

ÜST HAKKINDA SÜRESİNDEN ÖNCE DEVİR TALEBİNE ESAS EDİMLER ve BUNA BAĞLI HUKUKSAL SONUÇLAR

Dr. Herdem BELEN*

I. Giriş

Medenî Kanun değişikliği öncesinde zaman zaman yapılan kısmî değişikliklerden birisiyle, yeni yasaya da bulunduğu hal ile alınan üst hakkına ilişkin hükümler, kapsamlı düzenlemeye kavuşmuştur. Düzenleme, değişen ihtiyaçlar ve kuruma biçilen rol bağlamında, büyük oranda İsviçre Medenî Kanunu ilgili hükümleri doğrultusunda yapılmıştır ve önemli ölçüde buyurucu hükümlerden oluşmaktadır. Hükümlerin bir kısmı, önceki dönemde üst hakkı uygulamalarındaki bazı sakıncaların göz önünde tutulmasıyla getirilen, hakkın süresinden önce devri talebiyle, bunun nedenleri ve sonuçlarına ilişkindir.

Çalışmamızda, sınırlı aynî hak kavramından hareketle, irtifak hakkı olarak üst hakkına, üst hakkının temelinde yer alan sözleşmeye değinilip, ardından yasada özel hükümle düzenlenen süresinden önce devir talebi, üst hakkı sözleşmesinde getirilen hükümler doğrultusunda süresinden önce devir talebi ve sözleşmede hüküm getirilmemiş olması olasılığında, genel anlamda borca aykırı davranışlar karşısında uygulanacak -başta

* KOÜ Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

temerrüt olmak üzere- borçlar hukuku genel hükümleri uygulamaları karşılaştırmalı şekilde değerlendirilecektir.

II. Medenî Kanunun Sınırlı Aynî Haklar Düzenlemesi Bağlamında Üst Hakkı

1. Sınırlı Aynî Hak Kavramı

Sınırlı aynî haklar, mülkiyet hakkı dışındaki aynî haklardır. Anılan haklar, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin bir kısmının hukukî soyutlamayla ayrılarak hak sahibine tanınmasından oluşmakta ve adını da bu sınırlılıktan almaktadır¹. Sınırlı aynî haklarda hak sahibi, sınırlı bir egemenlik hakkına sahiptir ancak söz konusu sınırlılık, hakkın aynî etkisine değil, sağlanan egemenliğin kapsamına yöneliktir².

Bu bağlamda MK m. 683 uyarınca mülkiyet hakkı, eşya üzerinde hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde her türlü tasarrufta bulunma yetkisi vermekte olup, bu hem maddî fiilleri hem hukukî işlemleri kapsamaktadır. Mülkiyet hakkı, malike eşya üzerinde tam egemenlik sağlayarak, roma hukukundan bu yana kullanılan deyimlerle ona, kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf işlemlerine konu edebilme (abusus) yetkilerini vermektedir.

Eşya üzerindeki mülkiyet hakkının daraltılması, başka bir deyişle, mülkiyet hakkının sağladığı en üstün egemenlik hakkının, hakların sağladığı yetkiler ölçüsünde sınırlandırılması ile oluşan sınırlı aynî haklar; ancak Medenî Kanunun izin verdiği tipte (tipte bağlılık) ve sınırlı sayıda (numerus clausus) kurulabilirler. Bu demektir ki taraflar yasada belirtilen tiplerde, ancak içeriği belirleme açısından az çok irade serbestisi

¹ Örneğin; bir sınırlı aynî hak olan üst hakkında, arazi üstünde ya da altındaki yapının mülkiyeti, arazinin mülkiyetinden ayrılmakta, üst hakkı sahibine ait olmaktadır. Öngörülen sürenin sonunda söz konusu yapı, arazi malikinin mülkiyetine geçecektir. Yine kaynak irtifakında, arazideki kaynak üzerinde, bir başkasına hak tanınmakta, kaynağın üzerindeki mülkiyet, arazi mülkiyetinden ayrılmaktadır. Söz konusu haklar, bir yandan da, gayrimenkul mülkiyetinin kapsamını belirlemede yardımcı, birleşme ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır (MK m. 718/II).

² AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 163; GÜRSOY/EREN/CANSEL, Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 693; KÖPRÜLÜ/KANETİ, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983, s. 3; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 591; TEKİNAY, S. Sulhi, Menkul Mülkiyet ve Sınırlı Aynî Haklar II/3, İstanbul 1994, s. 28.

içinde, sınırlı aynî haklar kurabileceklerdir³. Bu noktada şu vurgulanmalıdır: Sınırlı aynî hakların tanıdığı sınırlı egemenliğin hangi yetkilerden oluştuğu, hakkın türüne göre belli olacaktır; çünkü bütün sınırlı aynî haklar için ortak bir içerikten söz edilemeyecektir⁴.

Medenî Kanun düzenlememizce sınırlı aynî haklar, irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakları olmak üzere üç türdür ve iki ana grupta toplanmıştır. Birinci grupta yer alan irtifak hakları ve taşınmaz yükü aslen kullanma ve yararlanma olanağı tanırken, ikinci grupta yer alan rehin hakları, sadece aynî güvence sağlarlar⁵.

2. İrtifak Hakkı Olarak Üst Hakkı

Üst hakkı, sınırlı aynî hak başlığı altındaki üçlü ayırmda, irtifak hakları içerisinde yer almaktadır. İrtifak haklarının hepsini kapsayan bir tanım vermek güçtür. Ana hatları açıklayan ifadeyle, hak sahibine bir şey üzerinde doğrudan kullanma veya yararlanma olanağı sağlayan haklar oldukları söylenebilecektir⁶. Buna göre irtifak hakları, eşyanın hak sahibi tarafından kullanılması veya malikin yararlanma yetkisinin hak sahibi lehine sınırlandırılması şeklinde çıkar sağlarlar⁷.

İrtifak hakları, türlü yönlerden ayırma bağlı kılınmaktadır. Bunlar içinde inceleme konumuz üst hakkının yerini saptamamamızı sağlayacak ayırım şahsî ve eşyaya bağlı hak şeklinde yapılandır⁸. Adıyla belirtilen bir kişi lehine kurulan irtifak hakları, şahsî irtifaklardır. Bunlardan bir kısmı (intifa, sükna) zorunlu şahsa bağlı haklar olup, eşyaya bağlı irtifak türünde kurulamayacakları gibi başkasına devredilemez ve mirasçılara da geçmezler. Zorunlu şahsa bağlı olanlar dışındaki şahsî haklar, hem şahsa bağlı hem devredilebilir ve mirasçılara geçebilir tarzda kurulabilirler. Bu sonunculardan üst ve

³ AYBAY/HATEMİ, s. 165; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 591.

⁴ AYBAY/HATEMİ, s. 164.

⁵ AYBAY/HATEMİ, s. 165; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 698.

⁶ AYBAY/HATEMİ, s. 170; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 6; TEKİNAY, s. 29.

⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 592.

⁸ Öğretide görüş birliğinde bulunulmayan ayırım ve adlandırmalarla, konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. AYBAY/HATEMİ, s. 169 vd; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 699 vd; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 43 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 603 vd; TEKİNAY, s. 29 vd.

kaynak hakkı, taraflar aksini kararlaştırmadıkça başkalarına devredilip, mirasçılara da geçerler (MK m. 826/II, 837/II). MK m. 838’de düzenlenen ve örneği geçit ve atış eğitimi olarak verilip, devredilebilen irtifaklar gibi -içeriği- sınırlanmamış “diğer irtifaklar” ise aksi kararlaştırılmadıkça şahsa bağılı kurulurlar. Devredilebilen ve mirasçılara geçen irtifak hakları (bağımsız) ve sürekli (en az 30 yıl için) biçimde kurulmuşlarsa, tapuda kendilerine gayrimenkul olarak sayfa açılabilir (MK m. 998).

