

ESKİ HUKUKUMUZDA ÜST HAKKI

*Yrd. Doç. Dr. Osman KAŞIKÇI**

I. KAVRAM

Eski hukukumuzda üst hakkı diye bir kavram yoktur. Her ne kadar üst hakkının Arapçası olan “Hakk’ut-tealli” kavramının günümüz hukukundaki üst hakkını karşıladığı ileri sürülse de, esasen bu kavram, günümüz hukukundaki kat mülkiyetini karşılamaktadır. Gerçekten hakk’ut-teallinin incelendiği yer ve içeriğine bakıldığında bir irtifak hakkı olan üst hakkının değil, kat mülkiyetinin incelendiği açıkça görülür¹.

Bununla birlikte, eski hukukumuzda kavram ve müesseselerin bu kadar net bir şekilde birbirinden ayrıldığı söylenemez. O günün şartlarında ve eski hukukumuzun sistemi içerisinde kalarak yapılabilen tasnif ve tarifler yapılmıştır. Onun için hakk’ut-tealli kavramı ile hem kat mülkiyeti hem de üst hakkının ifade edilmek istendiği ileri sürülebilir. Bilindiği üzere, eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat mülkiyeti olmak üzere iki unsuru vardır. Menfaat mülkiyeti kendi içerisinde şahsa ve eşyaya bağlı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İşte hakk’ut-tealli, bunlardan eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti veya hukuk-ı müekkelede denen haklarla birlikte incelenmektedir². Ayrıca hanefi mezhebine mensup hukukçular tarafından müstakillen satımına cevaz verilmediği için “fasit bey” kavramı incelenirken genelde hakk’ut-tealli kavramı misal olarak verilmiştir³. Bu sebeple hakk’ut-tealli kavramının günümüz hukukundaki hem kat mülkiyeti hem de üst hakkını karşıladığını iddia etmek mümkündür. Özetle, üst hakkı müessesesine, eski hukukumuzda açık bir şekilde olmasa bile kapalı ve dağınık bir şekilde yer verilmiştir. Ancak hanefi hukukçuları tarafından

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 İbni Abidin: Redd’ül-Muhtar, C. V, İstanbul 1974, s. 52; Zeydan, Abdülkerim: El-Medhal Li Diraset’iş-Şeriat’il-İslâmiyye, Amman 1990, s. 199-200.

2 Zeydan, 199-200; Karaman, Hayreddin: Mukayeseleli İslam Hukuku, C. III, İstanbul 1987, s. 134-135.

3 İbni Abidin, V/52.

müstakil olarak satımına cevaz verilmediği için fıkıh kitaplarında üst hakkına önemi ile doğru orantılı şekilde yer verilmemiştir. Mecellede üst hakkından hiç söz edilmemiştir. Mecelle tadillerinde diğer mezheplerin görüşlerinden yararlanılarak satımına cevaz verilmek istenmiştir⁴.

Üst hakkının sosyal hayattaki önemi tartışılmaz. Bu sebeple konunun incelenmesinin Türk Hukuk Tarihine bir katkı sağlayacağı ortadadır. İncelememizde günümüz hukuku ile birlik arz etmesi için hakk'ut-teallî yerine üst hakkı ve yine aynı gerekçe ile menfaat mülkiyeti veya hukuk-ı müekkedede yerine irtifak hakları kavramını kullanacağız.

II. ÜST HAKKININ TANIMI VE UNSURLARI

Üst hakkı klasik fıkıh kitaplarımızda ve bu arada Mecellede de tarif edilmemiş, sadece hükümleri üzerinde durulmuştur. Üstelik eski hukukumuzda üst hakkı denilince sadece kat irtifakı şeklindeki üst hakkı anlaşılmaktadır⁵. Bu sebeple sadece fıkıh kitaplarında yer verildiği şekli ile üst hakkını tarif etmek “etrafını cami, ağyarını mani” olmayacaktır. Çünkü üst hakkı geniş uygulama alanı olan bir irtifak hakkıdır. Bütün unsurlarını genel olarak içerecek şekilde üst hakkı şu şekilde tarif edilebilir: Üst hakkı, bir gayri menkul üzerinde, malikinden başka bir kimseye bir şey yapma ve buna malik olma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Tariften de anlaşılacağı üzere üst hakkının unsurları bir gayri menkul, bu gayri menkul üzerinde yapı yapma ve buna malik olma ve irtifak hakkıdır. Bütün bu unsurları konunun daha açık bir şekilde anlaşılması için gayri menkulü üst irtifakının konusu, üzerinde yapılan yapıyı üst hakkının konusu ve irtifak hakkını da üst hakkının hukuki niteliği başlıkları altında incelemek gerekecektir.

