

PAPER DETAILS

TITLE: HAKSIZ YAPI KAVRAMI VE HAKSIZ YAPININ KALDIRIMASI

AUTHORS: Emrehan INAL

PAGES: 245-275

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97710>

HAKSIZ YAPI KAVRAMI VE HAKSIZ YAPININ KALDIRILMASI*

Yard. Doç. Dr. Emrehan İnal**

GİRİŞ:

Türk hukukunda haksız yapı olarak adlandırılan ve MK.m.722-724 hükümlerinde düzenlemiş olan kurum yoğun bir uygulamaya sahip bulunmaktadır. Bu alanda yargı kararlarında belirgin bir zenginlik de göze çarpmaktadır. Haksız yapının ülkemizdeki bu yaygınlığı sebebiyle konunun Türk hukukunda¹ büyük bir önem arz ettiği şüphesizdir. Ancak Yargıtay'ın bu alandaki bazı uygulamalarının, özellikle haksız yapının kaldırılmasına ilişkin kararlarının tereddüt yarattığı ve eleştirildiği² de görülmektedir. Bu bakımdan haksız yapının kaldırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin ve bu alandaki Yargıtay kararlarının incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Şüphesiz burada haksız yapı kurumunun tüm yönleriyle ele alınması mümkün bulunmamaktadır. Aşağıda önce genel hatlarıyla haksız yapı kavramı incelenecek, daha sonra ise haksız yapının kaldırılması talebinin şartları ve özellikle yapının kaldırılmasının aşırı zarara sebebiyet verip vermeyeceğinin tespiti meselesi ele alınacaktır.

I. HAKSIZ YAPI KAVRAMI:

A. Genel Olarak:

Medeni Kanun'da "haksız yapı" kavramıyla ifade olunan bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bununla birlikte Medeni Kanun, bir arazideki yapıda taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunmaksızın arazi malikinden başka bir kişiye ait malzemenin kullanılmış olması durumunu (*inaedificatio*) ve bunun hukuki sonuçlarını düzenlemiş bulunmaktadır.

MK.m.722-724 hükümlerinde düzenlenmiş olan bu durum, doktrinde ve uygulamada "haksız yapı" olarak nitelendirilmekte olup, üç ayrı durumu ifade

* Bu çalışmanın esasını İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 08.06.2011 tarihinde düzenlenen "Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Saygı Günü" toplantısında sunulan tebliğ oluşturmaktadır.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Aynı hukuk çevresine dahil olduğumuz Alman ve İsviçre hukuklarında ise haksız yapı uygulamasına ve buna bağlı olarak bu alanda yargı kararlarına ve kapsamlı bilimsel incelemelere daha az rastlandığını söyleyebiliriz.

² **Yusuf Büyükkay**, Kendi Malzemesi ile Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaata İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./8506 K. No'lu Kararı Üzerine, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Erzincan, 2006, s.419 vd.

etmek üzere kullanılmaktadır. Buna göre, kendi malzemesi ile başkasının taşınmazında veya başkasının malzemesi ile kendi taşınmazında ya da başkasının malzemesi ile başkasının taşınmazında, geçerli bir hukuki ilişkiye dayanmaksızın yapı meydana getirilmesine “haksız yapı” veya “haksız inşaat” adı verilmektedir³.

Şu halde, haksız yapı kavramı (1) kendi malzemesi ile başkasının arazisinde yapı meydana getirilmesi; (2) başkasının malzemesi ile kendi arazisinde yapı meydana getirilmesi ve (3) başkasının malzemesi ile başkasının arazisinde yapı meydana getirilmesi olmak üzere üç durumu da ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁴.

³ **Jale G. Akipek**, Türk Eşya Hukuku, İkinci Kitap, Mülkiyet, Ankara, 1973, s.174; **Şeref Ertaş**, Eşya Hukuk, Ankara, 2008, kn.1625; **Esener/Güven**, Eşya Hukuku, Ankara, 2008, s.223; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, C.I, İstanbul, 1989, s.800-801.

Bu kavramı ifade etmek üzere bazı eserlerde “gasben inşaat” (**Saymen/Elbir**, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963, s.316; **Küley/Ulukut**, Medeni Kanunda ve Tatbikatta Arsa Üzerine İnşaat Hükümleri, İstanbul, 1955, s.13), “gasp suretiyle inşaat” (**Velidedeoğlu/Esmer**, Gayrimenkul Tasarrufları, 2.Bası, İstanbul, 1956, s.287), “hukuka aykırı inşaat” (**Mehmet Ayan**, Eşya Hukuku, C.2, Mülkiyet, Konya, 1993, s.188) kavramlarının kullanılmış olduğu da görülmektedir. Haksız yapı durumlarında çoğu zaman bir gasp veya hukuka aykırılık bulunabilir. Ancak her haksız yapının bir gasp veya hukuka aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Mesela malzeme veya arazi sahibi, duruma göre malzemenin kullanıldığını veya arazisinde yapı yapıldığını öğrenmesine rağmen ses çıkarmamış veya malzeme veya arazi sahibi, malzemenin kullanılmasına veya arazisinde yapı yapılmasına açık veya örtülü rıza göstermiş olabilir. Bu gibi durumlarda dahi, rızanın taraflar arasında örtülü bir satım veya inşaat sözleşmesi kurulmasına yetebileceği istisnai durumlar haricinde), yine bir haksız yapı durumu söz konusu olabilir ve salt rızanın bulunması yapının haksız yapı olarak nitelendirilmesini önlemez, (bu yönde, **Aytekın M. Ataay**, Haksız İnşaat, İstanbul, 1959, s.18).

⁴ Ancak İsviçre hukukunda bu son durumun, yani başkasının malzemesi ile başkasının arazisinde yapı meydana getirilmesinin ZGB Art.671-673 hükümlerinin kapsamına girmediği, bu hükümlerde bu durumun ifade edilmediği ve hükümlerin düzenlenmesinde de göz önünde bulundurulmadığı, böyle bir durumda uyumsuzluğun haksız fiillere veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği çoğunlukla kabul edilmektedir, BGE 99 II 138-139. **Heinz Rey**, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 3. Auflage, Basel, 2007, Art.671, kn.3 ve 5; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, 2002, s.851; **Hans Leemann**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern, 1920, Art.672-673, kn.20 vd.; **Arthur Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, VI, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I, Bern, 1974, Art.671, kn.8 ve özellikle 32 vd. ZGB Art.671-673 hükümlerinin kıyasen uygulanması görüşünde **Peter Liver**, Schweizerisches Privatrecht, (SPR V/1), Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Das Eigentum, Basel/Stuttgart, 1977, s.178. Bkz. ve karş. ayrıca **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.844 vd. ZGB Art. 671 hükmünden farklı olarak MK.m.722 hükmünde bu durum da açıkça zikredilmiş olduğu için Türk hukukunda bu yönde bir tereddüt artık zaten bulunmamaktadır.

B. Haksız Yapının Unsurları:

Haksız yapı kavramının kapsamına dahil olan durumlara ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz açıklamalardan yola çıkarak, haksız yapıdan bahsedebilmek için şu üç unsurun bulunması gerektiğini söyleyebiliriz: (1) MK.m.722 vd. hükümlerinde bahsi geçen anlamda bir “yapı” bulunması; (2) arazi ile bu arazi-deki yapıda kullanılan malzemenin başka kişilere ait olması ve (3) yapının geçerli bir hukuki ilişkiye dayanmaksızın meydana getirilmiş olması⁵.

Hemen belirtelim ki, haksız yapının ilk akla gelen ve uygulamada en çok rastlanan türünü, bir kimsenin hiçbir hakka dayanmaksızın kendi malzemesi ile başkasının arazisinde yapı meydana getirmesi hali oluşturmaktadır⁶. Bu bakımdan aşağıdaki açıklamalarımızı ve özellikle yapının kaldırılması şartlarına ilişkin incelememizi temel olarak bu durumu esas almak suretiyle yapacağız.

1. Bir Yapı (İnşaat) Bulunması Gereği:

Haksız yapıdan, diğer bir ifadeyle MK.m.722 vd. hükümlerinin uygulama alanından bahsedebilmek için ilk olarak bir “yapı” bulunması gerekir. Yapı bulunması gereğinden maksat, mutlaka yeni bir yapı meydana getirilmesi değildir⁷. Bu unsur, yeni ve bağımsız bir yapı meydana getirilmesi yanında, mevcut bir yapıda eklentiler veya tadilatlar yapma durumlarını da kapsar. Gerçekten, haksız yapı hükümlerinin uygulanması için, yapının mutlaka yeni veya bağımsız bir yapı olması şart değildir⁸. MK.m.722/I hükmünde, mutlaka daha

⁵ **Tarkan Göksu**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich-Basel-Genf, 2007, Art.671, kn.2-4; **Rey**, Basler Kommentar, Art.671, kn.1; bkz. ayrıca **Leemann**, Art.671, kn.2-9. Bunun dışında aşağıda yapı kavramını incelerken belirteceğimiz üzere, haksız yapıdan bahsedebilmek için, yapının tamamlanmış olup olmaması ya da yapının arazinin üstünde veya altında olması bir fark yaratmaz. Ayrıca yapının doğrudan doğruya arazide meydana getirilmiş olması da şart değildir. Mevcut bir inşaat üzerinde meydana getirilen yapılar da, sonuç itibarıyla arazide meydana getirilmiş olduğundan haksız yapıya ilişkin hükümlere tabi olur, **Ataay**, s.28; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2006, s.384, dn.739.

⁶ Bu durumda inşaat, arsada yapı meydana getirme konusunda aynı veya şahsi herhangi bir hakka sahip olmayan ve kendisine ait malzemeyi kullanan bir başkası tarafından yapılmaktadır. Özellikle hazine arazisi üzerinde inşa edilen yapılar ve gecekondular hemen her zaman bu tarzda vuku bulmaktadır.

⁷ Bir inşa eserinin yapı olarak nitelendirilmesi için tamamlanmış olması gerekmemektedir. Ancak inşaat malzemesinin belli bir bütünlük meydana getirmeye başlamış olması ve özellikle devamlı bir amaç için toprağa bağlanmış olması gerekir, (bu yönde **Galip Sermet Akman**, Taşkın İnşaat, İstanbul, 1982, s.27). Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. ayrıca **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.384 dn.739. Aynı esasın BK.m.367/II ve 6098 sayılı yeni TBK.m.482/II hükmü bakımından da kabul edildiğini görmekteyiz, (**Turgut Öz**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s.81-82).

⁸ Ancak MK.m.724 hükmünde düzenlenmiş olan malzeme malikinin arsanın mülkiyetini talep yetkisinin, sadece yeni yapılan binalar için uygulanabileceği; mevcut bir binada yapılan onarım ve değişiklikler binadan daha değerli olsa bile, bu durumda malzeme malikinin arsanın mülkiyetini talep yetkisi bulunmadığı kabul edilmektedir, **Ertaş**, kn.1641.

önce mevcut olmayan bir yapı meydana getirilmesi değil, daha önceden mevcut olsun ya da olmasın, bir yapıda malzeme kullanılması şartı aranmaktadır⁹.