Eşyaya bağılı irtifak hakları ise bir taşınmazda bir diğer taşınmaz lehine kurulan irtifaklardır (MK m. 779-793). Hak sahipliğinin bir taşınmaza malik olmaya ayrılmaz şekilde bağlandığı bu türde, iki taşınmaz söz konusudur. İrtifakın yükletildiği taşınmaza yüklü, irtifaktan yararlanmayı sağlayan taşınmaza ise yararlanan taşınmaz denilmektedir Yasada mutlaka şahsa bağılı kurulacakları belirtilenler dışındaki irtifak hakları (üst, kaynak, diğer), eşyaya bağılı da kurulabilir⁹.

Roma Hukukundan gelen “üst arza tabidir” ilkesinin istisnasını oluşturan üst hakkı¹⁰, Medenî Kanunumuzda da bir irtifak hakkı şeklinde düzenlenmiş bulunup, sınırlı aynı haklar içerisinde uygulama alanı en geniş olanlardandır.

Üst hakkını düzenleyen hükümlerden ilki, taşınmaz mülkiyetinin içeriği ve kısıtlamaları ayrımındaki MK m. 726’dır. Hükme 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”. Hakka ilişkin ayrıntılı düzenleme ise 826-836. maddelerde yapılmıştır¹¹. Hakkın içeriğini belirleyen m. 826 uyarınca: “Bir taşınmaz

⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 608.

¹⁰ DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku (Çev. UMUR, Ziya), İstanbul 1959, s. 316; UMUR, Ziya, Roma Hukuku, Eşya Hukuku, İstanbul 1985, s. 158.

¹¹ Üst hakkına ilişkin ilk ayrıntılı düzenleme 743 sayılı Medenî Kanun yürürlüğü döneminde, 3678 sayılı 14.11.1990 tarihli yasayla ve büyük ölçüde 1965 tarihli İsviçre Medenî Kanunu değişiklikleri örnek alınarak yapılmıştır. Daha önce sadece 652 ve 751 ile iki maddede düzenlenen üst hakkı, değişiklik sonrası 751 vd.’nda onbir maddede düzenlenmiştir. 4721 sayılı yeni yasada büyük oranda önceki değişiklikler korunmuştur. Değişikliklerin karşılaştırmalı metni ve ilgili açıklamalar konusunda bk. YAVUZ, Cevdet, Türk Medenî Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 2002, s. 668 vd. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. GÜRZUMAR, Osman Berat, Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı,

maliki, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisini veren bir irtifak hakkı kurabilir”¹².

Tanınan yetki açısından bakıldığında üst hakkı sahibi, hakka konu yapının mülkiyet hakkına sahip olacaktır¹³. Böylece bir arazi üzerinde iki ayrı mülkiyet hakkı yaratılmaktadır. Bunlardan ilki üst hakkının üzerinde kurulduğu yüklü taşınmazın mülkiyet hakkı, diğeri de üst hakkına konu, var olan ya da hakkın verdiği yetkiyle inşa edilecek yapı üzerinde sahip olunacak mülkiyet hakkıdır. Birleşme ilkesinin istisnası¹⁴ olan üst hakkında, iki mülkiyet yaratıldığı belirlemesi, yapının mülkiyetinin taşınmazın mülkiyetinden ayrılarak, bir yerden başka bir yere taşınabileceği biçiminde anlaşılamayacaktır. Çünkü buradaki ayırım bir teorik soyutlamadır.

Üst hakkının yapı üzerinde sağladığı mülkiyet hakkının niteliği konusunda, öğretide türlü görüşler ileri sürülmektedir: Katıldığımız görüş uyarınca söz konusu hak, yasadan doğan kendine özgü bir taşınmaz mülkiyetidir. Üst hakkında mülkiyet hakkına konu yapı, niteliği gereği bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya, yani “taşınır eşya” değildir. Öte yandan MK m. 704 ve 998 hükümleri karşısında, “taşınmaz eşya” da değildir. Ancak fiziksel özellikleri gereği “taşınmaz şey”dir. Bu durumda yapıyı

Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil, İstanbul 2001, s. 17 vd.

¹² Üst hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bk. ARAL, Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul 1962; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 159 vd; ÜNAL, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988; GÜRZUMAR age.

¹³ Medenî Kanun m. 718/II uyarınca taşınmaz mülkiyetinin kapsamı içerisinde yer alan ve üst hakkının da konusunu oluşturan yapılar, birleşme ilkesinin gündeme gelebilmesi için hareket noktası olarak, sürekli kalmak amacıyla yapılmalıdır. Kavram özellikle binaları kapsamaktadır; ancak sadece binalarla sınırlı değildir. Temel belirleyici öge, söz konusu şeyin yapay şekilde ve teknik yardımıyla arazinin altına ve üstüne birleştirilen (bağlanan) yapı ve tesis olmasıdır. Durum bu olunca binalar dışında, elektrik direkleri, tren rayları, köprüler, tüneller, teleferik-telesiyej yapıları, garajlar, sığınaklar, anıtlar, su depoları, barajlar hep bu kavram içerisine girmektedir. ESENER/GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara 1996, s. 164; GÜRZUMAR, s. 110; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 392; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 797.

¹⁴ Birleşme ilkesi, Roma Hukukunda “superficies solo cedit” (üst arza tabidir) ifadesiyle dile getirilmektedir. İlke arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanmakla yararlı olacak ölçüde üstündeki hava katmanını da kapsadığı biçimindeki MK m. 718/I hükmüyle, yasamızda da benimsenmiştir. Bu bağlamda, üst hakkına konu yapının mülkiyetinin, üzerinde kurulduğu arazi mülkiyetinden ayrılarak hak sahibine tanınması, birleşme ilkesine yasayla getirilen bir sınırlama, istisna olmaktadır. Üst hakkının birleşme ilkesinin istisnası olduğu yolundaki görüşler için bk. ARAL, s. 30; GÜRZUMAR, s. 32-33; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 398; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 633.

kendine özgü bir eşya kabul ederek, hakkı da, yasadan doğan kendine özgü bir taşınmaz mülkiyeti kabul etmek yerinde olacaktır¹⁵.

Yasal düzenleme uyarınca şahsî irtifak olarak kaleme alınan üst hakkı, eşyaya bağlı şekilde de kurulabilecektir. Süresinden önce devir talebine ilişkin hükümler, bu ayırımdaki iki hak türü açısından da uygulanacaktır¹⁶. Bu nedenle inceleme açısından üst hakkının türünün önemi yoktur ve bu konuda daha fazla bilgi verilmeyecektir.

III. Borçlandırıcı İşlem-Tasarruf İşlemi Ayrımında Üst Hakkı ve Taraflara Yüklediği Edimler

Süresinden önce devir talebi üst başlıklı temel irdeleme öncesi, üst hakkını kuran sözleşmeye kısaca değinmek ve bunun için de borçlar hukuku genel hükümlerine bir göz atmak yarar sağlayacaktır. Tasarruf işlemi niteliğindeki üst hakkının tescili talebinin temelinde, resmî senet olarak adlandırılan, borçlar hukuku kurallarına bağlı, isimsiz bir sözleşme bulunmaktadır. Üst hakkı sahibinin, malike ivaz ödeyeceği durumda da -yaşamın olağan akışı uyarınca çoğunlukla böyle olacaktır- karşımızda tam iki taraflı (synallagmatik) bir sözleşme bulunmaktadır.

Tescille kurulacak üst hakkının borçlandırıcı işlemi niteliğindeki sözleşme, irtifak haklarını düzenleyen genel hükümlerde, mülkiyet hakkına yapılan yollama uyarınca resmî şekle bağlıdır (MK m. 780/II, 705, 706). Buna göre üst hakkını kuracak sözleşme, tapu memurlarınca re'sen düzenleme biçiminde yapılacaktır (TK m. 26/I). Şekle ilişkin buyurucu hüküm, geçerlik koşulunu belirlemektedir (BK m. 11). Kamu

¹⁵ AKİPEK, Jale, Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 67; GÜRZUMAR, s. 116-117; ÜNAL, s. 107-108. Üst hakkı sahibinin yapı üzerindeki mülkiyet hakkının niteliği öğretide taşınır mülkiyeti, taşınmaz mülkiyeti ve kendine özgü bir mülkiyet hakkı görüşleriyle ortaya konulmuştur. Konuyla ilgili tartışma ve görüşler için bk. AKİPEK, 64 vd.; ARAL, s. 33 vd.; GÜRZUMAR, 116-117; ÜNAL, s. 104 vd.