A. ÜST İRTİFAKININ KONUSU

Üst irtifakının konusundan maksat üzerinde üst hakkı tesis edilecek olan gayri menkuldür. Mecelle, gayri menkulü, “akar denilen hane ve arazi misillü mahall-i ahare nakli mümkün olmayan şeydir” (m.129) şeklinde tarif etmiştir. Akar, kiraya verilip gelir getiren şeyler için kullanıldığı gibi, genel olarak gayri menkuller için de kullanılmaktadır. Tarifte yer verilen hane ile

4 Kaşıkçı, 356.

5 Zeydan, 199; Zuhayli, Vchbe: (Ter. Heyet) İslam Fıkıhı Ansiklopedisi, C. VII, İstanbul 1994, s.19; Karaman, III/134; Şafak, Ali: İslam Arazi Hukuku ve Tatbikatı, İstanbul 1977, s. 94; Cin/Akgündüz, II/ 301.

arazinin birlikte değerlendirildiğinde gayri menkul olarak kabul edildiğinden şüphe yoktur. Ancak bir arazi ile üzerindeki yapı ayrı ayrı değerlendirildiğinde gayri menkul sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçuları farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Hanefi hukukçularına göre, üzerinde bir yapı bulunan arazilerde asıl gayri menkul arazi olup üzerindeki yapılar, arazi ile birlikte gayri menkul, ayrıca değerlendirildiğinde ise, menkul hükmündedirler⁶. Maliki hukukçularına göre ise, vasfı ve niteliği değiştirilmeden başka bir yere nakli mümkün olmayan şeyler gayri menkuldür. Bu görüşe göre, arazi üzerindeki bina ve ağaçları gayri menkul kabul etmek gerekir⁷. Sonucu görüş günümüz hukuk anlayışına daha uygun görünmektedir. Esasen hanefi fikhını kanunlaştıran Mecelle metninde “hane ve arazi misillü” denilerek her birinin bağımsız olarak gayri menkul olduklarına hükmedildiği söylenebilir. Ancak Mecelle’yi şârihleri fıkıh kitaplarından yararlanarak miri arazi üzerindeki mülk bina ve ağaçlar ile mülk araziler üzerindeki bina ve ağaçları araziden ayrı olarak nazara aldıklarında menkul hükmüne tabi tutmuşlardır⁸.

Eski hukukumuzda arazilerin üst irtifakına konu olabileceğinden şüphe edilemez. Çünkü eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Her iki unsur bir kişiye ait olabileceği (tam mülkiyet) gibi farklı kişilere ait (nakıs mülkiyet) de olabilir⁹. Eski hukukumuzda arazilerin mülk, miri, vakıf, metruk ve mevat olmak üzere beş kısma ayrıldığını biliyoruz¹⁰. Bu ayrımın konumuz açısından fazla önemi olmamakla birlikte şu hususlara işaret etmekte yarar vardır. Her iki unsur da yani hem rakabe hem de menfaat mülkiyeti de aynı kişiye ait olan arazilere mülk araziler denmektedir¹¹. Mülk arazinin maliki, arazisinin üzerinde dilediği şekilde tasarruf etme hakkına sahiptir (Mecelle m. 1992-

6 Ali Haydar, I/230; Hacı Reşit Paşa, I/29; Atıf Bey: Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Şerhi, Kitab’ül-Büyük, İstanbul 1318, s. 18.

7 Zeydan, 188.

8 Ali Haydar, I/230; Hacı Reşit Paşa, I/29; Atıf Bey, Kitab’ül-Büyük, 18.

9 Zeydan, 191 vd.

10 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Halis Eşref: Külliyyat-ı Şerh-i Kanun’ül-Arazi, İstanbul 1315; Ali Haydar: Şerh-i Cedit, Li-Kanun’ül-Arazi, İstanbul 1311; Atıf Bey: Kanunname-i Arazi Şerhi, İstanbul 1330; Barkan, Ö. Lütfi: Tanzimat I, s. 321 vd.; Cin, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1987.