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamına ilişkin MK.m.718/II ve m.722 vd. hükümlerinde “yapı”¹⁰ kavramından¹¹ bahsedilmektedir¹². Genel olarak kabul edildiği üzere, yapı (inşaat), insan eli ve tekniğin yardımıyla arazide (arazinin üstünde veya altında) meydana getirilen ve arazi ile devamlı bağlılığı olan her çeşit eser olarak tanımlanabilir¹³. Yapı, çok geniş bir kavram olup yalnızca binalardan ibaret değildir¹⁴. Ancak yapının en önemli ve en sık görülen şeklini binalar oluşturur¹⁵. İşte yapı kavramı¹⁶, arazide meydana getirilen, bina,

⁹ MK.m.722/I hükmüne göre, “Bir kimse kendi arazisindeki yapıda başkasının malzemesini ya da başkasının arazisindeki yapıda kendisinin veya bir başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olur”. Burada haksız yapı hükümlerinin uygulanmasının unsuru olarak ifade ettiğimiz “bir yapı bulunması gereği”, “yapıda, malzeme kullanılması” (ve tabii, yapıda kullanılan malzemenin arazi malikinden başka kişiye ait olması gerekir) unsuru olarak da ifade edilebilir.

¹⁰ Eski MK.m.648-650. maddelerinde ise “bina” kavramı yer almaktaydı.

¹¹ Kanunda ayrıca düzenlenmiş olan “taşınır yapı” kavramından ayırt etmek üzere, MK.m.718/II ve m.722 vd. hükümlerinde geçen yapı kavramının “menkul olmayan inşaat” (Ataay, s.20 vd.), veya “taşınmaz inşaat - yapı” (Öz, s.80 vd.), olarak da nitelendirildiğini görmekteyiz. Açıklık sağlamak ve tereddüde mahal vermemek bakımından bu yönde bir kullanım için ayrıca bkz. BK.m.363/II - TBK.m.478.

Yapı denilince, zaten hemen daima bir taşınmazın bütünleyici parçası olan ve taşınır yapı niteliğinde bulunmayan yapılar anlaşıldığı için bunları “taşınmaz yapı” veya “menkul olmayan yapı” olarak değil, Kanunun terminolojisine uygun olarak sadece “yapı” olarak nitelendirmeyi yeterli ve uygun görüyoruz.

¹² MK.m.718/II ve m.722 vd. hükümlerinde yapı kavramından bahsedilmekle birlikte, bu hükümlerde yapının ne olduğu değil, esas itibarıyla taşınmaz mülkiyetinin kapsamı açısından düzenleme getirilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu’nun 5. maddesinde yapı kavramı tanımlanmış olmakla birlikte, imar hukuku bakımından geçerli olan bu tanım, Medeni Kanun anlamındaki yapı kavramına ilişkin değildir. İmar Kanunu’nun 5. maddesine göre yapı “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler” şeklinde tanımlanmıştır.

¹³ Akman, 25; Ertaş, kn.1622; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.383; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, Eşya Hukuku, s.797.

¹⁴ Ertaş, kn.1623; Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s.569; Öz, s.81.

¹⁵ Bina insanların veya eşyaların hacim itibarıyla etrafını çevreleyen ve dış mekanlardan ayrılmasını sağlayan ve arazi ile devamlı bağlılığı olan inşa eserleridir. Binadan bahsederken inşa eserinin amacı bir önem taşımaz. Bina, insanların veya hayvanların barınma, korunma ihtiyaçlarına veya devlet işlerine, mesleki, sanatsal, sportif, dini veya diğer sosyal faaliyetlerin yerine getirilmesine yönelik olabileceği gibi eşyaların depolanma ihtiyaçlarına yönelik de olabilir, (Akman, s.26). 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 5. maddesinde bina “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁶ İnceleme konumuz itibarıyla burada tanımını yaptığımız eşya hukukuna ilişkin yapı kavramı ile BK.m.58/TBK.m.69 anlamındaki “bina veya imal olunan herhangi bir şey”

köprü, baraj, demiryolu, kuyu, viyadük, anıt, ambar, mahzen, sığınak, kule, dikili elektrik direği vb. pek çok inşa eserini¹⁷ kapsar¹⁸.

kavramı karıştırılmamalıdır. BK.m.58/TBK.m.69 hükmündeki bina veya diğer bir yapı eseri çok daha geniş bir kapsama sahip olup, bu hükmün uygulaması bakımından, eserin “araziye sabit bir bağlılık” taşıması şartı aranmamakta; tren, tramvay, gemi ve hatta uçak gibi menkul eşyalar da BK.m.58/TBK.m.69 anlamında yapı eseri sayılmaktadır, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s.518-519.

¹⁷ Yapı kavramını açıklarken kullandığımız “eser” ifadesinin, eser sözleşmesi kapsamında “iş sahibinin arsası üzerinde inşa edilen şey” (BK.m.367/II – TBK.m.482/II) anlamındaki eser kavramı ile örtüştüğünü; literatürde BK.m.367/II/TBK.m.482/II hükmünde yer alan “arsa üzerinde inşa edilen şey” ifadesi açıklanırken, MK.m.718/II ve m.722 vd. hükümlerindeki anlamıyla “yapı” kavramından hareket edildiğini söyleyebiliriz (bkz. **Öz**, s.80-81 ve dn.45; **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, 2009, s.506).

¹⁸ Acaba salt arazinin şeklinin veya yapısının değiştirilmesi ameliyesi de yapı olarak nitelendirilebilir mi? Yine yukarıda saydığımız örneklerle bakıldığında, bunların tümünde malzeme (taşınır mal), kullanıldığı görülmektedir. İşte acaba yapı kavramından bahsedebilmek için, meydana getirilecek inşa eserinde mutlaka bir malzemenin kullanılması da şart mıdır? Örneğin arazide bir çukur veya hendek kazılması ya da bunların kapatılması, zeminin doldurulması veya arazinin golf sahası olarak düzenlenmesi çalışmalarını, yani arazinin alacağı bu yeni şekil de, yapı olarak nitelendirilecek midir? Seliçi, yapı kavramının esasında hukuken değil, teknik açıdan belirlenebilecek bir konu olduğunu ifade etmektedir, (**Özer Seliçi**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.4-5). Yazar bu tespiti inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak yapmakla birlikte, aynı esasın burada da söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Buna karşılık bir eserin yapı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusu, eşya hukuku bakımından hukuki bir değerlendirmeyi de gerektirir. Bu sebeple arazide bir çukur veya hendek kazılması ya da bunların kapatılması, zeminin doldurulması, arazinin düzenlenmesi vs. gibi çalışmaların yapı olarak kabul edilip edilmeyeceği de hukuki bir değerlendirmenin konusunu oluşturur. Tabii bu tespit de, teknik değerlendirmelerden yararlanılacaktır. Özellikle yapının toprakla bağlılığının derecesi; telef veya tahrip edilmeden arsadan sökülüp sökülemeyeceği; devamlılık unsurunun bulunup bulunmadığı gibi hususların tespitinde teknik değerlendirmelerden yararlanılması çoğu zaman zaruridir. Dikkat edilecek olursa MK.m.722 vd. hükümlerinde arazi maliki ile malzeme maliki arasındaki ilişki düzenlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, MK.m.722/I hükmünde esas olarak, yapıda malzeme kullanılması şartı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, haksız yapı hükümlerinin uygulama alanı bulması için arazide zaten malzeme kullanılmış olması gerekmektedir. MK.m.722 vd. hükümlerinin kenar başlığında “yapı malzemesi”, madde metinlerinde “malzeme” terimi, mehzaz kanunda da aynı şekilde, ZGB art.671 vd. hükümlerinin kenar başlığında “Baumaterial”, madde metinlerinde de “material” terimleri kullanılmıştır. Nitekim “yapı” kavramının, emek yanında “malzeme kullanılarak taşınmazın bütünleyici parçası olacak şekilde meydana getirilen eser” olarak tanımlandığı görülmektedir, (**Öz**, s.81, dn.45). Şu halde, arazide sadece bir çukur veya hendek kazılması durumunda bir malzeme kullanılışından bahsedilemeyeceği için MK.m.722 vd. hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Kazılan yerin beton veya diğer bir malzeme ile kaplanması durumunda ise başka bir işlem yapılmassa dahi bir yapının bulunduğu kabul edilmek gerekir. Yapıda kullanılan malzemenin işlenmiş bir malzeme veya endüstri ürünü olması da şart değildir. Doğal, hiçbir işlem görmemiş maddeler de MK.m.722 vd. hükümleri gereğince malzemedir. Bu sebeple, bir kişiye ait taşınmazdan alınan toprağın başkasına ait bir taşınmazın dolgu

Eser devamlı olarak kalmak üzere değil geçici bir amaç için meydana getirilmiş ise, kural olarak yapıdan bahsedilemez. Nitekim MK.m.728 hükmü, kenar başlığında bu çeşit eserler için “taşınır yapı” ifadesini kullanmaktadır. İşte yapı (inşaat) kavramının devamlı bir amaç için toprağa bağlanması gereği MK.m.728 hükmünden de anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yapı kavramı açıklanırken, yapı – taşınır yapı ayrımına dikkat etmek ve bir inşa eserinin niteliği araştırılırken onun taşınır yapı niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti gerekir¹⁹. Büyük

veya zemin yükseltme işleminde kullanılması durumunda, toprağın “malzeme”; arazinin aldığı yeni şeklin de “yapı” olarak nitelendirilmesi ve MK.m.722 vd. hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak bu tip çalışmaların belli bir amaç veya proje doğrultusunda yapılması gerekir. Yoksa toprak, moloz veya diğer bir malzemenin başka bir kişiye ait taşınmaza atılması veya yığılması tek başına bir “yapı” teşkil etmez.

¹⁹ MK.m.722 vd. hükümlerinde geçen yapı kavramının karşısında MK.m.728’de düzenlenmiş “taşınır yapı” kavramı yer alır, (Akman, s.31). Bu bakımdan yapıdan ne anlaşılması gerektiği tespit edilirken yararlanılacak hükümlerin başında MK.m.728 hükmü gelmektedir. Bu hükme göre, “başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir”. İşte bu nitelikleri taşıyan inşa eserleri taşınır yapılardır ve bunlar yukarıda tanımını yaptığımız “yapı” kavramına girmezler. MK.m.728 hükmünden yola çıkarak, bir eserin taşınır yapı sayılabilmesi için biri maddi (objektif), diğeri manevi (sübjektif) olmak üzere iki unsurun bulunması gerekmektedir. Taşınır yapının maddi unsuru, bu eserlerin “kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri” hafif yapılardan ibaret olmasıdır. İnşaatın hafifliği esas itibarıyla nispi bir kavram olup (Ataay, s.47), her somut olayda kullanılan malzemenin ve meydana getirilen eserin niteliği ve mahiyeti ve özellikle eserin taşınmaz ile bağlılığının derecesine göre tespit edilmek gerekir. Ataay, inşaatın hafifliğinin (maddi unsurun bulunup bulunmadığının), “temelli kalmak maksadı olmaksızın muayyen bir hizmete tahsis gayesiyle meydana getirilen inşaatın, aynı hizmete devamlı bir surette tahsis edilecek olan inşaata kıyaslanması suretiyle” anlaşılacağını belirtmektedir, (Ataay, s.47). Böyle bir kıyaslama, kanaatimizce, maddi unsurun (eserin hafif yapı niteliğinin) yanında, özellikle manevi unsurun bulunup bulunmadığının, yani eserin devamlı ya da geçici bir amaç için mi meydana getirildiğinin tespitine de yardımcı olur. Eser taşınmaz ile gevşek bir bağlılık içinde bulunuyorsa kural olarak bir hafif yapının bulunduğu kabul edilir (Akman, s.31; Meier-Hayoz, art.677, kn.4 vd.). Buna karşılık eser, taşınmaz ile sıkı bir bağlılık halinde bulunuyorsa kural olarak taşınır yapı olarak nitelendirilemez, dolayısıyla yapanın mülkiyetinde kalmaz, “*superficies solo cedit*” ilkesi gereği taşınmaz malikinin mülkiyetine geçer (Akman, s.32; Meier-Hayoz, art 677, kn.7). Taşınır yapının manevi unsuru ise, eserin taşınmaz üzerinde “kalıcı olması amaçlanmaksızın” meydana getirilmiş olması gereğidir. Burada önemli olun husus, eserin devamlı kalmak amacı olmaksızın yapılmasıdır (Akman, s.31; Ataay, s.47). Bu bakımdan eserin mutlaka belirli bir süre için yapılmış olması gerekmediği gibi, sürenin uzun veya kısa olması da bir fark yaratmaz. Ancak sürenin uzunluğu, eserin tahsis gayesi bakımından hayat tecrübelerine göre ve makul bir değerlendirmeye ile eserin geçici olarak kabul edilmesini engelleyecek kadar uzun olursa manevi unsurun gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, eserin niteliği şüpheye yer bırakmayacak derecede eserin açıkça bir yapı veya taşınır yapı olduğunu gösteriyorsa, inşa edenin amacı bir önem arz etmez. Toprağa sıkı bir şekilde bağlanmış, yıkılmadan, telef veya tahrip edilmeden arsadan sökülüp götürülmesi güç bir eser inşa edenin amacı ne olursa olsun bütünleyici parça niteliğini almış olur ve taşınır yapı olarak nitelendirilemez (Ataay, s.48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, Eşya Hukuku, s.798-799). Aynı şekilde, eserin taşınmaz ile çok gevşek bir bağlılık içinde bulunduğu açık bir şekilde anlaşılıyorsa veya eser pek dayanıksızsa, inşa edenin amacı ne olursa

