçirilecektir. Bu surette arazi üzerinde üst hakkından önce sınırlı aynî hakkın olmadığı bir durumda TMK m. 829’a göre kurulacak rehin de üst hakkının tarihi itibarıyla birinci dere-

⁷⁹⁸ **Gümüş**, Tazminat Alacakları, 551.

⁷⁹⁹ Bağımsız üst hakkının hak rehni konusu yapılamayacağına dair görüş ve tespitlerimiz için bkz. § 3/III, C.

⁸⁰⁰ **Acar**, 280, dn. 843, Yazar kanun koyucunun bu yaklaşımın temelinde üst hakkına rağmen kurulan bir rehin hakkında, rehinli alacaklının üst hakkının varlığını ve bu durumun arazinin değerini düşüreceğini bilerek rehin hakkı elde ettiği için arazinin değersizleşme miktarının TMK m. 829/II ile rehinli alacaklıya tanımak istemesi olduğunu vurgulamaktadır.; Üst hakkının sırasına dair **Acar**’ın görüşü ile aynı yönde bkz. **Gürzumar**, 69 vd.

cede ipotek şeklinde olacaktır". Kanun'un 829. maddesi üst hakkı sahibi yanında rehinli alacaklıları da korumaktadır. Zira söz konusu bedel, rehinli alacaklıların da alacaklarının güvencesini oluşturur. Kanaatimizce, yapıların üst hakkından bağımsız düşünülmesi söz konusu olmasa da TMK m. 829 üst hakkının sona ermesine ilişkin bir hüküm olduğu ve yapılara karşılık gelen intikal bedelinin güvencesi mahiyetini taşıdığı için kanun koyucu burada özellikle ipotek derecesinde bir güvence ile teminat alınmasını sağlamak amacındadır. Ulaştığımız bu tespit de TMK m. 829 hükmünün bağımsız ve sürekli haklar için geçerli olacağı görüşümüzü desteklemektedir.

Üst hakkının ekonomik değeri üst hakkının süresi ile orantılı olarak azalmaktadır⁸⁰¹. Zira, yıllar geçtikçe üst hakkı kapsamındaki yapılar yıpranacak üst hakkı sahibinin bu yapıların bakımını düzenli olarak yapmaması veya yapıları zamanın gerektirdiği, güncel ve hatta lüks ekipmanlarla donatmaması yapıların ekonomik değerini rayiçlerine göre düşürecektir. Ayrıca rehin hakkı açısından düşünülecek olursa hakkın süresinin azalmış olması rehinli alacaklıya daha kısa süreli bir güvence sağlayacağından ya hak konusu yapılamayacak ya da düşük bir bedel biçilerek alacağın bir kısmı için teminat olarak kabul edilebilecektir. Kanun koyucu TMK m. 866 hükmü ile rehinli alacaklılara rehinli taşınmazın değerinin düşmesine ve hatta değerinin düşme tehlikesine karşı çeşitli tedbirler alma imkânı tanımıştır. Bu kapsamda rehinli alacaklı rehin borçlusundan başka güvence verilmesini isteyebilir.

Söz konusu hükmün üst hakkının süresinin sona ermesine uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna ise olumsuz yanıt vermek gerekir. Öyle ki, rehinli alacaklı tapu kaydından üst hakkının kaç yıllığına tesis edildiğini açıkça görebilmektedir. Hatta üst hakkı sözleşmesinin detaylarına da ulaşabilme imkânı vardır. Rehlinli alacaklı üst hakkının ne zaman sona ereceğini, sona erme halinde kendi lehine tesis edilen hakkın âkıbetini bilmekle mükelleftir. Hakkın süresinin uzunluğunun üst hakkı üzerindeki olumsuz etkilerini de önceden öngörebilecek durumdadır. Bu sebeple rehinli alacaklının, üst hakkının süresinin dolmasına yakın üst hakkı sahibinden sona ermeye veya sürenin azalmasına bağlı olarak alacağı güvence altına alan teminatın tehlikeye düş-

⁸⁰¹ Gürses, 10; Ustaoglu, Üst Hakkı İpoteği, 862.

tüğünü ya da değerinin azaldığını gerekçe göstererek TMK m. 866 gereği başka bir güvence verilmesini talep etme hakkı yoktur⁸⁰².

Sonuç itibarıyla, üst hakkının süresinin dolması sebebi ile sona ermesi halinde rehinli alacaklılar ipotek tescil edilirken hakkın süresi, kapsamı gibi kredinin güvenliğini ilgilendirecek her türlü hususu tapu kaydından öğrenebilme imkânına sahip oldukları ve hatta tapunun aleniyeti ilkesi gereği bu hususlara da vakıf olmaları gerektiği düşünüldüğünde rehinli alacaklıların özel olarak korunması gerekmemektedir. Rehinli alacaklılar, nihai olarak rehinli alacağa ilişkin verilen güvencenin geçerliliğinin üst hakkının süresi ile sınırlı olduğunu hem sözleşmeden hem de TMK m. 828 hükmünden bilmelidir. Rehinli alacaklıları hakkın sona ermesi karşısında koruyacak tek düzenleme tarafların TMK m. 829 gereği intikal bedeli ödenmesi hususunda anlaşmalarıdır. Taraflar bu hususta anlaşmışlarsa söz konusu bedel rehinli alacaklıların rızası olmadan üst hakkı sahibine ödenemeyecektir. Zira, bu bedel “rehin ikamesi” olarak rehinli alacağa teminat teşkil eder. Söz konusu bedelin ödenmemesi halinde taşınmaz malikinden güvence verilmesi istenebilir.

B) SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ İLE SONA ERMESİ HALİNDE

Üst hakkı, hak sahibinin sözleşmeye aykırı davranışı sebebi ile malik tarafından haklı nedenle sona erdirilmek istenirse mahkemenin kararının kesinleşmesi ile hak sona ereceği için TMK m. 828 hükmü gereği hakkın sona ermesine bağlı olarak üst hakkı üzerindeki diğer haklar da sona erecektir⁸⁰³.

Önceki açıklamalarımızda detaylı olarak incelendiği üzere TMK m. 831 hükmünün TMK m. 833 hükmü nezdinde nasıl yorumlandığı rehinli alacaklıların haklarının âkıbeti açısından da önem arz eder. Bu sebeple rehinli alacaklıların üst hakkı sözleşmesini detaylı bir şekilde incelemeleri gerekir.

⁸⁰² Aynı yönde, **Ustaoglu**, Üst Hakkı İpoteği, 862, 863.

⁸⁰³ Aynı yönde **Gürses**, 9. Yazara göre de üst hakkının mahkeme kararı ile sona erdiği hallerde hak sahibinin rızası aranmadan hak sona erer. Mahkeme kararı ayrı sayfaya kaydedilmiş üst hakkını sona erdireceği ve sayfanın kapatılması gerekeceği için üst hakkı üzerinde tesis edilmiş rehin hakkı da mahkeme kararı ile sona erer.

Taraflar üst hakkı sözleşmesinde hakkın sözleşmeye aykırılık sebebi ile süresinden önce sona erdirilebileceğini kararlaştırmışlarsa öncelikle rehinli alacaklıların tarafların bedele dayalı bir fesih mi yoksa bedelsiz fesih mi kararlaştırdıklarına dikkat etmesi gerekir. Zira, taraflar açıkça bedelsiz feshi kararlaştırmışlarsa kanunun tamamlayıcı hükmü karşısında tarafların kendi menfaatlerini gözeterek tesis ettikleri bu iradenin esas alınması gerekeceği için rehinli alacaklılar da üst hakkı sahibi ile akdedecekleri teminat sözleşmesine bu risk karşısında ek bir güvence verilmesine dair özel hüküm tesis etmelidirler. Uygulamada da kredi aracılarının (özellikle bankaların) üst hakkının feshedilmesi ihtimaline karşılık teminat sözleşmelerine sigorta yapılması yahut ek güvence gösterilmesine dair hüküm ekledikleri görülmektedir. Bu durumda üst hakkının feshedilmesi riski doğduğunda ise üst hakkı sahibinin sigorta alacağı rehinli alacaklıların güvencesi olacaktır. Eğer ki, taraflar bedele dayalı fesih kararlaştırmışlarsa bu durumda kanaatimizce bu bedelin TMK m. 829/I hükmünde olduğu gibi rehinli alacaklıların güvencesi olarak kabul edilmesi ve alacaklıların rızası olmaksızın üst hakkı sahibine ödenmemesi gerekir. Söz konusu bedel rehinli alacaklıların alacağını karşılamıyorsa kalan kısım için rehinli alacaklının ek bir güvence verilmesini istemesi gerekir. Taraflar üst hakkı sözleşmesinde feshi kararlaştırmış ancak bedele ilişkin bir düzenleme getirmemişlerse TMK m. 832 hükmünün tamamlayıcı niteliği gereği hâkim bedel ödenmesine hükmedebilir. Bu durumda da yine tarafların sözleşmede bedel kararlaştırmaları haline ilişkin yaptığımız tespitlerle aynı sonuca ulaşılabacaktır.

Kanun koyucunun rehinli alacaklının alacağının korunması amacıyla öngördüğü TMK m. 866 hükmünün burada uygulanıp uygulanmayacağı hususu ayrıca değerlendirilmelidir. Zira, söz konusu hüküm rehin borçlusunun doğrudan veya dolaylı olarak kusurlu bir fiil ile rehin konusu taşınmazın değerini düşürmesi ya da düşürme tehlikesinin doğması halinde alacağı koruyucu seçimlik haklar tanımaktadır. Burada, kanun koyucunun rehin borçlusunun zarar verici davranışlarına ilişkin tesis edilmiş bir hükmün yine rehin borçlusundan kaynaklanan ancak doğrudan taşınmazın değer kaybetmesine değil de rehin hakkını sona ermesi tehlikesini doğuracak bir duruma kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı hususu önem arz eder. Her halükârda kanun koyucu TMK m. 866 hükmü ile rehinli alacaklının alacağını güvence altına almak

istemektedir. Üst hakkı sahibinin kusurlu bir davranışı gereği sözleşmeye aykırılık sebebi ile hakkın sona ermesi rehin hakkının da sona ermesi riskini doğuracağı için TMK m. 866 hükmünün bu duruma da uygulanabileceği kanaatindeyiz. Rehin borçlusunun rehin konusu taşınmazın değerini kaybetmemesi için koruyucu tedbirler almakla mükellef olduğu bilinmektedir. Bu kapsamda rehin borçlusunun bakım ve koruma borcu vardır⁸⁰⁴. Aynı şekilde rehin borçlusunun kendinden kaynaklanan fiillerle rehin hakkının sona ermesine sebep olacak davranışlardan da kaçınması dürüstlük kuralı gereğidir. Rehin hakkının âkıbeti rehin borçlusunun başka bir sözleşmedeki tutum ve davranışlarına bağlı ise rehin borçlusunun doğrudan veya dolaylı olarak kusuru ile sebep olacağı her türlü zararlı, hakkı tehlikeye düşürecek davranıştan kaçınma yükümlülüğü söz konusudur. Bu sebeple kanaatimizce, üst hakkı sahibi kusurlu bir davranışı ile üst hakkı sözleşmesine aykırı davranmış ve bu sebeple sözleşmenin feshi cihetine gidilmişse buna bağlı olarak rehin hakkının sona ermesi riski de söz konusu olacağından TMK m. 866 hükmüne kıyasen başvurulabilecektir. Bu durumda rehinli alacaklının üst hakkı sahibinden başka bir güvence verilmesini talep etme hakkı olmalıdır⁸⁰⁵.

Diğer yandan, malik üst hakkı sahibinin kusurunun olmamasına rağmen hak sahibi dışında gelişen başka bir haklı sebeple sözleşmeyi feshetmek isteyebilir. Kanun koyucu TMK m. 867 hükmü ile rehin borçlusunun kusuru dışındaki sebeplerle rehin değerinin düşmesi halinde rehinli alacaklının başvurabileceği imkânları düzenlemiştir. Buna göre rehin borçlusunun kusuru olmadığı için mevcut duruma rehin borçlusu ile birlikte rehinli alacaklı da katlanmak zorundadır. Kanun koyucunun bu görüşte olduğunu TMK m. 866'da olduğu gibi rehinli alacaklıya yeni bir güvence talep edebilme veya değerinde meydana gelen düşüklüğün giderilmesini isteme imkânı tanınmamasından anlamak mümkündür⁸⁰⁶.

Ancak, TMK m. 867/I'e göre "rehinli alacaklı, rehin borçlusunun kusuru olmadığı halde rehin konusundaki değer düşüklüğünden mütevellit elde edeceği bir

⁸⁰⁴ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 746; **Yenice Ceylan**, Özge, Türk Medenî Kanunu'na Göre Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotekler, SÜHFD, Y. 2018, C. 26, S. 3, 243.

⁸⁰⁵ Benzer bir yaklaşımla aynı yönde bkz. **Ustaoglu**, 72 vd..

⁸⁰⁶ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 749.

tazminat veya menfaat varsa bu bedelin alacağına karşılık güvence olarak gösterilmesini veya kendisine kısmi ödeme yapılmasını isteyebilir”⁸⁰⁷. Burada üst hakkı sözleşmesi açısından şu ihtimal düşünülebilir: Hak sahibinin bir kusuru olmamasına rağmen ve onun dışındaki sebeplerle malik sözleşmeyi haklı nedenle feshederse, bu fesih sebebi ile de hak sahibine bir tazminat ödemek durumunda kalırsa rehinli alacaklı, TMK m. 867/I gereği bu tazminatın alacağına güvence olarak gösterilmesini veya kendisine kısmi ödeme yapılmasını isteyebilecek midir? Bu ihtimalden söz edebilmek için malikin haklı fesih sebebinin ya kendi kusuruna dayanması yahut her iki tarafın da fesih sebebinin meydana gelmesinden sorumlu olmaması gerekir⁸⁰⁸. Malik, kendi kusurundan veya kusuru olmasa dahi şahsından kaynaklanan haklı nedene dayanarak sözleşmeyi feshetmek isterse bu durumda akdi sorumluluğa dayalı değil, fedakârlığın denkleştirilmesi temeline dayanan bir tazminatın varlığının kabul edilebileceği ileri sürülmektedir⁸⁰⁹. Bu durumda üst hakkı sahibi malikin şahsından kaynaklanan sebeplerle sözleşmenin feshedilmesine katlanarak fedakârlık yapmaktadır. Fesheden kusurlu olsun veya olmasın muhatabın zararı hakkaniyet gerektirdiği ölçüde tazmin edilmelidir. Eğer, haklı nedenle fesih sebebi her iki tarafın da sorumluluğuna dayandırılmıyorsa hem fesheden hem de muhatap lehine tazminata hükmedilebilir⁸¹⁰. Söz konusu ihtimallerde taşınmaz malikin üst hakkı sahibine hakkaniyet gereği ödemek durumunda kalabileceği tazminat da TMK m. 867/I gereği re-

⁸⁰⁷ Rehin borçlusunun taşınmazı değer azalmasına veya hakkın sona ermesi ihtimaline karşı sigortalattığı hallerde TMK m. 867 hükmü uygulanmaz. Bu durumda sigorta tazminatı TMK m. 879 hükmü gereğince kendiliğinden rehinin kapsamına girer.

⁸⁰⁸ Türk Hukukunda sözleşmenin ihlali dışında haklı bir sebeple fesih halinde hakkaniyete dayalı tazminat yükümlülüğü sadece kira ve hizmet sözleşmesi için düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüşe göre diğer sözleşmeler açısından da hakkaniyete dayalı tazminat yükümlülüğünün genel bir ilke olarak kabul edilmesi gerekir. İsviçre doktrininde de bu görüşü benimseyen yazarlar mevcuttur. Bkz. **Altıok Ormancı**, 250.

⁸⁰⁹ Bkz. **Altıok Ormancı**, 251 vd.. Yazar burada, feshedenin kusurlu olması halini İsviçre Hukukunun Art. 26 OR (TBK m. 35) hükmü gereği taraflardan birinin kendi kusuruyla hataya düşmesine karşı sözleşmenin hataya düşen tarafından iptal edilmesine benzeterek feshedenin tazminat ödemekle yükümlü olduğu yönündeki yaklaşımını reddetmektedir. Zira, TBK m. 35 hükmü kanun koyucunun hata haline ilişkin getirdiği özel bir düzenlemedir. Sadece hataya kendi kusuruyla sebep olan tarafın hatayı bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan muhatabın zararının tazmin edilmesi esasına dayanmaktadır. Ancak, feshedenin şahsında meydana gelen değişikliklere dayanan haklı fesih sebebinin ise feshedenin kusurundan kaynaklanmama ihtimali de vardır. Bu sebeple olsa olsa burada hakkaniyete dayanan bir tazminat sorumluluğundan bahsedilebilir.

⁸¹⁰ **Altıok Ormancı**, 251. Yazara göre bu halde “her iki taraf veya taraflardan biri açısından feshin doğurabileceği ağır sonuçlar dengelenmiş olacaktır”.

hinli alacaklılar açısından fesih sebebi ile haklarının sona ermesi riskine karşı güvence olabilecektir. Şu hâlde, üst hakkı sahibine ödenecek böyle bir tazminat yine ikame değer olarak rehinli alacaklıların güvencesi olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla rehinli alacaklılar TMK m. 867/I hükmünün kendilerine tanıdığı bu talepleri TMK m. 832 gereği malikin üst hakkı sahibine ödemek zorunda kalacağı bedele ilişkin de ileri sürebileceklerdir. Ulaştığımız bu sonuç TMK m. 832 gereği ödenecek bedelin rehinli alacaklıların güvencesi sayılması gerektiği görüşümüzü de desteklemektedir.