11 Halis Eşref, 52; Atıf Bey: Kanunname-i Arazi Şerhi, İstanbul 1330, s. 13.

1197). Bu sebeple mülk bir arazinin maliki menfaat mülkiyetini başka birisine devredebilir. Her ne kadar bir arazi üzerine yapılan bina ve dikilen ağaçların mütemmim cüz' kaidesinde araziye tabi olacaklarsa da üst hakkının, bu genel kuralın bir istisnasını oluşturduğu söylenebilir. Nitekim hukukçuların bir kısmı aksi görüşte olsa bile arsa ile üzerindeki binanın ayrı ayrı vakfedilebileceğini ileri süren hukukçular da vardır¹². Esasen hukuk mantığı da bunu gerektirmektedir. Aynı şekilde mirî arazilerde de rakabe maliki ile menfaat malikleri farklı kimselerdir¹³. O halde eski hukukumuzda göre araziler üst irtifakına konu teşkil edebilecektir. Ancak iştirak veya müşterek mülkiyete tabi gayri menkullerde maliklerden birisi diğerinin izni olmaksızın muayyen bir hisse üzerinde üst hakkı kuramayacaktır¹⁴.

Aynı şekilde binalar da üst irtifakına konu teşkil edebilecektir. Gerçekten Mecellede kat mülkiyetini düzenleyen hüküm (m. 1192) bunun açık delilidir. Söz konusu hükme göre bir binanın katları farklı kişilere ait olabilir. Yani bir kimse binasının üstüne çıkma veya altına yapı yapma hakkını başka bir kimseye devredebilir. Bu durumda üst kat sahibinin alt kat üzerinde hakkı kararı, alt kat sahibinin de üst kat üzerinde hakk-ı sakfi vardır. Mecelle tadillerinde bu hususa daha açık bir şekilde yer verilmiştir Şöyle ki; Mecelle tadil cemiyeti bab-ı saninin fasl-ı evveline ilave edilmesini teklif ettiği "Hakk-ı teallinin bey'i caizdir" maddesine misal olarak da "Mesela bir kimse muayyen bir bina yapmak üzere dükkanının ulüvvünü aher bir kimseye bey' etse sahih olur" hükmünü eklemiştir¹⁵. Bu durumda mevcut bir yapı üst irtifakına konu olabilecektir.

B. ÜST HAKKININ KONUSU

1. Yapı Yapmak veya Ağaç Dikmek

Eski hukukumuzda üst hakkının konusunu yapı ve ağaçların oluşturduğu söylenebilir. Bu durumda başkasına ait bir arazide irtifak hakkı gereği yapı yapılabilecek veya ağaç dikilebilecektir. Yapı, bir araziye üzerine veya altına yapılan mesken dükkan ve benzeri şeyleri ifade etmektedir. Bir arazi üzerinde yapılan bir yapı veya dikilen ağaçlar kural olarak arazinin

12 Akgündüz, Ahmet: İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul 1996, s. 210.

13 Arazi Kanunu m. 3.

14 Mecelle m.1173; Ali Haydar, III/429.

15 Kaşıkçı, 356.

mütemmim cüz'ü olmaktadır¹⁶. Eski hukukumuzda buna ittisali karar ile muttasıl, yani yerinden ayrılmamak üzere konulmuş şey denmektedir¹⁷. Bununla birlikte söz konusu durum arazinin ve üzerine yapılan inşaatın farklı kişilere ait olmasını engellemektedir¹⁸. Bunun en güzel örneğini ise mirî arazi sistemi oluşturmaktadır. Gerçekten miri arazi sisteminde rakabe devlete, tasarruf hakkı yani menfaat mülkiyeti tapu ile bu yeri almış olan kimselere ait bulunmaktadır. Ancak bir arazi üzerindeki yapı veya ağaçlar araziden bağımsız olarak düşünüldüğünde hanefî mezhebine mensup hukukçulara göre menkul hükmüne geçmektedir. Arazi ile birlikte düşünüldüğünde ise arazinin mütemmim cüz'ü olarak gayri menkul hükmündedirler¹⁹. Maliki mezhebine mensup hukukçulara göre ise bir arazi üzerindeki yapı veya ağaçlar araziden bağımlı veya bağımsız olsun gayri menkul hükmündedir²⁰. Bu durumda hanefî mezhebine göre üst hakkının konusunu menkul inşaat ve ağaçlar, maliki mezhebine göre ise gayri menkuller oluşturmaktadır.