çoğunlukla taşınır yapı niteliği taşıyan eserlere örnek olarak, fuar pavyonları, satış kulübe veya büfeleri, barakalar, yazlık veya gezici tiyatro, sinema, sirk veya konser sahneleri, gösteri veya bayramlar için inşa edilen tribün veya tak-lar, pazar veya panayır sebebiyle kurulan çadırlar, tezgâhlar, ahırlar, mutfak veya tuvaletler sayılabilir²⁰. Şüphesiz ki, haksız yapı hükümlerinin (MK.m.722 vd.), taşınır yapı hakkında uygulanması söz konusu olmaz²¹.

olsun bu eser taşınır yapı olarak kabul edilmek gerekir (**Ataay**, s.48). İşte eserin objektif niteliğinin bu kadar aşıkâr olmadığı durumda, inşa edenin iradesi önem kazanacak ve eserin kalıcı olması mı yoksa olmaması mı amaçlanarak yapıldığı araştırılmak gerekecektir. Bu amaç, inşa edenin eser tamamlandığı sıradaki iradesine göre tayin olunur, (**Ataay**, s.48-49). Ancak inşa edenin amacı, eser meydana geldikten sonra değişebilir. Geçici bir amaç için inşa edilen eser, daha sonra devamlı bir amaca tahsis edilebilir veya bunun tersi gerçekleşebilir, yani devamlı bir amaç için inşa edilmiş bir yapı, yıkılmadan önce geçici bir amaca tahsis edilmiş olabilir. Başlangıçta geçici bir amaçla inşa edilen bir hafif yapının daha sonra kalıcı bir amaca tahsis edilmesi durumunda bu eserin artık taşınır yapı olmaktan çıkarak yapı niteliği kazandığı, yani arsanın bütünleyici parçası haline geldiği kabul edilmektedir, (**Akman**, s.31, dn.14; **Ataay**, s.49; **Suad Bertan**, Ayni Haklar, C.1, Ankara, 1976, s.664-665; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.799; **Meier/Hayoz**, art.677, kn.27). Ancak tahsis gayesindeki, yani eserin geçici veya devamlı bir amaca tahsisindeki değişikliğin eserin taşınır yapı olma niteliğini değiştirebilmesi için eserin mahiyetinin buna müsait olması gerekir, (bu yönde **Ataay**, s.49). Eser pek dayanıksız veya aşıkâr surette hafif bir yapıdan ibaret olduğu takdirde, eser sahibinin bunu devamlı bir amaca özgüleme iradesi eserin taşınır yapı olma niteliğini değiştirmez. Diğer taraftan, başlangıçta bütünleyici parça niteliğine sahip bir yapının, sonradan tahsis amacının değişmesiyle menkul yapı haline gelmeyeceği genellikle kabul edilmektedir, (**Bertan**, s.665; **Robert Haab**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich, 1977, art.667, kn.17; **Meier/Hayoz**, art.677, kn.28. Karş. **Akman**, s.31, dn.14). Mesela konut amaçlı olarak inşa edilmiş ve kullanılmış olan bir gecekondü, sonradan boşaltılıp aynı arsada yapılmakta olan büyük bir inşaatın şantiye binası olarak kullanılmaya başlansa bile taşınır yapı niteliği kazanamaz. Bir görüşe göre ise, maddi niteliği gereği hafif yapı olarak değerlendirilebilecek bir eser, tapuya kaydedilmemiş ise, tahsis gayesindeki değişiklik onu taşınır yapı haline getirir. Zira bu takdirde taşınır yapı için aranan objektif (maddi) ve sübjektif (manevi) unsurlar birleşmiş ve üçüncü kişilerin yanılmaları da önlenmiş olur, (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.799).

²⁰ **Ataay**, s.52. Kanaatimizce şüphe halinde, yani eserin yapı mı yoksa taşınır yapı mı olduğunun kesin olarak tespit edilemediği durumlarda eseri yapı olarak, yani arsanın bütünleyici parçası olarak kabul etmek menfaatler dengesi gereği ve özellikle üçüncü kişilerin yanılmasını önlemek bakımından uygun olacaktır.

²¹ **Meier-Hayoz**, art.671, kn.14. Doktrinde, haksız yapı kavramının, meydana getirilen yapının menkul yapı olup olmamasına göre ayrıca ayrımının yapıldığı görülmektedir, (**Ataay**, s.20 vd). Ancak “yapı” kavramından, menkul yapı niteliğinde bulunan değil, bu nitelikte olmayan yapıların anlaşılması gerektiği; MK.m.722 vd. hükümlerinde de bu nitelikteki yapıların düzenlenmiş olduğu ve menkul yapıların MK.m.728 hükmü ile ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, menkul yapıların “haksız yapı” kavramı içerisine dahil edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. MK.m.728 hükmünde düzenlenmiş olan taşınır yapılar, arsanın bütünleyici parçası haline gelmez, yani üzerinde bulundukları taşınmazın mukadderatına tabi olmazlar. Bunlar üzerinde bulundukları taşınmazın mülkiyetinden ayrı bir mülkiyet hakkının konusunu oluştururlar. Süreklilik niteliği taşımadıkları için, kural olarak taşınmazın

Nihayet haksız yapıya ilişkin MK.m.722 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulması için, yapının bir taşkın yapı niteliği taşıması gerektiği belirtilmekte; taşkın yapı durumunda buna ilişkin MK.m.725 hükmünün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir²².

2. Yapıda Kullanılan Malzemenin, Arazi Malikinden Başka Kişiye Ait Olması:

Bir yapıya haksız yapı sıfatını kazandıran ikinci unsur, yapıda kullanılan malzemenin, arazi malikinden başka bir kişiye ait olması gereğidir.

Şüphesiz bu durum, malzemenin yapıda kullanılmasından önceki zaman dilimi için geçerlidir. Zira “*bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur*”, (MK.m.684). Eşya hukukumuzun bu temel prensibi, arazi mülkiyetinin madde itibarıyla kapsamı açısından da geçerlidir: Arazi mülkiyetinin kapsamı bakımından, “üst arza tabidir” (*superficies solo cedit*) formülüyle ifade edilen “birleşme ilkesi” (*Akzessionsprinzip*), MK.m.718/II hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar* (f.1.). Bu

eklentisi (teferruat) de sayılmazlar, (Ataay, s.52). Ancak arsa ile çok gevşek bir bağlılık içinde bulunduğu açıkça anlaşılan veya pek dayanıksız olan bir taşınır yapı, daha sonra devamlı bir amaca tahsis edilirse, (tahsis gayesindeki değişikliğin böyle bir yapıya bütünleyici parça niteliği kazandırmayacağını belirtmiştik), kanaatimizce süreklilik unsuru gerçekleşmiş olacağı için artık bunları eklenti olarak nitelendirmek gerekecektir. Taşınır yapının sahibi ile taşınır yapının bulunduğu taşınmazın sahibi farklı kişiler olabilir. MK.m.728/I hükmü, başkasının arazisi üzerinde yapılan taşınır yapılardan bahsetmekle birlikte, taşınır yapıya ilişkin kuralın uygulanması için bunların mutlaka ayrı ayrı kişilere ait olması şart değildir. Taşınır yapı bizzat arsa sahibi tarafından yapılmış olsa dahi arsanın bütünleyici parçası olmaz; taşınmazdan ayrı olarak devredilebilir ve istisna edilmemiş olsa dahi taşınmaza ilişkin tasarruf işlemlerinin kapsamına girmez. EMK.m.654 hükmünde ifade edilmiş olmamakla birlikte, MK.m.728/II hükmü, “bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur” demek suretiyle daha önce doktrinde ve uygulamada kabul edilen taşınır yapıların, adı üstünde, taşınır mal hükmünde olduğunu kanun maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. Bu itibarla bunların mülkiyetinin nakli veya rehin edilmeleri ancak zilyetliğin devri ile mümkündür. Aynı sebeple, bunlar üzerinde inşaatçı ipoteginin kurulması da mümkün değildir, (Ataay, s.53).

²² **Meier-Hayoz**, art.671, kn.13. Taşkın yapı durumunda, taşınmaz sınırının aşılması suretiyle yapının komşu (bitişik) arsaya tecavüzü/taşması söz konusudur. Bu taşkınlık komşu arsanın zeminine, altına veya üstündeki hava boşluğuna tecavüz şeklinde olabilir (Ataay, s.40; Akman, s.34). Malzeme sahipliği açısından bakacak olursak, haksız yapıda olduğu gibi taşkın yapı durumunda da, arazide inşa edilen, yani taşan yapıda kullanılan malzemenin yine başkasına (komşuya) ait olması durumu söz konusudur. Buna karşılık haksız yapı durumunda, bir sınır tecavüzü söz konusu olmaksızın yapının tümü aynı taşınmazın üzerinde bulunmaktadır. Böyle bir yapı komşu taşınmaz maliki tarafından yapılmış olsa dahi, bir sınır tecavüzü (taşma) söz konusu olmadığı için taşkın yapıdan bahsedilemeyecektir. Bütün yapının yalnız çok küçük bir kısmı yapıyı yapanın kendi arsasında bulunurken, büyük bir kısmının komşu arsaya uzanması veya komşu taşınmazın tamamen taşan inşaat ile kaplanmış bulunması durumlarında dahi taşkın yapı hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir, (Akman, s.34-35; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, s.858).

mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (f.2)”.

Bu prensip, yapının haksız yapı olması durumunda da geçerlidir²³. Nitekim haksız yapıya ilişkin MK.m.722/I hükmünde “... malzeme arazinin bütünleyici parçası olur” demek suretiyle bu prensibin tekrar edildiğini görmekteyiz. Şu halde malzemenin arazideki yapıda kullanılmasıyla birlikte, malzeme üzerindeki aynı haklar sona erer ve malzeme o arazinin bütünleyici parçası haline gelir, yani arazinin mülkiyetine tabi olur. Diğer bir ifadeyle haksız yapı ve buna ilişkin hükümler, bütünleyici parça kuralının ve birleşme ilkesinin istisnasını değil, bir görünümünü oluşturur.