Tüm bu tespitlerimize rağmen şu yorumla karşılaşabilmek de mümkündür: Rehinli alacaklılar, bir sınırlı aynî hak üzerinde rehin tesis ederken rehinli alacağına teminat olarak kabul ettikleri hakkın başka bir sözleşme ilişkisine bağlı olması sebebi ile her an sözleşmenin diğer tarafları açısından sona erdirilme veya ihlal edilme ihtimalini bilerek bu teminat sözleşmesini yapmaktadırlar. Bir boyutuyla bu eleştiri makul karşılanabilir. Zira, rehin hakkı sahipleri sahip oldukları aynî hak gereği taşınmaz niteliğine sahip olan hakkın tüm detaylarına tapudan erişebilmektedir. Kendi teminatlarını tehlikeye düşürebilecek her türlü hususu da göz önünde bulundurmalarıdır. Bu noktada özellikle rehinli alacaklıların üst hakkı sözleşmesi gereği bildikleri veya önceden bilmeleri gereken hususlara dair rehinli alacaklılara ekstra bir koruma getirilmesi gerektiğini düşünmüyoruz. Alacaklılar tüm o durumları göz önünde bulundurup rehin tesis etmişlerse sonuçlarına da katlanmak zorundadırlar. Diğer yandan rehinli alacaklının öngöremediği hususlar için de yukarıda değinmeye çalıştığımız makul güvencelerle alacakları güvence altına alınmaya çalışılabilir. Ancak her hâlükârda üst hakkı sözleşmesini tüm detayları ile inceleyip, teminat sözleşmelerinde kendi alacaklarını güvence altına alacak ek güvencelerin getirilmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz.

C) ÜST HAKKININ TMK M. 831 GEREĞİ SÜRESİNDEN ÖNCE DEVİRİ HALİNDE

Üst hakkı sona erdikten sonra rehinli alacaklıların alacaklarının güvencesi olarak kanunda öngörülmüş olan TMK m. 829 hükmünün üst hakkının TMK m. 831 gereği süresinden önce taşınmaz malikine devir halinde de uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulması gereken bir diğer husustur.

Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde TMK m. 831 taşınmaz malikine üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesi hakkı tanımakta, devrin gerçekleşmesi ile birlikte üst hakkı kendiliğinden sona ermeyecek olsa da taşınmaz maliki kendine ait arazi üzerinde hem taşınmaz maliki hem de üst hakkı sahibi sıfatına sahip olmaktadır. İsterse üst hakkının tapudan terkin edilmesini talep edebilecektir⁸¹¹. Ancak, üst hakkı üzerinde rehin hakkı varsa TMK m. 1014 gereği hak sahiplerinin yazılı rızası alınmadan hak terkin edilemeyecektir. Bu durumda, üst hakkı süresinin veya ipotek süreli ise ipotek süresinin sonuna kadar üst hakkı varlığını devam ettirecektir⁸¹².

Üst hakkının TMK m. 831 gereği taşınmaz malikine devri gerçekleştirilecekse, üst hakkı üzerinde devirden önce rehin tesis edilmiş ve halen varlığını devam ettiriyorsa söz konusu rehin haklarının âkabetinin ne olacağı hususunda TMK m. 831 hükmünde ifade edilen bir husus dikkat çekmektedir: Süresinden önce devir talep edilmesi ile birlikte üst hakkı üzerindeki tüm hak ve yükümlülüklerle birlikte hak, malike devredilir. Devrin gerçekleşmesi ile birlikte üst hakkı, malik lehine tesis edilmiş bir irtifak sonucunu doğurur. Bu durumda da üst hakkı sona ermediği için üzerindeki bütün hak, kısıtlama ve yükümlülükleri ile birlikte (bu kapsamda rehinle birlikte) taşınmaz malikine intikal eder⁸¹³.

Tüm hak ve yükümlülükleri ile üst hakkı malike intikal edecekse de bu ifadenin taşınmaz malikinin ipotek borcundan sorumlu olacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Kural olarak, TMK m. 888/I'e göre "ipotekli taşınmazın devri halinde borç kendiliğinden yeni malike geçmez". Taşınmazı devralan yeni malikin ipotek borcundan sorumluluğu taşınmazın değeri ile sınırlı olmak kaydıyla aynı niteliktedir. Bu kapsamda ipotek konusu hakka bağlı taşınmazın maliki dava hakkına da sahiptir. Dolayısıyla, dava açma hakkı artık yeni malik olan taşınmaz malikindedir. Asıl borçlunun ipotek borcuna ilişkin şahsi sorumluluğu devam eder⁸¹⁴.

⁸¹¹ Bkz. § 4/II, B.

⁸¹² Aynı yönde bkz. **Gürses**, 9.

⁸¹³ **İsler**, Baurechtsverträge, 131; **Acar**, 348, 349, dn. 1010.

⁸¹⁴ Bu kapsamda taşınmaz maliki taşınmazın değerini aşan kısımdan sorumlu değildir. İpotek borçlu olan üst hakkı sahibi ise şahsi sorumluluğu gereği ipotek borcunun tamamından sorumlu olmaya

Burada önemli olan hususlardan biri de TMK m. 831 gereği üst hakkının taşınmaz malikine devri halinde rehin haklarının arazi üzerine geçmemesi, üst hakkını kayıtlamak suretiyle varlığını devam ettirmesidir⁸¹⁵. Malik, üst hakkının devriyle kendine geçmiş olan ipotekten sadece “üst hakkı” ile sorumludur. Bu sorumluluk, ipotek süreli kurulmuşsa ipotek süresi ile süresiz ipotek kurulmuşsa en fazla üst hakkının süresi boyunca devam eder.

Taşınmaz malikinin süresinden önce devir hakkını kullanmasına bağlı olarak malikin üst hakkını üzerindeki rehin haklarıyla beraber devralacak olması, sözleşmeye aykırılık sebebi ile yaşadığı mağduriyet karşısında bir de rehinli alacaklılar sebebi ile taşınmaz ve hak üzerindeki tasarrufunun sınırlanmasına bağlı sorunlarla karşılaşmasına vesile olacaktır. Hatta malik, üst hakkı sahibinin rehin borcunu ifa etmemesi halinde rehnin paraya çevrilmesi usulü gereği üst hakkı satışa çıkarıldığında, yeni üst hakkı sahibini kendi iradesi ile seçme özgürlüğüne sahip olmayacağı için bilmediği, tanımadığı bir kişi ile üst hakkı ilişkisi içine girmek zorunda kalacaktır. Taşınmaz maliki, üst hakkını sona erdirmek istediğinde de rehinli alacaklıların itirazıyla karşılaşabilecektir. Şu hâlde, taşınmaz malikinin bu duruma katlanması gereken taraf olduğu söylenebilir⁸¹⁶. Malikin taşınmazı üzerinde üst hakkı tesis ederken üst hakkı sahibinin bu tarz tasarruflara başvurabileceğini ve üçüncü kişiler sebebi ile hakkının sınırlanabileceğini başından beri bildiği, hatta bilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Böyle bir durumla karşılaşan taşınmaz malikinin hak sahibi üçüncü kişilerin üst hakkının sona erdirilmesine rıza göstermemeleri halinde sahip olduğu iki imkân vardır⁸¹⁷: Taşınmaz maliki ya üst hakkı süresinin sonuna kadar (süresiz ipoteklerde durum böyledir; hatta uygulamada genelde ipotekler süresiz tescil edilmektedir) rehin hakkıyla bağlı olacaktır ya da üst hakkı sahibinin borcunu üstlenerek sona erdirecek, üzerindeki yüklerden arınmış olarak taşınmazı devralacaktır. Başka bir ifade ile üst hakkı-

devam eder. Bkz. **Akcaal**, Mehmet, İpoteğin Kaldırılması Davası, İnÜHFD, Y. 2019, C. 10, S. 2, 573; YHGK., 14.03.2007, E. 4/83- K. 142, bkz. **Özkan**, 73-80.

⁸¹⁵ **Acar**, 349, dn. 1010

⁸¹⁶ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 788; **Ertaş**, 600/N.2671.

⁸¹⁷ Eğer ki, taşınmaz maliki böyle bir ihtimalle karşılaşmak istemiyorsa üst hakkını bağımsız üst hakkı olarak tesis etmeyebilir. Bu ihtimalde üst hakkı bağımsız nitelik kazanmamış olacağı için tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilemeyecek, üzerinde de rehin hakkı tesis edilemeyecektir.

nın üzerinde rehin ve ipotek tesis edilmiş olduğunu bilen taşınmaz maliki devir hakkını kullanırken bu durumu göze alan taraf olmak zorundadır.

Bu noktada taşınmaz malikinin rehin borcunun ödenmemesi sebebi ile üst hakkının satışa çıkarılması riskinden kurtulabilmesi için son bir imkân mevcuttur. Türk Medenî Kanunu’nun 884. maddesi gereği “ipotekten kurtarma hakkını” kullanmasıdır⁸¹⁸. Bu surette malikin ipotek borcundan kurtarmayı üstlenmesi suretiyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla taşınmazın satılması engellenmekte ve taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı da devam etmektedir. Taşınmaz üzerinde üst hakkı sahibi ipotek tesis ettirmiş ise taşınmaz üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını kural olarak sadece lehine ipotek kurulan hak sahibi isteyebilir. Ancak, süresinden önce devir hakkı neticesinde taşınmaz üzerindeki yüklerle beraber mülkiyet malike geçeceği için taşınmaz üzerinde üst hakkı sahibinin borçlusu olduğu ipotek, “üçüncü kişi ipoteği”ne dönüşecektir⁸¹⁹. Üçüncü kişi ipoteğinde, ipotekli taşınmazın maliki ipotek alacaklısı üçüncü kişi ile arasında herhangi bir hukukî ilişki kurulmaksızın kendi taşınmazı üzerinde bir başkasının şahsî borcu için sınırlı aynî hak tesis etmektedir. Ancak, ipotek sonradan da üçüncü kişi ipoteğine dönüşebilir. Zira, ipotekli taşınmaz borcun yüklenilmesi söz konusu olmadan devredilirse önceden var olan ipotek üçüncü kişi ipoteği haline gelir⁸²⁰. Bu durumda borçtan kişisel olarak sorumluluk ile aynî sorumluluk başka kişiler üzerinde doğar⁸²¹. İpotek hakkının tesisinde TMK m. 881/II’ye göre taşınmazın borçluya ait olması gerekmez. Üçüncü kişi ipoteğinde olduğu gibi ipotek alacaklısı, malikin iradesine gerek olmadan taşınmazı satarak paraya çevirmek isteyebilir. Bu sebeple kanun koyucu üçüncü kişi ipoteğinde, taşınmaz malikine TMK m. 884 hükmü ile taşınmazı üzerindeki başkasına ait ipoteğin kaldırılmasını isteme yetkisi tanı-

⁸¹⁸ **Tenekeci**, Cüneyt, İpoteğin Kaldırılması ve İpotekte Sıra Sistemi, 2. B., Ankara 2021, 48 vd.; **Bayram**, Aziz Erman, Üçüncü Kişi İpoteğinde Taşınmaz Malikinin Borcu İfası ve İfanın Hukukî Sonuçları, ÇÜHFD, Y. 2020, C. 5, S. 1, 3.

⁸¹⁹ İpotek daha sonra üçüncü kişi ipoteğine de dönüşebilir. Bkz. **Nomer/ Ergüne**, 370 vd./N. 1102; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, 787 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 968/N. 3421 vd.; **Sirmen**, 597 vd.; **Ertaş**, 600/N.2671vd.; **Akçaal**, Mehmet, Eşya Hukuku, Ankara 2021,703-704; **Bayram**, 3 vd.

⁸²⁰ **Bayram**, 6.

⁸²¹ **Schmid**, Jörg/**Hürlimann-Kaup**, Bettina, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017, 483; **Gürsoy/ErenCansel**, 1035; **Nomer/ Ergüne**, 370 vd./N. 1102; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 968/N. 3421 vd.; **Akçaal**, 704 vd.

mıştır. Kanun koyucunun taşınmaz malikine tanıdığı bu imkânın kullanılabilmesi için lehine ipotek tesis edilmiş olan hak sahibinin rızasına ihtiyacı yoktur⁸²². Malik, TMK m. 884'teki şartları⁸²³ yerine getirdiği takdirde alacaklı sıfatı kendisine geçer. Kanun koyucunun malikin bu yetkiyi kullanmasında aradığı en önemli şart, rehinli alacaklının borçluyla aynı koşullarda ifa ile tatmin edilmiş olmasıdır. Taşınmaz maliki alacaklının borcunu tamamen karşılarsa TMK m. 884/II'ye göre alacak, malike geçer ve eski üst hakkı sahibinin şahsi ipotekle teminat altına alınmış şahsi borcunun alacaklısı malik olur. Bu durum, rehinli alacaklı ile taşınmaz maliki arasında TBK m. 127 gereği kurulmuş olan halefiyet ilişkisinin bir sonucudur⁸²⁴. Malik borcu ödeyerek taşınmazını ipotekten kurtarabilir. Bunun yanı sıra üst hakkı sahibine karşı alacaklı hale de gelir.

Taşınmaz malikinin ipotekten kurtarma hakkını kullanması neticesinde eski üst hakkı sahibine karşı alacaklı konuma geleceği için süresinden önce devir hakkının kullanılmasına bağlı olarak TMK m. 832 gereği üst hakkı sahibine ödemesi gereken bir intikal bedeli doğarsa bu bedel ödeme borcuna karşılık rehinden doğan alacağını takas konusu yapabilir. Özetle malikin TMK m. 832'den doğan intikal bedeli ödeme borcuna karşılık TMK m. 884'ten doğan alacağı takas edilebilir.

Diğer yandan taşınmaz maliki TMK m. 833 hükmü çerçevesinde süresinden önce devir hakkını kullanacak olursa taraflar üst hakkı sözleşmesinde devrin bedelsiz yapılacağını kararlaştırmamışlarsa veya sözleşmede bedele ilişkin boşluk varsa TMK m. 832'nin tamamlayıcı niteliği gereği malik intikal bedeli ödeyecektir. Yapılar karşılığında ödenecek olan intikal bedelinin TMK m. 829/I hükmünde olduğu gibi re-

⁸²² Taşınmaz malikinin sorumluluğu aynî sorumluluğu olduğu için rehinli alacaklıya karşı borcu ifa etme ve ipoteği sona erdirmeye yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple rehinli alacaklının da maliki temerrüde düşürmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. **Tenekeci**, 49; **Bayram**, 421.

⁸²³ İpotekten kurtarma hakkının kullanılabilmesi için öncelikle malikin ancak üst hakkı sahibi olan borçlunun borcunu ifa etmeye yetkili olduğu zaman borcu ödeyebilmesidir. İcra takibi başlamadan bu hakkın kullanılması gerekir. İkinci olarak, borcun muaccel olması ihbara bağlı ise borçlu veya alacaklı ihbarda bulunmazsa borç muaccel olmayacağı için malik de ödemede bulunamaz. Ayrıca, 885/II'ye göre hakkın kullanımı alacaklılara altı ay öncesinden yazılı ihbar yapılmasına bağlıdır. Son olarak, malikin şahsen borçlu olmadığı bir borçtan sorumlu tutulabilmesi için rehinli alacaklının ödeme talebini hem malike hem borçluya göndermesi gerekir. Ayrıca bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, 1037 vd.

⁸²⁴ **Bayram**, 422 vd.

hinli alacaklıların alacağının güvencesi olarak kabul edilip edilmeyeceği önem arz eder. Zira, TMK m. 831 gereği maliki üst hakkı sonuna kadar rehinle bağlı tutmak-tansa taşınmaz malikinin intikal bedeli ödeyeceği hallerde bedelin rehinli alacaklıla-rın rızası olmaksızın üst hakkı sahibine ödenmemesi gerekebilir. Üst hakkı ilişkisine dahil olan rehinli alacaklıların menfaatlerinin gözetildiği kadar taşınmaz malikinin yapıları yüksüz olarak malvarlığında bulundurma ve kullanma menfaatinin de ko-runması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu sebeple kanaatimizce TMK m. 829/I hükmü-nün intikal bedeli açısından rehinli alacaklılar için getirilen koruyuculuğunun TMK m. 832 açısından da kıyasen uygulama alanı bulması gerekir. Kaldı ki, İsviçre dok-trininde de ZGB Art. 779d (TMK m. 829) hükmünün sadece sürenin sona ermesi ha-line münhasır olmadığı, uygun düştüğü takdirde diğer sona erme sebeplerine de uy-gulanacağı görüşü kabul edilmektedir⁸²⁵.

Ç) YARARLANMANIN İMKÂNSIZLAŞMASI HALİNDE

Üst hakkını sona erdiren sebeplerden bir diğeri de üst hakkı ile hak sahibinin elde ettiği yararlanmanın imkânsızlaşmasıdır. Önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere imkânsızlaşma farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Özetle ifade ede-cek olursak, yararlanmanın imkânsızlaşmasının en tipik örneği yüklü veya yararlanan taşınmazın yok olmasıdır (TMK m. 783). Bu gibi durumlarda taşınmazın yok olması üzerindeki mülkiyet hakkının ve diğer aynî hakların da sona ermesi sonucunu doğu-rur. Bunun dışında yüklü veya yararlanan taşınmaz yok olmamakla beraber fiilen veya hukuken kesin ve sürekli olarak kullanılamaz hale gelmiş de olabilir. Kesin ve sürekli nitelikteki kullanılamama hâli taşınmazın tamamına veya bir kısmına ilişkin olabilir. Taşınmazın bir kısmı kullanılamaz hale gelmişse bu durumda kalan kısım üst hakkından beklenen amacı elde etmeye yetecek durumda ise üst hakkı ortadan kalkmaz ve bu kısım üzerinde devam eder. Ancak taşınmazın tamamı kesin ve süre-kli nitelikte kullanılamaz hale gelmişse üst hakkı tapuda terkin işlemi yapılmadan ön-ce kendiliğinden sona erer⁸²⁶.

⁸²⁵ Isler/ Gross, in: BSK ZGB II, Art. 779d Nr. 2; Freimüller, 89; Detaylı bilgi için bkz. § 7/II, B.

⁸²⁶ Gerek yüklü veya yararlanan taşınmazın yok olmasında gerekse taşınmazın tamamen kesin ve sürekli nitelikte kullanılamaz hale gelmesinde üst hakkı kendiliğinden sona erer ve tapuda maddi,

Yararlanmanın imkânsızlaşmasının rehinli alacaklıların hakları üzerine etkisi incelenecek olursa öncelikle, taşınmazın yok olması halinde taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar sona ermektedir. Bu durumda irtifakın konusu olan arazinin yok olması, üzerinde hiçbir aynî hakkın varlığını sürdüremez hale gelmesine sebep olur. Öyle ki, artık ortada aynî hakkın konusu olacak bir eşya kalmamıştır. Üst hakkı açısından ise yüklü veya yararlanan taşınmazın yok olması üst hakkının da sona ermesi neticesini doğurur. Rehin haklarının âkibetine ilişkin TMK m. 858/I'deki hükme göre taşınmazın tamamen yok olmasıyla taşınmaz rehni sona erer.