Yapı yapmak üzere üst hakkı kuran bir kimse üst hakkını kurduktan sonra herhangi bir yapı yapmazsa durum ne olacaktır? Bu soruya Mecelle "herkes mülkünde keyfe mâyeşâ tasarruf eder" (m. 1192) şeklinde cevap vermektedir. Buradaki mülk, rakabe ve menfaat mülkiyetine dolayısıyla da üst hakkı sahibine de şamildir²¹. Başka bir ifade ile bir mülk, terk ile metruk olmaz²².

2. Üst Hakkı ve Kat İrtifakı

Eski hukukumuzda kat mülkiyeti "vücub-ı karar" yani maddeten mevcut olmasa dahi hukuken mevcut olan haklardandır²³. Mevcut bir yapının katlarının farklı kişilere ait olmasını ifade etmektedir. Mecelle'ye göre "fevkanisi birinin ve tahtanisi diğerinin mülkü olan ebniyede fevkani sahibinin tahtanide hakk-ı kararı ve tahtani sahibinin fevkanide hakk-ı sakfî

16 Ali Haydar, III/416.

17 Mecelle m. 232; Ali Haydar, I/371.

18 Mecelle m. 1163.

19 Mecelle m.1019, 1020; Ali Haydar, III/150-153.

20 Zeydan, 187-188.

21 Ali Haydar, III/452, 456.

22 Mardin, Ebulûlâ: Toprak Hukuku, İstanbul 1947, s.55.

23 Mardin, 9-10.

yani güneşden ve yağmurdan tesettür ve tahaffuz hakkı” (m. 1192) vardır. Görüldüğü üzere burada kat mülkiyetinden söz edilmektedir. Oysa kat irtifakında, bir yapı sahibinin üstüne veya altına yapı yapma hakkını başkasına devretmesi söz konusudur²⁴. Mecelle tadillerinde bu hususa “Mesela bir kimse muayyen bir bina yapmak üzere dükkanının ulüvvünü aher bir kimseye bey’ etse sahih olur” şeklinde yer verilmiş ve bu hususun hanbeli ile maliki mezhebine mensup hukukçular tarafından kabul edildiği belirtilmiştir²⁵.

3. Üst Hakkı ve Haksız-Taşkın İnşaat

Eski hukukumuzda bu duruma “adem-i cevaz-ı karar” denmektedir. Başka bir ifade ile maddeten mevcut olup fakat hukuken mevcut kabul edilmeyen kararlar. Bu durumda binanın değeri arsanın değerinden fazla olsa ve hüsnü niyetle yapılmış olsa dahi arazi sahibi binanın kaldırılmasını talep edebilir²⁶.

4. Üst Hakkı ve Diğer İrtifaklar

Buradaki diğer irtifaklardan maksat mürur, mesil ve mecra irtifaklarıdır. Bu hususlar aslında ayrı ayrı irtifaktırlar. Ancak üst hakkı şeklinde de kurulabilir. Bu durumda mürur, mecra ve mesil hakkı üst hakkına konu olacaktır. Hakk-ı mürur, başkasının mülkünden geçme hakkıdır²⁷. Mecra, su vb. akıcı şeylerin geçtiği yere verilen isimdir. Mesil ise, su vb şeylerin aktığı yere denir. Başka bir ifade ile, bir meskene gelen su boruları mecra hakkını kanalizasyon boruları ise mesil hakkını ifade eder. Mecra ve mesilden intifa hakkı önemli bir zarar meydana gelmediği takdirde men edilemez (Mecelle m. 1224). Bu hususta kıdeme itibar olunur. Yani bunlar eskiden beri buluna geldikleri hal üzere bırakılırlar. Ancak hukuka aykırı bir şekilde kurulmuş veya yüklü gayri menkul sahibine zarar veriyorlarsa kaldırılırlar²⁸.

