

ROMA HUKUKU'NDA ÜST HAKKI (SUPERFICIES)

*Doç. Dr. A. Nadi GÜNAL**

I) KAVRAM

Başkasına ait bir arazi üzerinde bulunan ya da sonradan inşa edilen binayı, belli bir bedel karşılığında kullanabilme olanağı veren üst hakkının Roma'da ilk ortaya çıkışı Klasik Sonrası Dönem'e rastlamaktadır.

Roma'da mülkiyete ilişkin olarak en eski dönemlerden beri bilinen temel bir kural vardır: "Superficies solo cedit" (üst araziye ait olur)' şeklinde ifade edilen bu kurala göre herhangi bir arazi üzerinde inşa edilen binanın mülkiyeti, binayı yapan kim olursa olsun, arazinin sahibine ait olmaktadır. Eski Hukuk Dönemi ile Klasik Hukuk Dönemi'nde üst hakkı (superficies) bilinmemekteydi. Bu durum tamamen toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlar nedeniyle ortaya çıkmış bir kurumdur.

II) ÜST HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ VE TARİHİ GELİŞİMİ

1) ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Roma'da arazilerin oldukça büyük kısmının devletin ya da büyük toprak sahiplerinin elinde olması ve bunun yanında nüfusun da büyük bir hızla artması nedeniyle, başkalarına ait araziler üzerinde bulunan ya da sonradan inşa edilen binaların kullanılması bir zorunluluk haline geldi.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
1. Gai. Ins. 2. 73. Ayrıntı için bkz. Tahiroğlu, B.: Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul, 1981, sh. 51, dn. 43.

Başkasına ait bir arazi üzerinde varolan ya da sonradan inşa edilen binanın kullanılması, arazinin kamu arazisi² veya özel mülkiyete dahil bir arazi olmasına göre, özellikle arazinin devri sözkonusu olduğunda önemli ihtilaflar doğuyor. Ancak *Ius Civile* kuralları ve kurumları bu ihtilafın çözülmesini sağlayamıyordu. İşte bütün bu sebepler yeni bir kurum olarak üst hakkının (*superficies*) ortaya çıkmasında önemli bir etken olmuştur.

Üst hakkına hukuki bir kurum olarak ihtiyaç duyulmasının en önemli nedeni, başkasına ait bir arazi üzerinde bulunan ya da sonradan inşa edilen bir binanın kullanılması ve bu kullanım hakkının üçüncü kişilere devrini de içeren birçok yetkinin, bu hakka en çok benzeyen kurumlar olan kira sözleşmesi (*locatio conductio rei*) ile intifa hakkında (*ususfructus*) yeralmıyor olmasıydı. Şöyle ki; başkasına ait bir arazide yeralan binanın kiralanması halinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan haklarını başkasına devredebilmesi kiralamanın iznini gerektirmekteydi. Kiralayan devrin yapılmasına izin vermez ise devrin gerçekleşmesi mümkün değildi. Arazinin, dolayısıyla binanın maliki taşınmazı bir başka kişiye satıp devredecek olursa, yeni malikin önceki malikin yaptığı kira sözleşmesinin sürdürülmesi zorunluluğu bulunmuyordu.³ Roma'da bu konudaki kural, satım sözleşmesinin kirayı sona erdireceği⁴ şeklindeydi. Her ne kadar M.S. 214 yılında imparator Caracalla'nın yayınladığı bir emirname⁵ ile, kiracının sebepsiz olarak gayrimenkulden tahliye edilemeyeceği esası getirildi ise de, kira sözleşmesinde kiracı ile kiralayan arasındaki hukuki ilişki nisbi, dolayısıyla şahsi bir nitelik taşıdığı için sadece kira sözleşmesinin taraflarını bağlamakta, yeni malike karşı kiracıya herhangi bir güvence getirmemekteydi.