Taşınmazın tamamının kesin ve sürekli olarak kullanılamaz hale gelmiş olmasında ise üst hakkının ve buna bağlı olarak rehin haklarının âkibeti de taşınmazın yok olması ile aynı sonucu doğurur. Taşınmazın kullanılamaması objektif olarak herkes için aynı sonucu doğuracağı için taşınmaz tamamen yok olmamış, ancak kullanılamaz hale gelmesi durumunda da yine taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı (TMK m. 717/I) ve diğer aynî haklar sona erer. Taşınmaz kısmen kullanılmaz hale gelmişse veya kısmen yok olmuşsa kalan kısım üzerinde mülkiyet hakkı devam eder. Ancak irtifakların sona erip ermeyeceği kalan kısmın irtifak açısından ondan beklenen faydayı sağlayıp sağlamayacağına göre değişir. Bu takdirde kalan kısım itibarıyla üst hakkı ve rehin hakları da varlığını devam ettirir.

Bu kapsamda ele alınabilecek ihtimallerden biri, üst hakkı ile yükümlü taşınmazın veya yararlanan taşınmazın varlığını devam ettirmesine karşın üst hakkı kapsamında arazideki bütün yapıların kullanılamaz hale gelmesidir. Yapılar üst hakkının kapsamına dahil olan unsurlardır, üst hakkının varlığı yapıların varlığına bağlı değildir. Hatta üst hakkı tesis edilmiş taşınmaz üzerinde yapı olmasa dahi üst hakkı geçerli bir şekilde tesis edilebilir. Bu noktada yapıların yok oluşu da üst hakkının sona ermesine sebep teşkil etmemektedir. Ancak, üst hakkı kapsamında inşa edilen yapıların yok olması, duruma göre üst hakkının yararının tamamen ortadan kalkmasına

şekli, hukukî açıdan hüküm ve sonuç doğurmayacak bir hale gelmiş olan tescilin terkinde de açıklayıcı nitelik taşır. Detaylı bilgi için bkz. § 4/II.

yahut yüklü taşınmazın yüküne oranla çok az yararı kalmasına sebep olacaksa bu durumda hak sona erdirilebilir⁸²⁷.

Üst hakkının yararının tamamen ortadan kalkması halinde hak kendiliğinden sona erer. Yüklü taşınmaz maliki doğrudan hakkın terkin ettirilmesini üst hakkı sahibinden isteyebilir. Üst hakkı sahibinin terkine yanaşmaması halinde yüklü taşınmaz malikinin mahkemeye başvurarak terkin kararı alması gerekir. Ancak terkin halinde yararlanan taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin (bu kapsamda rehin hakkı sahiplerinin de) üst hakkının sona ermesine bağlı olarak haklarının zarara uğraması söz konusu olabilir. Böyle durumlarda üst hakkı üzerinde yararı olan muhatapların yazılı muvafakatlerinin alınması gerekir. Öyle ki, yazılı muvafakatlerin alınması hususunda terkinin hak sahibi tarafından yapılması ile mahkeme kararına dayalı olması arasında da bir fark yoktur. Rehin hakkı sahipleri terkine muvafakat etmezlerse verilecek karar onları bağlamaz. Bu sebeple yüklü taşınmaz malikinin TMK m. 785/I'e dayanarak açacağı davada rehinli alacaklıların da davanın muhatabı olarak gösterilmesi gerekir⁸²⁸. Bu surette gerçekleştirilecek terkin neticesinde rehin haklarının da sona ermesi söz konusu olur.

Diğer yandan üst hakkı kapsamında inşa edilmiş veya mevcut olan yapıların yok olması TMK m. 785/II hükmü kapsamında değerlendirilecek bir durum teşkil ediyorsa bu takdirde yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine hakkaniyet gereği bir bedel ödemesi gerekebilir⁸²⁹.

Burada üzerinde durulması gereken iki husus vardır. Bunlardan birincisi üst hakkı sözleşmesinde taraflar TMK m. 829 gereği üst hakkı sona erince taşınmaz malikine kalacak yapılar için uygun bir bedel ödenmesini kararlaştırmışlarsa yapıların yok olması halinde bedel ödeme borcunun âkıbetinin ne olacağı ve bu durumda re-

⁸²⁷ Bkz. § 4/II, B; Üst hakkının süresi dolmadan önce yapılar yıkılırsa yapılar üzerindeki mülkiyet hakkının sona ereceği, ancak üst hakkının varlığını devam ettireceği yönünde bkz. **Freimüller**, 103.

⁸²⁸ Bkz. § 4/II, B.

⁸²⁹ Söz konusu bedelin aslında hakkın terkin sebebiyle üst hakkı sahibinin uğradığı zararın tazmini olduğu gerekçesi ile bedel kavramı yerine "tazminat" kavramı kullanılması gerektiği hakkında bkz. **Eren**, Mülkiyet, 396, 397; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 811/N. 2833; **Ünal**, Sona Erme, 117.

hinli alacaklıların nasıl korunacağıdır. İkinci husus ise üst hakkının TMK m. 785/II hükmü ile sona ermesi halinde üst hakkı sahibine yüklü taşınmaz maliki tarafından ödenecek bedel üzerinde rehin hakkı sahiplerinin herhangi bir talebinin olup olmayacağıdır. Bu ihtimaller göz önünde bulundurulduğunda üst hakkının terkin için açılacak davada TMK m. 785/I'de olduğu gibi üst hakkı üzerindeki rehinli alacaklıların da muhatap olarak gösterilmesi gerekebilecektir.

Öncelikle üst hakkı sözleşmesinde taraflar taşınmaz malikine kalacak yapılar için bedel ödeme borcu kararlaştırmışlarsa bu borç yapıların taşınmaz malikine geçmesi karşılığında olacağı için yapıların yok olması halinde borcun konusuz kalması söz konusu olacaktır⁸³⁰. Taşınmaz malikinin bedel ödeme borcunun konusu olan yapılar, taşınmaz malikine kusur atfedilemeyecek sebeple yok olmuşsa bu durumda edimin imkânsızlaşmasından söz edilir. Buradaki imkânsızlık sonraki kusursuz imkânsızlıktır ve taşınmaz malikinin bedel ödeme borcunu sona erdirir (TBK m. 136)⁸³¹. Bu durumda malike intikal edecek bir yapı kalmamış olduğu için malikin de kararlaştırılmışsa TMK m. 829 gereği bir bedel ödemesi gerekmeyecektir. Bedel ödeme borcunun sona ermiş olması rehinli alacaklıları TMK m. 829 gereği taşınmaz malikinden teminat isteme hakkından da yoksun bırakır. Ancak bu durumda da hakkaniyet gereği bir denkleştirme bedeli ödenmesi gerekirse bu bedel üzerindeki talep hakları saklıdır.

Diğer yandan, doktrinde ileri sürüldüğü üzere TMK m. 785/II gereği hak sahibine hakkın terkin edilmesi sebebi ile ödenmesi gereken bir bedel söz konusu olur ise bu bedel diğer hak sahiplerinin alacaklarının güvencesi olacak, terkin sebebi ile hak-

⁸³⁰ Üst hakkı kapsamındaki yapıların taşınmaz malikine intikali üst hakkı sözleşmesi kapsamında üst hakkı sahibinin borcu gibi gözüke de aslında birleşme ilkesinin bir gereğidir ve üst hakkı sona erince “üst arza tâbidir” kuralı gereği yapılar otomatik olarak taşınmaz malikinin mülkiyetine geçer. Yapıların taşınmaz malikine intikali üst hakkı sahibinin iradesine bağlı değildir. Bu kapsamda da üst hakkı sözleşmesinde taraflar yapıların intikaline dair bir hüküm tesis etmemiş olsalar da üst hakkının doğası gereği sona ermesi ile birlikte taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkileri yeniden canlanacağı için yapıların mülkiyeti taşınmaz malikine geçer. Diğer yandan taraflar sözleşmeden üst hakkının kapsam ve içeriğini belirlerken yapılara ilişkin çeşitli hükümler tesis edebilirler ve yapılara ilişkin yan edim yükümlülükleri de öngörebilirler. Bu kapsamda üst hakkı sahibine yapıların ne şekilde teslim edilmesi gerektiğine dair de koruma ve muhafaza yükümlülükleri yüklenebilir.

⁸³¹ Eren, 1328 vd..

kı sona eren aynî hak ve şerhedilmiş şahsi hak sahiplerine ödenir⁸³². Bu noktada, TMK m. 785/II gereği sona ermiş olan üst hakkı kapsamında üst hakkı sahibine taşınmaz maliki tarafından ödenecek bedelin rehinli alacaklılar açısından güvence teşkil edebilme ihtimali gündeme gelir. Doktrinde buna benzer bir tartışma⁸³³, önceden üzerinde rehin tesis edilmiş bir arazinin daha sonra kat mülkiyeti konusu yapılması halinde arazi varlığını devam ettirirken kat mülkiyetine konu ana yapının tamamen yok olması hususunda gündeme gelmiştir. Bu durumda yapılar için ödenecek sigorta tazminatının “ikame prensibi (*sürrogatprinzip*)” gereği üst hakkına ilişkin TMK m. 828/II ve 829/I ve II hükümlerinin kıyasen uygulanmak suretiyle rehinli alacaklılara güvence teşkil etmesi gerekeceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşımdan yola çıkarak üst hakkının sona ermesi kapsamında taşınmaz malikinin TMK m. 785/II gereği üst hakkı sahibine bedelin “ikame prensibi” göz önünde bulundurularak rehinli alacaklılar için güvence teşkil edebileceği kanaatindeyiz.

D) DEĞERLENDİRME

Rehinli alacaklıların durumuna ilişkin yapmış olduğumuz tespitler dahilinde, kanun koyucunun da öngördüğü üzere, TMK m. 829 hükmünün kimi zaman doğrudan kimi zaman kıyasen uygulamak suretiyle rehinli alacaklıların alacaklarına güvence teşkil edecek bir fonksiyon üstlendiği görülmektedir. Üst hakkı sahibine ödenecek bu çeşit ödemeler “ikame değer” olarak adlandırılmakta ve rehinli alacaklılara bu ikame değer üzerinde de talepte bulunabilme imkânı tanınmaktadır. Bu sebeple rehinli alacaklıların teminat sözleşmesi yapmadan önce üst hakkı sözleşmesini detaylı bir şekilde incelemeleri menfaatlerine olacaktır. Rehlinli alacaklılar, hem hakkın sona ermesi halinde intikal bedeli ödenmesinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı hu-

⁸³² Hatta bu sebeple ilgililerin de terkin sebebi ile açılacak dava da davalı olarak gösterilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Tek**, 291.

⁸³³ Doktrindeki bu hususa ilişkin görüşler için bkz. **Acar**, 346 vd.; Kanaatimizce, rehinli alacaklılar teminat sözleşmesinde bu tip risklere karşılık sigorta yükümlülüğü getirmiş olsun olmasın, ticari hayatın bir gereği olarak yüksek meblağlı yatırımların yürütüldüğü işlerde TTK. m. 18 gereği her basiretli tacirinde işletmesini olası risklere karşı sigorta ettirmesi gerekmektedir. Bu sebeple üst hakkı sahibinin üst hakkı ile yürüttüğü faaliyet kapsamında yapıları kapsayan sigorta tazminatı ikame prensibi içerisinde değerlendirilir. Böyle bir durumda sigorta tazminatı TMK m. 879 gereği kendiliğinden rehlin kapsamına girer ve rehinli alacaklının rızası olmadan sigorta alacaklısına ödenmez.; Konunun benzer şekilde intifa hakkı açısından değerlendirmesi için bkz. **Özen**, İntifa Hakkı, 185 vd.

susunda hem de üst hakkı sözleşmesinin feshine dair tarafların yaptıkları protokolün detaylarına daha kredi verilmeden vakıf olmalıdırlar. Zira, rehinli alacaklılarının sözleşmedeki ilgili düzenlemelere göre teminat sözleşmesine verilecek krediyi güvence altına alacak ek güvence veya sigorta talep edileceğine dair hüküm koymaları gerekebilir. Kaldı ki, uygulamada her halükârda bu tarz tedbirlere başvurulduğu da görülmektedir. Özellikle, üst hakkı sözleşmesinin feshine dair rehinli alacaklının önceden öngöremeyeceği sebeplerle asıl hak olan üst hakkının sona ermesine bağlı olarak kredi alacağının tehlikeye düşmesi rehinli alacaklıların ek güvenceler getirmesini gerekli kılar. Üst hakkının kapsamı incelendiği takdirde bu güvence eksikliği uygulamada birçok finansman kurumunun üst hakkının sona ermesi halinde hakkın kendisine sağlayabileceği güvence yoksunluğundan dolayı üst hakkı sahibinin finansman taleplerini reddedebilmeleri sonucunu da doğuracaktır.

Kanun koyucunun TMK m. 829 hükmü ile getirdiği benzer bir güvencenin kıyasen TMK m. 832 gereği ödenmesi gereken intikal bedeli açısından da işlerlik kazanması gerektiği kanaatindeyiz. Fonksiyon itibarıyla her iki düzenlemede de taşınmaz malikinin ödeyeceği bedel kendine intikal eden yapılara karşılık denkleştirme bedeli mahiyetindedir. Bu sebeple TMK m. 829'da olduğu gibi TMK m. 832 gereği intikal bedeli ödenmesi gerekcekse yine bu bedel rehinli alacaklılara güvence teşkil etmelidir.

Diğer yandan, özellikle üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlali sebebi ile taşınmaz malikinin üst hakkı sözleşmesini feshetmesi halinde mahkeme kararının kesinleşene kadar rehinli alacaklının hakkın sona ermesi tehlikesi karşısında TMK m. 866/II hükmü kıyasen uygulanarak üst hakkı sahibinden başka bir güvence verilmesini talep edebileceği kanaatindeyiz. Rehlinli alacaklıları rehin borçlusunun zarar verici davranışlarla rehin konusu taşınmazın değerinin düşmesine ve değerinin düşmesi tehlikesi karşı koruyan bu hükmün hakkın sona ermesi tehlikesine karşı da koruyucu bir fonksiyon üstlenebileceğini düşünmekteyiz.

II. SONA ERME HALİNDE ÜST HAKKI ÜZERİNDE ŞAHSİ HAK SAHİPLERİNİN DURUMU

Bağımsız ve sürekli nitelikte tesis edilmiş taşınmaz niteliğine sahip bir üst hakkının şahsi nitelikli alacak hakkı doğuracak şekilde kira ilişkisine konu olması da mümkündür⁸³⁴. Bu kapsamda üst hakkının kapsamı göz önünde bulundurulduğunda adi kira, konut ve çatılı işyeri kirası veya ürün kirası konusu olabilmesi mümkündür. Özellikle üst hakkı kapsamındaki yapıların çoğunlukla konut veya çatılı işyeri kapsamında değerlendirilebilecek olması öncelikle konut ve çatılı işyeri kirası konusu olacağını düşündürebilir. Ancak bunun dışında özellikle üst hakkı kapsamındaki yapıların otel işletmeciliği, spor kompleksi gibi ticari işletmelerin konu olduğu hallerde bu işletmelerin üst hakkı kapsamında hak sahibi tarafından “kullanılmak ve işletilmek” suretiyle kiraya verilmesi (diğer unsurların da varlığı halinde) ürün kirasının varlığını göstermektedir. Zira üst hakkı, TBK m. 357 gereği ürün kirası konusu olabilir⁸³⁵.

Türk Borçlar Kanunu’nun kira sözleşmesine ilişkin 299- 326 hükümleri genel hüküm niteliğindedir. Konut ve çatılı işyeri kiralari ile ürün kirasına ilişkin özel düzenlemeler dışında genel hüküm niteliğindeki ilgili maddeler tüm kira türlerine uygulanır. Ürün kirası için bu kural TBK m. 358 hükmü ile düzenlenmiştir.

Önceden kurulmuş bir üst hakkı üzerinde hakka konu yapıların kiraya verilmesi söz konusu olabileceği gibi kira sözleşmesine konu edilmiş bir yapının bulunduğu arazi, üzerindeki yapılarla birlikte kira sözleşmesinden sonra üst hakkı konusu haline gelebilir. Her iki durumda da üst hakkının sona ermesi halinde bu durumda şahsi hakların âkibetinin ne olacağının tespiti gerekir. Ancak bu iki ihtimal arasında çalışma konumuz açısından önem arz eden husus şudur: Üst hakkı kapsamında bulunan bir yapının veya yapının bir bölümünün daha sonra kira sözleşmesine konu olması halinde kira sözleşmesi devam ederken üst hakkı sona erecek olursa bu durumun kira

⁸³⁴ **Hürlimann Kaup**, 251, Nr.619, 233/Nr.625. Aksi yönde, **Acar**, Faruk, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3.B., İstanbul 2016, m. 311/N.29.