¹⁶ Aynı yöndeki görüş için bk. GÜRZUMAR, s. 143 ve üst hakkı türleri konusunda ayrıntılı bilgi için bk. GÜRZUMAR, s. 36 vd.; ÜNAL, s. 145 vd.

düzenini ilgilendiren önemde bir geçerlik koşulu asıl olup, aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük (mutlak butlan)tür¹⁷.

Kurucu tescille üst hakkının doğumunda, sebebe bağılılık (illilik) ilkesi uyarınca, tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinin temelinde, tescilin sebebi olarak geçerli bir sözleşme yer almalıdır¹⁸. Aksi takdirde -örneğin sözleşme resmî şekilde yapılmadığı durumda- bu sözleşmeye bağlı şekilde yapılacak tescil (tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebi ve ardından yapılacak tescil geçerlik koşullarını taşısa bile) yolsuz tescil olacak; sadece şeklen tapu sicilinde görünecek; madden bir değeri bulunmayacaktır (MK m. 1024/II) .

Resmî senet olarak adlandırılan, illilik ilkesi uyarınca tescil talebinin sebebini oluşturan üst hakkı sözleşmesinin tarafları, üst hakkı sahibi ile üst hakkı ile yükümlenecek taşınmazın malikidir. Kural olarak tescille kurulan üst hakkında, talep hakkı sahibi, taşınmazı üst hakkıyla yükümlenecek maliktir (MK m. 1008, 1013/I). Tapu memuru, malikin kimliğinin belirlenmesinin ardından, yazılı olması gereken talebi işleme koyacak ve tescili yapacaktır (MK m. 1013/I, TST m. 13, 30).

İstisnaen üst hakkı sahibi de tescil talebinde bulunabilecektir. Üst hakkı sözleşmesi uyarınca talepte bulunmayan taşınmaz maliki karşısında, üst hakkı sahibi, mülkiyet hakkının kazanılması hükmüne kıyasen açacağı tescile zorlama davası (MK m. 780/II, 716) üzerine alacağı ilâmla tapu siciline giderek, mahkeme hükmüyle kurulmuş hakkının açıklayıcı tescilinin yapılmasını sağlayabilecektir

Üst hakkının kurulmasına ilişkin tescilin etkisi, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlayacaktır (MK m. 1022/II, TST m. 6, 22, 24). Hakkın içeriği, tescilin

¹⁷ Geçerlik koşulunun özelliği ve aykırılığın yaptırımını konusunda bilgi için bk. DURAL/SARI, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006, s. 180-181; OĞUZMAN/ BARLAS, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2005, s. 149 vd., 158.

¹⁸ Bazı hukukî işlemlerde aranan geçerlik koşulu olarak tasarruf işleminde illilik ve geçerlik koşulunun bulunmamasının yaptırımını için bk. OĞUZMAN/BARLAS, s. 152, 158.

sınırları içinde olmak üzere, dayandığı belgelere, bu bağlamda tamamlayıcı belge niteliğindeki üst hakkı sözleşmesine göre belirlenecektir.

Üst hakkı sözleşmesi, borçlandırıcı işlem olarak hem üst hakkı sahibi hem taşınmazı üst hakkı ile yükümlenecek malik için bir takım yükümlülükler getirecektir. Çoğunlukla iki tarafa borç yükleyecek olan sözleşme, her iki tarafın malvarlığına etki açısından hem borçlandırıcı hem kazandırıcı işlem niteliğinde bulunacaktır. Karşılıklı borç altına girilen üst hakkı sözleşmesi, taraflar için aslî ve talî bir takım yükümlülükler doğuracaktır. Yükümlülük örnekleri olarak; malik için irtifakın kurulmasını sağlayacak tescil talebinde bulunma, üst hakkı sahibinin hakkından gereği gibi yararlanmasına engel olacak tasarruflardan kaçınma; üst hakkı sahibi için üst hakkına konu yapı henüz yoksa onu inşa etme, üst hakkı bedelini ödeme, inşaat artıklarını temizleme, yapının bakımını, zilyetliğine sahip olduğu alanın temizliğini yapma verilebilecektir.

İncelemenin esasını oluşturması dolayısıyla, bundan böyle üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranışlarına değinilecektir. Bu bağlamda yasal düzenleme doğrultusunda, resmî senette yer alacağı belirtilen m. 827’de sayılan konular da, üst hakkı sahibinin temelde yatan borç ilişkisinden doğan yükümlülükler olarak ortaya çıkmaktadır. Üst hakkı sözleşmesinde yer alan üst hakkı sahibinin yükümlülükleri, verme, yapma, yapmama (kaçınma ve katlanma) edimleri şeklinde olabilecektir.

Üst hakkı sözleşmesinde, hakkın belirli kişilere devredileceği ya da belirli bir kişiye devredilemeyeceği yolunda -geçerli- bir tasarruf sınırlaması bulunduğunu kabul edelim. Örnek devamında edim yükümlülüğü ve aykırı davranış biraz daha ayrıntılı irdelenerek şunlar söylenebilecektir: Tasarruf sınırlamasına uygun davranmak üst hakkı sahibi için bir yapmama borcudur. Sözleşmede yer alan tasarruf sınırlamasına ilişkin hüküm, hak sahibi açısından, hakkı, sınırlamaya aykırı şekilde bir başkasına devretmekten kaçınma yükümlülüğü içermektedir. Bu durumda üst hakkı sahibinin yapması gereken öncelikle, borçlanma işleminden doğan yükümlülüğüyle hakkı sınırlamaya uymayan birisine devretme sonucunu doğuracak tasarruf işlemini yapmaktan kaçınmaktır. Üst hakkı

sahibinin resmî senette yer alan yükümlülüklerini çiğnemesi eylemi oluşturacak aksi durumda, niteliği elverdiği ölçüde -kıyasen- Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Örnek açısından bir yapmama edimine aykırılık bulunduğu için, BK m. 96 vd. hükümlerle İİK m. 30 hükmü uygulanacaktır. Yapmama borcuna aykırılığa ilişkin BK m. 97/II hükmü, borçlunun tazminat yükümlülüğünü, son fıkra hükmü ise borca aykırılıkla ortaya çıkan durumun sona erdirilmesini düzenlemektedir. Öte yandan özellikle süreklilik arzeden yapmama borçlarına aykırılık durumu için İİK m. 30/III hükmü, borçlunun İİK m. 343 uyarınca bir aydan üç aya kadar hapis cezasına mahkum edilebileceğini belirtmektedir¹⁹.

IV. Yasadan Doğan Eşyaya Bağlı Borç Olarak Üst Hakkının Süresinden Önce Devri Talebi

Üst hakkının çoğunlukla tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme sonrasında kurulacağını belirtmiştik. Bu bağlamda hakkın temelindeki ilişkiden doğan borçlara aykırılık, genel hükümler noktasında BK m. 96 vd. uyarınca sorumluluğu gündeme getirecektir. Yükümlülükler aykırılığın temerrüt koşullarını oluşturması durumunda, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hakkındaki özel hükümlerin uygulanması olanağı tartışılabilir. Bunların dışında üst hakkı, özellikle üst hakkı sahibinin bazı davranışları karşısında, eşya hukuku kitabındaki ayrıntılı düzenleme kapsamında, özel hükümler doğrultusunda da sona erdirilebilecektir. Bu başlık altında, nedenleriyle birlikte, eşyaya bağlı borç oluşturan süresinden önce devir talebi olanağı irdelenecektir.