Nitekim haksız yapıya ilişkin hükümler, malzemenin mülkiyetinin, bütünleyici parça kuralı gereğince, arazinin malikine geçmesi sebebiyle ortaya çıkan uyumsuzluğun çözümüne ilişkin bulunmaktadır. Doğal olarak, haksız yapı hükümlerinin uygulama alanı bulması için, malzemenin, yapıda kullanılmasıyla önce, arazi malikinden başka kişiye ait olması gerekmektedir.

3. Yapının Geçerli Bir Hukuki İlişkiye Dayanmaması:

Bir yapıya, haksız yapı sıfatını kazandıran üçüncü unsur, yapının aynı veya şahsi herhangi bir hakka dayanmaksızın meydana getirilmiş olması, diğer bir ifadeyle, malzeme ve arazi malikleri arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunmamasıdır. Arazi sahibi ile malzeme sahibi arasında bir hukuki ilişki bulunması halinde, haksız yapı durumu söz konusu olmaz ve MK.m.722 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaz²⁴.

Malzemenin, başkasına ait arazideki yapıda kullanılması geçerli bir hukuki ilişkiye dayanıyorsa tarafların karşılıklı hak ve borçları o hukuki ilişkiye ait hükümlere tabidir²⁵. Bu hukuki ilişki, çoğu zaman arazide yapı meydana

²³ **Meier-Hayoz**, art.671, kn.16-18; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.800-801. Diğer bir ifadeyle birleşme ilkesinin sonucu olarak, haksız bir yapı da arazi malikinin mülkiyetine dahil olmaktadır, **Tuor/Schnyder/Schmid**, s.850. Bkz. ayrıca BGE 99 II 135.

²⁴ **Meier-Hayoz**, art.671, kn.15.

²⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.384; **Liver**, SPR V/1, s.171. Bu yönde bkz. ayrıca BGE 99 II 138, 4a. Ancak, taraflar arasındaki sözleşmenin haksız yapı hükümlerinin uygulanmasını engellemesi için kanaatimizce bu sözleşmenin, yapı meydana getirilmesine ilişkin olmasını veya bunu yasaklamasını aramak gerekir. Diğer bir ifadeyle taraflar arasında, başkasının arazisinde yapı meydana getirene, buna ilişkin aynı veya şahsi bir hak sağlayan veya yapı meydana getirilmesini yasaklayan bir hukuki ilişki yoksa yine haksız yapı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yoksa salt taraflar arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunması, bu ilişki yapı meydana getirene bu yönde bir hak sağlamıyor veya yasaklama getiriyorsa, haksız yapı hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Hatta kanaatimizce taraflar arasında bir kira sözleşmesi olması durumunda, bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde kiracı tarafından kiralanan yapı meydana getirilen yapılar için de, haksız yapı hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir, (**Liver**, SPR V/1, s.175; karş. **Yavuz**, s.315). Uygulamada geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisi içerisinde yapıyı yapan müteahhidin, sözleşmede kararlaştırılanlar dışında ilave işler meydana getirmesine de sıklıkla rastlanmaktadır. Şüphesiz böyle bir durumda, taraflarca kararlaştırılmamış olmasına rağmen yapılmış olan ilave işler haksız yapı olarak değerlendirilemez Taraflar arasında geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat

getirilmesine ilişkin bir arsa payı karşılığı inşaat veya eser sözleşmesi ya da yapıda kullanılacak malzemenin satın alınmasına ilişkin bir satım sözleşmesi olabilir²⁶. Arazi maliki ile değil de, arazi maliki olmadığı halde arazide inşaat yaptıran bir diğer kişi ile ilişkisi üzerine inşaat yapan malzeme malikinin arazi malikine karşı talepleri de MK.m.722 vd. hükümlerine tabidir²⁷.

sözleşmesi bulunmakla birlikte, müteahhit tarafından, sözleşmede yer almayan ilave işler yapılması durumunda, bu ilave işlerin sözleşme ilişkisi içerisinde, yani sözleşmede kararlaştırılan oranda paylaşılacak suretiyle çözüme bağlanacağı, gerek doktrinde gerek uygulamada kabul edilmektedir, (geniş açıklama için bkz. **Hasan Erman**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s.187 vd; **Halil Akkanat**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İşler, Prof.Dr.Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 63 vd.). Ancak ilave işler konusunda burada bahsettiğimiz çözümlerin, yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmede kararlaştırılan oranda paylaşma ve istisna sözleşmesinde ise vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebilmesi için, ilave işlerin, imar mevzuatına aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Aksi takdirde, kaçak inşaat durumu söz konusu olacağından ne bu çözüm yollarının ne de haksız yapı hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

²⁶ Sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak, başkasının arsasına inşaat yapan malzeme sahibinin kendi menfaatine değil de, arazi sahibinin menfaatine hareket ettiği bir durumda, acaba haksız yapı hükümlerinin mi, yoksa vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin mi uygulanması gerekir? Kanaatimizce, gerçek (caiz olan) vekaletsiz iş görmenin şartlarının gerçekleştiği bir durumda, artık haksız yapı hükümlerine gidilmemesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları BK.m.410 vd./TBK.m.526 vd. hükümlerine göre belirlenmelidir. Böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için, başkasının arazisinde yapı meydana getiren kişinin, (1) arazi sahibinin işini görme iradesiyle hareket etmesi; (2) yapının, arazi sahibinin açık veya örtülü bir yasaklamasına aykırı olarak meydana getirilmemesi ve (3) yapının arazi sahibinin varsayılabilecek menfaatine ve amacına göre meydana getirilmesi şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Tabiatıyla böyle bir duruma istisnai olarak ve muhtemelen sadece bir eser sözleşmesi çerçevesinde meydana getirilen ilave işler bakımından rastlanabilecektir.

İntifa hakkı sahiplerinin, intifa ettikleri taşınmazda meydana getirdikleri yapılar da, MK.m.794 çerçevesinde intifa hakkına dayanmaları sebebiyle haksız yapıdan ayrılırlar, (**Ataay**, s.44-45).

İntifa hakkının sona ermesi üzerine de bu yapılar haksız yapı hükümlerine tabi olmazlar. İntifa hakkı sahibi meydana getirdiği yapılar için, hakkı sona erdiğinde MK.m.801 gereğince vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca tazminat isteyebilir. Malikin tazminat vermektan kaçınması halinde ise, malı eski hale getirmek kaydıyla malzemeyi söküp alabilir (MK.m.801/II). Ancak, hak sahibinin yararlanma yetkisi MK.m.794/II gereğince sınırlandırılmış olabilir. Böyle bir durumda, intifa hakkı sahibi tarafından taşınmazda meydana getirilen yapı, bu sınırın aşılmasını teşkil ediyorsa, intifa hakkı çerçevesinde sayılamayacağı ve böyle bir sınırlandırma, arazi sahibinin hiç olmazsa örtülü bir yasaklaması kabul edilmek gerekeceğinden, vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanması söz konusu olmayacağı için, haksız yapı hükümlerine tabi olacaktır, (**Ataay**, s.45, dn.27).

²⁷ BGE 95 II 221 ve BGE 99 II 141-142. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.384, dn.737. İsviçre Federal Mahkemesi'nin anılan kararlarının eleştirisi için bkz. **Paul Piotet**, Qui est le "propriétaire des matériaux" qui construit sans autorisation sur le fonds d'autrui au sens des art. 671-673 CC?, Schweizerische Juristen-Zeitung, 1975, s.17 vd.

İnşaatı yapan, arsada müşterek veya iştirak halinde maliklerden biri olsa bile yine haksız yapıya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Zira bunların, arsa üzerinde tek başına inşaat yapma hakkı bulunmamaktadır²⁸.

İşte taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunmadığı durumlarda bir kişinin malzemesi başkasına ait arazideki yapıda kullanılmışsa, genel kural gereğince bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olur. Bu durumda tarafların karşılıklı hak ve borçları MK.m.722 vd. hükümlerine göre tespit edilir.

Yapının geçerli bir hukuki ilişkiye dayanmaması, taraflar arasında söz konusu yapıya ilişkin herhangi bir hukuki ilişki bulunmaması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geçersizliği²⁹ şeklinde de olabilir.

²⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.813. Aynı yerde anılan Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 81, II, 431.

²⁹ Bir kimsenin, başkasına ait taşınmazda yapı meydana getirmesi bir sözleşmeye dayanmakla birlikte, bu sözleşmenin geçersizliği halinde, buna dayanılarak meydana getirilmiş olan yapı, kendi malzemesi ile başkasının arazisinde meydana getirilmiş bir haksız yapı niteliği kazanır. Gerçekten taraflar arasında inşaat yapımına ilişkin bir sözleşme akdedilmiş olmakla birlikte, sözleşme hukuka aykırılık, ehliyetsizlik veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şekle aykırılık gibi bir sebeple geçersiz (kesin hükümsüz – batıl) veya irade sakatlığı sebebiyle iptal edilmiş olabilir. Sözleşme geçersiz olmakla birlikte, bu geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir yapı meydana getirilmişse, haksız yapıya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Haksız yapı hükümleri, sebepsiz zenginleşmeye göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, bu durum göz ardı edilerek, geçersiz sözleşmeye dayanılarak meydana getirilen yapı hakkında, müteahhidin tazminat talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması suretiyle belirlenmesi gerektiği söylenemez. Ancak Y.15.HD. 14.3.1989 t. ve 2713/1245 sayılı kararında farklı bir sonuç benimsenmiştir: Bu kararda, “*taraflar arasında kat karşılığı inşaat yapılmak üzere sözlü bir anlaşma yapıldığı ve davacının bir kısım imalatı yaptıktan sonra işten el çektiği sübuta ermiştir. Bu durumda davacının isteyebileceği tazminat haksız iktisap hükümlerine göre hesaplanacak imalat değerinden ibarettir*”, şeklinde hüküm kurulmuş bulunmaktadır, (**Eser Karataş**, İnşaat Yapım Sözleşmeleri, Ankara 2004, s.55). Ancak sözleşme geçersiz olmakla birlikte istisnai olarak da olsa, geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Böyle durumlarda çoğu zaman geçersizlik göz önüne alınmayacağından, haksız yapı hükümlerinin uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Bu duruma uygulamada, şekle uyulmaksızın yapılmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sıkça rastlanmaktadır. Buna karşılık malzeme satışına ilişkin sözleşmenin geçersizliği durumunda, haksız yapı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, menkul mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı kabul edilip edilmemesine göre değişecektir. Menkul mülkiyetinin devrinin soyut olduğu kabul edildiğinde, satım sözleşmesi geçersiz dahi olsa, tasarruf işlemi sakatlayan bir durum olmadığı müddetçe, malzemenin teslimiyle birlikte mülkiyet geçeceğinden, başkasının malzemesi ile kendi arazisinde haksız yapı durumu söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık menkul mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edildiğinde, sözleşmenin geçersizliği, tasarruf işleminin de geçersizliğine sebebiyet vereceğinden, malzemenin mülkiyeti, malzeme sahibinde kalmaya devam edecektir. Bu durumda malzemenin mülkiyeti ancak, yapıda kullanılmasıyla, yani arazinin bütünleyici parçası haline gelmesiyle birlikte arazi malikinin mülkiyetine geçecektir. Böylece bu malzemenin başkasının arazisindeki yapıda kullanılması, başkasının malzemesi ile meydana getirilen bir haksız yapı durumu teşkil edecektir.