⁸³⁵ **Eren**, Borçlar Özel, 431; **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 13. B., İstanbul 2014, 352-353; **Sağlam**, İpek/**Akkışla**, H. Sena, Ürün Kira sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü, MÜHF-HAD, Y. 2022, C. 28, S. 2, 1031;

sözleşmesini sona erdirip erdirmeyeceğidir. Söz konusu ihtimaller değerlendirilirken TBK m. 310 ve 311 hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı, TBK m. 312 kapsamında şerhin sona ermeyi önleyici bir etkiye sahip olup olmadığı hususlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Öncelikle bir taşınmaz üzerinde kira ilişkisi kurulduktan sonra aynı taşınmazın üst hakkı konusu haline getirilmesini değerlendirecek olursak, bu durum TBK m. 311 hükmü gereği Borçlar Kanunu'nun kiracıyı koruyucu hükümleri kapsamında ele alınacaktır. Buna göre TBK m. 311'in atfı ile TBK m. 310 hükmünün kıyasen uygulanması gereği üst hakkı sahibi kira sözleşmesinin de tarafı haline gelir⁸³⁶. Doktrinde⁸³⁷ her iki hakkın âkıbetinin belirlenmesinde dikkate alınan kriterler şunlardır: Sonradan kurulan sınırlı aynî hakkın kiracının hakları ile çatışması ve kiracının hakkını etkileyen bir sınırlı aynî hak olmasıdır⁸³⁸. Eğer ki, kira ilişkisi ile üst hakkı çatışıyor, kiracının hakkını kullanması üst hakkı sebebi ile zorlaşıyorsa bu durumda TBK m. 311 hükmü uygulanmalıdır. Ancak bazı hallerde üst hakkı kiracının varlığından etkilenebilir hatta üst hakkının varlığı kiracının taşınmazı kullanmasına da engel değildir. Böyle bir durum ise TBK m. 311 kapsamı dışındadır. Kira sözleşmesi ile üst hakkı-

⁸³⁶ Bu noktada üst hakkı tesis edilen yüklü taşınmaz üzerindeki yapılarda önceden kira sözleşmesinin varlığı söz konusu ise sonradan tesis edilen üst hakkının kira sözleşmesi sebebi ile sona erip ermeyeceğinin de tespiti gerekir. Zira, yargıya intikal eden bazı uyuşmazlıklarda hazineye ait taşınmaz üzerinde kira sözleşmesinin varlığına rağmen sonradan üçüncü bir kişi lehine üst hakkı tesis edilmesi sebebi ile "üst hakkının iptalinin ve terkininin" talep edilmiştir. (Bkz. İzmir BAM 14.HD. 13.07.2020, E. 2018/792 K. 2020/761, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁸³⁷ **Acar**, Şerh, m. 311/N.27 vd.; **Gümüş**, Mustafa Alper, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2.B., İstanbul 2012, 151, 333; **Sert**, Selin, Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Aynî Hak Kurulması ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçlar (TBK m. 311), Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, C. 72, S. 4, 70; **Çabri**, Sezer, Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesi/i veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması, MÜHFD- HAD, Y. 2012, C.18, S. 3, 163 vd.; **Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah, Kiralanan Taşınmaz üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar (TBK m. 311), Ankara Barosu Dergisi, Y. 2016, S. 1, 309 vd., 318, dn. 35; **Ertuğrul**, Meltem, Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesi Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, S.4, 548 vd.; İntifa hakkı açısından aynı yönde **Koç**, Nevzat, Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, S. 2, C. 1, 122; **Öktem Çevik**, Seda, Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı aynî Hakka Konu Olması, İstanbul 2016, 158 vd..

⁸³⁸ Bağdaşmazlık kavramı ile açıklanan bu hâlde yapı haricindeki arazi kiralanmışsa üst hakkı ile bir bağdaşmazlığın olmayacağı ifade edilmektedir. Bina veya taşınmaz kirasına konu edilmiş bir arazinin bir köşesinde trafo inşası için üçüncü bir kişi lehine üst hakkı tesis edilmişse bu durumda üst hakkının kira sözleşmesiyle bağdaşmazlığından bahsedilemez. Bkz. **Acar**, Şerh, 309/N. 28.

nın bağdaşmadığı durumlarda kanun koyucu bu duruma kira sözleşmesinin devri sonucunu bağlamaktadır. Böylece üst hakkının varlığı kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hususunda üst hakkı sahibine özel bir hak tanımamakta, hatta kira sözleşmesinin sona erdirilmesi engellenip kiracı korunmaktadır⁸³⁹.

Bu ihtimalde kira sözleşmesinden sonra kurulmuş üst hakkının doğrudan kira sözleşmesini sona erdirmeyeceği yönündeki tespitimiz karşısında kira sözleşmesi devam ederken üst hakkı sona erecek olursa kira ilişkisinin de sona erip ermeyeceği önem arz eder.

Üst hakkının sona ermesi ile birleşme ilkesi gereği hak kapsamındaki taşınmazların mülkiyeti tekrar taşınmaz malikine döner. Taşınmaz üzerindeki üst hakkına bağlı tüm haklar da TMK m. 828 gereği sona erer. Söz konusu hüküm kapsamına şahsi hakların girmediği kabul edilecek olsa da şahsi haklar açısından da şunu söylemek mümkündür: Özellikle kira ilişkisi gibi taraflar arasında nispi ilişki kuran sözleşmeler de kural olarak, üst hakkının sona ermesi sebebi ile malike yapılacak intikal kapsamında sona ermelidir⁸⁴⁰. Taşınmaz, üzerindeki tüm yüklerden arınmış olarak malikin mülkiyetine geri dönmelidir⁸⁴¹. Bu kural özellikle üst hakkı süresince hak

⁸³⁹ Özetle, üst hakkı sahibinin kira sözleşmesinin tarafı olacağı, kira bedelini almaya hak kazanacağı; ancak üst hakkının kira sözleşmesini etkilemediği, hakların çatışmadığı halde de üst hakkı sahibinin sözleşmenin tarafı sayılmayacağı hakkında bkz. **Sert**, 75 vd.; **Çabri**, 164; **Vardar Hamamcıoğlu**, 309 vd.; Sınırlı aynı hak sahibinin malik gibi sorumlu olacağı yönündeki hâkim görüş için bkz. **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013, 426; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, 266, dn. 236; Üst hakkı ve intifa hakkı bakımında bkz. **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, 263; **Aydoğdu**, Murat/ **Kahveci**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014, 462; **Eren**, 347; **Özen**, İntifa Hakkı, 104; **Gümüş**, Kira, 151; **Yavuz**, 156; Üst hakkı kapsamında yapı haricindeki arazinin kiraya verilmesinde üst hakkı ile kira sözleşmesinin çatışması açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekeceği, örneğin, bir trafo inşası için üst hakkı tanınmışsa TBK m. 311'in uygulama alanı bulmayacağı hakkında bkz. **Öktem Çevik**, 159; **Acar**, Şerh, m. 311/N.28; **Hürlimann Kaup**, 233/Nr. 625, 639.

⁸⁴⁰ Aynı yönde bkz. **Karauz**, 123, 124.

⁸⁴¹ Kanaatimizce, taşınmaz malikinin bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis ederken hak sahibinin sözleşmede belirlenen sınırlar çerçevesinde üçüncü kişilere tanıdığı haklarla çeşitli yükler yükleyebileceğini bildiği ve bu duruma katlanmakla yükümlü olduğu ileri sürülebilir. Bu gerekçe bir bakıma doğrudur. Fakat, malikin hakkın devamı süresince üstlendiği bu yükümlülüğün hakkın sona ermesinden sonra da devam edeceği anlamına gelmemektedir. Aksi halde malikin mutlak surette bu yüklerle bağlı tutulması mülkiyet hakkının üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Zira, malik üst hakkı süresi boyunca hak sahibinin taşınmaz üzerindeki tasarruf ve yüklerine katlanmıştır. Hak sona erdiğinde de tarafı olmadığı bir sözleşme gereği bu yüklerle bağlı olacağını kabul etmek özel-

üzerinde kurulmuş şahsî haklar açısından gözetilmelidir. Zira aksi görüşün kabulü, taşınmaz malikinin hiç tarafı olmadığı hukuki ilişkilerle bağlı olmasını gerektirir. Böylece üst hakkı süresince taşınmaz üzerindeki irtifaka bağlı yüke katlanmak zorunda kalan malik, bir de taşınmaz üzerindeki şahsi haklara katlanmak zorunda kalacaktır ki bu kabul edilebilir değildir. Şu hâlde, kanaatimizce önce kira sözleşmesinin, sonra üst hakkının kurulduğu ilişkilerde kiracının korunması ve kiraya veren taşınmaz malikinin kötüniyetli uygulamalarının önüne geçilmesi gerekçeleriyle kuralın aksine çözüm yolu benimsenebilir. Mesela; doktrinde bir görüş⁸⁴², TBK m. 311'in kiracıyı korumadığı bir açıklığı olduğundan bahsetmektedir. Öyle ki, “*malik taşınmazı kiraya verdikten sonra kira ile bağdaşmayan bir üst hakkı tesis etmişse hakkın devri halinde TBK m. 311 hükmü uygulanır. Ancak, malik on yıllık bir kira sözleşmesi yapmış birkaç yıl sonra da kira ilişkisinden kurtulmak istemişse taşınmaz üzerinde bir yıllık üst hakkı tesis edip TBK m. 311'i devreye sokup üst hakkının sona ermesi ile birlikte kira sözleşmesi de sona ereceğinden kira ilişkisinden de kurtulup, taşınmazı kirasız vaziyette teslim alma şansına sahip olabilir*”. Üst hakkının sona ermesi halinde TBK m. 311'in bu tür kötüniyetli uygulamalar için kullanılabileceği kabul edilmekte ise de böyle durumlarda kira sözleşmesi üst hakkından bağımsız olarak yapılmıştır. Kira sözleşmesinin devamında taşınmazın üzerinde sınırlı aynî hak kurulmuş olması TBK m. 311 gereği sınırlı aynî hak sahibini kira sözleşmesinin tarafı haline getirir de kira sözleşmesinin doğumu ve varlığı üst hakkına bağlı değildir. Kaldı ki, taşınmaz malikinin iradesi ile tesis edilmiş bir kira sözleşmesi söz konusudur. Üst hakkı sona erince yine kendi tesis ettiği kira sözleşmesinin tarafı olmaya devam edecektir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda kiracı taşınmaz malikinin kötüniyetli uygulamalarına karşı korunmalı, kira sözleşmesi üst hakkının sona ermesi sebebi ile sona erdirilmemelidir. Diğer yandan bu ihtimal, üst hakkının kira sözleşmesi konusu olabilmesi için bağımsız ve sürekli nitelikte olmasına gerek olmadığı görüşü kabul edilirse karşılaşılabilecek bir durumdur. Ancak, daha önce de ifade edildiği

likle kira sözleşmesi karşısında mülkiyet hakkının önceliği ve üstünlüğü ile bağdaşmayacaktır. Aynı yönde bkz. **Karauz**, 124; **Hengeller**, 90.

⁸⁴² **Acar**, Şerh, m. 311, dn. 8.

üzere bağımsız ve sürekli üst hakkının kira sözleşmesine konu edilmesi gerekir⁸⁴³. Aksi halde söz konusu örnekte olduğu gibi kira sözleşme sona erdirilmek için malik bir- iki yıllık üst hakkı tesis etmek suretiyle söz konusu kira ilişkisinden kurtulmak yolunu seçebilir.

Kira sözleşmesi kurulmuş bir taşınmazın üzerinde daha sonra sınırlı aynî hak tesis edilmesi halinde kira sözleşmesinin âkıbeti doktrinde sıklıkla ele alınmış olmasına karşın sınırlı aynî hakkın mevcut olduğu bir taşınmazın daha sonradan kiraya verilmesi hususunda fazla bir inceleme yapılmadığı görülmektedir. Sınırlı aynî hakkın sona ermesi halinde kira sözleşmelerine ne olacağına dair doktrinde, mevzuatta ve uygulamada bir netlik yoktur. Türk Medenî Kanunu 311. hükmünün koruyuculuğunun önce üst hakkının var olduğu bir taşınmaz üzerinde sonradan kira sözleşmesi yapılması halini kapsayıp kapsamayacağı belirsizdir. Türk Borçlar Kanunu'nda ka-

⁸⁴³ Benzer bir tartışma İsviçre doktrininde de mevcuttur. Bazı yazarlar, üst hakkının süresi sona erdiği ve sürenin yeniden uzatılmadığı hallerde Art. 261 OR (TBK m. 310) hükmünün uygulanacağı ve kira sözleşmesinin taşınmaz malikine geçeceği yönde görüş bildirirken (bkz. **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779c), bir diğer görüş de üst hakkının sona ermesi halinde Art. 261 OR hükmüne gidilmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Bkz. **Flepp**, 17; Aynı yönde, **Henggeler**, 88- 91. Yazarın Piotet'in görüşünü kabul eden yaklaşımına göre Art. 261 OR hükmü üst hakkının süresinin dolması sebebiyle sona ermesi halinde uygulanmamalıdır. Buna göre üst hakkı üzerindeki kira sözleşmeleri de hakkın sona ermesi ile birlikte sona ermelidir. Bu görüşün gerekçesi ise şuna dayanmaktadır: Üst hakkı ile üst hakkı sahibi lehine sınırlandırılan taşınmaz malikinin yetkileri üst hakkının sona ermesi ile özgür kalır. Taşınmaz malikinin üst hakkı süresi sona erdikten sonra da kira sözleşmesi ile bağlı olacağının kabulü taşınmaz malikinin yetkilerinin üst hakkı sona erdikten sonra da sınırlı kalacağı anlamına gelir. Sadece çok istisnai durumlarda taşınmaz malikinin kira sözleşmesi ile bağlı olduğu ve kiracının taşınmaz malikine karşı korunması haklı kabul edilebilir. Örneğin; üst hakkı sözleşmesinin tarafları nispi bir süre belirleyerek süre sınırı getirmişlerse veya kesin bir bitiş tarihi öngörmüşler ancak kiracı bundan haberdar değilse üst hakkının aniden sona erdiği bu gibi durumlarda kira ilişkisinin üst hakkının sona ermesine rağmen taşınmaz maliki nezdinde devam etmesi gerekebilir. Ancak yine burada da taşınmaz malikinin kira sözleşmesi ile bağlı olduğu sonucuna varılmamalıdır. Kiracının bir anda üst hakkının sona ermesi sebebi ile zor durumda kaldığı bu gibi hallerde makul bir süre daha kiracının yeni duruma uyum sağlayana ve uygun tedbirleri alana kadar kiracılık haklarından yararlanmasına imkân tanınmalıdır. Sürenin belirlenmesine ve sona ermesine ilişkin ise kira sözleşmesinin ilgili hükümlerinden (Art. 266 OR/ TBK m. 327) yararlanılmalıdır; Aynı yönde **Freimüller**, 102; Üst hakkının TBK m. 311 kapsamında değerlendirilebilmesi için bağımsız ve sürekli nitelikteki kurulması, tapuda ayrı bir sayfa açılmış olması gerektiği hakkında bkz. **Hürlimann Kaup**, 251, Nr.619, 233/Nr.625. Aksi yönde ise doktrinde TBK m. 311 kapsamında bağdaşmazlık kriteri açısından üst hakkının bağımsız ve sürekli olmasının şart olmadığı, zira, bağımsızlığın üst hakkının devir kabiliyeti ile ilgili olduğu ve malikin yüklü taşınmaz üzerinde aynî hak cinsinden başka bir hak tesis edilmesini engellemek için bu devir yasağının getirilebileceğini, aksi halde kira ilişkisinde olduğu gibi üçüncü şahısları ilgilendiren bir husus olmadığı, aynı şekilde süreklilik özelliğinin de kira ilişkisini ilgilendirmeyeceği ifade edilmektedir. Bu sebeple üst hakkı kira sözleşmesinden sonra kurulmuş ise üst hakkının bağımsız ve sürekli olmasının ya da olmamasının TBK m. 311 açısından uygulama alanı bulmayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. **Acar**, Şerh, m. 311/N.29.

nun koyucu, konut ve çatılı işyeri kirasında, kira sözleşmesinin sona ermesini mülkiyetin devri halinde belirli hallere hasretmek suretiyle sınırlandırarak kiracıyı koruma altına almıştır. Ancak mevcut düzenlemenin kapsamına üst hakkının da dahil olup olmayacağı, diğer kira türleri açısından uygulanıp uygulanılmayacağı üzerinde de durmak gerekir.

Federal Mahkeme, önüne gelen bir uyuşmazlıkta üst hakkının sona ermesi halinde üst hakkı üzerindeki kira sözleşmesinin âkabetini intifa hakkı ve kira ilişkisinin konu olduğu bir davadaki gerekçelere dayandırarak kiracının irtifak hakkının varlığını bilip bilmemesine göre değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁴⁴. Federal Mahkeme üst hakkına ilişkin başka bir kararında da intifa hakkı açısından yapılan bu değerlendirmenin üst hakkına da uygulanabileceği görüşündedir⁸⁴⁵. Mahkemenin intifa hakkı ve kira sözleşmesinin konu olduğu kararına göre⁸⁴⁶ “*Kiracının irtifakın sona ermesini bilip bilemeyeceğine bakılmalıdır. Kiracı bu sonucu bilebilecek durumda ise intifa hakkının sona ermesi ile kira sözleşmesi de sona erer. Aksi halde taşınmazın malike intikali ile kira sözleşmesi de malike geçer. Bu durumda kural olarak, taşınmaz maliki kiracıdan sona erme sebebi ile iade talep edebilir. Ancak kira sözleşmesi tapuya şerh edilmişse malik, intifa hakkı sona ermiş olsa da kira sözleşmesi ile bağlıdır. Tapu sicilinin aleniyeti ileri sürülerek kiracının hakkın süresinin sona ereceğini bilmesi gerektiği ileri sürülse de kira sözleşmesinde kiracının şerh etme zorunluluğu olmadığı için kiracının gayrimenkulün durumunu tapuda araştırma zorunluluğu yoktur. Bu sebeple hakkın âkabetini bilmek durumunda değil-*

⁸⁴⁴ BGE 113 II 121; BGE 146 III 217 (bkz. Swisslex)

⁸⁴⁵ **Isler/Gross**, in: BSK ZGB II, Art.779c/f.4; BGE 142 III 329’de Federal Mahkeme, üst hakkı kapsamındaki yapıların malike intikali halinde kira sözleşmelerinin devredilip devredilmeyeceğine dair doktrinde tartışma olan bu hususta kural olarak, kira sözleşmelerinin sona ereceği, OR Art. 261’nin doğrudan veya kıyasen ZGB Art. 779c hükmüne uygulanmayacağını ifade etmiştir. Ancak, üst hakkı sahibinin taşınmazı kiraya vermesi ve kira süresinin dolmasından önce üst hakkının sona ermesi halinde kiracı lehine, kiralanan taşınmazın satılması gibi bir durumla karşı karşıya kalınabilir. Bu sebeple ilgili davada da Federal Mahkeme OR Art. 261 Abs. 1 (TBK m. 310)’in kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durmuştur. Buna göre; kira sözleşmesinde taşınmaz üzerinde bağımsız ve sürekli bir üst hakkı olduğu bildirilmiş ve kiracıya da tapuya şerh edebilme imkânı tanınmışsa, artık kiracının bilip bilmemesi önemli değildir. Üst hakkının ne zaman sona ereceğine dikkat edilmemesine kiracı katlanmak zorundadır. Kiracı açısından yapının malike intikal edeceği öngörülebilirse artık OR Art. 261 Abs. 1 (TBK m. 310) uygulanmaz. Bu sebeple de kira sözleşmesi taşınmaz malikine devredilmez. (Karar için bkz. <https://www.bger.ch>, E.T. 12.07.2022).