¹⁹ Yapmama borçlarına aykırılığın yaptırımı konusu öğretide tartışmalıdır. OĞUZMAN/ÖZ'de yapmama borçlarına aykırılığın aslen imkansızlık yarattığı, ifa davası açılmayacağı, ancak aykırılık yüzünden doğan zararın tazmininin istenebileceği belirtilmektedir (BK m. 97/II). Görüş uyarınca yapmama borcu devamlı şekilde yüklenilmişse, her aykırı davranış ilerde de aykırı davranma tehlikesi ortaya çıkaracağı için, borçlu İİK m. 30/III hükmü olanağıyla borca uymaya riayete davet edilebilecek; aykırılık devam edecek olursa, bir aydan üç aya kadar hapis cezasına mahkum edilebilecek olup, bu durumda aslolan da bir cebri icra değil, sadece bir tazyiktir (OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 335). Karşıt görüşe göre ise yapmama borçlarına aykırılık durumunda da, alacaklı aynen ifa davası açabilecek; yapmamaya ilişkin yargı kararı sonrası aykırılığa devam eden borçlu, İİK m. 30/III hükmünden yararlanılarak hapisle cezalandırılabilecektir (EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 992; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 923-924).

Medenî Kanun m. 831 hükmü uyarınca: “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 isteyebilir”.

Öncelikle süresinden önce devir talebi hükümlerinin konuluş amacının ve içeriğinin irdelenmesi yarar sağlayacaktır: Medenî Kanun m. 831 ve 832 hükümleri, mehz İsviçre Medenî Kanunundaki değişikliklerinin gerekçesini oluşturan ve bizdeki değişiklikler açısından da geçerli sakıncaları önlemeye yönelik hükümlerdir. Sakıncalardan ilki, taşınmaz maliklerinin üst hakkı sözleşmelerine koydukları, neredeyse üst hakkı sahibinin sözleşmeden doğan borçlarına her türlü aykırılığında üst hakkının sona ereceği ve yapı üzerinde üst hakkından doğan mülkiyetin de hiçbir tazminat ödenmeksizin yüklü taşınmaz malikine kalacağı yolundaki kayıtlardır. Yine üst hakkı sahibinin sözleşmeye aykırı her davranışında kullanılabilecek şekildeki koşula bağlı iştirah hakları da, ikinci sakıncayı oluşturmaktadır²⁰. İşte MK m. 831-833 hükümleri bu sakıncaları önlemek amacıyla getirilmiş hükümlerdir.

Medenî Kanun m. 831 hükmü koşullarının irdelenmesine gelince: Yetkilerin sınırının ağır şekilde aşılması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerle önemli ölçüde aykırı davranılması, malikin tek başına karar vereceği olgular değildir. Öte yandan maddenin ifadesinden burada, dava yoluyla kullanılması zorunlu bir hak bulunmayıp, bozucu yenilik doğurucu bir işlemin bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna göre haktan doğan yetkilerin ağır şekilde aşıldığı veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerle önemli ölçüde aykırı davranıldığı iddiasında bulunan malik, yenilik doğuran hakkını kullanmış olacak; talebin üst hakkı sahibine varması ile birlikte, hakkı devir borcu doğacaktır²¹.

²⁰ GÜRZUMAR, s. 136.

²¹ Devri talep hakkının bir yenilik doğuran hak olduğu yolundaki görüşler için bk. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 675; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 708 (yazar koşula bağlı bir iştirah -dolayısıyla bir yenilik doğuran hak- belirlemesi yapmaktadır). GÜRZUMAR da burada yasadan doğan bir devir borcu bulunduğunun söylenebileceğini belirtmekte; devamla bu kabulün bir takım güçlükleri de beraberinde getireceğini açıklamaktadır (görüş ve gerekçeler için bk. s. 146-147 ve özellikle dn. 564a).

Üst hakkı sahibi, kabul ile terkinde rıza gösterecek olursa, devir borcunun gereğini yerine getirmiş bulunacak; sorun kalmayacaktır. Aksi durumda, başka deyişle üst hakkı sahibi terkin talebinde bulunmazsa, sorunla karşılaşılacaktır. Bu olasılıkta malikin açacağı dava, yolsuz tescilin düzeltilmesine yönelik bir dava olmayıp, MK m. 716'ya kıyasla açılacak bir tescile zorlama davasıdır. Davada verilecek karar, bir tesbit kararı olacaktır. Çünkü bildirim, sonuçlarını mahkemeye yöneltildiği ya da yargıcın kararının kesinleştiği anda değil, yenilik doğuran hakkın muhataba iletiltiği anda doğuracaktır. Bu nedenle yargıcın vereceği karar kurucu değil açıklayıcıdır²².

Başka deyişle, süresinden önce devir talebine uymayan üst hakkı sahibinin, bu davranışıyla ortaya çıkan uyuşmazlığın incelendiği dava, inşai bir dava olmayıp, üst hakkı sahibinin devir talebinin koşullarının oluşmadığı yolundaki itirazı sonucu yargıcın, itirazın reddi ile üst hakkının terkinine karar vermesi ile sonuçlanacak bir (müsbet) tespit davası olacaktır. İtirazın kabulü durumunda ise, üst hakkının süresinden önce devir talebinin tek taraflı kullanılmasının geçersizliğine değil; kullanılma sebeplerinin oluşmadığına ilişkin (menfi) tespit ile davanın reddine karar verilecektir²³.

Öte yandan MK m. 831 hükmü ile yüklü taşınmaz malikine tanınan, üst hakkının süresinden önce kendisine devrini isteme hakkı, üst hakkını kuran sözleşmede bu yolda bir kayıt konulmuş olmasından bağımsız şekilde kullanılacaktır. Bu demektir ki maddedeki koşullar gerçekleştiği zaman, taşınmaz maliki, resmî senette aykırılık durumunda devrin istenebileceği yolunda bir hüküm bulunmasa da, süresinden önce devir talebinde bulunabilecektir. Ancak bunun için kendisine kalacak yapılara karşılık uygun bir bedel ödemek zorundadır.

Daha sonra gelen m. 833 hükmü ise, üst hakkı sözleşmesine yollamada bulunarak, yüklü taşınmaz malikinin, üst hakkını süresinden önce sona erdirme veya devrini

²² SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 516-517. GÜRZUMAR bu durumda, dava sonucunda verilen kararın, üst hakkının sicil dışında sona erdiğine ilişkin inşai bir karar olacağı ve malikin bu karara dayanarak MK m. 1013/II'ye kıyasla terkin isteyebileceği görüşündedir (bk. GÜRZUMAR, s. 137, dn. 535). Aynı görüş için ayrıca bk. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, s. 716.

²³ Tesbit davaları konusunda ayrıntılı bilgi için bk. KURU, Baki, Tesbit Davaları, Ankara 1963, s. 12 vd.

isteme yetkisinin süresinden önce devir istemine ilişkin hükümlere bağlı olduğunu belirtmektedir. Anımsanacağı gibi genel hükümlerde sözleşmeden dönme olanağı sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt durumu için öngörülmüştür²⁴. Satım sözleşmesi hükümlerinde ise satılanın alıcıya tesliminden sonra sözleşmeden dönme olanağı, bu hakkın sözleşmede saklı tutulmasına bağlı kılınmıştır (BK m. 211/III). Veresiye satım hakkındaki özel hüküm, genel nitelikteki temerrüt hükmünü değiştirmektedir. Acaba üst hakkına ilişkin MK m. 833 hükmü de tıpkı satım sözleşmesindeki gibi özel hüküm olarak mı değerlendirilecektir? Başka deyişle, yasa koyucunun üst hakkı sözleşmesinin feshi olanağını genel hükümlerden farklı düzenlemeye bağlı kıldığı mı kabul edilecektir?

Soruya olumlu yanıt verildiği takdirde, yükümlülüğüne aykırı davranan üst hakkı sahibi karşısında yüklü taşınmaz malikinin, ancak kendisine kalan yapılar için uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeden dönebileceğini kabul gerekecektir. Sorunun yanıtı olumsuz olacaksa, taşınmaz maliki herhangi bir bedel ödemek durumunda kalmadan, üst hakkı sahibinin hakkı kendisine devretmesini isteyebilecektir. İki durumda da taşınmaz malikinin, isteğine olumlu yanıt vermeyen üst hakkı sahibine karşı MK m. 716'ya kıyasla tescile zorlama davası açması gerekecektir.