Kiracının, sözleşmede kararlaştırılmış olmamasına rağmen ya da kararlaştırılanın dışında ve kiraya verenin muvafakatini almaksızın kiralananada meydana getirdiği yapıların haksız yapı niteliği taşıyıp taşımadığı ve özellikle kiracının bu yapılar için haksız yapı hükümlerine dayanarak tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalıdır³⁰. Yargıtay bir kararında kiracı tarafından kiralayanın muvafakati olmaksızın kiralananada meydana getirilen yapıya haksız yapı hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir³¹. Daha yeni tarihli kararlarında ise Yargıtay, haksız yapı hükümlerine başvurmaksızın, kiracının yapmış olduğu ilave zorunlu ve faydalı masraflar için kiracının sebep-siz zenginleşme talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir³².

³⁰ Açıklama ve tartışmalar için bkz. **Yavuz**, s.332 vd. Bu soruya olumsuz cevap veren görüşe göre, kiracının, kiralayanın muvafakati olmaksızın yaptığı çalışmalar, kira sözleşmesinden doğan borçlarına aykırılık oluşturur ve böylece sözleşmesel sorumluluğuna yol açar. Buna rağmen haksız yapı hükümlerinin uygulanmasını kabul etmek, kiralanan bakımından kiracının borçlarına ilişkin kira hükümlerinin muhtevalarının boşaltılması anlamına gelir. Ancak kira sözleşmesinin hükümsüz veya iptal edilebilir olduğu durumdadır ki, haksız yapı hükümlerinin uygulanması söz konusu olur, (Bu görüşte, **Yavuz**, s.334). Karş. **Liver**, SPR V/1, s.171 dn.3 ve özellikle s.175.

³¹ Y. 4.HD. 15.03.1965 t. ve E.1964/3633, K.1965/1416, **Yavuz**, s.334.

³² Y. 13. HD. 9.2.2006 t. E.2005/14739, K.2006/1471; Y. 13. HD. 23.10.2000 t. E.2000/7424, K.2000/8904, (Kazancı İçtihat Bankası - KİB). Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda da, kiracının sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği ancak bunun için dava tarihi itibarıyla kiralananın tahliye edilmiş olması gerektiğine karar verilmiştir: "...davacının faydalı ve zaruri giderleri sebepsiz iktisap hükümleri uyarınca isteye-bilmesi için yaptığı giderlerin mal varlığından çıkmış ve taşınmazı geri alan hak sahibi-nin mal varlığına geçmiş olması, başka bir deyişle dava konusu mecurdan tahliye edilmiş olması icabeder. Davacının dava tarihi itibarı ile taşınmazdan tahliye edilmediği 15.02.2000 tarihli sözleşmenin devam ettiği, bu nedenle davayı açmakta dava tarihi itibarı ile henüz dava hakkı doğmadığı gibi, dava açıldıktan sonra da davacının kul-lanmakta devam edegeldiği stadyumdan fiilen tahliyesinin gerçekleştiğine ilişkin davacı iddiası ve dosya kapsamı itibarıyla oynanması gereken maçların oynanamadığının ka-nıtlanamadığı anlaşıldığına göre, davanın reddine karar verilmesi gerekir", HGK. 17.10.2007 t. E.2007/13-661, K.2007/726; aynı yönde Y. 13. HD. 5.5.2010 t. E.2009/12123, K.2010/6215, (KİB).

Kiracı, kira sözleşmesinin uzun süreceğini göz önüne alarak kiralananada yapı meydana getirmiş ve sonra da sözleşme düşünülen süreden önce sona ermişse kiracının yaptığı giderleri, haksız yapı değil, fakat sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince isteyebile-ceği, buna ilişkin zamanaşımı süresinin kira sözleşmesinin sona ermesi tarihinden başlayacağı kabul edilmektedir, (**Halûk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, İstanbul, 2008, s.188; bkz ayrıca **Yavuz**, s.336-337. Y. 13. HD. 10.2.2005, E.2004/10361, K.2005/1893. Bu kararda Yargıtay zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı tarih ile ilgili bir açıklamada bulunmamakla birlikte, dava tarihi bakımın-dan aynı sonucu kabul ettiği anlaşılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması da bu yöndedir, bkz. BGE 105 II 92).

Buna karşılık kira sözleşmesinin erken sona ermesine kiracı sebep olmuşsa artık se-bepsiz zenginleşme talebinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kabul edil-mektedir, (BGE 104 II 202 vd. **Tandoğan**, 188). Yargıtay ise aynı esası vurguladıktan sonra "ancak bu kuralın uygulanması sonunda davalı kiralayanın da haksız olarak zenginleşmemesi gerekir" demek suretiyle farklı bir sonuca ulaşmaktadır: Yargıtay'a göre "(...) davalı kiralayanın altı buçuk yıl önceden sahip olduğu tesislerden davacılar-

İş sahibinin inşaat sözleşmesinden dönmesi üzerine de haksız yapı hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Sözleşmenin bir tarafın irade açıklamasıyla sona ermesinin dönme mi yoksa fesih mi olduğu, yani sona ermenin geçmişe mi yoksa ileriye mi etkili olduğu, kural olarak sözleşmenin ani veya sürekli bir borç ilişkisi olmasına göre belirlenecektir³³. Ancak eser sözleşmesinin ve buna bağlı olarak inceleme konumuz bakımından önem taşıyan inşaat ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, ani edimli mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi olduğu tartışmalıdır³⁴. Bu tartışmaya ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25.1.1984 tarih ve E.1983/3, K.1984/1 sayılı kararında³⁵, inşaat sözleşmelerinin “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşıdığını kabul etmiştir.

dan alacağı kira dışında yararlanması varsa tesislerin bu yararlanmaya etkisi onun haksız iktisabı olacaktır”, bkz. Y. 13. HD. 17.1.1995, E.1994/10465, K.1995/184. Aynı yöndeki bir diğer kararda da Yargıtay, “kural olarak, kira sözleşmesinin kiracının kusurundan dolayı feshedilmesi halinde, kiracının sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanarak tazminat istemesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Ancak, eğer bu ilkenin uygulanması, kiralayanı sebepsiz şekilde zenginleştirecekse, başka ifadeyle, kiracının yaptığı tesislere öngörülenden çok önce sahip olmak suretiyle bizzat kullanarak ya da kiraya vererek, kiracıdan alacağı kira parasından daha fazla gelir elde edebilecekse, belirtilen ilkeye istisna getirilmesi düşünülebilir” şeklinde hüküm kurmuştur, Y. 13. HD. 11.4.2000, E.2000/984, K.2000/3223, KİB).

³³ Kural olarak sözleşme ilişkisinin bir tarafın irade açıklamasıyla sona ermesi halinde, ani edimli borç ilişkileri geçmişe etkili, sürekli borç ilişkileri ise ileriye etkili şekilde sona ererler. Sürekli borç ilişkileri kural olarak ileriye etkili şekilde sona ermekle birlikte, sürekli edimin ifasına henüz başlanmamış ancak bu sözleşmedeki ani edimli bir başka borcun ifa edilmiş olması durumunda, sürekli borç ilişkisinde de geçmişe etkili dönme mümkündür, (Öz, s.26, dn., 16). Ayrıca ölüncüye kadar bakma ve kaydı hayatla irat sözleşmeleri de sürekli bir borç ilişkisi oluşturmalarına rağmen, BK.m.516-517/TBK.m.616-617 gereğince bu sözleşmelerde de geçmişe etkili olarak sone erme mümkündür, (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s.384, dn. 477, Öz, s.12, dn.51; Yavuz, s.850). Sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye hakkı için “dönme” (Rücktritt), sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye hakkı için “fesih” (Kündigung) terimleri kullanılmaktadır, (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s.381). Dönme bildirimi sözleşmeyi geçmişe etkili (ex tunc) olarak ortadan kaldırır, (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s.411 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s.964).

Sürekli borç ilişkilerinde ise, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmek, yani o ana kadar yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesini sağlamak hem sakıncalı hem de gereksizdir, (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s.383; Öz, s.26). Yerine getirilmiş iş görme ve kullandırma edimlerinin aynen iadesi imkansız olduğundan, bunlar için sözleşme öncesi durumun tekrar sağlanması mümkün de değildir. Bu sebeple, bu tür borç ilişkilerinin bildirimden itibaren ileriye etkili olarak sona ermeleri kabul edilmektedir. Böylece bildirimde kadarki döneme ilişkin edim yükümleri ortadan kalkmayacak ve yerine getirilmişse geri istenemeyecektir, (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s.383).

³⁴ Tartışmalar için bkz. Öz, s.16 vd.; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s.8-9; Hasan Erman, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, 1979, s.106; Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s.7, 26 ve s.115 vd.; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s.176-177.

³⁵ RG.27.2.1984, S.18325, s.17 vd.

Genel olarak sözleşmeden dönme üzerine doğacak hukuki sonuçlar tartışmalıdır. Ancak tasfiye ilişkisinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirileceği³⁶ büyük çoğunlukla kabul edilmektedir³⁷.

Acaba aynı esasın, inşaat sözleşmeleri bakımından da kabul edilmesi mümkün müdür? Özellikle dönmenin sözleşme ilişkisine etkisine ilişkin görüşlere paralel olarak farklı görüşler bulunmaktadır³⁸. Ancak Yargıtay uygulaması bu doğrultuda, yani tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiği yönündedir³⁹.

³⁶ BK.m.367/II/TBK.m.482/II hükmü, yaklaşık bedelli işlerde keşif bedelinin çok aşılması sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda, diğer dönme hallerinden farklı olarak, tasfiyenin ne şekilde yapılacağını göstermiştir. Buna göre iş sahibi, müteahhidin yapılan kısma ilişkin masraflarını hakkaniyete uygun bir şekilde tazmin edecektir. Tazminatın miktarı, hakim tarafından dürüstlük kuralı ışığında serbestçe, yani somut olayın özelliklerine göre çıkarlar dengesine en uygun şekilde tayin edilecektir.

³⁷ Klasik dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme üzerine sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrudan uygulanacaktır. Zira dönme bildirimi sözleşmeyi kurulduğu ve böylece bu sözleşmeden doğan hakları ve borçları da doğdukları andan itibaren (*ex tunc*) ortadan kaldırır. Sözleşme gereğince verilen veya yapılan şeyler hukuki sebepten yoksun hale dönüşür ve bu surette tarafların malvarlıklarındaki her artış bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Buna göre dönme üzerine sözleşmenin tasfiyesi sebepsiz zenginleşme (BK.m.61 vd./TBK.m.77) hükümlerine göre gerçekleştirilir. Dönmenin etkisi konusunda ileri sürülen diğer başlıca görüşler, “yasal borç ilişkisi teorisi” ve “yeni dönme teorisi” olarak adlandırılmaktadır. “Yasal borç ilişkisi teorisi”ne göre sözleşmeden dönme borç ilişkisini ortadan kaldırır fakat kurulduğu andan itibaren hükümsüz hale getirmez. Bu sebeple yerine getirilmiş olan edimler sebepten yoksun hale gelmiş değildir. Sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme borcu değildir. Bu borç BK.m.108/TBK.m.125/III hükmünden doğmaktadır. Şu halde tarafların iade borcu BK.m.108/TBK.m.125/III düzenlemesinden kaynaklanan yasal bir borç ilişkisidir. Ancak bu hükümde iadenin kapsamına ilişkin bir düzenleme yer almadığı için tasfiye, *kıyasen*, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yerine getirilecektir. Görüldüğü gibi yasal borç ilişkisi teorisine göre de tasfiyenin, kıyasen de olsa nihayetinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması kabul edilmektedir. Ancak klasik dönme teorisinden farklı olarak iade talebi sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi 1 yıllık değil, 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaktadır. *Yeni dönme teorisine* göre ise, dönme sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, sadece onu bir tasfiye ilişkisi haline getirir. Bu tasfiye ilişkisinde sözleşmeden doğan borçlar tersine dönerek devam ederler. Bu sebeple dönmenin sözleşmeyi geçmişe veya ileriye etkili olarak sona erdirmesi diye bir şey söz konusu değildir. Sözleşme içerik değiştirerek devam etmekte, sadece roller değişmektedir. Yerine getirilmiş edimler, sözleşmeden doğan borç olarak iade edilecektir. İade yükümü, sebepsiz zenginleşmeden veya kanun hükmünden (yasal borç ilişkisinden) değil, sözleşmeden kaynaklandığı için BK.m.96 vd./TBK.m.112 vd. hükümlerine tabi olacaktır, (Serozan, s.73 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2001, s.1109 vd. Bu görüşler ve görüşlere ilişkin değerlendirmeler için bkz. Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s.117 vd.; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s.411 vd.).