-
2. Kamu arazileri içinde en önemli grubu *Ager Publicus* ve *Ager Vectigalis* denilen araziler oluşturmaktaydı. *Ager Publicus* adı verilen araziler, düşmandan ganimet olarak devlete kaldıktan sonra belli bir bedel karşılığında fertlerin kullanımına bırakılmaktaydı. Kendisine bu arazilerin kullanımı bırakılmış fertler bu arazilerin kullanımını başkalarına sağlararası (*inter vivos*) ya da ölüme bağlı bir tasarrufla (*Legatum*) bırakabilmekteydiler. *Ager Vectigalis* denilen araziler ise fertlere tahsis edilmiş, ancak başlangıçta beş seneliğine, daha sonraları sürekli olarak belli bir bedel karşılığında kullanıma açılmış olan arazilerdi. Bkz. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma'da Kamu Topraklarının Çeşitli Kullanım Biçimleri, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, sh. 715 vd.
 3. DI MARZO, S. (Çev. ÜMÜR, Z.): Roma Hukuku, İstanbul 1954, sh. 397; RADO, T.: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1980, sh. 133; GUARINO, A.: Diritto Privato Romano, Napoli 1988, sh. 807.
 4. *Emptio tollit locatum.*
 5. C.4.65.3.

Roma Hukuku'nda, *Iura in Re Aliena* (Başkasına Ait Mallar Üzerindeki Haklar) şeklinde ifade edilen Sınırlı Ayni Haklara ilişkin olarak Iustinianus Dönemi'nde yapılan sınıflandırmaya göre şahsi irtifaklar (*servitutes personarum*) adı altında yaralan intifa hakkının üçüncü kişilere devri mümkün değildi.⁶

Oysa, Iustinianus Dönemi'nden itibaren uzun süreli kira hakkı (*emphyteusis*) ile birlikte ayni haklar içinde yerini alan üst hakkının (*superficies*) şahsi irtifaklardan ayrıldığı en temel nokta, bu hakkın da sağlararası bir tasarrufla (*inter vivos*) veya ölüme bağlı bir tasarrufla (*legatum*) başkalarına devredilebilmesinin mümkün olmasındaydı.⁷

Klasik Hukuk Dönemi'nden başlayarak devlete ait topraklar (*ager publicus*) üzerinde bulunan binaların özellikle işyeri olarak Roma vatandaşlarının kullanımına açılmasından sonra, devletin bu arazilerin mülkiyetini bir başka kamu tüzel kişisine ya da *Ius Civile* mülkiyetinin konusunu oluşturacak şekilde özel kişilere devretmesi halinde, yeni maliklerin işyerlerini kullanan kişilerin, kullanım haklarını sona erdirmek istemeleri durumunda bazı problemler doğmaktaydı. Burada kira sözleşmesi mi, intifa hakkı mı, yoksa bir başka hukuki kurumun mu var olduğu konusunda uzlaşmaya varılmıyordu. Kira sözleşmesi olduğu kabul edilse, böyle bir sözleşme Borçlar Hukuku kuralları gereğince yalnızca sözleşmenin taraflarını bağlayacağı için, yeni malike karşı, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınan bir hakkın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktı. Yeni malike karşı böyle bir hakkın ileri sürülebilmesi için, işyerini kullanan kişinin aynı bir hakka sahip olması gerekmektedir.

6. İntifa hakkı, hak sahibinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu için, başkasına devredilemezdi. Eğer intifa hakkının başkalarına devri mümkün olsaydı, bu durum, intifa hakkının ortaya çıkış amacıyla çelişmiş olurdu. İntifa hakkı, herhangi bir süre kararlaştırılmamışsa, hak sahibinin ölümüyle sona ererdi. İntifa hakkın devri mümkün olmadığı için, bu yönde bir işlem yapılırsa bile, yapılan işlem hukuki bir sonuç doğurmazdı. İntifa hakkının bizzat kendisinin üçüncü kişilere devri mümkün olmamasına karşın, sadece intifa hakkının tesis edildiği süre içinde kalmak şartıyla, bu hakkın kullanımı başkalarına devredilebilirdi. Ancak intifa hakkı süresinin, sona ermesiyle veya en çok hak sahibinin ölümüyle, bu hakkın başkaları tarafından kullanılması imkanı da ortadan kalkardı. Ayrıntı için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, E.: Roma Hukuku'nda İntifa Hakkı (*Ususfructus*), Ankara 1998, sh. 90-93.

7. ERDOĞMUŞ, B.: Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1994, sh. 121; VOICI, P.: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1996, sh. 324; TALAMANCA, M.: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1990, sh. 473; ARANGIO-RUIZ, V.: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1990, sh. 473; GUARINO, A.: sh. 667.