İşte bir sonraki başlık altında yapılacak açıklamalarda, yasadaki süresinden önce devir talebi düzenlemeleriyle kurulacak bağlantılarla, bu soruların yanıtları verilmeye çalışılacaktır.

V. Üst Hakkı Sözleşmesi Hükümleri Uyarınca Süresinden Önce Devir Talebi

Bir önceki başlıkta, yasa hükmü uyarınca süresinden önce devir talebi olanağını irdelerken, ilgili hükümlerin getirilme nedenlerinin uygulamada üst hakkı

²⁴ Yasada temerrüt uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesi hakkında fesih kavramı kullanılmıştır. Ancak sürekli ifalı borç ilişkileri dışında, sözleşmenin sona erdirilmesi, geriye etkili şekilde ilişkiyi ortadan kaldıracak olup, teknik adı rücu, dönmedir. Bu nedenle genel olarak sözleşmenin sona erdirilmesinden söz edilirken sözleşmeden dönme ifadesi kullanılacaktır.

sözleşmelerine üst hakkı sahibi aleyhine konulan kayıtlar olduğunu belirtmiştik²⁵. Ancak bu yoldaki yasa hükümleri, taraflar arasındaki sözleşmeyle süresinden önce devir talebi sebebi belirlenemeyeceği sonucuna götürmeyecektir. Anımsanmalıdır ki üst hakkının temelinde bulunan borçlandırıcı işlem niteliğindeki resmî senet, bir sözleşmedir. Sözleşmeler, iki taraflı hukukî işlemler olarak borçlar hukuku sahasını akla getirecektir. Bu sahada geçerli temel ilkelerin başında, irade serbestisi gelmektedir. Bunu tamamlayan bir bilgiyle, borç ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri büyük oranda yedek hükümlerdir. Bu demektir ki taraflar aralarındaki sözleşmede aksini düzenlemedikleri takdirde eksikleri tamamlamak üzere tamamlayıcı, anlamı yeterince açık olmayan düzenlemelerde anlamı belirlemek üzere yorumlayıcı yedek kurallar uygulanacaktır²⁶. Kısa anımsatma sonrası üst hakkı sözleşmesi de, tescilin temelindeki borçlandırıcı işlem olarak, irade serbestisi ilkesinin geçerliğini sürdürdüğü bir hukukî işlemdir. Serbestinin sınırı burada da bir yönüyle de ilkenin vurgulandığı buyurucu hükümlerdir (BK m. 19, 20, MK m. 23).

Açıklamalar doğrultusunda taraflar, üst hakkının süresinden önce devri talebini sözleşme hükmüyle de düzenleyebileceklerdir. Başka deyişle sözleşmede üst hakkı sahibine getirilecek bazı yükümlülöklere aykırılığın yaptırımını, üst hakkının süresinden önce devri talebi nedeni olarak belirleyebileceklerdir. Ancak bu olanak MK m. 833 hükmüyle birlikte değerlendirilmelidir²⁷. Çünkü hüküm, sözleşmede saklı tutulan süresinden önce devri isteme yetkisinin, süresinden önce devir istemi hükümlerine bağılı olduğunu belirtmektedir. Kuşkusuz bu buyurucu bir hükümdür ve buyruğun ne olduğı belirlenmelidir.

Belirleme için irdelenecek yönlere gelince: Süresinden önce devir talebine ilişkin yasa hükümlerinde devir sebepleri ve devrin hükümleri açıklanmaktadır. Sebepler açısından altı çizilen nokta, bunların belirli ağırlıkta olması; hükümler açısından altı çizilen nokta

²⁵ Bk. yukarda IV başlığı altında dn. 21 öncesindeki metin ve dipnotta belirtilen eser.

²⁶ Yasa hükümlerinin nitelikleri uyarınca sınıflanması ve sınıflamadaki ayrımlardan buyurucu, yedek hüküm türleri konusunda bilgi için bk. DURAL/SARI, s. 104 vd.; OĞUZMAN/BARLAS, s. 64 vd.

²⁷ Medenî Kanun m. 833 hükmünün ifadesi bir yönüyle de, sözleşmede süresinden önce devir sebepleri öngörölebileceğini belirtmektedir.

ise devir durumunda malikin, üst hakkı sahibine, kendisine geçecek yapılar karşılığı uygun bir bedel ödemesi gereğidir. Akla gelecek soru ise yollama yapan hükmün, süresinden önce devir düzenlemelerini hangi ölçüde dayattığıdır. Başka deyişle acaba sözleşmede saklı tutulan üst hakkının süresinden önce devri sebepleri açısından yasal düzenleme, sebepler noktasında mı uygulanacaktır hükümler noktasında mı? Bir başka olasılık hem sebeplerin hem hükümlerin sözleşme düzenlemelerinde de uygulanması buyruğudur.

Öğretide genel eserlerde konuya kısaca değinilip, sözleşme uyarınca üst hakkının sona erdirildiği veya hakkın devrinin istendiği hallerde de, m. 831, 832 hükümlerinin uygulanacağı; hakkın kullanılma şartları, yapılar için ödenecek tazminat konusunda ilgili hükümlere gidileceği belirtilmektedir²⁸. Görüşler aktarılan ifadelerden oluştuğu için, soruların hangisinin yanıtını içerdiğini söylemek güçtür. Konu hakkındaki monografik incelemesinde soruyu irdeleyen GÜRZUMAR ise yasa koyucunun bu tür sözleşme kayıtlarını da m. 831, 832 hükümlerine bağlı kılmak istediğini, anılan hükümlerin buyurucu olduğunu, bu nedenle ilgili kayıtların bunlara aykırı olamayacağını, koşulların sözleşme ile değiştirilemeyeceğini belirtmektedir. Açıklamalarını örneklerle sürdüren yazar, sözleşmenin üst hakkı sahibi tarafından hafif ihlâlî -veya hafif ihlâl sayılabilecek fiiller tek tek sayılarak, işlenmeleri- halinde üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devredileceğini; sözleşmenin ağır ihlâlî halinde, üst hakkı sahibine yapılar nedeniyle herhangi bir tazminat ödenmeksizin üst hakkının yüklü taşınmaz malikine devredileceğini belirten sözleşme kayıtlarının BK m. 19/II, 20/II uyarınca batıl olacağını belirtmektedir²⁹.

²⁸ Anılan eserlerden ikisi Medenî Kanun değişikliği öncesinde yazılmış olmaları itibarıyla, malikin kendisine kalacak yapılara karşılık üst hakkı sahibine yapacağı ödeme eski yasa terminolojisine uygun şekilde "tazminat" olarak ifade edilmiştir HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 708; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 675; TEKİNAY, s. 61.

²⁹ GÜRZUMAR, s. 137-138.

Üst hakkı, içeriği düşünıldığında hem malikin hem irtifak hakkı sahibinin çıkarları açısından elverişli bir araçtır³⁰. Temel yaklaşımla tarafların eşit konumu, durumu göz önünde tutulmalıdır. Yasadaki süresinden önce devir talebi olanağı da koşullar ve hükümler yönünden bakıldığında karşılıklı korumayı sürdürmektedir. Bu demektir ki üst hakkı sözleşmesi hükümlerinde de bu yön gözetilmelidir. Taraflardan herhangi birisinin diğeri karşısında üstün haklara sahip olması kabul edilemeyecektir. Sözleşmeye konulacak süresinden önce devri isteme yetkisi hükümleri, üst hakkı sahibi karşısında taşınmaz malikini daha fazla koruyan içerikte olabilecektir. Bu bağlamda kanımızca hükümler birlikte değerlendirildiğinde şunlar söylenebilecektir:

Sözleşmedeki süresinden önce devri isteme sebepleri, objektif ya da subjektif esaslı unsurlara aykırı davranışlara bağlı kılındığı takdirde, yasa hükmünün gereği yerine gelmiş olacaktır. Yine böyle bir durumda hakkın, konu yapılarla birlikte sözleşmede kararlaştırılan süreden önce malike dönmesi durumunda, üst hakkı sahibine yapıların değerine uygun bir bedel ödenmelidir. Böylece süresinden önce devir talebi, temel olarak taşınmaz malikini korurken, üst hakkı sahibi de, bedel ödenmesinin güvence altına alınması devamında hakkın devri yolundaki buyurucu hükümle korunacaktır (MK m. 832/II). Sonuçta ilgili hükümler, bir boyutuyla yasadan doğan bir borç doğrultusunda tarafların adil hesaplaşmasını sağlayacaktır.