C. ÜST HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat mülkiyeti olmak üzere iki unsurunun bulunduğunu ve bunların farklı kişilere ait olabileceğini

24 Zeydan, 199; Bilmen, VII/174.

25 Kaşıkçı, 356.

26 Mardin, Toprak, 9; Bilmen, VII/175; Karaman, III/108.

27 Mecelle m. 142.

28 Zeydan, 356; Bilmen, VII/182; Karaman, III/130; Cin/Akgündüz, II/306.

yukarıda ifade etmiştik. Rakabe mülkiyeti, bir şeyin sadece kuru mülkiyetine sahip olmak demektir. Menfaat mülkiyeti ise, bir şeyden sadece yararlanma hakkına sahip olmadır²⁹. Meselâ bir yapıya sahip olan kimse normalde orayı kullanma hakkına da sahiptir. Ancak kullanma hakkını başka birisine devredebilir. Bu durumda yapının sahibi, rakabe maliki, kullanma hakkı sahibi ise menfaat maliki olmaktadır. Hanefî dışındaki İslam hukukçularının bir kısmı, menfaat mülkiyetini de kendi içerisinde şahsa bağlı ve eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti şeklinde ikiye ayırmışlar ve şahsa bağlı menfaat mülkiyetini intifa hakkı, eşyaya bağlı menfaat mülkiyetini ise irtifak hakkı olarak nitelendirmişlerdir³⁰.

O halde üst hakkı her şeyden önce bir menfaat mülkiyetidir. Gerçekten bir arazi üzerinde ve arazinin rakabesine malik olunmadan onun üzerinde tasarruf edilmektedir. Genel prensiplerden hareket edilerek, şahsa bağlı veya eşyaya olarak kurulmasının mümkün olduğu söylenebilir. Genelde eşyaya bağlı olarak kurulabileceği kabul edilmiş ve üst hakkı eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti içerisinde işlenmiştir³¹.

Üst hakkını mirî arazi sistemine de benzetmek mümkündür. Gerçekten mirî arazi sisteminde arazinin rakabe mülkiyeti devlette kalmakta ve tasarruf hakkı tapu yani bedel karşılığında vatandaşlara verilmektedir. Tasarruf hakkı, herhangi bir süreye bağlı değildi ve mirasçılara intikal ederdi. Bu nitelikleri ile eski hukukumuzdaki akit türlerinden hiçbirisine tam olarak benzememekteydi. Bir kısım hukukçu, tefviz akdini kira akdine benzetmişlerdir. Gerçekten tefviz, yani rakabesi devlette kalmak üzere bir arazinin belirli bir bedel mukabilinde süresiz olarak devlet tarafından şahıslara devredilmesi, şeklen kira akdine benzemektedir. Ne var ki tefviz akdinde bulunan unsurlar kira akdinde bulunduğu takdirde kira akdi fasit olacaktır. Tefvizin kira akdi olduğunu savunanlar, kanunun fesih hakkının ilgililerden kaldığını ileri sürerek tefviz akdini fasit kira akdi olarak nitelendirmektedirler³². Gerçekten tefviz akdinde sürenin belirli olmaması, tasarruf hakkının borca karşılık olarak vefaen veya cebren ferağ edilebilmesi, devrinin (ferağ) mümkün olması, taraflardan birinin (tasarruf hakkı sahibinin) ölümü halinde akdin sona ermemesi, mirasçılara intikal

29 Ali Haydar, 1/227.

30 Suyuti, Celaledin: El- Eşbah ven-Nezair, Kahire 1959, s. 326; Zeydan, 196; Kadri Paşa: Mürşid'ül-Hayran, m.37; Karaman, II/112.

31 Zeydan, 196-200; Karaman, III/ 134.

32 Mardin, toprak, 15; Halis Eşref, 85.

etmesi gibi özellikler tefviz akdini kira akdinden ayırmaktadır. Buradan hareketle tefvizin Osmanlı hukukunda nev-i şahsına münhasır bir muamele olduğu ileri sürülmüştür³³.

Aslında tefviz akdinin eski hukukumuzdaki akitler içerisinde en fazla üst hakkına benzediği söylenebilir. Gerçekten eşyaya bağlı üst hakkının özellikleri ile tefviz akdinin özellikleri birbirine çok yakındır. Bilindiği üzere eşyaya bağlı üst hakkı hadim akar üzerinde tesis edilir, süreklidir, hakim akarın el değiştirmesi ile sona ermez, miras yolu ile intikal eder³⁴. Belki üst hakkının ebedi bir süre için kurulması teorik açıdan mümkün olmakla birlikte pratik olmayabilir. Ancak uzun süreli mesela yüz yıllık bir üst hakkı tesisine engel herhangi bir hüküm yoktur ve yüz yıl bir insan ömrü için sonsuz sayılabilecek niteliktedir. Böylece üst hakkının meşruiyeti de kendiliğinden çözülmüş olacaktır. Kaldı ki, hayatın zaruretleri yani amme maslahatı gereği aynen kira akdinin kıyasa muhalif olarak istihsanen caiz görüldüğü gibi üst hakkının da caiz görülmemesi için bize göre herhangi bir neden yoktur.