Öte yandan, devletle, kamu arazisi üzerinde bulunan ya da sonradan inşa edilen binayı işyeri olarak kullanan kişi arasında sınırlı intifa hakkı (ususfructus) gibi sınırlı aynı bir hakkında varlığı kabul edilse, bu hakkın da sağlararası ya da ölüme bağlı bir tasarrufla başkalarına devri mümkün olmadığı için, işyerini kullanan kişinin bu hakkını üçüncü kişilere devredebilmesi mümkün olmayacaktı. İşte bütün problemler Ius Civile'de mevcut hukuk kuralları ve kurumları ile bir çözüme kavuşturulamadığı için, şahsi irtifak haklarından daha farklı ve bazı bakımlardan daha üstün nitelikler taşıyan üst hakkı, sınırlı aynı haklar arasında Iustinianus Dönemi'nde ayrı bir hukuki kurum olarak yerini almıştır.

2) TARİHİ GELİŞİM

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren varlığını hissettiren üst hakkının, hukuki bir kurum olarak sınırlı aynı haklar sistematigi içindeki yerini alması yukarıda da ifade edildiği gibi Iustinianus Dönemi'ne rastlamaktadır.

Klasik Öncesi Hukuk dönemi ile Klasik Hukuk Dönemi'nde, bir başkasına ait arazide varolan ya da sonradan inşa edilen binayı kullanan kişinin durumu, kiracının (conductor) durumuna, aradaki hukuki ilişki ise kira sözleşmesine (locatio conductio rei) benzetilerek bir çözüme ulaşılmak istenmiştir⁸. Ancak, bir arazinin maliki olan kişi, kendi arazisi üzerinde bir başka kişiye bina yapma ve bu binayı dilediği gibi kullanma hakkı vermişse ve hatta bu kullanma hakkını başkalarına devretme hakkını da vermişse, arazi, eski malik tarafından satılıp mülkiyeti yeni malike devredildiğinde ortaya bir takım ihtilaflar çıkabilmekteydi. Böyle bir durumda, mülkiyete ilişkin genel kural gereği, üst yani bina araziye tabi olduğundan, binanın mülkiyeti de arazinin mülkiyetini satın ve devir alan kişiye geçmiş olacaktı. Eğer yeni malik, binayı kullanan kişinin kullanım hakkını sona erdirmek isteyecek olursa bunu yapabilecek durumda idi. Bir başka ifadeyle, eski malik ile binayı kullanan kişi arasındaki hukuki ilişkiye, kira sözleşmesine ilişkin hukuki sonuçlar bağlandığı takdirde, binayı kullanan kişi hukuki bakımdan, sadece eski malike karşı ileri sürebileceği şahsi bir hakka sahip olacağından, hukuken yeni malike karşı ileri sürülebilecek herhangi bir hak ve bu hakkı koruyabilecek bir dava imkânına sahip olmayacaktı. Yeni malikin, binayı belirli bir ücret karşılığında kullanan kişinin bu hakkına rıza göstermesi zorunluluğu yoktu.

8. VOICI, P.: sh. 324; GUARINO, A.: sh. 665; ARANGIO-RUIZ, V. sh. 258.

Bir başkasına ait arazi üzerindeki binanın kullanım hakkının, üçüncü bir kişiye devri sözkonusu olduğunda, arazi sahibinin rızasının alınmasına gerek olup olmadığı konusu da anlaşmazlık nedeni olabilmekteydi. Eğer arazi sahibi ile arazi üzerindeki binayı kullanan kişi arasında kira sözleşmesi olduğu kabul edilecek olursa, kiranın devri, sözleşme ile kararlaştırılmamış ise, devrin yapılabilmesi için arazi sahibinden izin almak gerekecek bu izin verilmez ise devir işlemi mümkün olamayacaktı.⁹ İşte bu yüzden başkasının arazisi üzerinde bulunan bir binayı kullanma hakkına sahip olan kişinin, arazi sahibinin değişmesinden etkilenmemesi ayrıca kendi hakkını başkasına devredebilmesi ya da ölüme bağlı bir tasarrufla, örneğin muayyen mal vasiyeti (legatum) yaparak miras yolu ile intikal ettirebilmesi, Borçlar Hukuku kapsamında yeralan kurumlar ve kurallar ile çözülemeyince, kullanma hakkının bir şekilde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi zorunluluğu doğdu. Böylece başkasına ait bir arazinin üzerinde yeralan binayı kullanan kişinin, arazi sahibi ile kurmuş olduğu hukuki ilişkinin yanında, bizzat arazinin kendisiyle de hukuki bir ilişkisi bulunması gerektiği sonucuna varıldı. Bu düşünceden hareketle, praetor, bir başkasının arazisi üzerinde yeralan binayı bedel karşılığı kullanan kişinin durumunu zilyedin durumuna benzeterek, o kişinin zilyetlik korumalarından yararlanabileceği esasını getirdi. Zilyetlik *interdictum*'larla korunduğu için başkasına ait arazide yeralan binayı kullanan kişiye (üst hakkı sahibine) *interdictum uti possidetis*'e¹⁰ benzeyen *interdictum de superficibus*¹¹ adlı *interdictum*'dan yararlanarak bina üzerindeki zilyetliğini sürdürebilme imkânını tanıdı. Bu iki *interdictum*'a ilişkin metinler *Digesta*'da şu şekilde yer almaktadır:

9. Arazi sahibinin iznine gerek olmaksızın arazi üzerindeki binanın üçüncü kişilere devredilebilmesi, sınırlı ayni hak olup şahsi irtifaklar arasında yeralan kullanma hakkı (*usus*) tesisi yoluyla çözülmeye çalışılmış, ancak bu hakkın hukuki yapısı da hakkın başkasına devredilmesi imkânı vermediği için, kullanım hakkının, arazi sahibinin izni olmadan da üçüncü kişilere devredilmesini mümkün kılan yeni bir sınırlı ayni hakkın varlığına gerek duyulmasına neden olmuştur.
10. Bu *interdictum* bir gayrimenkul üzerindeki zilyetliğin sürdürülmesi amacıyla verilmiştir. *Formula* usulünün uygulandığı dönemde (M.Ö. 17-M.S. 342) *praetor*'ların taraflar arasında anlaşmazlığa neden olan konuya ilişkin olarak bazı emir ve yasaklar getirilerek mevcut hukuki durumun korunmasını amaçlayan *interdictum*'lardan yararlanmak için zilyetliğin zorla, gizlice ya da *precarium* ile (*vi, clam aut precario*) elde edilmemiş olması ve zilyetliğin ihlal edildiği tarihten başlayarak bir yıl içinde talep edilmesi (açılması) gerekmektedir. Ayrıntı için bkz. UMUR, Z.: Roma Hukuku, Eşya Hukuku, İstanbul 1985, sh. 111 ve ERDOĞMUŞ, B.: Roma Eşya Hukuku, sh. 30-31.
11. Üst hakkının (*superficies*) kullanımını engelleyen kişiye karşı, engellemeyi ortadan kaldırmak için ileri sürülen *interdictum*. Bkz. UMUR, Z.: Roma Hukuku Lügati (Lügat), İstanbul 1983, sh. 93.

“Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possidetis, vim fieri veto.”¹²

“Anlaşmazlığın konusunu oluşturan malın zilyetliğini zorla, gizlice ve *precarium* yoluyla elde etmemiş olduğunuz için zilyetliğinizin ihlal edilmesini yasaklıyorum.”

“*Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. Tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: Unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario ab adversario possideat.*”¹³

“Arazi üzerindeki binaya ilişkin zilyetliğin sürdürülebilmesine yarayan bu *interdictum* iki taraf için de koruma getirmektedir¹⁴. Üst hakkı sahibinin, bina üzerindeki zilyetliğini sürdürebilmesi için bu zilyetliğin zorla, gizlice veya *precarium* ile elde edilmemiş olması gerekir. Zilyetliğin korunması için başka bir şart aranmaz. Gayrimenkuller üzerinde zilyetliğin sürdürülmesine yarayan *interdictum uti possidetis* üst hakkı sahibinin zilyetliğini sürdürebilmesi için de kullanılabilir.”

Yine *Digesta*'da satım akdine ilişkin bir başka metinde bir kamu arazisi üzerinde yer alan işyerinin satımından bahsedilirken, satılan şeyin binanın mülkiyeti olmayıp, işyeri olarak kullanılan binanın kullanım hakkı olduğu açıkça belirtilmiştir.