Bir başka yönün vurgulanmasıyla şunlar söylenebilecektir: Süresinden önce devirle ilgili sözleşme hükümleri, sözleşmede hüküm bulunmasa da devir olanağı tanıyan yasa hükümlerinin getirilme nedenleri akılda tutularak değerlendirilmelidir. Bu anlamda elbette hafif borca aykırı eylemlerde dahi süresinden önce devrin istenebileceği yolundaki hükümler geçerli kabul edilmeyecektir. Aksi ileri sürüm, daha önceki yasal düzenlemede olmayan, sözleşmede hüküm bulunmasa da süresinden önce devrin talep edilebilmesine olanak tanıyan hükmün, olumsuz örneklerin yanı sıra bir kez daha ve

³⁰ Üst hakkının hak sahibi ve taşınmaz maliki açısından yararları konusunda bilgi için bk. GÜRZUMAR, s. 23 vd.

sadece taşınmaz malikinin korunmasına hizmet edeceği, kabul edilemez sonucuna götürecektir.

Öte yandan sözleşme hükümleri doğrultusunda süresinden önce devri isteme yetkisinin, ancak malike kalacak yapılar için uygun bir bedelin üst hakkı sahibine ödenmesi sonrasında kullanılabilmesi, daha önceki hükümde “tazminat” yerine “bedel” kavramının getirilmesinin anlamına da uygun düşecektir. Tazminat “zarar”ın varlığı durumunda gündeme gelecekken; “bedel” zarar koşulundan bağımsız, yapının “ederi, değeri” olarak ödenecektir. Kuşkusuz bu yaklaşım, karşılıklı çıkarların yasa koyucu nezdinde gözetilmesi doğrultusunda yerinde ve anlamlıdır.

VI. Genel Olarak Üst Hakkı Sözleşmesinden Doğan Borçlara Aykırı Davranışların Temerrüt ve Süresinden Önce Devir Talebi Açısından Değerlendirilmesi

Üst hakkının süresinden önce devri talebi, üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda gündeme gelecektir. Bu nedenle yüklü taşınmaz malikinin yükümlülüklerine aykırı davranması ve aykırılığın yaptırımını incelememiz dışındadır. Yine konu, üst hakkı sahibinin borçlarına aykırı davranışları yönünden de sınırlandırılmalıdır. Hakkın süresinden önce devri talebinde bulunma olanağı, kural olarak hak sahibinin, hakkın kurulmasını sağlayan tescil sonrasındaki yükümlülüklerine aykırı davranışları uyarınca söz konusu olabilecektir³¹.

Üst hakkı sahibinin resmî senette yer alan -özel yaptırım öngörülmemiş- yükümlülüklerini çiğnemesi, Borçlar Kanunu genel hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir. Çünkü üst hakkına ilişkin ayrıntılı hükümlerde bu konu düzenlenmemiştir. Karşımızda bulunan üst hakkının sebebini oluşturan borçlandırıcı işleme aykırı davranışlardır. Üst hakkı sözleşmesi, iki taraflı bir hukukî işlem, sözleşmedir ve genel ifadeyle “borca aykırı” davranışlar, BK m. 96 vd. hükümleri akla

³¹ Bir yönüyle hakkın taşınmaz malikine dönebilmesi için önce üst hakkı sahibine gitmesi, bu anlamda kurulmuş olması gerekir.

ve uygulamaya getirecektir. Bu bağlamda örneklerle üst hakkının ivazı olarak kararlaştırılan, her yıl ödenecek, satış hasılatından ciroya katılma payının ifasında temerrüde düşülürse, BK m. 105 hükmünce temerrüt faizi istenebilecek; aynı şekilde bir yapma veya yapmama edimine aykırılık, BK m. 96 vd. hükümlerle İİK m. 30 hükmüne bağlı olacaktır.

Bunun dışında, temerrüt nedeniyle sözleşmenin feshi hakkının burada kullanılıp kullanılamayacağı (BK 106/son) ve devamında Borçlar Kanununun temerrüt hükümlerinin (ihtar, uygun mehil gibi) uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olabilecektir.

Bu noktada temerrüt ve süresinden önce devir talebinin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir: MK m. 831 vd. hükümlerde, temelde yatan borç ilişkisinin ortadan kaldırıldığı, bunun süresinden önce devir talebi sonucuyla tasarruf işlemine yansıtıldığı bir durum asıldır. Tartışma, borçlandırıcı işlemde doğan yükümlülüklerde temerrüt dolayısıyla sözleşmenin feshi ile m. 831’de sayılan sebeplere bağlı olarak süresinden önce devir talebinin karşılaştırılması sonrası doğacak bulgulara ilişkindir. Değerlendirmede m. 833 hükmü de göz önünde tutulacaktır.

İlk bulgu, MK m. 831 hükmünün, m. 827’de örneklenerek sayılan konulardan olmayıp, resmî senette yer almayan, üst hakkının sınırlı aynî hak olarak verdiği yetkilerin aşılması durumunda da uygulanacağı sonucudur. Başka deyişle süresinden önce devir talebinde bulunabilmek; üst hakkı sahibinin hakkın içeriğiyle ilgili yükümlülüklerine uymaması durumuna indirgenemeyecektir. Ancak durum, “sözleşmeden doğan yükümlülükler önemli ölçüde aykırı davranış” belirlemesi ile sözleşme şeklinde ifade edilen resmî senette yer alan, yükümlülükler yollama yapılması konusunda karmaşıkmaktadır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını anımsayarak, karmaşıklığın irdelenmesinde şunlar söylenebilecektir: Üst hakkı sahibinin yükümlülüğüne uymaması durumunda, malik temerrüt hükümlerini uygulayarak sözleşmeyi sona erdirmek isterse, sürekli edim içeren borç ilişkilerindeki sonucun aktarımıyla, fesih sonrası, tapuda üst hakkının

terkini talebi olanağı vardır. Ancak aynı davranışın süresinden önce devir talebine konu bir hukuksal sebep oluşturması karşısında, bir de m. 831'in uygulanması olanağı vardır.

Genel hükümlere yönelik bu anımsatmanın pratik sonucu, bazı bilgilerin kısaca yinelenmesi ile daha iyi anlaşılacaktır: Burada sözleşmeden dönme sonucu, aynî haklar açısından özellik taşıyacaktır. Aynî hakların herkese karşı ileri sürülebilen, tapu sicili ile aleniyeti sağlanan haklar olmaları dolayısıyla, dönme ile borçlandırııcı işlemin geçersiz kılınması durumunda, geçerli şekilde yapılmış tasarruf işlemi bundan etkilenmeyecektir. Bunun anlamı şudur: Hakkın kuruluşunda, tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebi sonrasında, üst hakkını kazanan hak sahibi adına yapılan tescil geçersiz duruma gelmeyecektir. Burada hakkın kazanılması sonrası ve üst hakkı sözleşmesinden dönülme öncesi, borçlandırııcı işlem geçerli iken üst hakkı sahibinin hakkını üçüncü kişiye devretmesi olasılığında, tasarruf işlemi iyiniyet tartışmasına girilmeksizin geçerli olacaktır. Söz konusu olasılıkta üçüncü kişinin kazanımı korunacak; malik açısından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen bir kişisel talep söz konusu olacaktır^{32 33}. Çünkü taşınmaz maliki terkin talebini, ilke olarak sadece borçlusu üst hakkı sahibine karşı ileri sürebilecektir. Bu olumsuzluk karşısında taşınmaz malikine -üst hakkının üçüncü kişiye devredilmemiş olması durumunda onu amacına vardırarak- önerimiz, dönme yenilik doğuran hakkına uymayan üst hakkı sahibine karşı, MK m. 716 uyarınca açacağı tescile zorlama davası sonuçlanıncaya kadar, MK m. 1010 uyarınca, çekişmeyi tapuya şerh verdirmesi olacaktır.