⁸⁴⁶ BGE 113 II 121; Aynı yönde BGE 146 III 217 (Kararlar için bkz. Swisslex)

dir. Ancak sözleşmede tapuya kiranın şerh edilmesi kararlaştırılmışsa bu durumda kiracı duruma vakıf olacağı için artık sona ermeyi bilmeyebileceğinden bahsedilemeyecektir. Üst hakkının sona ermesi, hatta ne zaman sona ereceği kiracı tarafından bilinebileceği için kira sözleşmesi de sona erer.”.

Türk doktrininde intifa hakkı açısından ileri sürülen bir görüşe göre⁸⁴⁷ de “malik ile hak sahibi arasındaki iade yükümlülüğü kapsamındaki borçlar herkese karşı ileri sürülebilen, eşyaya bağlı borçlardır. Geri verme borcu bakımından hak sahibinin borcu kira sözleşmesine benzer. Kira sözleşmesinde taraflar arasında nispi nitelikli bir borç ilişkisi doğduğu için kanun koyucu TBK m. 310-311 hükümleri ile kiracıyı korumak istemiştir. Bu sebeple ilgili hükümler intifa hakkı açısından taşınmaz malikini de kapsamalıdır. Hakkın sona ermesi ile iade yükümlülüğü kapsamında taşınmaz malike geri verilecek ve intifa hakkı sahibinin taşınmaz üzerinde kurduğu kira sözleşmeleri de taşınmazın devrinde olduğu gibi malike intikal eder. Malikin Borçlar Kanunu’nun kiraya verene tanıdığı sözleşmenin feshini gerektirecek tahliye nedenleri dışında kira sözleşmesini sona erdirebilmesini sağlayacak başka bir imkânı yoktur. Malik, kira sözleşmesinin sonuna kadar sözleşme ile bağlıdır.”.

Türk- İsviçre doktrininin ve Federal Mahkemenin görüşleri bu yönde olsa da kanaatimizce, taşınmaz malikinin üst hakkı sona ermeden önce hak sahibinin yaptığı kira sözleşmeleri ile bağlı olup olmayacağını her somut olayın şartlarına göre değerlendirmek gerekir.

İsviçre doktrininde malikin üst hakkı sona erdiğinde kira ilişkisiyle bağlı olması kira ilişkisinin tapuya şerh edilmesi ile ilişkilendirilmişse de Türk doktrininde TBK m. 310- 311 kapsamına giren hallerde şahsi hak artık devralana karşı da ileri sürülebileceği için kiranın şerh edilmiş olmasının bir önemi kalmayacağı kabul edilmektedir⁸⁴⁸. Ancak şerh edilmiş olması daha sonra taşınmaz malikinın konut ve çatılı işyeri kirasında ihtiyaç sebebi ile TBK m. 351’e göre tahliye davası açmasını engeller⁸⁴⁹. Bu durumda üst hakkından sonra kurulmuş kira ilişkilerinden hakkın sona

⁸⁴⁷ Canarslan, 166.

⁸⁴⁸ Acar, Şerh, m. 312/N.17; Aydoğdu/Kahveci, 463.

⁸⁴⁹ Aydoğdu/Kahveci, 463; Yavuz, 251.

ermesi halinde malikin bağılı olup olmayacağı TBK m. 310-311 hükümlerinin üst hakkının sona ermesine dair yasa gereği intikal halini de kapsayıp kapsamaması ile de ilişkilidir.

Türk Hukukunda kabul edilen bir görüşe⁸⁵⁰ göre üst hakkının sona ermesi halinde intikal gibi devirlerde TBK m. 310'un uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre devrin hukuki işleme dayanması şartı gerçekleşmemiştir; zira, kira ilişkisinin temelini oluşturan aynî hak ortadan kalkmıştır. Aksi yöndeki hâkim görüş olduğu kabul edilen diğer görüşe⁸⁵¹ göre de TBK m. 310 hükümü sınırlı aynî hakkın sona ermesine bağılı devirleri de kapsar ve bu hüküm kıyasen uygulama alanı bulur. Biz, birinci görüşün şu gerekçelerle daha isabetli olduğu kanaatindeyiz:

- **Adi Kira Açısından;**

⁸⁵⁰ Devir borcu doğuran bir sözleşmeye bağılı devirlerin bu kapsamda olacağı yönünde bkz. **Eren**, Borçlar Özel, 347; Aynı şekilde, “*Hukukî işleme dayanmayan ve kanun gereği gerçekleşen mülkiyet devirlerinin maddenin aradığı türden el değiştirme olmadığı, bu çerçevede üst hakkının sona ermesine bağılı olarak yapının mülkiyetinin arazi malikine geçmesi ya da intifa hakkının sona ermesi durumunun TBK m. 310 kapsamında bir el değiştirme sayılmayacağı*” kabul edilmektedir. Bkz. **Acar**, Şerh, m. 310/N. 50; Aynı yazarın TBK m. 311 ile ilgili görüşü şu şekildedir: “*Sınırlı aynî hakkın sona ermesi halinde yasal bir devir söz konusudur. TBK m. 311 uygulanmaz. TBK m. 310 da esas olan hukuki işlemle yapılan devirdir. Ayrıca bu durumda kiracıya kullanım hakkı tanıyan ya da doğuran aynî hak artık sona ermiştir. Taşınmazın yok olmasında olduğu gibi aynî hak yok olmuştur. Sınırlı aynî hakkın bünyesindeki yetkiler mülkiyet hakkının elastikiyeti gereği malike geri döner. Dolayısıyla malikin kiradan sorumlu olduğu şeklinde bir yorum mülkiyet hakkının elastikiyeti görüşünün gücünü yitirmesi oranında katkı sağlamayacaktır. TBK m. 310 gereği sözleşmeye taraf olma durumunda mülkiyet hakkı yok olmamakta, bir başkasına geçmektedir. Örneğin; hak sahibi yapıyı kiraya verir, kira devam ederken üst hakkı sona ererse (olağanüstü fesih dahil) irtifak sona erer. Malik yapının tek maliki olur. Bu durumda TBK m. 310 ve 311 uygulanmaz.*” bkz. a.g.e. m. 311/N.15; Aynı yönde, **Yavuz**, 250; **Yavuz/Acar/Özen**, 213; **Öktem Çevik**, Seda, Kiralananın El Değiştirmesi ve Sınırlı Aynî Hakka Konu Olması, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.2, İstanbul 2018, 1759, dn.213; “Mülkiyetin devri borcunu doğuran tüm hukukî işlemlerin” bu kapsamda olduğu hakkında bkz. **Altıok Ormancı**, Pınar, Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2013 C. 12, S. 24, 128.

⁸⁵¹ **Gümüş**, Kira, 147-148, dn. 391; **Öktem Çevik**, Kiralananın El Değiştirmesi, 1759; **Aydoğdu/Kahveci**, 458; **Çabri**, 180. Yazara göre bu görüş her halükârda geçerli sayılmamalıdır. Kira sözleşmesinin süreye bağılı olup olmadığı önemlidir. Kira sözleşmesi süreye bağılı ise intifa hakkının süresinin dolması halinde kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmalıdır.; Çabriy’le aynı yönde bkz. **Balcı**, Betül, Kira İlişkisinin Devri ve Hukuki Sonuçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, 53 vd.

Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler kapsamında kiracıyı koruyan, emredici nitelikte bir hükümdür⁸⁵². Kanaatimizce, birinci görüş daha isabetlidir. Öyle ki, her ne kadar TBK m. 310 hükmü kiracıyı koruyan bir hüküm ise de devir borcu doğuran hukukî ilişkiler bu hükmün kapsamındadır. Üst hakkının sona ermesi sebebiyle malike intikalini bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Zira, hakkın sona ermesi ile üst hakkı kapsamındaki yapıların malike intikali birleşme ilkesinin yeniden canlanması gereği, Kanun'dan doğar ve hakkın sona ermesinin doğal sonucudur. Adi kira hükümleri kapsamında kanun koyucunun kiracıyı muhtemel devirlere karşı korumak için öngördüğü bu hüküm üst hakkına uygulanmamalıdır.

Diğer yandan, bu korumanın üst hakkının sona ermesi halini de kapsadığı kabul edilecek olursa üst hakkı sahibinin hakkın sona ermesine az bir süre kala sırf maliki zarara uğratmak için hak üzerinde kira sözleşmesi tesis ederek malikin taşınmazlardan yararlanması engellenmesi söz konusu olabilir. Üst hakkından sonra kira sözleşmesi kurulmuş olan bu gibi hallerde hak sahibinin kötüniyetli uygulamalarının önü açılmış olur⁸⁵³. Öyle ki, kanun koyucu her hâlükârda TBK m. 310 hükmü ile kiracıyı koruduğu için kiracının üst hakkının varlığını bilip bilmemesinin bir önemi yoktur.

Katıldığımız görüş doğrultusunda üst hakkının sona ermesi sebebiyle intikal TBK m. 310 kapsamına girmeyeceği için kiracılık hakkının şerh edilmiş olmasının malik karşısında kiracıya bir koruma sağlayıp sağlamayacağının tespiti de önemlidir. Üst hakkı sahibi ile kiracı arasında yapılan şerh anlaşması üst hakkı üzerindeki kiracılık hakkına ilişkindir. Şerhin geçerli bir şekilde varlık gösterebilmesi için üst hakkının süresini geçmemesi gerekir⁸⁵⁴. Aksi halde, üst hakkının sona ermesi halinde şerhin varlık sebebi de kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır. Böyle bir durumda şerhin koruyucu etkisinden de bahsedilemez. Örneğin; üst hakkı sahibinin hakkın

⁸⁵² **Acar**, Şerh, m. 310/N.13.

⁸⁵³ Örneğin, kırk dokuz yıllığına tesis edilmiş bir üst hakkının süresinin dolmasına iki yıl kala hak sahibi tarafından 10 yıllık bir kira sözleşmesi yapılmışsa burada üst hakkı sahibinin iyiniyetli olmadığı kabul edilmelidir.

⁸⁵⁴ Aynı şekilde intifa hakkının kiralanmasında da şerhin intifa süresini geçmemesi gerektiği ifade edilmektedir. bkz. **Acar**, Şerh, m. 312, dn. 9.

bitmesine yirmi yıl kala on yıllığına kira sözleşmesi yapmış olduğunu varsayalım. Taşınmaz maliki de kira sözleşmesinin ikinci yılında üst hakkı sahibinin ağır yükümlülük ihlali sebebi ile hakkın sona erdirilmesi için dava açmış olsun. Bu ihtimalde kiracılık hakkının tapuya şerh edilmiş olması halinde kiracı daha sekiz yıllık kiracılık hakkı olduğunu ileri sürebilecektir. Bu durumda, malik karşısında kiracının korunması gerekebilir. Aksi halde, malik kira sözleşmesi ile bağlı değildir.

- Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Açısından;

Kanun koyucu, TBK m. 310-311 kapsamındaki kiralananın el değiştirmesi (devri) halinde kira sözleşmesine ilişkin kiracıyı koruyan genel hükümler karşısında TBK m. 351 hükmü ile kiralananın sonradan edinen kişilere karşı kiracıyı özel olarak koruma altına almıştır. Bu durumda TBK m. 310- 311 hükümleri yerine TBK m. 351'in özel hüküm olarak uygulanması söz konusudur.

Hükme göre “kiralananı sonradan edinen kişi” ancak kendisinin, eşinin, altsoy veya üstsoyunun ya da kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin konut ve işyeri ihtiyacı sebebi ile kiracıyı tahliye edebilir. Bunun dışında konut ve çatılı işyeri kiralalarında yeni malik kira süresi sonuna kadar kira ilişkisi ile bağlıdır.

Kanun koyucunun maddenin lafzında zikrettiği üzere “kiralananı sonradan edinen kişi” kapsamına hangi hukukî ilişkilerin dahil olacağı tespit edilecek olursa; söz konusu edinimin kapsamının TBK m. 310'dan daha geniş olduğu görülür. Öyle ki, bu edinim devren olabileceği gibi miras, cebri icra veya mahkeme ilamı gibi sicil dışı da olabilir⁸⁵⁵. Şu hâlde, üst hakkının sona ermesi sebebi ile kanun gereği yapıların mülkiyetini kazanacak olan taşınmaz maliki de TBK m. 351 kapsamında değerlendirilebilir. Bu durumda taşınmaz maliki ancak TBK m. 351'den yararlanarak 6 ay sonra tahliye davası açabilir.

- Ürün Kirası Açısından;

Kanun'un ürün kirasına ilişkin düzenlemeleri arasında kiralananın el değiştirmesine ilişkin herhangi bir özel hüküm yer almadığı için adi kira hükümleri kapsamında kira sözleşmesine ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 310-311 hüküm-

⁸⁵⁵ Yavuz, 344.

leri TBK m. 358 uyarınca burada da uygulama alanı bulur⁸⁵⁶. Ancak, üst hakkından sonra ürün kirası kurulan haller TBK m. 310 hükmü uygulama alanına girmekle beraber hükmün kapsamına üst hakkının sona ermesine bağlı intikallerin girmediği görüşünü benimsediğimiz için kiracı bu korumadan yararlanamayacaktır. Üst hakkının sona ermesi halinde kira sözleşmesinin de sona ermesi gerekir.

Böyle bir durumda zapta karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında kiracının korunması söz konusu olabilir. Öyle ki, ürün kirası açısından kiracının zapta karşı tekeffül sorumluluğu altında üçüncü bir kişinin kiracının kiracılık hakkı ile bağdaşmayan bir hak ileri sürmesine karşı korunması gerekir. Bu kapsamda, üst hakkı da ürün kirasında kiracının hakkı ile bağdaşmayacak üstün haklar arasında yer almaktadır⁸⁵⁷. Ancak, ürün kirasında zapta karşı tekeffüle dair özel bir hüküm bulunmadığı için TBK m. 358'in atfı ile TBK m. 309 hükmünün uygulanması söz konusu olur. Kiraya verenin zapta karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedebilmek için üstün hakkın ürün kirasından önce var olması gerekir⁸⁵⁸. Bu durumda kiraya veren, kiracının uğradığı zarardan TBK m. 112 kapsamında sorumlu olacaktır. Şu hâlde görülmektedir ki, üst hakkının sona ermesi sebebiyle taşınmaz malikinin ürün kirasında kiracının tahliyesine ilişkin talebi karşısında malike karşı ileri sürebileceği bir savunması yoktur. Zira, TBK m. 310'da üst hakkı

Bunun yanı sıra konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin, TBK m. 351'deki kısmen kiracıyı koruyan hükümlerin ürün kirası açısından da geçerli olup olmayacağı incelenmelidir.

Doktrinde bu hususun tartışmalı olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre⁸⁵⁹ konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin özel hükümler ürün kirasına uygulanmaz. Zira, kanun koyucu ürün kirası için TKB m. 358 ile genel hükümler için atıf yapan bir düzenleme getirmiş olmasına rağmen konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin benzeri bir

⁸⁵⁶ Acar, Şerh, m. 310/N.11; Öktem Çevik, 24-25.

⁸⁵⁷ Arslan, Zeynep, Ürün Kirasının Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi, Ankara 2016, 82, 85; Gümüş, Kira, 137;

⁸⁵⁸ Arslan, 83.

⁸⁵⁹ Gümüş, Kira, 5, 25; Aynı yönde Arslan, 19 vd.

hüküm öngörmemiştir. Diğer bir görüşe⁸⁶⁰ göre de zayıf durumda olan kiracının korunması esas olduğu için amaçsal yorumdan yola çıkılarak konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükümlerin ürün kirası açısından da uygulama alanı bulması gerekir.

III. TMK M. 828 HÜKMÜNÜN DİĞER HAK SAHİPLERİNİN HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Üst hakkı üzerinde ipotek ve şahsi hakların yanı sıra kişi lehine irtifaklar da tesis edilebileceği gibi hak sahibi taşınmaz lehine veya kendi lehine de irtifak tesis edebilir. Ancak bunun için üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte tesis edilerek tapuda ayrı bir sayfa açılmak suretiyle taşınmaz olarak kaydedilmesi gerekir⁸⁶¹.

Bu noktada üst hakkı üzerinde hangi sınırlı aynî hakların iktisap edilebileceğini belirlemek gerekirse, öncelikle genel olarak devredilebilirliğine bakılmaksızın bütün kişisel irtifakların taşınmaz üzerine kurulduğu görülür. Ancak istisna olarak intifa hakkı, hak üzerinde de kurulabilmektedir⁸⁶². Bu sebeple tapuya taşınmaz olarak kaydedilmemiş bağımsız nitelikteki üst hakkı üzerinde intifa hakkı da kurulabilir⁸⁶³.

Üst hakkının sona ermesi halinde hak üzerinde tesis edilmiş olan diğer sınırlı aynî hakların âkıbeti ise özel olarak TMK m. 828 hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre “üst hakkı sona erince taşınmaz olarak kaydedilmiş sayfa kapatılır, üzerindeki tüm sınırlı aynî haklar, kısıtlama ve yükümlülükler sona erer”. Bu sebeple taşınmaz niteliğine sahip üst hakkı üzerindeki intifa hakkı, varsa ikinci üst hakkı ve rehin hakları sayfanın kapatılması ile kendiliğinden sona erer. Diğer yandan, TMK m. 783 gereği bir irtifak hakkı terkin ile sona ereceği için hak üzerine tesis edilmiş intifa hakkı da üst hakkının tapudan terkin ile sona erer.

Bu noktada TMK m. 828 hükmünün rehinli alacaklılar ve tapuya güvenerek hak iktisap etmiş diğer hak sahiplerinin haklarının korunması açısından değerlendiril-

⁸⁶⁰ Arslan, 20, dn. 54'teki yazarlar.