“*Qui te barnas agrentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.*”¹⁵

12. D. 43. 17. 1 pr. (Ulpianus 11. Kitap) *Praetor Edictum*'undan.

13. D. 43. 18. 1. 2. (Ulpianus 70. Kitap), *Praetor Edictum*'undan.

14. *Praetor edictum*'una ilişkin bu metinde sözü edilen iki taraflı koruma ile kastedilen şudur: Eğer üst hakkı sahibi, zilyetliğini ihlal ettiğini iddia ettiği kişiden, anlaşmazlık konusu şeyi zorla, gizlice ya da *precarium*'la elde etmişse, *interdictum*'dan yararlanamaz. Böyle bir durumda karşı taraf yani zilyetliği ihlal ettiği iddia edilen kişi korunur ve üst hakkı sahibinin bina üzerindeki zilyetliği sona erer.

15. D. 18. 1. 32 (Ulpianus 44. Kitap).

“Bir banker kamu arazisi üzerinde bulunan işyerini başka bir kişiye satıp devrettiği takdirde, binanın (o işyerinin) mülkiyetini değil, sadece binanın kullanım hakkını devretmiş olur. Kamu arazileri üzerindeki binaların bu şekilde özel hukuk ilişkisi ile başkalarına devredilmesi halinde dahi o binaların, kamuya ait bina olma niteliklerinde herhangi bir değişiklik olmaz.”¹⁶

Iustinianus Dönemi'nde, üst hakkına ilişkin olarak önemli değişiklikler olmuştur. Bu değişikliklerin en önemlisi, üst hakkının (*superficies*), uzun süreli kira hakkı (*emphyteusis*) ile birlikte sınırlı aynı haklar (*Iura in re aliena*) sistematığı içindeki yerini alması, bir başka ifade ile hukuk düzeni tarafından, bir dava ile korunabilen hak konumuna gelmesidir. Böylece üst hakkı sahibinin, başkasının arazisi üzerindeki binadan yararlanması sınırlı aynı hakka dayandırılarak bu hakkın gerek arazi sahibi gerekse üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde *Actio de Superficie* adını taşıyan davanın açılabilmesi olanağı tanındı. Ancak sınırlı aynı bir hak olan üst haktan bahsedebilmek için, başkasının arazisinde yeralan bir binayı kullanan kişiyle, arazi sahibi arasındaki ilişkinin süreklilik arz etmesi, yani daimi bir nitelik taşıması gereklidir.¹⁷ Bir başka ifadeyle başkasına ait arazideki binanın kullanımını için bir süre öngörülmüşse, arazi sahibi ile arazi üzerindeki binayı kullanan kişi arasındaki ilişki akdi bir ilişki olacağı için, böyle bir durumda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları çözümlmek için kira veya satım akdine ilişkin davaların açılması öngörülmekteydi.¹⁸ Bu konuya ilişkin *Digesta*'da şöyle bir metin bulunmaktadır:

“*Quod ait praetor 'si actio de superficie postulabitur, causa cognita'*¹⁹ *dabo' sic intellegendum est, ut, si ad*

16. Böyle bir sonuç *superficies solo cedit* (üst araziye ait olur) kuralının doğal bir sonucudur. Çünkü bu kural gereği, arazi kimin mülkiyetinde ise, arazi üzerinde bulunan bina da o kişinin mülkiyetindedir.
17. VOCI, P.: sh 324; UMUR, Z.: Roma Eşya Hukuku, sh. 160; Türk Medeni Kanunu madde 751/III'te, üst hakkının tapu kütüğüne gayrimenkul olarak kaydedilebilmesi için müstakil (bağımsız) ve daimi (sürekli) nitelik taşıması gerektiği belirtilmektedir. Süreklilik unsurunun gerçekleşebilmesi için ise bu hakkın en az yirmi yıl süreyle tesis edilmesi şartı aranmıştır. Bu benzerlik, Roma Hukuku'nun üst hakkına ilişkin düzenlemelerinin, çağdaş Eşya Hukuku'muzu önemli ölçüde etkilemiş olduğunun açık bir göstergesidir.
18. VOCI, P.: sh. 325.
19. Anlaşmazlık konusunun bizzat *magistra* tarafından ele alınıp değerlendirilmesi, *causa cognita* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. UMUR, Z.: Lügat, sh. 38.

tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio, et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet"²⁰

"Praetor, başkasına ait arazide bulunan bir binayı kullanan kişinin, kendisinin kullanma hakkını engelleyen kişiye karşı açacağı, aynı davaya ilişkin olarak, bizzat araştırma yapacağını ve bunun sonucunda kısa süreli kullanma hakkı sözkonusu ise açılacak davanın reddedileceğini²¹ uzun süreli veya daimi kullanma hakkı sözkonusu ise, açılacak aynı davanın kabul edileceğini belirtmektedir."