III. ÜST HAKKININ KURULUŞU VE SONA ERMESİ

A. Kuruluş

Üst hakkı çeşitli şekillerde kurulabilir. Bunların başında şüphesiz kuruluş akdi gelmektedir. Taraflar aralarında anlaşarak birinin gayrı menkulü üzerinde, diğeri veya diğerine ait bir gayrı menkul lehine üst hakkı kurabilirler. Bilindiği üzere, eski hukukumuzda hiçbir akit türü için yazılı şekil zorunluluğu getirilmemiştir. Ancak sosyal açıdan önem taşıyan gayrı menkul alım satımı, evlenme gibi akitlerin yapıldıktan sonra mahkeme sicillerine kaydedilmesi yoluna gidilmiştir³⁵. Bununla birlikte ispat açısından bazı akitlerin yazılı yapılmasının bizzat Kur'an tarafından tavsiye edildiğini de unutmamak gerekir³⁶. Buradan hareketle üst hakkının kuruluşuna ilişkin akitlerin de yazılı yapılmasının gerektiği söylenebilir. Gerçekten bir çok akid türü gibi üst hakkına ilişkin akidler de önemlidir. Çünkü sonradan taraflar

33 Cin, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s. 110.

34 Zeydan, 202; Karaman, III/119.

35 Misal kabilinden bkz. Konya Şer'iyeh Sicilleri, Fen-Edebiyat Fakültesi Kütüphanesi, C. 10, s. 13.

36 Bakara, 282.

arasında anlaşmazlık çıkması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda yazılı akid birçok ihtilafı daha doğmadan önleyecektir. Bu durumda tescil veya resmi memurun izni şart olmadığı için üst hakkı ilgili akdin yapılması ile kendiliğinden kurulmuş olacaktır.

Üst hakkının kuruluşuna ilişkin akid sözlü yapılmışsa şahitler huzurunda, yazılı yapılmışsa senette nelerin üst hakkına dahil olduğu belirtilmelidir. Nitekim mirî arazide tasarruf hakkı sahibinin eline verilen tapu senedine de arazinin ne şekilde tasarruf edileceği yazılırdı. Mutasarrıf bina yapmak veya ağaç dikmek için ayrıca ilgili memurdan izin almak zorunda idi³⁷. Başka bir ifade ile müşterek yerlerden ne şekilde yararlanılacağı, hakk-ı karar yani üst kat sahibinin oturma hakkının sınırları, alt kat sahibinin hak ve borçları, yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı, üzerinde yapı bulunmayan alanlardan ne şekilde yararlanılacağı vb. hususlar kuruluş akidinde açıkça belirtilmelidir. Akde aykırılık halinde menfeati haleldâr olanın hakime müracaat ederek müdahalenin menini talep edebileceği muhakkaktır.

Üst hakkı ile ilgili olarak üzerinde durulan en önemli konu şüphesiz onun devridir. Devir akdinden maksat, satım, hibe ve vasiyet gibi devir borcu doğuran akidlerdir. Gayrı menkul lehine kurulan üst hakkının bu gayrı menkul ile birlikte satılması hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliğinin olduğu söylenebilir³⁸. Hatta bir arazi satılırken herhangi bir şey söylenmese dahi üzerindeki bina ve ağaçlar arza bağlı olarak satılmış kabul edilirdi. Çünkü ağaç ve binaların arazinin mütemmim cüz', fıkıh kitaplarındaki ifadesi ile "ittisal-i karar ile muttasıl" olduğu kabul edilmiştir³⁹.