⁸⁶¹ Isler, Baurechtsvertrag, 67; Isler/Gross, in: BSK ZGB II, Art.779; Riemer, 32; Schmid/Hürlimann- Kaup, N. 1378; Bkz. § 3/I.

⁸⁶² Akipek/Akıntürk/Ateş, 644.

⁸⁶³ Isler, Baurechtsvertrag, 65; Doktrinde bazı yazarlar bağımsız nitelikte olan ancak tapuya kaydedilmemiş üst hakkı üzerinde oturma hakkı da kurulabileceğini ileri sürmektedir. Baumann'ın görüşü için bkz. Karauz, 122.

rilmesi gerekir. Hükme göre üst hakkının sona ermesi halinde hakka bağlı bütün hak ve yükümlülükler sona erer. Kanun koyucunun madde gerekçesinde de ifade ettiği üzere her türlü sona erme sebebi hükmün kapsamına dahildir. Bu durumda üst hakkı hangi sebeple sona ermiş olursa olsun malik üzerindeki tüm yüklerden arınmış bir şekilde taşınmaz üzerinde mülkiyetten doğan yetkilerine tekrar sahip olur. Şu hâlde, bir üst hakkı üzerinde başka sınırlı aynî haklar da tesis edilmişse diğer hak sahipleri üst hakkının varlığını ve TMK m. 828/II hükmünün öngördüğü sonucu bilerek hak tesis etmiş sayılırlar. Kanun koyucunun TMK m. 828/II hükmü TMK m. 1014 hükmüne göre özel bir düzenlemedir. Bu sebeple üst hakkı üzerindeki diğer hak sahipleri için TMK m. 1014 hükmü uygulanmaz. Üst hakkının varlığını ve sonuçlarını bilerek böyle bir hak tesis ettikleri kabul edileceği için de sonuçlarına katlanan taraf da onlar olacaktır.

Buna karşılık asıl taşınmaz üzerinde üst hakkından önce veya sonra tesis edilmiş başkaca sınırlı aynî haklar varsa üst hakkının sona ermesinin bu hak sahipleri üzerine etkisi ve TMK m. 1014 hükmünün uygulanması ayrıca incelenmelidir. Önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere⁸⁶⁴, bu husus doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş diğer sınırlı aynî hakkın üst hakkından önce veya sonra tesis edilmiş olması arasında sonuçları itibarıyla fark olduğu gerekçesi ile diğer hak sahiplerinin muvafakatlerinin alınması hususunda da ayrıma gitmiştir. Ancak bizim de katıldığımız hâkim görüş gereği, üst hakkının taşınmazın değerini arttırdığı tespit edilen hallerde böyle bir ayrıma gitmeye gerek olmaksızın hakkın terkininde diğer hak sahiplerinin TMK m. 1014'e göre yazılı muvafakatlerinin alınması gerekir.

⁸⁶⁴ Detaylı değerlendirme için bkz. § 4/I, A.

SONUÇ

Türk Hukukunda seksenli yıllara kadar önemi anlaşılamamış olan üst hakkı, özellikle zaman içinde yap-işlet-devret modeli kapsamında yaygın olarak kullanılır hâle gelmiştir. Bunun en önemli sebebi ise kaynak yetersizliğine bağlı olarak Devletin kendi yapamayacağı yatırımları özel sektöre yaptırmak istemesidir.

Üst hakkı, Roma Hukukundan beri uygulanagelen bir kurumdur. Yıllar içinde bu kurumu hukuk sistemine dahil etmiş ülkelerin toplumsal, sosyal, ekonomik ihtiyaçları gözetilerek değişikliğe uğradığı görülmektedir. İsviçre’den Medenî Kanunu’nun iktibasıyla hukukumuzda giren üst hakkı, bazı hükümlerde yapılan değişiklikler dışında aynen korunarak Türk Medenî Kanunu’na alınmıştır. Ancak her iki ülkenin toplumsal, kültürel, sosyolojik farklılıkları, ilgili hükümlerin uygulanabilirliğini etkilemektedir. Bu durum, aynı kurumla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de hukuk uygulayıcılarının hakkaniyet düşüncesiyle farklı kıstasları değerlendirmesini gerektirmektedir. Kaldı ki, mehz kanundaki bir hükmün düzenlenmesindeki kanun koyucunun gözettiği koruma amacı da onu iktibas eden ülkenin toplumsal yapısındaki farklılıklar sebebi ile aynı sonucu vermeyebilir. Bu sebeple üst hakkına ilişkin hükümlerin, Türk Hukuk doktrininde ve yargısında da kendi kanun koyucumuzun açıkça irade göstermediği hallerde, mehz kanundaki ilgili düzenlemelere ilişkin ortaya konulan kriter ve kıstasların, hükmün uygulanmasına ilişkin geliştirilen yorumların değişmez, aksi düşünülemez kurallar gibi kabul edilmemesi gerekir.

Üst hakkının sona ermesi ve sonuçlarına dair Kanun’da ayrıntılı bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu kapsamda taşınmaza bağlı irtifakların sona ermesine ilişkin hükümlerin üst hakkı açısından da uygulanması söz konusudur. Üst hakkını sona erdiren sebepler özellikle uygulamada karşılaştığımız sorunların hem vurgulanması hem de sistematize edilebilmesi açısından “kanuna dayanan sebepler” ve “sözleşmeye dayanan sebepler” ile “diğer sebepler” altında tasnif edilmiştir. Şu hâlde, kanuna dayanan sona erme sebepleri: Terkin, mahkeme kararı, yararlanmanın imkânsızlaşması ve özellikle yüklü ya da yararlanan taşınmazdan birinin veya ikisinin yok olması, yüklü ve yararlanan taşınmaza aynı kişinin malik olması, yüklü veya yararlanan taşınmazın bölünmesi, üst hakkının süresinden önce devrinin talep edilmesi, aşırı ifa

güçlüdür. Sözleşmeye dayanan sona erme sebepleri ise üst hakkının süresinin dolması, sözleşmeye aykırılık, TMK m. 833 gereği ağır yükümlülük ihlali sebebi ile sona erme veya devir isteme yetkisi, sözleşmenin bozucu şarta bağlanmasıdır. Diğer sona erme sebepleri ise kamulaştırma, üst hakkı sahibinin ölümü, yararlanan taşınmazın terk edilmesi, cebri icradır.

Çalışma konumuzu belirlerken uygulamada karşılaştığımız en büyük sorun ve temel sorunlardan biri olan üst hakkı sözleşmesinin hak sahibi tarafından sözleşmeye aykırı fiillerle ihlal edilmesi halinde uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğine ilişkin tespitlerimiz şunlardır: Yargıtay’ın “üst hakkının feshi” veya “üst hakkı sözleşmesinin fesih sebebiyle sona ermesi” talebiyle vermiş olduğu bir karar yoktur. Ancak yapılan incelemelerde en yakın 2020 tarihli⁸⁶⁵ olmak üzere “üst hakkının iptali” talebiyle açılan birçok davada sözleşmeye aykırılık sebebi ile hakkın terkininin talep edildiği ve buna dayanarak üst hakkının iptaline ilişkin karar tesis edildiği görülmektedir. Tüm bu davalarda temeldeki üst hakkı sözleşmesi feshedilmiş, feshe bağlı olarak da hakkın sona erdirilmesi ve tapudan terkin talebiyle dava açılmıştır. Kanaatimizce “hakkın iptali” tabiri, hukukî kavramların doğru kullanılmaması sebebi ile tarafların iradelerini hukuken karşılayacak bir ifade değildir. “Üst hakkının iptali” veya “tapunun iptali” taleplerinden anlaşılması gereken “terkin”dir. Uygulamada “tapu iptali ve tescil davası” adı altında hem “istihkaka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarının” hem de “TMK m. 716’ya dayanan tescil zorlama davaları”nın da açıldığı görülmektedir. Bu noktada üst hakkının feshine ilişkin “tapu iptali ve tescili” davasının sebebe bağlılık ilkesi esas alınırda “istihkaka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi” davası olarak, soyutluk ilkesi esas alınırda da TMK m. 716 hükmü gereğince “sebepsiz zenginleşmeye dayalı terkine zorlama davası” olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak, her halükârda TMK m. 716’dan doğan tescile/terkine zorlama davasının “tapu iptali ve tescil” olarak adlandırılmaması gerekir. Yargıtay’ın üst hakkı sözleşmesinin fes-

⁸⁶⁵ İzmir BAM 14.HD., 13.07.2020, E. 2018/792 K. 2020/761; Y.14.HD., 21.05.2019, E. 2018/2793 K. 2019/4607; Y.14.HD., 27.12.2016, E. 2016/7188 K. 2016/10889; Y.14.HD. 15.07.2008 E. 2008/8489 K. 2008/9331; Y.12.CD., 18.03.2016, E. 2014/20748 K. 2016/4501; Antalya BAM 1.HD., 07.03.2019, E. 2018/1266 K. 2019/320; Y.8.HD., 17.06.2021, E. 2018/15778 K. 2021/2445; Y.6.HD., 21.03.2011, E. 2011/2760 K. 2011/3396; Y.6.HD., 30.10.2010, E. 2010/10809 K. 2010/13084; Y.6.HD., 02.06.2021, E. 2019/13653 K. 2021/7629; Y.14.HD., 20.12.2018, E. 2016/4310, K. (Kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

hedilebileceğine ilişkin bakış açısını gösteren fesih sebebi ile hakkın terkinine hükmettiği birçok kararına rastlamak mümkündür.

Medenî Kanun'un 831-833. madde hükümlerine ilişkin tespitlerimiz ise şu yöndedir. İsviçre ve Türk doktrinindeki hâkim görüş her ne kadar TMK m. 831-833 hükümlerinin emredici sayılması sebebi ile feshinin mümkün olmadığı noktasında birleşse de biz bu görüşe şu gerekçelerle iştirak etmiyor, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun⁸⁶⁶ da benimsediği yönde hükmün emredici olmadığı görüşünü savunuyoruz.

Öncelikle ne hükmün lafzında ne de amaçsal yoruma gidildiğinde kanun koyucunun açık iradesinde hükmün emredici sayılmasına ilişkin bir açıklık yoktur. Bir hukuk kuralının emredici sayılabilmesi için o kuralın korumaya çalıştığı menfaate de bakılması gerekir. Bu bakımdan üst hakkının üstlendiği toplumsal, ekonomik, sosyal roller düşünüldüğünde kamu menfaatine hizmet eden alanlarda üst hakkına başvurulduğu görülmekte ise de bu kurumun ve TMK m. 831-833 hükümlerinin düzenlenmesindeki birincil amaç kamu düzenini sağlamak veya kamu yararına hizmet değildir. Burada önemli olan kanun koyucunun hükmün tesisinde doğrudan hedeflediği amaçtır. Üst hakkı “ tarafların eşitliği ilkesinin esas alındığı” Medenî Kanun'da düzenlenen bir kurumdur. Kanun koyucunun amacı taşınmaz malikine süresinden önce devir talep etme hakkını garanti altına almaktır. Böylece taraflar üst hakkı sözleşmesini tesis ederken malikin süresinden önce devir hakkı olmadığını yahut bunu kullanamayacağına dair hüküm tesis etmeleri engellenmiştir.

İkinci olarak, TMK m. 832 hükmünün de emredici olduğu görüşü kabul edilecek olursa TMK m. 833 gereği fesih hakkının kullanıldığı hallerde de bedel ödenmesini zorunlu hale getirir ki, fesih hakkının bedele bağlı olması bu hakkın kullanılması için öngörülen şartların ağırlaştırılması anlamına gelir. Malik bu bedel ödeme riskini düşündüğü takdirde hakkı kullanmaktan dahi vazgeçebilir. Söz konusu bedelin fesih hakkının kullanılması için aranan bir şart olarak kabul edilmesi yerine feshin sonuçlarının ileriye etkili olmasının bir gereği olarak hakkaniyete göre ödenmesi gerekebilecek bir bedel olarak yorumlanması gerekebilir. Özetle, TMK m. 831-832 hükümleri tamamlayıcı hukuk kurallarıdır ve taraflar aksini kararlaştırabilir.

⁸⁶⁶ YHGK., 07.04.2004, 2004/13- 208 E. 2004/211 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Süresinden önce devir hakkı, haklı nedenle feshin özel bir görünümüdür. Ancak bu hükmün varlığı genel hükümlere göre sözleşmenin feshine engel değildir. Bu durumda TMK m. 831-833 hükümlerinin şu kriterler gözetilerek uygulanması gerekir. Burada esas olan tarafların üst hakkı sözleşmesine feshe ilişkin hüküm koyup koymadıklarıdır. Eğer ki, taraflar üst hakkının feshedileceğine dair hüküm koymamışlarsa TMK m. 831 hükmünün tamamlayıcı niteliği gereği hak sahibinin ağır yükümlülük ihlali sebebi ile sözleşmeye aykırı davranışı halinde malikin ancak süresinden önce devir talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir. Fakat, taraflarca sözleşmeye aykırılık halinde feshedilebileceği kararlaştırılmışsa TMK m. 831 gereği süresinden önce devir hakkı değil haklı nedenle fesih hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Tarafların feshi kararlaştırdıkları hallerde, TMK m. 833 hükmünün nasıl yorumlanacağı hususunda yargıya üst hakkı sözleşmesinin feshine dair bir uyumsuzluk taşındığı takdirde hâkimlerin şu kriterlere göre hareket etmesinin somut olay adaleti açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz: Tarafların sözleşmeye koydukları hüküm kapsamında gösterdikleri iradenin açıklığına/netliğine, genel veya özel sebepler taşıyıp taşımadığına göre daha objektif anlamda ağır yükümlülük ihlali değerlendirmesi yapılması yahut daha hafif ölçü kriterinin esas alınması gerekir. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken hükmün yorumlanmasında taşınmaz malikin ve üst hakkı sahibinin sözleşmeyi yaparken içinde bulundukları konumları, tarafların bu hükmü neden ve nasıl koydukları, bu hükmün tesisinde elde ettikleri menfaatleri de dikkate almalıdır.

Esas sorun ise sözleşmede spesifik olarak bir fesih sebebinin belirlenmiş olması ihtimalinde ortaya çıkar. Bu durumda da kanaatimizce, tarafların özgür ve hür iradeleri ile fesih sebebini belirledikleri hallerde hâkimin tekrar ağır yükümlülük ihlali kriteri açısından değerlendirme yapmaması gerekir. Taraflar, haklı fesih teşkil edecek sebebi önceden sözleşmede kararlaştırmışlarsa bu hüküm geçerlidir ve söz konusu hüküm tarafların kararlaştırdıkları sebebe fazla önem vermiş olduklarının göstergesidir. Kaldı ki, hâkimin takdir yetkisi kural içi boşluk hallerine münhasırdır. Tarafların iradesine bırakılan hususlarda taraf iradesi hilafına takdir yetkisi kullanılmamalıdır.

Tarafların TMK m. 833 hükmü gereği bedelsiz feshi kararlaştırabilmeleri de mümkündür. Bu durumda hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta takdir yetkisini kullanırken şu hususlara dikkat etmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Taraflar sadece sözleşmenin feshedileceğini ifade etmiş bedele dair bir irade göstermemişlerse kural içi boşluk söz konusu olduğu için hâkim TMK m. 832 hükmü gereği uygun bir bedel ödenmesine hükmedebilir. Ancak taraflar açıkça bedelsiz feshi kararlaştırmışlarsa hâkim, tarafların iradelerine öncelik tanınmalı, iradeleri hilafına bedele hükmetmemelidir. Somut olayın şartlarını, tarafların menfaatlerini ve menfaat dengesini sağlamak için karşılıklı ne gibi kriterlerde değişiklikler yaptıklarını, bir tarafın eşitliği bozucu güç dengesi ile hareket edip etmediğini yahut korunması gereken başkaca bir kamu yararı olup olmadığı hususlarını da göz önünde bulundurarak değerlendirme yapılmalıdır.

Hâkimin TMK m. 832'ye göre bedeli belirlerken kanaatimizce İsviçre'nin aksine, sadece devir anındaki objektif piyasa değeri dikkate alınmamalıdır. Bunun yanında üst hakkı sahibinin süresinden önce devir sebebi ile yoksun kaldığı kâr da hesaba katılmalıdır Kanun koyucunun TMK m. 832 hükmü ile ulaşmak istediği amaç, tarafların karşılıklı menfaatleri arasında adil denge kurmaktır. O halde, denkleştirme benzeri bir yaklaşımla, devir sebebi ile hak sahibinin yapılardan faydalanamadığı süreyle orantılı olarak belirlenecek yapı değeri ile elde edilemeyen muhtemel gelirin kalan üst hakkı süresiyle orantılandırılması neticesinde belirlenen yoksun kalınan kâr miktarı göz önünde bulundurularak bir hesaplama yapılması gerekir.

Diğer yandan, başka bir sorun da üst hakkının sona ermesi halinde üst hakkı sahibinin yapıları taşınmaz malikine iade borcunun ifasına ilişkindir. Uygulamada üst hakkı sahibinin çoğu durumda üst hakkının kendine tanıdığı mülkiyet hakkı gerekçe gösterilerek yapıları yıkıp, döktüğü, hatta dört duvar kalacak hale getirip taşınmaz malikine kullanılamayacak derecede harap edilmiş şekilde teslim ettiği görülmektedir. Üst hakkının hak sahibine tanıdığı mülkiyete dayalı yetkilerinin hak sahibine böyle bir imkânı verip veremeyeceği, hakkın sona ermesi halinde yapılar için yaptığı masraflar karşılığı bir bedel ödenmemesinin bu uygulamaları teşvik edip etmeyeceği hususlarının da tespiti gerektirmiştir. Türk- İsviçre Hukukunda bu husus TMK m. 829 (Art. 779d ZGB) hükümleri ile ilişkilendirildiği görülür.