³⁸ Bu görüşler için bkz. Öz, s.227 vd.

³⁹ “Fesih sonucu için tasfiyesi gerekeğinden, davacı yüklenici *sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre*, dava tarihi itibarıyla gerçekleştirdiği arsa sahiplerinin yararlanabileceği ekonomik değeri olan ve malvarlıklarında artış sağlayan imalat bedelini isteyebilir”, Y.15.HD. 7707/6899, 19.12.2005, (YKD. 2006, S.11, s.1792). “Tasfiyeden amaç,

Halbuki, baskın görüşe göre dönme üzerine sözleşme ilişkisi baştan itibaren ortadan kalktığına göre, haksız yapı hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olup olmayacağı düşünülmek gerekir⁴⁰. Nitekim doktrinde de belirtildiği üzere “sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe etkili şekilde ortadan kalktığından, müteahhit bir hukuki sebebe dayanmaksızın kendi levazımıyla başkasının arsasına inşaat yapan kişi durumuna düşecektir. Zira artık inşaat başladığı an için dahi geçerli bir borç ilişkisinin varlığından söz edilemez. Bu durumda, haksız inşaata ilişkin hükümlerin sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere göre “özel hüküm” niteliğinde olması, önce bunlara başvurmayı gerektirir”⁴¹. Bu tespit, kanaatimizce de doğru ve hatta klasik dönme teorisinin zaruri bir sonucu olarak kabul edilmek gerekir⁴².

C. Haksız Yapı Durumunda İleri Sürülebilecek Talepler:

Haksız yapı durumunda da, genel kural gereğince yapıda kullanılan malzemenin arazinin bütünleyici parçası olacağını belirtmiştik. İşte bu durumun hukuki sonuçları, diğer bir ifadeyle tarafların karşılıklı hak ve borçları acaba nelerdir ve bunlar nasıl bir çözüme kavuşturulacaktır?

şayet yüklenicinin arsa sahiplerinin malvarlığına geçirdiği bir değer varsa, bunun iadesinin sağlanması (somut olayda yapılan inşaat bedeli), buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahiplerine geri verilmesinin teminidir. Zira, iş tasfiyeyle sonuçlanacağından, bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece sebepsiz zenginleşmeye neden olur...”, Y.15.HD.1884/5280, 6.11.2003, (**İzzet Karataş**, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2004, s.368). Aynı yönde Y.15.HD. 2591/3611, 22.11.1984, (**Cengiz Kostakoğlu**, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6. Bası, İstanbul, 2008, s.857). Y.15.HD.989/1469, 14.6.1979, (**M.R. Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale Hukuku, İstanbul, 1997, s.1930) “Eser sözleşmesi bozulunca borç ilişkisi ortadan kalkar. Tarafların aldıklarını geri vermeleri *BK.m.108 uyarınca sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde* belirlenir”, Y.15.HD.1350/1987, 27.10.1977, (**Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale Hukuku, s.1931-1932). Yargıtay uygulamasına göre tasfiye, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmakla birlikte, BK.m.108 (TBK.m.125/III) hükmünden kaynaklandığından 1 yıllık değil 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaktadır. Bu yönüyle Yargıtay uygulamasının yasal borç ilişkisi teorisine (bkz. yukarıda dn.37) yaklaştığını görmekteyiz.

⁴⁰ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.77-78. Soruyu ortaya koymakla birlikte yazar, dönme üzerine tasfiyenin sözleşme ilişkisindeki talepler ters dönmüş kabul edilerek (yeni dönme teorisi olarak adlandırılan görüş), sözleşmeden doğan borcun ifası hükümlerine göre yapılması gerektiği görüşündedir, (**Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.78 ve özellikle s.162). Doğal olarak bu görüş çerçevesinde haksız yapı hükümlerinin uygulanmasına yer bulunmamaktadır.

⁴¹ **Öz**, s.238.

⁴² Buna karşılık malzemenin bir satım sözleşmesine konu olması durumunda satıcının, temerrüt sebebiyle malzeme satımına ilişkin sözleşmeden dönmesi halinde, haksız yapı hükümleri uygulanmaz. Geçerli bir satım sözleşmesine dayanarak teslim edilen malzemenin mülkiyeti alıcıya geçer. Satıcının daha sonra temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönmesi durumunda, malzemenin mülkiyeti kendisine dönmez. Bu sebeple, temerrüt sebebiyle dönmüş dahi olsa, bir satım sözleşmesinin konusu olan malzemenin yapıda kullanılmış olması, başkasının malzemesi ile haksız yapı durumu oluşturmaya-caktır.

Hemen belirtelim ki, haksız yapı durumunda ve bu kapsamda kendi malzemesi ile başkasının arazisinde yapı meydana getirmesi durumunda⁴³, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esas olarak üç farklı şekilde çözümlenmesi mümkündür. MK.m.722 vd. hükümleri gereğince, (1) Yapının kaldırılması; (2) Yapının kaldırılmaması ve buna karşılık malzeme malikine tazminat verilmesi (MK.m.723); ve (3) Arazinin mülkiyetinin malzeme malikine geçirilmesi (MK.m.724), olmak üzere üç alternatif bulunmaktadır. Aşağıda bunlardan haksız yapının kaldırılmasının şartları incelenecektir.

Bunların dışında, arazinin mülkiyetinin malzeme malikine geçirilmesi imkanı kapsamında olmak üzere, kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, arazinin mülkiyetinin malzeme malikine geçirilmesi yerine, malzeme maliki lehine bir üst hakkı kurulmasına da karar verilebileceği kabul edilmek gerekir⁴⁴. Gerçi MK.m.724 düzenlemesinde böyle bir durum öngörülmemiştir. Bu hükme göre, *“yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının⁴⁵ mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir”* denilmek suretiyle sadece mülkiyetin malzeme malikine geçirilmesi imkanı ifade edilmiş bulunmaktadır. Ancak özellikle iyiniyetli arazi malikinin, arazinin mülkiyetini nihai olarak kaybetmek istememesi durumunda, mülkiyetin geçirilmesi yerine malzeme maliki lehine bir üst hakkı tanınması imkanını reddetmek için haklı bir neden görünmemektedir. Bu surette hem malzeme maliki yapıdan istediği ekonomik faydayı elde etmiş, hem de arazi maliki arazi üzerindeki mülkiyetini kaybetmemiş olacaktır.

II. ARAZİ MALİKİNİN YAPININ KALDIRILMASI (KAL’İ) TALEBİNİN ŞARTLARI:

A. Genel Olarak:

Malzeme malikinin, başkasının arazisinde yapı meydana getirmesi, arazi malikinin mülkiyet hakkına elatma (müdahale) teşkil eder. MK.m.683/II hükmünde malikin, her türlü haksız elatmanın önlenmesini dava edebileceği düzenlenmiş olduğu üzere, arazi malikinin de arazisinde meydana getirilen haksız yapının sökülmesini isteme imkanı bulunmaktadır.

Ancak kanunkoyucu, yapılmış olan değerlerin korunması esas gereğince bu imkanı bir ölçüde zorlaştırmıştır. Gerçekten, MK.m.722/II-III düzenlemesi

⁴³ Yukarıda belirttiğimiz üzere, haksız yapı kavramı (1) kendi malzemesi ile başkasının arazisinde yapı meydana getirilmesi; (2) başkasının malzemesi ile kendi arazisinde yapı meydana getirilmesi ve (3) başkasının malzemesi ile başkasının arazisinde yapı meydana getirilmesi olmak üzere üç durumu kapsamaktadır.

⁴⁴ Bu yönde **Liver**, SPR V/1, s.174 ve s.177; **Rey**, Basler Kommentar, Art.673, kn.4; **Heinz Rey**, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 3. Aufl. Bern, 2007, s.139, kn.507; **Göksu**, Art.673, kn.4; Karş. **Leemann**, Art.672-673, kn.2; **Meier-Hayoz**, art.673, kn.2.

⁴⁵ Bu hükümde *“arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi”* ifade edilmiş olması sebebiyle, özellikle yapının çeşitli bağımsız bölümlerden oluştuğu veya diğer bir surette somut olayın özelliklerinin haklı kıldığı durumlarda, sadece bir kısım bağımsız bölümün mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi suretiyle çözüme gidilmesi de mümkün görülmek gerekir.

gereğince yapının sökülmesi, (1) yapının, arazi malikinin rızası olmaksızın yapılmış olması ve (2) yapının kaldırılmasının aşırı zarara yol açmayacak olması şartlarının varlığına bağlıdır⁴⁶. Bu şartlar gerçekleşmemiş ise, arazi maliki, yapının kaldırılmasını malzeme malikinden isteyemeyecektir⁴⁷. Masrafı bizzat ödeyerek yapıyı kendisinin kaldırmasına ise, bir engel bulunmamaktadır. Ancak, bu şartlar gerçekleşmemesine, yani malzemenin kaldırılmasını talep hakkı bulunmamasına rağmen arazi maliki yapıyı kendisi kaldırmış ise, malzeme malikinin MK.m.723 gereğince tazminat hakkı saklıdır⁴⁸.

B. Yapı Arazi Malikinin Rızası Olmaksızın Yapılmış Olmalı:

Arazi malikinin, yapının kaldırılmasını isteyebilmesi için gerekli ilk şart, yapının rızası olmaksızın yapılmış olmasıdır. Yapının kaldırılması talebi için, yapının inşasında arazi malikinin rızasının bulunmaması gerektiği kanunda da açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten MK.m.722/III hükmüne göre arazi maliki, ancak “rızası olmaksızın yapılan” yapının, gideri yapıyı yaptıranı ait olmak üzere kaldırılmasını isteyebilecektir.

Arazi malikinin açık veya örtülü muvafakati varsa, artık malzeme malikinden yapının kaldırılması istenemez. Şu halde, arazisinde bir yapı meydana getirilmesine açıkça müsaade eden veya yapının meydana getirilmekte olduğundan haberdar bulunmasına rağmen, makul bir mazereti olmadığı halde susarak veya bunun durdurulması için hiç değilse ihtarda bulunmayarak örtülü olarak rıza gösteren kişinin MK.m.722/III hükmünden yararlanma imkanı bulunmamaktadır⁴⁹.