Yukarıdaki metinden de anlaşılacağı gibi, üst hakkının aynı bir hak olarak kabul edilip edilmemesinde, süreklilik unsurunun büyük bir önem taşıdığı görülmektedir.

Bir başka metinde, üst hakkı sahibinin hem arazinin (dolayısıyla arazi üzerindeki binanın) malikine hem de üçüncü kişilere karşı açma hakkına sahip olduğu aynı davadan (*Actio de Superficiebus*) bahsedilmektedir.

*"Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: Sin autem ab alio probibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe utile visum est, quia incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri."*²²

"Her kim başkasına ait arazi üzerindeki binayı kullanma hakkına (üst hakkı-*superficies*) sahipse, sahip olduğu bu hakkı ihlal edenlere karşı bir dava²³ açabilir. Eğer

20. *D. 43. 18. 1. 3 (Ulpianus 70. Kitap), Praetor Edictum*'undan.

21. Böyle bir durumda başkasının arazisindeki binayı kullanan kişi, kira akdinden kaynaklanan hakları kullanarak *praetor*'un korumasını isteyebilecektir. Bkz. *D. 43. 18. 1 pr.* "*Praetor* 'kira akdi ile kullandığın, başkasına ait arazi üzerindeki binayı, zorla, gizlice veya *precarium*'la almamış isen binayı kullanma hakkının engellenmesini yasaklıyorum' demektedir."

22. *D. 43. 18. 1 1 (Ulpianus 70. Kitap) Praetor Edictum*'undan.

23. *Ius Civile* tarafından tanınan bir dava.

bir kimse başkasının arazisi üzerindeki binayı kiralamış ya da satın almışsa, binayı kendisine kiralayan veya satan kişiye karşı açabileceği bir dava imkânına sahiptir. Eğer üst hakkı sahibinin, üst hakkından kaynaklanan hakkını kullanmasını arazi sahibi engelleyecek olursa, arazi sahibine karşı da dava açılabilir. Üst hakkı sahibinin hakkını kullanmasını arazi sahibi değil de üçüncü kişiler engelleyecek olursa, arazi sahibi kendisi için tanınmış dava imkânlarını, üst hakkı sahibine devretmelidir. Başkasına ait arazideki binayı kullanan sahibine devretmelidir. Başkasına ait arazideki binayı kullanan kişinin kullanım hakkının süresinin ne olduğu konusunda belirsizlik varsa,²⁴ taraflar arasında kira sözleşmesi kurulmuş sayılacağından, zilyetlik korumalarından (*interdictum*) yararlanarak zilyetliği devam ettirmek o gayrimenkulü kullanan kişi bakımından daha uygun olacaktır. Bu imkânların dışında, başkasına ait arazide bulunan binayı kullanan kişinin, kullanma hakkı yine ihlal edilecek olursa, hakkın kullanılmasını engelleyen kişiye karşı dava²⁵ açmak da mümkündür.”

Başkasının arazisi üzerindeki binayı kullanma hakkına sahip olan kişinin (üst hakkı sahibinin), hakkını kullanmasını engelleyen kim olursa olsun, herkese karşı açabileceği aynı bir davanın varlığından bahseden bir diğer metin de *Digesta*'nın altıncı kitabında yer almaktadır.

“*Superficiario, id est qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.*”²⁶

“*praetor causa cognita in rem actionem pollicetur.*”²⁷

“Başkasının arazisi üzerindeki binayı, belli bir bedel ödeyerek kullanma hakkına sahip olan kişiye (üst hakkı sahibine),”

24. Süreklilik (daimilik) unsuru mevcut değilse.

25. *Quasi in rem actiones* (aynı dava benzeri) adını alan bu davalar, borç ilişkisinden kaynaklanan anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmak için öngörülmuş *praetor* davalarıdır. Bir hakkı ihlal eden kim olursa olsun, ona karşı açılabilirler. Bu nedenle, aynı davalara (*actio in rem*) çok benzerler. Ayrıntı için bkz. UMUR, Z.: Lügat, sh. 15 ve sh. 177.