Çalışmamızda “intikal bedeli” olarak adlandırmayı uygun gördüğümüz, TMK m. 829 gereği üst hakkının sona ermesi halinde taşınmaz malikinin kendine kalacak yapılar için hak sahibine ödemeyi üstlendiği “bedelin” tazminat (muhik tazminat) mı denkleştirme bedeli mi olduğuna ilişkin doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Kanaatimizce burada teknik anlamda bir fedakarlığın denkleştirilmesinden bahsedilemeyecekse de “denkleştirme bedeli” benzeri bir borcun varlığı kabul edilmelidir. Zira, burada hak sahibinin hakkın sona ermesine ilişkin bir zarara uğramasından ziyade sona ermeye bağlı değişen malvarlığı değerleri sebebiyle tarafların menfaatleri arasında bir denge kurulmak istenmektedir. İsviçre Medenî Kanunu’nda emredici olarak kaleme alınan bu hükmün yapıların korunması ve malike kullanılabilir sağlam yapıların iade edilmesi amacına hizmet eden önemli bir rol üstlendiği ileri sürülmektedir. Türk Hukuku’nda bu görüşü savunan yazarlar da mehz Kanun’un aksine TMK m. 829’da taraflarca aksi kararlaştırılabilir şekilde bedel ödememenin kural olduğu bir hüküm şeklinde kanuna alınmasını eleştirmektedirler. Ancak, bize göre emredici bir hükümle bedel ödeme yükümlülüğü yüklenip taraf iradelerinin sınırlandırılmaması gerekir. Taraflara uzun seneler bağlı olacakları sürekli edimli sözleşmelerde daha başka büyük menfaatlere ulaşmak için bu bedel talebi gibi bazı taleplerden vazgeçmeleri hususunda irade serbestisi tanımak, hareket alanı yaratmak önemlidir. Bunun dışında söz konusu hükmün kanunda aksi kararlaştırılabilir olarak kalmaya devam etmesi halinde bedel ödenmesinin veya ödenmemesinin kural olması arasında pek bir fark olmayacağı kanaatindeyiz.

Türk Medenî Kanunu’nun 829. maddesi ile getirilen bedel ödeme borcunun yapıların sağlam ve kullanıma hazır iade edilmeleri hususunda koruyucu bir fonksiyona sahip olduğu görüşü mevcuttur. Türk Hukuk doktrinde de taraf bulan bu görüşün temeli ZGB Art. 779d hükmünün gerekçesine dayanır. Ancak bize göre böyle bir bedel olmasa da hak sahibi hem Kanun’dan doğan hem de sözleşmeye dayanan iade yükümlülüğünün bir sonucu olarak aksi kararlaştırılmamışsa yapıları koruma ve bakım ile yükümlüdür. Her halükârda üst hakkı sahibi aksi kararlaştırılmamışsa (yıkım, eski hale getirme vb.) yapıların malike iade edileceğini baştan beri bilmekte ve kabul etmektedir. Hakkın kendisine tanıdığı yetki ve sınırlar kapsamında her türlü tasarrufu üst hakkı süresi boyunca yapabilir. Ancak hakkın sona ermesine yakın ya-

pılar üzerindeki tasarruflarında ve fiilî kullanımların da malikin de menfaatini gözecek şekilde davranmalı, kötünîyetli fiil ve davranışlardan uzak durmalıdır. Aksi halde bu kapsamda hak sahibinin malike verdiği zararlardan sorumlu olacağı kanaatindeyiz.

Eğer ki, TMK m. 829 kapsamında bir bedel ödenmesi söz konusu ise bize göre bu bedel tespiti hak sahibinin kötünîyetli tasarrufları ile yapıya zarar verme ihtimalleri de göz önünde bulundurularak sözleşmenin sona ermesine yakın, hatta sözleşme sona erer ermez yaptırılması gerekir. Bedelin tayininde dikkate alınacak kriterlerin belirlenmesi hususunda ise görüşümüz şu şekildedir: İsviçre’de de ileri sürüldüğü gibi sadece objektif piyasa değeri esas alınmamalıdır. Her somut olayın özelliğine göre taşınmaz malikinın sübjektif menfaatine bakılmalıdır. Malikin menfaatinin olmadığı, malikin yürüttüğü işe ile aynı faaliyet alanında iştirak etmeyen bir iş kolu söz konusu ise bedele dahi hükmedilmemesi gerekebilirken veya yüksek bir intikal bedeline de hükmedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, malikin sübjektif menfaatleri kapsamında yapılardan aynı veya benzer faaliyet alanlarında yararlanmaya devam edecek olduğunun tespiti halinde yapıların kâr ya da zarar getiren bir işletme olup olmadığına da bakılması gerekebilir. Yapının intikal anı itibarıyla kalan ekonomik ömrü için o faaliyet alanında yürütebileceği muhtemel menfaat üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır. Böyle bir durumda malikin sübjektif menfaatinin olmadığı hallerde yapıya daha düşük değer biçilmesi gerekirken, yine yıllarca zarar etmiş bir yapı için de yüksek oranlarda intikal bedeli ödenmesi beklenmemelidir.

Sadece objektif rayicin dikkate alınması da emsal bir rayiç tespit edilememesi halinde hangi kriterlerin dikkate alınacağı sorusunu gündeme getirir. Bu durumda da bize göre taşınmaz malikinın sübjektif yararlanması dikkate alınarak malikin yapıyı kişisel kullanımına göre bedel hesaplanabilir. Malikin kişisel olarak elde edeceği minimum yararlanma değeri ne ise bu değer esas alınması söz konusu olur. Diğer yandan, yapının kapsamı ve büyüklüğü esas alındığın yapıya emsal bir rayiç o bölgede bulunmuyorsa yine taşınmaz malikinın yapıdan yararlanma menfaatinin olup olmadığına bakılmalıdır.

Üst hakkının sona ermesinin hak sahibi üçüncü kişilere etkisi hususundaki tespitlerimiz ise şu şekildedir. Öncelikle rehinli alacaklılar üzerine etkisinin ne olacağını ifade edecek olursak, taşınmaz maliki ile hak sahibi arasında çıkan bazı uyuşmazlıklarda özellikle üst hakkının feshinin rehinli alacaklıları zarara uğratabileceği gerekçeyle fesih hakkı yerine devir hakkının kullanılması gerektiğine ilişkin doktrinde görüşler mevcuttur. Bize göre öncelikle rehinli alacaklıların tarafların menfaati hilafına korunması uygun değildir. Her ne kadar taşınmaz maliki üst hakkı sözleşmesini yaparken baştan hak sahibinin bazı yükümlülüklerle üst hakkını yüklü hale getirebileceğini bilse ve buna katlanmak zorunda olsa da haklı neden teşkil eden kimi hallerde de taşınmaz malikinin menfaatinin rehinli alacaklının menfaati sebebi ile göz ardı edilmemesi gerekir. Öte yandan, rehinli alacaklılar da tapudan üst hakkı sözleşmesinin detaylarını öğrenebilirler. Bu durumda sözleşmede kendi menfaatleri aleyhine olan, haklarını tehlikeye düşürecek bir hüküm varsa teminat sözleşmesine gerekli koruyucu hükümleri eklemek suretiyle alacaklarını garanti altına alabilirler ve hatta almalıdırlar. Uygulamada da yapılan teminat sözleşmelerine koruyucu ek hükümlerin eklendiği görülmektedir. Onun dışında kanaatimizce sözleşmeye aykırılık sebebiyle üst hakkı sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ve yararlanan taşınmazın yararının çok azalması sebebiyle TMK m. 785/II hükmü gereği sona erdirilmesinde “ikame prensibi” devreye girer. TMK m. 866 hükmü gereğince rehinli alacaklılar hak sahibine ödenecek bir sigorta alacağının veya hakkaniyet gereği ödenmesi gerekebilecek denkleştirme bedelinin rehin hakkının sona erme tehlikesine karşısında kendisine ödenmesini isteyebilirler. Kaldı ki, malik hak sahibinin kusuruna dayanmayan bir sebeple sözleşmeyi feshederse bu durumda fedakarlığın denkleştirilmesi temeline dayanan hakkaniyet gereği üst hakkı sahibine ödenmesi gerekebilecek bir denkleştirme bedeli TMK m. 867 gereği rehinli alacaklıların da güvencesi sayılabilecektir. Ayrıca, yine TMK m. 833 gereği sözleşmeye aykırılık sebebi ile hakkın sona erdirilmesinde veya süresinden önce devir hakkının kullanılmasında taraflar sözleşmede bedele ilişkin hüküm tesis etmemişlerse hüküm içi boşluk sebebiyle TMK m. 832 gereği ödenmesi gereken bedel de TMK m. 829 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle rehinli alacaklıların güvencesi sayılmalıdır.

Üst hakkı kurulduktan sonra hak üzerinde kurulmuş kira sözleşmelerinde malikin, üst hakkı sona erdikten sonra kira sözleşmesiyle bağlı olmaya devam edip etmeyeceği uygulamayı da ilgilendiren önemli bir husustur.

Öncelikle, bağımsız ve sürekli nitelikte tesis edilmiş taşınmaz niteliğine sahip bir üst hakkının adı kira, konut ve çatılı işyeri kirası veya ürün kirası konusu olabilmesi mümkündür. Bu noktada kira sözleşmesinin üst hakkından önce mi sonra kurulduğu dikkate alınmak kaydı ile kira türlerine göre TBK m. 310-311 hükümleri ile konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin TBK m. 351'in kiracıyı koruyucu hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı önem arz eder. Kural olarak taşınmaz üzerindeki asıl hak sona ermişse, üst hakkı üzerindeki şahsi hakların da buna bağlı olarak sona ermesi, malike kira yükünün yüklenmemesi gerekir. Bu hususta ulaştığımız sonuçlar özetle şunlardır:

- Kira ilişkisinden sonra kurulan üst hakkı açısından TBK m. 311'in açığı karşısında kiracının zarar görmemesi için hakkın bağımsız nitelikte kurulması gerekir. Aksi halde kiraya veren taşınmaz maliki kısa süreli üst hakkı ile kira ilişkisinin sona ermesini sağlayarak kira sözleşmesinden kurtulma yolunu seçebilir.

- TBK m. 310-311 düzenlemelerinin genel hüküm olması sebebiyle tüm kira türlerine uygulanabilmesi söz konusudur. Ancak, TMK m. 310'un kapsamına üst hakkının sona ermesi bağlı intikaller girmeyeceği için malik kira sözleşmesiyle bağlı olmayacaktır. Aynı sonuç, TBK m. 358'in atfı ile ürün kirası için de geçerli sayılacaktır.

- Konut ve çatılı işyeri kirası açısından TBK m. 351 hükmü TBK m. 310-311 karşısında özel hüküm niteliğindedir. Maddenin uygulama alanı kiralananın her türlü edinimi kapsadığı için üst hakkının sona ermesi bağlı kanuna dayanan intikalleri de bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Bu durumda üst hakkının sona ermesi halinde taşınmaz malikin ancak ihtiyaç sebebi ile kiracının tahliyesini talep edebilecektir. Aksi halde kira sözleşmesi ile bağlıdır. Konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükmün ürün kirasına uygulanması ise söz konusu değildir.

-

KAYNAKLAR⁸⁶⁷

- Acar**, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008.
- Acar**, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. B., İstanbul 2017, (**Acar**, Rehin Hukuku).
- Acar**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3.B., İstanbul 2016, (**Acar**, Şerh).
- Akçaal**, Mehmet: Eşya Hukuku, Ankara 2021.
- Akçaal**, Mehmet: Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Ankara 2020, (**Akçaal**, Zapt).
- Akçaal**, Mehmet: Sözleşme Sonrası Sorumluluk, Konya 2018, 158 ve dn. 266'daki yazarlar, (**Akçaal**, Sözleşme Sonrası Sorumluluk).
- Akçaal**, Mehmet: İpoteğin Kaldırılması Davası, İnÜHFD, Y. 2019, C. 10, S. 2, 563-578, (**Akçaal**, İpotek).
- Akduman**, Umutcan/**Yenice**, Sedat: Gayrimenkule Dayalı Haklardan Üst Hakkının Değerlemesi ve Örnek Uygulamalarla İncelenmesi, Journal of Economics and Financial Researches, Y. 2020, S. 2, C. 1, 26-41.
- Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Genişletilmiş 13. B., Konya 2022, (**Akıncı**, Borçlar Hukuku).
- Akıncı**, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 17. B., Konya 2022, (**Akıncı**, Roma Hukuku).
- Akıncı**, Şahin: Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi, SÜHFD- Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a Armağan, Y. 1998, C. 6, S. 1-2, 767- 786, (**Akıncı**, Üst Hakkı).
- Akıncı**, Şahin: Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukukî Sonuçları, Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medenî Hukuku 17- 18- 19- 20 Şubat 2016, II. Cilt, Ankara 2017, (**Akıncı**, Kötü İfa).
- Akıncı**, Şahin: Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler Türk- Kazak Hukuku, Konya 2004, (**Akıncı**, Borçlar Özel)
- Akıncı**, Şahin: Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı tüketicinin Korunması, Konya 1998, (**Akıncı**, Ayıplı Mal)
- Akıpek**, Jale: Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972.
- Akıpek**, Jale: Türk Eşya Hukuku, I. Kitap: Aynî Haklar, Gözden Geçirilmiş 2.B., Ankara 1972, (**Akıpek**, Eşya Hukuku).
- Akıpek**, Jale: Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mahdut Aynî Haklar, Ankara 1974, (**Akıpek**, Sınırlı Aynî Haklar).

⁸⁶⁷ Dipnotlarda geçen eserler, yazarların soyadlarıyla anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserinden yararlanılması halinde parantez içinde belirtilen kısaltmalar kullanılmıştır.

- Akipek**, Jale: Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara 1977, (**Akipek**, Devlet Orman Arazisi).
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, 2. B., İstanbul 2018.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükmüleri Kişiler Hukuku, 18. B., İstanbul 2022, (**Akipek/Akıntürk/Ateş**, Medenî Hukuk)
- Akkurt**, Sinan Sami/**Erdoğan**, Kemal/**Tokat**, Hüseyin: Türk Medenî Kanunu (Gerekçeli- Karşılaştırılmalı- Tablolu- İçtihatlı- Notlu AYM., YİBK. ve YHGK. Kararlarıyla), Ankara 2019.
- Akyol**, Şener: Medenî Hukuka Giriş, 2. B., İstanbul 2006.
- Akyol**, Şener: “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, İstanbul, 1995, (**Akyol**, Dürüstlük Kuralı).
- Altıok Ormancı**, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011.
- Altıok Ormancı**, Pınar: Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2013 C. 12, S. 24, 125-141, (**Altıok Ormancı**, Kira).
- Antalya**, Gökhan: Hukuk Metodolojisi, C. II, Ankara 202, (**Antalya**, Metodoloji).
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 1, Genişletilmiş 2.B, Ankara 2019, (**Antalya**, Borçlar, C: V/1,1).
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, Genişletilmiş 2.B, Ankara 2019, (**Antalya**, Borçlar, C: V/1,3).
- Antalya**, Gökhan: Eşya Hukukuna Hâkim İlkelere Aleniyet İlkesi, MÜHFD, Y. 2017, C. 23, S. 3.
- Antalya**, Gökhan: İstihkak Davası, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 18, S. 2., 499- 514, (**Antalya**, İstihkak).
- Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Eşya Hukuku, Cilt IV/1, Genişletilmiş 3.B., Ankara 2019, (**Antalya/Topuz**, Eşya Hukuku).
- Aral**, Vecdi: İnşaat (Üst) Hakkı (MK. m. 652, 751), İstanbul 1962.
- Aral**, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.
- Arat**, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Konya 2006, (**Arat**, Uyarlama).
- Arat**, Ayşe: İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, No. 2, 2006, (**Arat**, İsimsiz Sözleşmeler).
- Arat**, Ayşe: Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018, (**Arat**, Üç Köşeli İlişki).

- Arat, Ayşe/Akçaal, Mehmet:** 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, SÜHFD, Y. 2018, C. 26, S. 2, 367-396.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel:** İcra ve İflâs Hukuku, 6. B., Ankara 2020.
- Arslan, Ahmet:** Taşınmaz Mülkiyetinin Tescile Zorlama Davası ile Kazanılması, İstanbul 2021.
- Arslan, Zeynep:** Ürün Kirasının Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi, Ankara 2016.
- Aslan, Bayram:** Onarım Borcunun İfa Edilmesi, SÜHFD, Y. 2017, C. 25, S. 1, 289-339.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin:** İcra ve İflâs Hukuku 3. B., Ankara 2020.
- Atamer, Yeşim:** İfa Engelleri Hukukunun Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010.
- Ateş, Derya:** Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medenî Kanunun 5'inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2019, C. 77, S. 2, 669- 696.
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin:** Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981.
- Aydoğdu, Murat:** Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan:** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014.
- Bachmann, Dominik:** Verfügungsbeschränkungen Bei Gebuchter Selbstständigen und Dauernden Rechten Insbesondere Baurechten, Bern 1993.
- Baurt, Fritz/Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf:** Sachenrecht, 18. neu bearbeitete Auflage, München 2009.
- Baysal, Başak:** Sözleşmenin Uyarlanması, BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 4. B., İstanbul 2020.
- Bayram, Aziz Erman:** Üçüncü Kişi İpoteğinde Taşınmaz Malikinin Borcu İfası ve İfanın Hukukî Sonuçları, ÇÜHFD, Y. 2020, C. 5, S.1, 409-453.
- Belen, Herdem:** Ana Hatları ve Bazı Temel Özellikleriyle Taşınmaz Rehin Hakları, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. 5, S. 1- 2, 3- 30.
- Belen, Herdem:** Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 4, S.1- 2, 33-53, (Belen, Süresinden Önce Devir).
- Belen, Herdem:** Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları, Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, 2001, (Belen, Bağımsız Üst Hakkı).