Kanun, arazi malikinin rızasının bulunmamasını yapının kaldırılması talebinde bulunabilmek için yeterli görmektedir. Yapının arazi malikinin rızası hilafına yapılması şart olmayıp, rızası bulunmaksızın yapılması yeterlidir, yani yapıya muhalefet etmiş olması aramamaktadır⁵⁰. Diğer taraftan arazi maliki

⁴⁶ **Göksu**, Art.671, kn.10; **Leemann**, Art. 671, kn.23-24; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, Eşya Hukuku, s.814.

⁴⁷ **Büyükkay**, s.426.

⁴⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.392, dn.786.

⁴⁹ **Ataay**, s.69; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.816; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.392, dn.783; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.572; **M.R. Karahasan**, Yeni Türk Medeni Kanunu: Eşya Hukuku, C.I, İstanbul, 2002, s.762; **Büyükkay**, s.426.

⁵⁰ **Ataay**, s.69. Arazi maliki, arazisinde daha önce meydana getirilen bir haksız yapıya muvafakat etmişse, bu durum, arazi malikinin daha sonradan arazisinde yine aynı malzeme maliki veya bir üçüncü kişi tarafından yapılan başka bir haksız yapıya da muvafakati bulunduğu şeklinde anlaşılabilir mi? Kural olarak böyle bir muvafakat, sonraki haksız yapılara davetiye şeklinde anlaşılacak gerekir. Ancak istisnaen de olsa, somut olayın özellikleri, arazi malikinin eğer başka bir yapı meydana getirilmesini istemiyorsa, özellikle sonraki yapının öncekiyle ilişkili olması halinde, buna muhalefet etmesini gerektirebilir. Örnek vermek gerekirse, arazisinde meydana getirilen bir okul binasına muvafakat eden ve hatta böyle bir eserden memnuniyetini dile getiren arazi maliki, daha sonra bu okul için ihtiyaç duyulan bir ek binaya, mesela bir spor veya konser salonuna da muvafakat etmiş sayılabilir. Bu durumda arsa sahibi, bunların yapılmasını istemiyorsa muhalefetini önceden beyan etmelidir. Yani böyle bir durumda, arazi malikinin rızasının bulunmaması, yapının kaldırılması talebinde bulunması için yeterli olmamalı, yapının arazi malikinin rızası hilafın yapılmış olması aranmalıdır.

inşaatın yapılmakta bulunduğunu ağır ihmali dolayısıyla öğrenememişse, yapının kaldırılması talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir⁵¹.

Yapı tamamlandıktan sonra arazi malikinin durumu öğrenmiş ve buna rağmen bir süre susmuş bulunması, örtülü bir muvafakat olarak yorumlanamaz⁵². Yapı devam ederken durumu öğrenen arazi maliki ise, mümkün olan en kısa zamanda muhalefeti bildirmelidir, aksi takdirde susarak inşa faaliyetinin devamına göz yuman arazi maliki yapının meydana getirilmesine muvafakat etmiş demektir⁵³.

Arazi malikinin rızasının açık veya örtülü olabileceğini belirtmiştik. İşte Yargıtay'ın 5.7.1944 tarih ve 12/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda⁵⁴ belirtildiği üzere, şekil noksanı sebebiyle batıl haricen satış sözleşmesine dayanarak taşınmaza zilyet bulunan alıcı, malikin rızası ile zilyettir. Eğer bu kişi, söz konusu taşınmaz üzerinde yapı meydana getirir veya ağaç dikerse, bunları malikin, hiç değilse, örtülü rızası ile yapmış sayılır.

Taraflar arasında yapı meydana getirilmesine ilişkin bir inşaat sözleşmesi bulunmasına rağmen, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, tasfiyenin haksız yapı hükümlerinin uygulanması suretiyle yapılması gerektiğini belirtmiştik. İşte acaba burada tasfiyeden maksat sadece tazminat taleplerinin MK.m.723 hükmüne göre yapılması gereği midir; yoksa arsa sahibi, MK.m.722/III gereğince yapının kaldırılmasını isteyebilecek midir? Dönmeden sonra bu ana kadar yapılan kısmın, haksız yapı hükümlerine tabi olması gerekemekle birlikte, arsa sahibinin rızası ile yapılmış olması sebebiyle, arsa sahibi kural olarak bu durumlarda yapının kaldırılması talebinde bulunamayacaktır. Gerçekten de sözleşmeden dönülmüş ve sözleşme geçmişe etkili olarak

⁵¹ **Küley/Ulukut**, s.25-26; **Ataay**, s.69, dn.22; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.816; **Karahasan**, Eşya Hukuku, C.I, s.762. "Arazisi üzerinde bir başkasının inşaat yapmakta olduğunu bilen ya da bilmesi gereken ve buna rağmen bu inşaata mani olmayan arazi maliki inşaata bu suretle zimnen muvafakat etmiş sayılır", **Akipek**, s.182.

⁵² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.816.

⁵³ Arazi maliki, yapı için rızasını verdikten sonra taşınmazı bir üçüncü kişiye devrederse, acaba yeni malik yapının kaldırılması talebinde bulunabilecek midir? Bazı yazarlar bu soruya olumlu cevap vermekte ve eski malikin rızasının yeni malikin yapının kaldırılmasını talep hakkını bertaraf etmeyeceğini savunmaktadırlar, (**Küley/Ulukut**, s.26; **Ataay**, s.69, dn.20; **Karahasan**, Eşya Hukuku, C.I, s.763). Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise yeni malik, malzeme malikinden eski malik zamanında ve onun rızasıyla meydana getirilmiş olan yapının kaldırılmasını talep edemez, (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s.392, dn.784; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.816). Ancak elbette yeni malikin yapıyı bizzat kaldırmasına bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık, mülkiyetin naklinden sonra meydana getirilen yapılar için malzeme sahibi, önceki malikin rızasının bulunduğunu ileri süremeyecek, yani yeni malik mülkiyetin naklinden sonra meydana getirilen yapının malzeme maliki tarafından kaldırılmasını talep edebilecektir. Zira malzeme maliki, eski malik tarafından verilen muvafakate dayanarak inşaata devam etmek hakkına artık sahip değildir. Eski malikin muvafakati yapıyı yapan kişiye, sonraki maliklere karşı ileri sürülmesi mümkün bir aynı hak sağlamaz, (**Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.816).

⁵⁴ RG. 19.1.1945, S.5909.

yapıldığı andan itibaren ortadan kalmış olmasına rağmen, bu durum, o ana kadar yapılmış olan kısmın arsa sahibinin rızası ile yapılmış olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu durumda arsa sahibi kural olarak MK.m.722/III gereğince yapının kaldırılmasını talep edemeyecektir⁵⁵.

C. Yapının Kaldırılması Aşırı Zarara Yol Açmamalı:

Arazi malikinin, yapının kaldırılması talebinde bulunabilmesi için gerekli ikinci şart, malzemenin sökülmesinin, yani yapının yıkılmasının veya kaldırılmasının aşırı zarara yol açmaması⁵⁶ gereğidir. Malzemenin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açacağı durumlarda arazi maliki, yapının kaldırılmasını talep edemez. Ancak masrafı bizzat ödeyerek yapıyı kendisi kaldırabilir⁵⁷.

İşte yapının kaldırılmasının aşırı zarara yol açacak olması durumunda, yapının kaldırılmasına karar verilememesi, yapılan değerlerin korunması ilkesine dayanmaktadır. Öyle ki kanun koyucu kaldırılması aşırı zarara sebebiyet verecek bu değerlerin heba edilmesini istememektedir. Ancak acaba buradaki aşırı zarar kavramı ne şekilde anlaşılmalı gerekir?

Aşırı zarar kavramı, haksız yapıya ilişkin uyumsuzluklarda belki de en hassas noktayı oluşturmaktadır. Buna karşılık aşırı zarar kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Böyle

⁵⁵ Kural bu olmakla birlikte, kanaatimizce istisnai olarak da olsa, dönme anına kadar yapılan kısmın, arsa sahibinin yapımına rıza gösterdiği bir yapı olarak kabul edilemeyeceği durumlarda, sözleşmeden dönme üzerine, arsa sahibinin yapının kaldırılmasını talep edebileceği kabul edilmek gerekir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin rızası, sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmesine yol açacak şekilde meydana getirilmiş bulunan bir yapıya ilişkin bulunmamaktadır. Yani arsa sahibi bir rıza göstermiş olmakla birlikte, bu rıza, örneğin ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmede olduğu gibi, kendisinden kabul etmesi beklenemeyecek derecede ayıplı bir yapı meydana getirilmesine ilişkin değildir. Bu nitelikteki bir yapı artık arsa sahibinin rızası olmaksızın yapılmış bir yapı niteliğinde görülmek gerekir. Diğer taraftan BK.m.360/III hükmünde, “*yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da mahiyeti itibarıyla ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar*” demek suretiyle, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi, yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurmaması şartına bağlanmıştır, (aynı yönde TBK.m.475/III). Bu hükümde ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme üzerine arsa sahibinin yapılan kısmın kaldırılmasını talep etmesinin, sözleşmeden dönmenin doğal bir sonucu olarak kabul edildiği görülmektedir. Şu halde, salt arsa sahibinin inşaatın yapılmasına rıza göstermiş olması, ortaya çıkacak eser ne olursa olsun onu kabul mecburiyetinde bulunduğu, diğer bir ifadeyle yapının kaldırılmasını talep edemeyeceği anlamına gelmez. Aynı ölçü temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme halinde de uygulanabilir. Müteahhidin temerrüdü sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi, yani sözleşmenin geçmişe etkili olarak yapıldığı andan itibaren ortadan kalkması durumunda, yapılan kısım o haliyle iş sahibinin hiçbir işine yaramıyorsa, arsa sahibinin her durumda yapıyı kaldırmasının gerekeceği anlaşılıyorsa, arsa sahibinin rızasının bu nitelikte bir yapı meydana getirilmesine yönelik olmadığı, yani bu nitelikte bir yapının arsa sahibinin rızası olmaksızın yapılmış olduğu kabul edilmeli ve MK.m.722/III gereğince yapının kaldırılmasına karar verilebilmelidir.

⁵⁶ EMK.m.648 hükmündeki ifade, “*kal'i fahiş bir zarar müeddi olmadıkça*” şeklindeydi.

⁵⁷ Bu yönde, **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.392, dn.786.

olunca doktrinde birçok farklı görüş ileri sürüldüğü gibi uygulamada da farklı kıstaslar benimsendiği görülmektedir.

1. Aşırı Zarar Kavramına İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler:

Doktrinde aşırı zarar kavramından ne anlaşılması ve aşırı zarar tespit edilirken kime ait zararın göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri taraflar açısından değerlendirme, genel ekonomik menfaat açısından değerlendirme ve karşılaştırmalı değerlendirme suretiyle aşırı zararın tespitini savunan görüşler olarak üç ana başlıkta sistematize edebiliriz⁵⁸.

a. Taraflar Açısından Değerlendiren Görüş:

Bu başlık altında topladığımız görüşe göre, zararın aşırı olup olmadığı, tarafların (birinin veya her ikisinin) uğradığı zarar göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmelidir.

Bu görüşteki yazarlardan bazıları, zararın, yapının kaldırılması durumunda, malzeme sahibinin maruz kalacağı zarar veya malzemenin uğrayacağı değer kaybı olarak anlaşılması gerektiği fikrindedirler⁵⁹. Diğer bazı yazarlara

⁵⁸ Benzer bir ayırım için bkz. **Büyükcay**, s.427.