³² SEROZAN, borçlandırııcı sözleşmeden dönmenin, aynî tasarruf işleminin geçerliğini etkilememesi sonucu, sözleşmeden dönen tarafın sadece kişisel bir talebe sahip olduğunu belirterek, bunun pek de elverişli bir statü olmadığını vurgulamaktadır. Yazar devamla, söz konusu talebin kötü niyetli üçüncü kişilere karşı bile ileri sürülemeyeceğini belirterek, sadece sözleşme tarafı yanında taşınmazı iktisap eden üçüncü kişinin de kötü niyetli olması durumunda nisbî bir başka olanağı dile getirmektedir. Buna göre nisbî iade alacaklısı sözleşen, olsa olsa üçüncü kişiye karşı BK m. 41/II kuralından yararlanarak, aynen tazmin ilkesi aracılığıyla kötü niyetle iktisap edilen şeyin geri verilmesini isteyebilecektir (s. 100-101).

³³ Böyle bir durumda, açılacak davanın şahsî nitelikteki sebepsiz zenginleşme davası olması ve zenginleşme konusunu iktisap eden üçüncü kişinin iktisabının, iyiniyet koşullarına başvuru gerekmeksizin korunması, bu tezimizi doğrulamaktadır.

Hakların yarışmasının söz konusu olduğu bu durumda³⁴, sözleşmede açıkça hükme bağlanmasa da, tâli (yan) yükümlülüklerin de sözleşmeden doğduğunu kabul eden yazarların görüşlerine uygun biçimde³⁵, bu yükümlülüklerle aykırılıkta temerrüde gidilerek, sözleşmenin erdirilebilmesi bir olasılıktır.

Örnekle somutlaştırarak, olasılığın ifadesine gelince: Üst hakkı sahibi, ucuz su almak için sınırından geçen derenin mecrasını değiştirip, dereye karışan alivyon oluşumuyla arazi kaybına sebep olmuş bulunsun. Acaba üst hakkı sahibinin, sözleşmeyi çiğnemediği, ancak üst hakkından doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aştığı kabul edilerek, kendisine karşı yalnızca özel hüküm m. 831'in uygulanmasına mı olanak tanınacaktır? Yoksa davranış aynı zamanda, üst hakkı sahibinin hakkını kullanırken, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının özüne zarar vermeme borcuna aykırılık gereği -sözleşmede yer alan borç olmadığı için m. 831 uygulamasına olanak tanımayan- temerrüt hükümlerinin uygulanabileceği bir durum olarak mı değerlendirilecektir.

Kanımızca üst hakkı sahibinin bu tür bir davranışı sözleşmeden doğan bir yan edim borcuna aykırılık oluşturmaktadır. Bu durumda yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sözleşmesini feshederek ortadan kaldıracabilmelidir. Ancak bu hak kullanılırken MK m. 833 dolayısıyla üst hakkı ilişkisinden kaynaklanan bir farkın ortaya çıkıp çıkmadığı tartışılabilir. Bir anlamda m. 833 ve onun yollama yaptığı 831 ve 832 hükümlerinin, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme karşısında, Borçlar Kanunu hükümleriyle tanınan sözleşmeden dönme durumlarını da kapsar şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusu sorulabilecektir. Acaba bu hüküm, örneğimizde de 831 ve

³⁴ GÜRZUMAR da MK m. 831-833 hükümlerinin yüklü taşınmaz malikinin, BK m. 96 vd hükümlerle, 106 hükmünün verdiği olanakları ortadan kaldırmadığını belirtmiştir (bk. GÜRZUMAR, s. 141).

³⁵ EREN, s. 31. Yazara göre, yan edim yükümleri aslî edime oranla tâli ve tâbi bir nitelik taşısalar da, aslî edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için borçlu yönünden bir yüküm, alacaklı yönünden de bir hakkı dile getirirler. Yan edim yükümlülükleri, kararlaştırıldıkları sözleşmede, ivaz ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin karşılıklı değişim ilişkisi içerisinde yer alırlar. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda alacaklı ifa davası açabilir. BK m. 96 ve 106 hükümlerine göre hareket edebilir (s. 33). Yan edim yükümlülükleri ile ilgili bir başka görüş de OĞUZMAN'a aittir. Yazar yan borçları bağımlı ve bağımsız olarak ikiye ayırmakta; aslî borcun amacına erişmesine yardımcı olan bağımsız borçların asıl borçtan ayrı olarak dava edilebileceklerini belirtmektedir OĞUZMAN, Kemal, Medenî Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 1985, s. 180.

832 hükümlerinin uygulanacağı, dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin, kendisine düşen yapılar için uygun bir bedel ödemek kaydıyla devri isteyebileceği şeklinde mi anlaşılabacaktır? Başka deyişle, üst hakkı sahibi, taşınmaz malikine karşı, borçlar hukukuna bağlı genel sözleşmeden dönme ilkelerinden farklı şekilde mi korunmuş olacaktır?

GÜRZUMAR, üst hakkının süresinden önce taşınmaz malikine devri hakkındaki m. 831 ve 832 hükümlerinin, süresinden önce devir talebinin uygulama alanının genişletilmesine ilişkin olarak nitelendirebileceğimiz m. 833 yollamasıyla, sözleşme hükümleri uyarınca hakkın sona erdirilmesi durumunda da uygulanacağını belirtmektedir. Yazara göre ilişkiyi sona erdirmeye, üst hakkı açısından özellik göstermektedir. Şöyle ki: Üst hakkı sözleşmesinin, üst hakkı sahibi tarafından ihlâl edilmiş olması dolayısıyla hakkın sona erdirilmesini veya yüklü taşınmaz malikine devredilmesini öngören sözleşme kayıtları hakkında da m. 831 vd. hükümler uygulanacaktır³⁶. Yazar daha sonraki, üst hakkı sözleşmesi yapıldıktan sonra ancak hakkın tescilinden önce, üst hakkını kazanacak tarafın sözleşmeye aykırı davranışı durumunda Borçlar Kanunu genel hükümlerinin uygulanabileceği, temerrüt karşısında taşınmaz malikinin m. 106/II hükmüne göre sözleşmeyi ortadan kaldıracabileceği yönündeki ifadeleriyle, tescil sonrasında temerrüt hükümlerine gidilemeyeceği olumsuz sonucunu dolaylı biçimde dile getirmiş durumdadır³⁷. Bu demektir ki hakkın kullanılmasının özellik taşıdığı durumda, temerrüt dolayısıyla sözleşmeyi ortadan kaldırmak isteyen taşınmaz maliki de -elbette m. 831 koşullarının gerçekleştiğini kanıtlama devamında- kendisine kalacak yapılar karşılığında üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödeyecektir. Taşınmaz maliki uygun bedeli ödedikten sonradır ki üst hakkı sahibinden terkin talebinde bulunabilecektir.

Değerlendirme ile görüşümüzün dile getirilmesi öncesi, iki kabul arasındaki pratik fark konusunda kesin bir yargıya varmadan, GÜRZUMAR'ın görüşünün eleştirisi ile şunlar

³⁶ GÜRZUMAR, s. 137-138. Böylece yazar, MK m. 831 vd. hükümleri, üst hakkının temelindeki borçlandırıcı işlemin sona erdirilmesi açısından özel hüküm niteliğinde kabul etmektedir.