Üst hakkının bağımsız olarak satılıp satılamayacağı ise mezhepler arasında ihtilafli bir konudur. Hanefî hukukçuları üst hakkının bağımsız olarak satılmasını uygun bulmamışlardır. Çünkü üst hakkı bir menfaat mülkiyetidir. Söz konusu hukukçulara göre menfaat satıma konu olmaz. Çünkü aslen mal değildir, hükmen mal yani mülktür⁴⁰. Çünkü bir mal da

37 Arazi Kanunu m. 31, 32.

38 Mecelle m. 216; İbni Abidin, V/52; Ali haydar, I/342; Karaman, III/135; Cin/Akgündüz, II/305.

39 İbrahim Halebi: Mecma'ul-Enhur Fi Şerh-i Mültek'al-Ebhur, C. II, İstanbul 1991, s. 14.

40 Mecelle 125,126; Mecsut, XII/194; İbni Abidin, V/51,52; Bedayi, V/138; Ali Haydar, I/326

bulunması gereken özelliklere yani ihtiyaç vakti için biriktirilebilme özelliğine sahip değildir⁴¹. Bu noktada hanbeli mezhebi hukukçuları farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, garar yani ileride gerçekleşmesi muhtemel olan şeylerden başka her türlü satım hukuka uygundur⁴². Bir şey yapmak veya dikmek amacı ile üst hakkı tesisi talebinde bulunan kimsenin bu hakkını kullanacağı muhakkaktır. Bu sebeple burada garar yoktur. Bu noktada hanbeli mezhebinin görüşü hayatın ihtiyaçlarını karşılamaya daha uygun görünmektedir. Çünkü bir kimsenin kendi mülkünde başkasına zarar vermemek şartıyla dilediği şekilde tasarruf edebileceği hukukun genel bir prensibidir. Bir araziye malik olan bir kimse arazisini nasıl satabilir veya üzerine bina yapabilirse aynı şekilde üst hakkı kurmasında da hiçbir sakınca olmamalıdır. Ayrıca bir yere malik olan kimse o yerin altına ve üstüne de maliktir. Bu sebeple bir yer üzerindeki tasarruflar o yerin altı ve üstü için de geçerlidir⁴³. O halde kuru mülkiyetini elinde tutarak kişinin menfaat mülkiyetini başka birisine satması yani üst hakkı tesis etmesinde herhangi bir sakınca olmamak gerektir.

Kaldı ki hanefi mezhebine mensup hukukçularda hayatın zaruretleri nazara alınarak bir çok konuda menfaatin satıma olmasa bile temlike konu olabileceğini ifade etmişlerdir. Bunların başında kira, selem, istisna ve musakât gelmektedir. Gerçekten söz konusu akitler kıyasa muhalif olarak istihsanen kabul edilmişlerdir⁴⁴. O halde hanefi hukukçuların mantığından hareket edilerek üst hakkı da aynı kategoriye tabi tutulabilir. Başka bir ifade ile hayatın zaruretleri nazara alınarak mevcut olan bir şey üzerinde üst hakkı tesis edilebilmelidir. Bu duruma eski hukukumuzun ruhu da müsaittir. Mirî arazi bunun en açık örneğidir. Yani iki mülkiyeti birbirinden ayırmak ve her birinde bağımsız olarak tasarruf etmek mümkündür.

Üst hakkı müstakil bir akitle kurulabileceği gibi herhangi bir devir akidinde (takyidî) şart olarak ileri sürülebileceği ve böyle bir şarta bağlı akdin

41 Ali Haydar, I/228.

42 İbni Kayyım Cevzi: İ'lam'ül-Muvakkîn An Rabbil-Alemin, C.II, Beyrut 1973, s. 8; İbni Kudame: El-Muğni Ala Muhtasaril Hiraki, C.IV, Mısır 1970, s. 200; İbni Teymiye: Nazariyet'ül-Akd, Medine 1949, s. 224, 308; Zeydan, 359, Mecelle Tadilleri, Ceride-i Adliye, 1338, s. 192.

43 Mecelle m. 1192; 1194, Ali Haydar, III/457; Bilmen, VII/174.

44 İbn-i Abidin, IV/26.

geçerli olabileceği söylenebilir⁴⁵. Buna göre mesela bir arazi, üzerindeki yapının belirli bir süre kendisinin olması veya arazi üzerinde bir yapı yaparak belirli süre bu yapıyı kullanması şartı ile satılabilir ve böyle bir şart geçirlidir. Ayrıca tek taraflı bir hukuki işlem olan hibe ve vasiyet ile de üst hakkının kurulabileceğini kabul etmek gerekir⁴⁶.