26. D. 6. 1. 74 (Paulus 21. Kitap), *Praetor Edictum*'undan.

27. D. 6. 1. 75 (Ulpianus 16. Kitap), *Praetor Edictum*'undan.

“*praetor*, anlaşmazlık konusunu bizzat inceledikten sonra²⁸, aynı dava açma hakkı verir.”

Böylece üst hakkı sürekli gelişerek *Iustinianus* Dönemi'nde, başkasının arazisi üzerinde bulunan bir binanın kullanımı için tesis edilen ve muhtevası hem şahsi irtifaklara (*servitutes personarum*) hem de aynı irtifaklara (*servitutes praediorum*) göre çok daha geniş olan bağımsız, sınırlı bir aynı hak haline gelerek, aynı haklar sistemi içindeki yerini almıştır.

III) ÜST HAKKININ KURULUŞU, MUHTEVASI VE SONA ERMESİ

1) ÜST HAKKININ KURULUŞU

Başkasına ait bir arazi üzerindeki²⁹ binanın, arazi sahibine ödenecek yıllık belirli bir bedel karşılığında, mutlak bir biçimde ve doğrudan doğruya kullanılması imkânı veren üst hakkının kurulabilmesi için herhangi bir şekil şartına gerek duyulmamaktaydı.

Üst hakkı, hem sağlararası hem de ölüme bağlı bir tasarrufla örn. muayyen mal vasiyeti ile (*legatum*) kurulabiliyordu. Üst hakkı sahibinin, arazi sahibine ödediği yıllık ücrete *solarium* adı veriliyordu.

Üst hakkı sahibi, üst hakkının konusunu oluşturan binayı arazinin üzerinde hazır bulabileceği gibi, kendisi de inşa edebilirdi. Ancak kendisi inşa etse bile, binanın mülkiyeti, Roma'daki genel kural gereği (*superficies solo cedit*- üst araziye ait olur) arazi sahibine ait olurdu.³⁰

28. Burada *praetor*'un bizzat araştıracağı söylenen konu, kullanma hakkının daimi mi yoksa geçici mi (kısa süreli mi) olduğudur. Şayet kullanma hakkı daimi bir nitelik taşıyor ise, aynı dava açmak mümkün olacaktır. Bkz. yuk. sh. 7-8.

29. Roma Hukuku'ndan farklı olarak, Türk medeni Kanunu md. 751/1'de, başkasının arazisinde bulunan binanın (yapının), sadece arazinin üstünde değil, altında olması halinde de üst hakkının sözkonusu olduğu belirtilmektedir.

30. Türk Eşya Hukuku'nda, Roma Hukuku'nda olmayan bir özellik vardır. Buna göre, başkasının arazisi üzerinde veya altında bina yapmak veya yapılmış olan binayı elde bulundurma yetkisini içeren üst hakkının sahibine, binanın mülkiyetine de sahip olabileme, imkânı da tanınmaktadır (bkz. Türk Medeni Kanunu md. 652/1). Oysa Roma Hukuku'nda, üst hakkı sahibinin, başkasının arazisi üzerindeki binanın maliki olabilemesi, bu hakkın en geliştiği dönem olan *Iustinianus* Dönemi'nde bile mümkün olmamıştır. Bir araziye malik olan, o arazinin altına ve üstüne de malik olur, şeklindeki genel kuralın yer aldığı Türk Medeni Kanunu'nun 644. maddesine, aynı kanunun 652/1 maddesi ile üst hakkı sahibi lehine istisna getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, M.: Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, sh. 96 ve AKIPEK, J.: “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, sh. 32, sh. 46 ve sh. 64-65.