³⁷ GÜRZUMAR, s. 141.

söylenilecektir: Yazarın görüşü BK m. 106'da tanınan temerrüt durumunda sözleşmeyi feshetme olanağını (genel hükümle tanınan hakkı) sınırlandırmakta; temerrüdü, tazminat koşuluna bağlı kılmaktadır. Borçlunun ifası mümkün ve ifa ile yükümlü olduğu muaccel edimi zamanında yerine getirmeyip gecikmesi durumunda ek bazı koşullarla gerçekleşen nitelikli borca aykırı davranış temerrüde bağlı haklar, MK m. 831 hükmüyle taşınmaz malikine tanınan süresinden önce üst hakkının kendisine devrini isteme hakkından önce, yasada genel hükümlerde tanınan bir olanaktır (BK m. 101 vd).

Temerrüt durumunda sözleşmenin feshini bedel ödeme koşuluna bağlı kılmak, genel hükümlerle taşınmaz malikine tanınan hakkın kullanılma koşullarını ağırlaştırmak anlamındadır. Çünkü bu görüşün kabulü, genel hükümle tanınan olanağın -bedel ödemek durumunda kaldığı için sözleşmeden dönmekten vazgeçen taşınmaz maliki örneğinde- özel hükümle ortadan kaldırıldığının kabulüyle eş değerdedir. Oysa kanımızca, MK m. 831 hükmünde aranan koşullar doğrultusunda, borcuna aykırı davranan üst hakkı sahibine karşı, yüklü taşınmaz malikine tanınan süresinden önce devri talep olanağı, temerrüt dışında sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanıyan, külfeti de kendisine kalacak yapılar karşılığı ödeyeceği bedel olan bir nimettir. Başka deyişle süresinden önce devri talep olanağı, temerrüdün koşulları oluşmadığı zaman ne yapacağını bilemeyen yüklü taşınmaz malikine yasanın verdiği bir akıldır.

Biz temerrüt koşulları oluştuğunda, yüklü taşınmaz malikinın sözleşmeyi feshedebilmek için bir de MK m. 831-833 hükümlerine uygun davranmak zorunda olduğu görüşüne bütünüyle katılmamaktayız. Şöyle ki: Temerrüdü düzenleyen genel hükümlerdeki sözleşmeden dönme olanağı, sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için tanınmıştır. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, karşılıklı çıkarlar, iki tarafın da edimini yerine getirmesi durumunda gerçekleşecektir. Bu bağlamda tarafların borçlarının ifa zamanı büyük önem taşımaktadır. İfası mümkün ve ifa zamanı gelmiş bir borç ifa edilmediğinde, bu edimle bağımlılık ilişkisi içindeki kendi edimini ifa edecek kişi için en elverişli yol bazen sözleşmeden kurtulmak olacaktır. Bir anlamda ifa ve ek olarak gecikme tazminatı ile ifadan vazgeçerek müspet tazminatı isteme yanında,

sözleşmeden dönme olanağının tanınması, aslında iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından olmazsa olmaz seçeneklerdendir. Yasa koyucu da düzenlemesiyle bunu teslim etmiştir.

Üst hakkı ilişkisinde, temeldeki sözleşme, üst hakkının süresi boyunca -çoğunlukla otuz yıl ve üzerinde, tapuya taşınmaz olarak da kaydedilecek şekilde tanınacaktır- taraflar arasındaki borç ilişkisinin kaynağıdır³⁸. Başka deyişle borçlandırıcı işlem olarak işlevi, üst hakkının tescilinden sonra ortadan kalkmayacak; hakkın süresi boyunca devam edecektir³⁹. Bu nedenle GÜRZUMAR'ın bir anlamda sadece üst hakkının tesciline kadarki borca aykırı davranışların Borçlar Kanunu genel hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracağı yolundaki görüşüne katılmamaktayız. Yasada üst hakkının süresinden önce devrini düzenleyen hükümler, genel hükümlerdeki, ifa zamanına ilişkin nitelikli borca aykırılık hali temerrüt dışındaki bir takım borca aykırı davranışlar hakkındadır. Başka deyişle temerrüt dışında, üst hakkının türüyle ilgili özel bazı durumların, "özel norm" niteliğindeki hükümlerle düzenlenmesinden oluşmaktadır. Kanımızca üst hakkı ilişkisinin farklı yapısı uyarınca tanınan ek bir olanaktır. Tıpkı satım sözleşmesi hakkındaki temerrüt düzenlemelerinde, ticarî satıma ilişkin hükümlerde söz edilmemesine rağmen (BK m. 187), genel hükme gidişle uygulanabilen sözleşmeden dönme seçeneği gibi⁴⁰, burada da temerrüt uyarınca sözleşmeden dönme, süresinden önce devir sebepleri dışında -yanı sıra- sahip olunan bir olanaktır.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta da şudur: Temerrüt durumunda tanınan sözleşmeden dönme olanağının amacı, tarafları sözleşme yapılmadan önceki durumlarına getirmektir. Hukukî ifadeyle sağlanacak sonuç "eski hale iade"dir. Üst hakkının süresinden önce devri seçeneği için öngörülen hükümlerde sağlanmak istenen ise -eski hale iadenin ilişkinin özelliğine uymayacak olması dolayısıyla- malikin her şeye "olan

³⁸ Benzer ifade için bk. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 708.

³⁹ Üst hakkı sözleşmesindeki hakkın içeriğiyle hükümlerin herkes için bağlayıcı olduğu -aynî etki taşıdığı- yolundaki MK m. 827 hükmü de bu tür bir kabulü doğrulayan hüküm olarak dile getirilebilecektir.

⁴⁰ Ticarî satımda temerrüt konusunda dile getirilen katıldığımız görüş için bk. BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1971, s. 52-53; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006, s. 119; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, s. 135; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2002, s. 78.

hal ile” kavuşmasıdır. Başka deyişle burada karşımızda bulunan “eski hale iade” değil, deyim yerindeyse “olan hal ile malike iade”dir. Bu anlamda üst hakkı ilişkisi de sürekli ifalı bir borç ilişkisi olarak ileriye etkili şekilde sona erdirilecektir.

Öte yandan temerrüt dolayısıyla sözleşmeden dönmede eski hale iadenin somut olayın özelliklerine uygun düşmeyecek olması dolayısıyla, süresinden önce devir hükümlerinden bir ölçüde yararlanılabilecektir. Bu anlamda uyuşmazlık durumunda, malike kalacak yapılar için üst hakkı sahibine -yasa hükümleri doğrultusunda süresinden önce devir durumunda ödenecek tutarda olmasa da- uygun bir bedel ödenmesine hükmedilebilecektir. Konuya ilişkin özel hükümden yararlanma olanağının bulunması, temerrüdün tamamen bir yana bırakılmasından daha uygun bir çözüm getirecektir. Haksız inşaattaki, sökülmesi aşırı zarara yol açacak malzemenin iadesi yerine uygun bir tazminat ödenmesi yolundaki hüküm düşünüldüğünde (MK m. 722/II ve III), karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının ardından kurulan bir sözleşme devamında yapılan yapının değerinin belirli tutarının, daha sonraki borca aykırı davranışlardan temerrüt uyarınca sözleşmeden dönme durumunda ödenmesinin evleviyetle hakkaniyetin gereği olduğu teslim edilecektir. Bir başka vurguyla bu sonuç, sözleşmeden dönme şeklindeki temerrüt hükmünün, öğreti görüşüyle, sürekli ifalı borç ilişkilerinde, ileriye etkili sona erdirmeye (feshin) şeklinde olması gerektiği yolundaki kabulün, bedel hükmü açısından üst hakkına uyarlanmasıyla oluşacaktır⁴¹. Başka deyişle sürekli ifalı borç ilişkilerinin özelliğinin, ileriye etkili fesih kabulünü gerektirmesi gibi; üst hakkı ilişkisinin özelliği de -hele de yapının hak kurulduktan sonra inşası örneğinde- temerrüt uyarınca ilişkiyi sona erdirmede ileriye etkili feshin bir uzantısı olarak, yapı karşılığı uygun bedel ödenmesi kabulünü gerektirmektedir.

⁴¹ Sürekli borç ilişkilerinde temerrüt durumunda ileri etkili fesih sonucu için bk. EREN, s. 1083; OĞUZMAN/ÖZ, s. 383; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (SEROZAN, İfa olarak anılacaktır), İstanbul 2006, s. 233.