Yine zamanaşımı ile de üst hakkına sahip olunabilir. Eski hukukumuzda zamanaşımının hak ve mülkiyet iktisabı için bir sebep ve kaynak teşkil etmediğini biliyoruz⁴⁷. Bununla birlikte bir yeri uzun süre nizasız ve fasılasız üst hakkı şeklinde kullanan kişinin böyle bir hakkı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira kadim kıdemi üzere terk olunur ve diğer irtifak haklarında da da kıdeme itibar olunmuştur⁴⁸.

B. Üst Hakkının Sona Ermesi

Üst hakkı, çeşitli sebeplerle sona erebilir. Bunların başında şüphesiz kararlaştırılan sürenin sona ermesi gelmektedir. Bu hususta azami veya asgari bir süreden söz etmek mümkün değildir. Taraflar akdın niteliğine uygun olarak belirli bir süre kararlaştırabilmelidirler. Hakim gayrı menkulün yok olması durumunda üst hakkı sona ermez. Gerek üst hakkı sahibi gerekse mirasçıları bu hakka dayanarak ilgili yapıyı yeniden yapabileceklerdir. Ancak buna mecbur olmadıkları açıktır. Yani üst hakkı sahibi bu hakkı sona da erdirebilir. Bununla birlikte üst hakkı kat irtifakı şeklinde kurulmuş ve alt kat yıkılarak veya yanarak yok olmuş ise, üst kat sahibinin alt kat sahibini yeniden yapısını yapmaya zorlayabilir⁴⁹.

Nihayet taraflar borçlarını önemli ölçüde ihmal eder, yetkilerinin sınırlarını ağır bir şekilde aşarlarsa karşı tarafın mahkemeye müracaat ederek borçların gereği gibi ifasını ve/veya müdahalenin men'ini ve/veya üst hakkının sona ermesini talep edebileceğini kabul etmek gerekir. Bu durumda üst hakkı mahkeme kararı ile sona erecektir.

45 Takyidi şarta bağlı işlemler hakkında geniş bilgi için bkz. Kaşıkçı, Osman: Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi S.1, 1997.

46 Karaman, III/124.

47 Mecelle m. 1674.

48 Mecelle m. 6; 1224.

49 Karaman, III/134.

IV. SONUÇ

Eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat olmak üzere iki unsurunun bulunduğunu biliyoruz. Bu unsurlar farklı kişilere ait olabilmekte ve rakabesine sahip olana rakabe maliki, menfaatına sahip olana ise menfaat maliki denmektedir. Menfaat satıma konu olma niteliğini haiz olmamakla birlikte hayatın zaruretleri nazara alınarak hükmen mal kabul edilmiş ve menfaatin satımından değil devrinden söz edilmiştir. Başkasına ait bir gayri menkul üzerinde yapı yapma ve bu yapıya malik omla olarak tanımlanan üst hakkı da menfaat mülkiyeti olarak nitelendirilen hususlardandır. Menfaat mülkiyeti günümüz hukukundaki irtifak haklarına tekabül etmektedir.

Eski hukukumuzda daha çok satımı ile ilgili olarak hakk'ut-tealli ismi ile üst hakkına yer verilmiştir. Ancak bir arazi ile üzerindeki yapılar mütemmim cüz' oluşturduğu için ayrı ayrı satıma konu olamayacağı hanefi hukukçuları tarafından ifade edilmiş ve bu sebeple Mecelle'ye de girmemiştir. Ancak Mecelle tadillerinde Hanbeli ve maliki mezhebi hukukçularının görüşleri esas alınarak üst hakkının müstakil olarak satılabileceği belirtilmiştir. Burada önemli olan bağımsız olarak satıma konu olsun veya olmasın üst hakkının kabul edilmiş olmasıdır. Hatta istihsan yolu ile menfaat mülkiyetinin satıma konu olabileceğinden hareketle Hanefi mezhebinde de üst hakkının müstakil olarak satımına da bir yol bulunabilir. Bir çok açıdan üst hakkına benzeyen miri arazi sistemi bunun en güzel misalini teşkil etmektedir. Ancak ihtiyaç duyulmadığı için böyle bir yola başvurulmamış olabilir. Yoksa konu yakından incelendiğinde üst hakkının eski hukukumuzun ruhuna uygun olduğu görülecektir.