- Bertan**, Suad: Aynî Haklar; Medenî Kanun'un 618- 764'üncü Maddelerinin Şerhi, Ankara 1976.
- Boz**, Selman Sacit: Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli, İnÜHFD, Y. 2013, C. 4, S. 2, 277- 332.
- Brandenburger**, Otto: Das Baurecht, Insbesondere seine vertragliche Ausgestaltung in der kommunalen Boden- und Wohnungspolitik, Aaurau 1911.
- Buz**, Vedat: Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, (**Buz**, Yenilik Doğuran Haklar).
- Cin**, Halil: Mirî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara 1969.
- Çabri**, Sezer: Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesi veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması, MÜHFD-HAD, Y. 2012, C. 18, S. 3, 163-200.
- Canarslan**, Gökçe: İntifa Hakkının Sona Ermesi, İstanbul 2016.
- Çağa**, Tahir: Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?. TBB Dergisi, Y. 1991, C.3, S. 3.
- Çelebican**, Özcan Karadeniz: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 5.Basım, Ankara 2015.
- Davran**, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.
- Demirsatan**, Barış: Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 2. B., İstanbul 2017.
- Di Marzo**, Salvatore: (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, 1954.
- Dörttepe Okutan**, Ayşegül: Türk Medenî Kanunu Uyarınca Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları, Ankara 2022.
- Edis**, Seyfullah: Özel Hukukun Bütünlüğü Üstüne, AÜHFD, Y.1975, C.32, S. 1, 155- 172.
- Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993. (**Edis**, Medenî).
- Edis**, Seyfullah: Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, AÜHFD, Y. 1973, C. 30, S. 1, 169-196, (**Edis**, Takdir Yetkisi).
- Erdoğan**, Belgin: Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
- Erdoğan**, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler- Özlü Sözler, İstanbul 2011, (**Erdoğan**, Latince).
- Erekmekçi**, Müge: Türk Özel Hukuku'nda Yap- İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, Ankara 2013.
- Erel**, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, 1982.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B., Ankara 2018.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Ankara 2018, (**Eren**, Borçlar Özel).

- Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. B., Ankara 2016, (**Eren**, Mülkiyet).
- Eren**, Fikret: İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut Akıntürk'e Armağan, (**Eren**, İsimsiz Sözleşmeler).
- Ergüne**, M. Serkan: Olumsuz Zarar, Ankara 2008.
- Ergüne**, M. Serkan: Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar, İÜHFM, Y. 2008, C. 66, S. 1, 275-291, (**Ergüne**, Üst hakkı).
- Ergüne**, M. Serkan: Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması, İÜHFM, Y. 2016, C. 74, S. 2, 739-755, (**Ergüne**, Rehin Hakkı),
- Ergüne**, M. Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, (**Ergüne**, Taşınır Rehni).
- Ersöz**, A. Kürşat/ **Karauz**, A. Kürşat: Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Halkından Doğan Hasılat Payı Hesabında Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir Mi?, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019 (Mayıs), C. 14, S. 153, 1013-1021.
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 16. B., İzmir 2021.
- Ertuğrul**, Meltem: Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesi Kurulmasından Sonra Kiralandanda Üstün Hak Sahibi Olması, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, S.4, 541-578.
- Esener**, Turhan /**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6.B., Ankara, 2015.
- Fasel**, Urs: Sachenrecht- Entwicklungen 2020, Bern 2021.
- Fehlmann**, Ulrich K.: Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung, Diessenhofen 1976.
- Flepp**, Georg: Auflösung des Baurechts im Kontext der städtebaulichen Entwicklungsmöglichkeiten, Masterthesis zur Erlangung des Master of Science in Real Estate (CUREM), Zürich 2009.
- Freimüller**, Hans-Ulrich: Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Anhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Bern 1967.
- Friedrich**, Hans Peter: Die Neuordnung des Baurechts im Zivilgesetzbuch, BJM 1966.
- Karabacak Furuncu**, Semra: Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi, İÜHFM, Y. 2016, C. 74, S. 2, 773-805.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şartı Mıdır?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000.
- Geiser**, Thomas/**Wolf**, Stephan (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, Art. 1- 61 SchlT ZGB, 6. Auflage, Basel 2019, (Bearbeiter, in: BSK ZGB II, Art. Nr.).

- Gemalmaz**, Burak: Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi.
- Gemalmaz**, Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2017, (**Gemalmaz**, AİHS).
- Gemalmaz**, Burak: Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 6, Ankara 2018, (**Gemalmaz**, Mülkiyet).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, B. 3, İstanbul 2013, (**Gümüş**, Borçlar Özel).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ile İlgilileri İçin Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, (**Gümüş**, Tazminat Alacakları).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, (**Gümüş**, Şerhler).
- Gümüş**, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun’a Göre Güncellenmiş 2.B., İstanbul 2012, (**Gümüş**, Kira).
- Güenal**, Nadi: Roma Hukuku’nda Üst Hakkı (Superficies), AÜHFD, Y. 1998, C. 47, S. 1- 4, 107-118.
- Gürses**, Davut: Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpoteği, Bankacılar Dergisi, Y. 2011, S. 76, 3-17.
- Gürsoy**, Kemal T./**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Gürsoy**, Kemal Tahir: Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, (**Gürsoy**, Clausula).
- Gürzumar**, O. Berat: Türk Medenî Hukuku’nda Üst Hakkı (Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap- İşlet- Devret Modeli Dahil), İstanbul 1998.
- Gürzumar**, O. Berat: Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2004 C.3, S.1, (**Gürzumar**, TMK m. 5).
- Haab**, Robert/**Simonius**, August/**Scherrer**, Werner/**Zobl**, Dieter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht, C.4/I, Art. 641 bis 729, Zürich 1977.
- Hansu**, Esra: Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı, Ankara 2022.
- Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Eşya Hukuku, 1991.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3.B., İstanbul 2015.

- Henggeler**, Benno: Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), 2005.
- Henggeler**, Benno: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Sachenrecht- Art. 641- 977 ZGB, 2. Auflage, 2012, (**Henggeler**, Kommentar).
- Hitz**, Flurina: Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, ZStP, 2017.
- Honig**, Richard: (Çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1935.
- Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Neubearbeitete Auflage, Bern 1995.
- Hürlimann Kaup**, Betina: Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zürich-Basel- Genf 2008.
- Isler**, Peter: Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Bern 1973.
- Isler**, Peter R./ **Gross**, Dominique, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, Art. 1- 61 SchlT ZGB, 6. Auflage, Basel 2019.
- İnal**, Emrehan: Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması, İÜHFM, Y. 2012, C. 70, S. 1, 245-275.
- Kahraman**, Zafer: Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul 2013.
- Karauz**, Ağâh Kürşat: Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi, Ankara 2022.
- Kaya Kızıllırmak**, Cansu: Yüküne Oranla Çok Az Yarar Sağlayan Üst Hakkının Mahkeme Kararı ile Bedel Karşılığında Kısmen veya Tamamen Terkini, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145- 146, Eylül- Ekim 2016, 859-879.
- Kırca**, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, Y. 2001, C.50, S.1.
- Koç**, Nevzat: Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2015, S.2, C.1, 111-132.
- Kodakoğlu**, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, 2. B., Ankara 2020.
- Konuralp**, Cengiz Serhat: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler, İÜHFM, Y. 2013, C. 71, S. 2, 225-274.
- Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret: Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983.
- Köprülü**, Bülent/ **Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2.B., İstanbul 1982-1983.
- Kuntalp**, Erden: Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi, TBB Dergisi, Y. 1991, C. 3, S. 4, 528-551.

- Kuru, Baki/Aydın, Burak:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. B., Ankara 2021.
- Leeman, Hans:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, II. Abteikung Art.730-918, Bern 1925.
- Liver, Peter:** Die Aufhebung und Ablösung von Servituten in schweizerischen Recht (Art. 736 ZGB), RNRF, S.42, 1961.
- Liver, Peter:** Über Die Baurechtsdienstbarkeit, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1958, Band, 94, (**Liver**, ZBJV).
- Liver, Peter:** Von den selbstaendigen und dauernden Baurechten, Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1972, (**Liver**, Baurecht).
- Meier- Hayoz, Arthur:** Schweizerisches Privatrecht Fünfter Band Sachenrecht, Basel und Stuttgart 1977.
- Nomer, Halûk:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, genişletilmiş 17.B., İstanbul 2000.
- Nomer, Halûk Nami/Ergüne, M. Serkan:** Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 9.B., İstanbul 2022.
- Oktay, Saibe:** İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İÜHFM, Y. 1996, C. 55, S. 1- 2, 263-296.
- Okumuş, Selmani/Demir, Bahadır:** Sabit Derece Sisteminde Sözleşmeden Doğan İlerleme Hakkı, AÜHFD, Y.2017, C.66, S.3, 605-626.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 20.B., İstanbul 2022, (**Oğuzman/ Öz**, Borçlar, C.1)
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Gözden Geçirilmiş 17.B., İstanbul 2022, (**Oğuzman/ Öz**, Borçlar, C.2).
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami:** Medenî Hukuk, 28. B., İstanbul 2022, (**Oğuzman/ Barlas**, Medenî).
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018.
- Oğuzoğlu, Cahit:** Roma Hukuku, Ankara 1959.
- Onar, Sıddık S.:** İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. C., İstanbul 1966.
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay:** Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukukî Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, MÜHFHAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, 2927-2948.
- Öktem Çevik, Seda:** Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı aynî Hakka Konu Olması, İstanbul 2016.
- Öktem Çevik, Seda:** Kiralananın El Değiştirmesi ve Sınırlı Aynî Hakka Konu Olması, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.2, İstanbul 2018, (**Öktem Çevik**, Kiralananın El Değiştirmesi).

- Öz, M. Turgut:** Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Eleştirisi, İÜMHAD, Y. 1996, C. 13, S. 16, 131-172.
- Öz, Turgut:** Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, (Öz, Sebepsiz Zenginleşme).
- Özbek, Mustafa Serdar:** Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları, BÜHFD, Y. 2017, C.3, S. 1.
- Özcan Büyüktanır, Burcu:** Üst Hakkının Sona Ermesi, BÜHFD, Ocak 2019, C. 14, S. 173, 243-267.
- Özel, Çağlar:** Tüketicinin Korunması Hukuku, 7. B., Ankara 2021.
- Özen, Burak:** Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003.
- Özen, Burak:** Türk Medenî Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, (Özen, İntifa Hakkı).
- Özkan, Hasan:** Açıklamalı-İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı sınırlı Aynî Haklar (TMY. Md.779-972), İstanbul 2015.
- Özmen, E. Sabâ/Korkmaz, Tuba:** Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, MHFD, Y. 2020, S. 1, 153-186.
- Özmen, Etem Sebâ/Yıldırım, Selen:** İcra İşlemlerine Konu Olarak İntifa Hakkının Paraya Çevrilmesi Uygulamaları ve Cebren Devri Yanılgısı Üzerine Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2017, C. 91, S. 1, 152-167.
- Özmen, Sabâ/Ürem, Müge:** Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukukî Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2016, C. 90, S. 3, 193-218.
- Öztan, Bilge/Gürpınar, Damla:** Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 47.B., Ankara 2022.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. B., İstanbul 2020.
- Riemer, Hans Michael:** Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich 1968.
- Roberto, Vito/ Hrubesch- Millauer, Stephanie:** Sachenrecht, Bern 2009.
- Sağlam, İpek/Akkışla, H. Sena:** Ürün Kira sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü, MÜHF-HAD, Y. 2022, C. 28, S. 2, 1029-1064.
- Schwarz, Andreas B.:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Feshi, E. Mardin'e Armağan, İstanbul 1944.
- Schmid, Jörg:** Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und Überbaurecht, ZGBR 1998.

- Schmid, Jörg:** Dienstbarkeitsanlagen Fragen zu Art. 740a ZGB und darüber hinaus / I.- III., Dienstbarkeiten- Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016, 2017, (**Schmid**, Dienstbarkeiten).
- Schmid, Jörg/ Hürlimann-Kaup, Bettina:** Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017.
- Schulz, Fritz/Erdoğan, Belgin:** Roma Hukukunun Bir Prensibi: Emniyet, İÜHFM, Y.1976, C.42, S.1-4.
- Seçer, Öz:** Olağanüstü Fesih, (<https://blog.lexpera.com.tr/olaganustu-fesih/#fn21>, E.T. 07.04.2022).
- Sert, Selin:** Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Aynî Hak Kurulması ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçlar (TBK m. 311), Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, S. 4, 63-79.
- Seliçi, Özer:** Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
- Serozan, Rona:** Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3.B., İstanbul 2014.
- Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2.B., İstanbul 2007, (**Serozan**, Dönme).
- Serozan, Rona:** Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukuku'nda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Olan Yenilikler), İÜHFM, 2000, C. 58, S. 1-2, 231-248, (**Serozan**, İfa).
- Spycher, Stephan:** ZGB Kommentar- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aktualisierte Auflage, 2021.
- Spycher, Stephan:** Dienstbarkeiten im Wandel- von «Weg und Steg» zum Energie-Contracting, “Errichtung und Verlängerung des Baurechts / I.- III. / 1.- 2”, Bern 2014, (**Spycher**, Dienstbarkeiten im Wandel).
- Spycher, Stephan:** Kommentar zum Baurecht, Quellenrecht und anderen Dienstbarkeiten, in “OFK-Kommentar ZGB”, 3. Auflage, Zürich 2016, (**Spycher**, Baurecht).
- Sert, Selin:** Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Aynî Hak Kurulması ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçlar (TBK m. 311), Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, S.4, 63-79.
- Sirmen, Lâle:** Eşya Hukuku, 3. B., Ankara 2015.
- Sirmen, Lâle:** Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli. Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, (**Sirmen**, Yap İşlet Devret).
- Sözer, Ali Nazım:** Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastaneleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 15, Özel S..
- Şafak, Ali/ Diren, Duygu/ Baklacı Çakıroğlu, Evren/ Öztürk Almaç, Tuğçe:** Alacağın Temliki (devri), Ankara 2017.

- Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Tıpkı B., İstanbul 2010.
- Tekinay**, S.Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, II/3, İstanbul 1994.
- Tekinay**, S.Sulhi: Eşya Hukuku, İstanbul 1978, 270, (**Tekinay**, Eşya).
- Tekinay**, S.Sulhi/**Akman**, Sermet Galip/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993.
- Tenekeci**, Cüneyt: İpoteğin Kaldırılması ve İpotekte Sıra Sistemi, 2. B., Ankara 2021.
- Tiryaki**, Refik: Mülkiyet ve Sözleşme Özgürlükleri Ekseninde Anayasal Ekonomik Özgürlüklerin Tartışılması, (<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari>, E.T. 08.12.2021)
- Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Konya, 2018.
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Jörg**, Schmid/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009.
- Turanboy**, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, Y. 1990, C. 41, S. 1, 151-189.
- Uluğ**, İlknur/**Taşdelen**, Nihat: 30.09.1988 tarihli ve E. 1987 K. 1988/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının İncelenmesi, DÜHFD, Y. 2003, S. 7.
- Ulusan**, İlhan: Medenî Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 2012.
- Ulusan**, İlhan: Yeni Türk Medenî Kanunu Öntasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Haklarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD, Y. 1987, C. 61, S. 1-2-3, 21-34, (**Ulusan**, Üst Hakkı).
- Umur**, Ziya: Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1983.
- Ustaoglu**, Funda: Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni, İstanbul 2019.
- Ustaoglu**, Funda: Proje Finansmanında Teminat Olarak Üst Hakkı İpoteği, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2018, C. 7, S. 28, 845-876, (**Ustaoglu**, Üst Hakkı İpoteği).
- Uyar**, Talih: “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (Mk.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (Mk.2/II)”, Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2000.
- Ünal**, Mehmet: Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1932.
- Ünal**, Mehmet: Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması, MÜHFHAD Cevdet Yavuz’a Armağan, Y. 2016, C. 22, S. 3, 2839-2865, (**Ünal**, İrtifak).
- Ünal**, Mehmet: Taşınmaza Bağlı İrtifak Haklarının Sona Ermesi, BÜHFD, Y. 2017 (Ocak), C. 3, S. 1, Ocak 2017, 93-137, (**Ünal**, Sona Erme).
- Ünal**, Mehmet/ **Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, 2015

- Vardar Hamamcioğlu**, Gülşah: Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar (TBK m. 311), Ankara Barosu Dergisi, Y. 2016, S. 1, 304-331.
- Vardar Hamamcioğlu**, Gülşah: Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, (**Vardar Hamamcioğlu**, Tasarruf).
- Vardar Hamamcioğlu**, Gülşah: İntifa Hakkına Konu Taşınmazın Hukuka Aykırı veya Niteliğine Uygun Düşmeyen Şekilde Kullanılması, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı, İstanbul 2018, (**Vardar Hamamcioğlu**, İntifa).
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Medenî Hukuka Giriş, 1946.
- Von Thur**, Andreas: (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul 1952.
- Wieland**, Carl: (Çev. İ. Hakkı Karafakı), Aynî Haklar, İkinci Kısım, Ankara 1949.
- Wieland**, Carl: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürich 1909, (**Wieland**, Komm.)
- Witt**, Günther: Das Baurecht, Eine rechtsvergleichende Betrachtung insbesondere des schweizerischen und deutschen Baurechts, Basel und Stuttgart, 1970.
- Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 13. B., İstanbul 2014.
- Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013.
- Yavuz**, Nihat: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, Ankara 2012.
- Yaylak**, Cihan: Kamulaştırmanın Sınırlı Ayni Haklara Etkisi, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 6, S. 2, 84-101.
- Yenice Ceylan**, Özge: Türk Medenî Kanunu'na Göre Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotekler, SÜHFD, Y.2018, C. 26, S.3, 241-270.
- Yücer Aktürk**, İpek: Üst Hakkı Sözleşmesi, İstanbul, 2022.
- Yücer Aktürk**, İpek: İsimli Sözleşmeler Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi, Ankara 2016, (**Yücer Aktürk**, İsimli Sözleşmeler).
- Zevkliler**, Aydın/ **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

İnternet Kaynakları

- Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, (AS 2011 4659), (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2011/667/de>, E.T. 30.06.2022)
- Botschaft zum Baurecht, Bundesblatt 115. Jahrgang Band I, Bern, den 2 Mai 1963, (BBI 1963 8716), (<https://www.fedlex.admin.ch>, E.T. 25.11.2021).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), vom 27. Juni 2007, (BBI 2007 5283), (<https://www.fedlex.admin.ch>, E.T. 09.03.2022).

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr)

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, (www.legalbank.net)

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi bkz. (www.lexpera.com.tr)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), Änderung vom 11. Dezember 2009, (AS 2011 4637), (<https://www.fedlex.admin.ch>, E.T. 09.03.2022).

Swisslex Elektronik Veri Bankası bkz. (www.swisslex.ch)

Verordnung über das Erbbaurecht (ErbbaVO)'deki 2007 tarihli değişiklikler için bkz. (<https://dejure.org/gesetze/ErbbaVO>)