2) ÜST HAKKININ MUHTEVASI

Üst hakkının muhtevasını, başkasına ait olan bir arazide bina yapmak, eğer o arazide bir bina varsa, o binayı muhafaza edip kullanmak, binaya ilişkin olarak dilediği gibi tadilat tamirat yapmak istenirse üst hakkı üzerinde irtifak hakkı kurmak gibi yetkiler oluşturmaktaydı. Üst hakkının muhtevasına, üst hakkının konusunu oluşturan binayı yıkmak ve yerine yeni bir bina yapmak yetkisinin de dahil olduğu belirtilmiştir.³¹ Roma Hukuku'nda, üst hakkı sahibine, başkasına ait arazinin üzerinde bulunan binanın maliki olabilmesi imkânı tanınmamıştı.³²

Yukarıda sayılan üst hakkının muhtevasına dahil yetkiler, bu hakkın iç muhtevasını, yani olumlu yönünü oluşturmaktadır. Bir de diğer bütün aynı haklarda olduğu gibi bu hakkın dış muhtevası -olumsuz yönü, bulunmaktadır. Bu ise diğer bütün aynı haklarda olduğu gibi, herkesin üst hakkı sahibinin hakkına saygı göstermesi, başka bir deyişle onun bu hakkına zarar vermektan kaçınması yükümlülüğüdür. Üst hakkı sahibi, sahip olduğu hakkın kullanılmasını engelleyen kim olursa olsun o kişiye karşı bazı davalar aracılığı ile, bu engellemeyi bertaraf edebilmekteydi. Üst hakkı sahibi, bütün bunların yanında, binanın üzerinde bulunduğu arazi sahibinin kendi aynı hakkını koruyabilmek için açabileceği her türlü davayı da³³ açabiliyordu.³⁴

Üst hakkı sahibinin bu hakkını, üzerinde üst hakkının kurulduğu arazi sahibinin iznini almadan üçüncü kişilere devredebilmesi imkânı da, hakkın muhtevası içinde yer almaktadır.

3) ÜST HAKKININ SONA ERMESİ

Üst hakkı, hakkın konusunu oluşturan binanın ortadan kalkması, hak sahibinin hakkında feragat etmesi (vazgeçmesi), üst hakkı sahibinin arazi sahibine her yıl ödemesi gereken ücreti (*solarium*) ödememesi, üst hakkı sahibinin üzerinde üst hakkı kurulan arazinin

31. UMUR, Z.: Roma Eşya Hukuku, sh. 160; SITZIA, F.: Studi sulla Superficie in Epoca Giustiniana, Milano 1979, sh. 47.

32. Oysa Türk Eşya Hukuku, üst hakkının muhtevası içine bunu da dahil etmiştir. Bkz. dn. 30.

33. Bu davalar, *actio negatoria in rem*, *actio confessoria*, *actio damni infecti*, *vindicatio utilis* gibi davalardır.

34. Bkz. dn. 22; ARANGIO-RUIZ, V.: sh. 261; UMUR, Z.: Roma Eşya Hukuku, sh. 160.

maliki haline gelmesi (*confusio*)³⁵ veya arazi sahibinin, üst hakkına aykırı bir davranışta bulunması ve üst hakkı sahibinin zamanasını ile mülkiyetin iktisabına ilişkin süre içinde buna itiraz etmemesi durumunda sona ererdi.³⁶

Üst hakkı bütün bunlardan başka, hakkın niteliğine uygun olması halinde, diğer sınırlı aynı hakları sona erdiren nedenlerden birisi ile de ortadan kalkabilirdi.³⁷

Üst hakkının değişik bir sona erme yolu ise, *Digesta*'nın otuzuncu kitabında yer almaktadır. Buna göre, üst hakkı ölüme bağlı tasarrufla, örneğin muayyen mal vasiyeti (*legatum*) ile kurulurken, lehine mal vasiyet edilen kişi, üzerinde üst hakkı tesis edilen arazinin sahibi olursa, üst hakkı sahibinin ölümünden sonra, arazinin sahibi miras yoluyla üst hakkını iktisap edeceğinden, arazi üzerindeki mülkiyet hakkı ile üst hakkı *confusio* yoluyla aynı kişide birleşmiş olacak ve üst hakkı böylece sona erecektir. Bu duruma ilişkin metin şöyledir:

*“Valet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat.”*³⁸

“Eğer üst hakkı, arazinin malikine muayyen mal vasiyeti ile bırakılırsa bu işlem hukuken geçerli olacaktır. Üst hakkı ortadan kalktığında ise arazi sahibi, mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlamadan kurtulmuş olacaktır.”

35. UMUR, Z.: Lügat, sh. 45.

36. VOCL, P.: sh. 325.

37. VOCL, P.: sh. 325.

38. D. 30. 86. 4.