⁵⁹ **Mustafa Reşit Belgesay**, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Ayni Haklar, İstanbul, 1956, s.95; Bu görüşteki yazarlardan **Velidedeoğlu/Esmer**, fahiş zarardan esas itibariyle levazımın uğrayacağı zararın anlaşılması gerektiğini, ancak somut olayın diğer bazı özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedirler. Bu yazarlara göre, yıkımın aşırı zarar doğurup doğurmayacağı tespit edilirken, “inşaatin tamam olup olmadığını, arsa ile üzerinde yapılan bina arasındaki kıymet farkını ve arsanın kal neticesinde uğrayacağı zararı ve bilhassa kendi levazımı ile başkasının arsasına inşaat yapmış olan malzeme sahibinin hüsnüniyet veya suiniyetini aradıktan, hulasa yalnız 648. maddenin (MK.m.722) son fıkrası hükmüyle iktifa etmeyerek, 649. ve 650. (MK.m.723 ve 724.) maddedeki unsurları da inceledikten sonra, kalden doğacak zararın fahiş olup olmadığı neticesine varılmalıdır. Arsası üzerine bina yapılan şahsın bunu önlemek için gereken tedbirleri vaktinde alıp almadığı, objektif hüsnüniyet kaidelerine göre hareket edip etmediği de, ayrıca üzerinde durulması lazım gelen bir noktadır. Bu unsurlar tamamen bir tarafa bırakılarak sadece sökülen malzemenin veya sadece arsanın uğradığı zarar esas olarak alınır ve zararın fahiş olup olmadığı buna göre ölçülürse adil bir neticeye varmak imkanı yoktur”, (**Velidedeoğlu/Esmer**, s.294). Halbuki, aşırı zarar kavramı ile malzeme sahibinin iyiniyeti arasında böyle güçlü bir ilişki yoktur. İnşaatı yapanın baştan itibaren kötünüyetli olması, inşaatın kaldırılması talebiyle karşılaşacağını bile bile inşaatı yapması, belki sadece zararın aşırı olmadığına dair bir işaret teşkil edebilir, (bu yönde **Haab**, art.671-673, kn.8; **Rey**, Die Grundlagen des Sachenrechts, s.132, kn.480). Keza arazi malikinin, inşaatı “önlemek için gereken tedbirleri vaktinde alıp almadığı, objektif hüsnüniyet kaidelerine göre hareket edip etmediği” de, aşırı zarar kavramıyla ilişkilendirilemez. Bu durum olsa olsa, arazi malikinin rızası bulunmaması şartının gerçekleşmemesi anlamına gelir. Buna karşılık yazarlar tarafından ileri sürülen görüş, aşırı zararın doğup doğmayacağının tespitinde değil de, yapının kaldırılması talebinin haklı görülüp görülemeyeceğinin tespitinde anlam kazanabilir. Böyle bir değerlendirme, yapının kaldırılması talebinin bir şartı olarak, “hal ve koşulların yapının kalmasını gerektirmemesi” veya “hal ve koşulların yapının kaldırılmasını haklı kılması” şartı şeklinde üçüncü bir şart kabul edilmesi anlamına gelir. Kanunda ise bu yönde bir dayanak bulmak mümkün görünmemektedir. Buna karşılık

göre ise, hem malzemenin hem de arazinin uğrayacağı değer kaybı göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁰.

Şu halde genel olarak bu görüşe göre zarar denilince, sadece yapının kaldırılması neticesinde malzemede ve arazide meydana gelen değer kaybı, diğer bir ifadeyle malzeme ve arazi malikinin uğrayacağı doğrudan zararlar anlaşılmaktadır. Bunun dışında, arazinin veya yapının taraflar için ifade ettiği değer ve yapının kaldırılmasının taraflar için sübjektif olarak ifade ettiği anlam ve değer kaybı değil, malzemede ve arazide meydana gelecek objektif değer kaybı esas alınmak gerekecektir⁶¹.

Bu görüşteki yazarların büyük çoğunluğu, yapıdan yararlanmak suretiyle elde edilecek ekonomik değeri dahi, aşırı zararın değerlendirilmesinde göz önünde bulundurmamaktadır. Bununla birlikte aşırı zarar kavramını salt taraflar açısından değerlendirmekle birlikte, yapının ekonomik bir değer ifade etmesi sebebiyle, yıkılmasının bu ekonomik değer heder olmasına sebebiyet vereceğini; bu sebeple aşırı zararın tespitinde arsa malikinin yapıdan elde edeceği ekonomik değer de göz önünde tutulmasını savunan görüşlere de rastlanmaktadır⁶².

Diğer taraftan bu görüş, zarar kavramını sadece taraflar açısından değerlendirdiği için, yapının bir iş yeri olması durumunda olduğu gibi, yıkım sebebiyle yaşanacak olan özellikle istihdam, vergi veya sigorta pirim kaybı gibi taraflarla ilgisi olmayan, tarafların uğrayacağı zarar dışında meydana gelebilecek zararları, aşırı zararın tespitinde göz önünde bulundurmamaktadır.

Uygulamada bu görüşün, eski tarihli Yargıtay kararlarında esas alındığını görmekteyiz⁶³.

b. Genel Ekonomik Menfaat Açısından Değerlendiren Görüş:

Bir yapının yıkılması, malzeme ve arazi malikinin uğrayacağı zararlardan başka zararların da doğmasına sebebiyet verebilir. Bir yapının yıkılması talebi incelenirken, yukarıda değindiğimiz aşırı zararın taraflar açısından değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş uygulandığında ise, bu tip taraflar dışında gerçekleşecek zararların hesaba katılması söz konusu olmayacaktır. İşte aşırı zararı genel ekonomik menfaat açısından değerlendiren görüş, taraflar açısından değerlendiren görüşün bu mahzurunu ortadan kaldırmaktadır.

Objektif değerlendirme suretiyle aşırı zararın tespitini savunan görüşe göre, yapının kaldırılmasının aşırı zarara yol açıp açmayacağı, malzeme maliki veya arazi maliki bakımından değil, doğrudan doğruya “genel ekonomik men-

her hak kötüye kullanılabileceği gibi, somut olayda şartlar gerçekleşmiş olmasına rağmen, arazi malikinin yapının kaldırılması talebinde bulunmasının, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği söylenebilir.

⁶⁰ **Küley/Ulukut**, 26; **Saymen/Elbir**, s.348-349.

⁶¹ “Zarar tabirinden, binanın kal’i sonucunda arsanın ve binanın maruz kaldığı objektif kıymet noksanı anlaşılmalıdır”, **Küley/Ulukut**, 26; **Saymen/Elbir**, s.348-349.

⁶² **Nurettin Gürsel**, Gayrimenkul Mülkiyetine Tecavüz Ederek Kendi Levazımıyla Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımıyla Kendi Arsasına İnşaat Yapmak ve Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat, Ankara, 1953, s.46-47.

⁶³ Bkz. aşağıda dn.72.

faat” bakımından, yani objektif olarak değerlendirilmelidir. Bu görüşün altında yatan düşünce de yine, MK.m.722 ve 725 hükmünün de sebebini oluşturan “yapılmış olan değerlerin korunması” mülâhazasıdır⁶⁴.

Bu yöndeki bir görüşe göre, aşırı zararın tespitinde “inşaatın kaldırılması neticesinde malzemenin veya gayrimenkulün uğrayacağı zararlarla inşaatın kaldırılmasından doğacak sair iktisadi kıymet farklarının göz önünde tutulması gerekir. Fahiş zarar, bunların dava sırasındaki durumuna göre iktisadi bakımdan ve objektif olarak ağır bulunmaları halinde mevcuttur”⁶⁵. Yine bu yöndeki bir diğer görüşe göre de, “zararın fahiş olup olmadığı yalnızca kişilerin uğrayacakları zarara göre tayin edilemez. MK.648/II’de (MK.m.722/II) daha ziyade sosyal mülâhazalar hakimdir. Bunun içindir ki, yapılmış inşaatın olduğu gibi kalmasında mı yoksa sökülmesinde mi iktisadi bakımdan kamunun daha fazla menfaati olduğunun araştırılması gerekir. İnşaatın olduğu gibi kalmasında **kamunun, toplumun** menfaati olduğu hallerde, onun kaldırılmasından doğacak zarar aşırı, fahiş bir zarar niteliğindedir”⁶⁶.

c. Karşılaştırmalı Değerlendirme Suretiyle Aşırı Zararın Tespiti:

Yapının yıkılması durumunda, (taraflar, genel menfaat ya da bunların tümü açısından) ortaya çıkacağı hesaplanan bir zarar miktarının aşırı olup olmadığı, hangi ölçüye göre değerlendirilecektir? Zira yıkım sebebiyle ortaya çıkacak zararın hesaplanması ile hesaplanan bu zararın aşırı olup olmadığının tespiti farklı değerlendirmelerdir. Gerçekten bir zararın aşırı olup olmadığına ilişkin tespitin afaki olarak değil, bir ölçüye bağlı olarak yapılması gerekir. Bu

⁶⁴ **Haab**, art.671-673, kn.8.

⁶⁵ **Ataay**, s.77. Yazara göre, “fahiş zarara sebebiyet vermesi halinde yabancı gayrimenkulde meydana getirilmiş olan inşaatın kaldırılmasını kanun koyucunun kabul etmiş bulunmasının sebebini, gayrimenkul veya malzeme maliklerinin uğrayacakları zararların nazara alınmış olmasında aramak isabetli değildir. Zaten umumiyetle gayrimenkul malikinin uğrayacağı zararlar, nihai olarak inşa edene inikas edecek ve bunun neticesi olarak da inşaatın kaldırılmasından çok defa gayrimenkul malikine değil, fakat inşa edene bir zarar gelmesi bahis mevzuu olacaktır. Kaldı ki, bir kimsenin kendi zararına olan bir talepte bulunmayacağı; bulunduğu takdirde ise, bunun, menfaatine uygun olmadığı mucip sebebiyle reddedilmesinin münhasıran eşya hukuku sahasında kabul edilemeyeceği aşıkardır. Diğer taraftan “fahiş zarar” malzeme maliki bakımından da mütalaa edilmemelidir. Zira malzeme malikinin inşaatın kaldırılması neticesinde maruz kalacağı zararın fahiş olması, umumi hükümler mucibince haiz bulunduğu aynen istirdat hakkının hususi bir tezahür şeklinden başka bir şey olmayan “inşaatın kaldırılmasını talep edebilme salahiyeti”nin kendisine tanınmaması için bir sebep teşkil edemez.... Eğer kanun koyucu zararın fahiş olup olmadığı hususunun taraflardan birine göre takdir edileceğini kabul etmiş bulunsaydı hiç şüphesiz bunların iyi niyetli veya kötü niyetli olmaları halini biri birinden ayırarak ona göre bir hüküm koyardı. Bu fıkranın vaz’ına yol açan amil, meydana getirilen inşaatın muhafazası hususunda mevcut bulunan umumi menfaattir. Bu itibarla da inşaatın kaldırılmasının fahiş zararı müeddi olup olmadığı inşa eden malzeme maliki veya gayrimenkul maliki bakımından değil, fakat doğrudan doğruya umumi iktisadi menfaat bakımından zarara alınmalıdır”, **Ataay**,.75-77.

⁶⁶ **Jale Akipek**, Mülkiyet, Ankara, 1971, s.178.

konuda bir meblağ veya diğer sabit bir sınır söz konusu olamayacağına göre⁶⁷, miktarın aşırı olup olmadığının bir kâr-zarar muhasebesi şeklinde, diğer bir ifadeyle yıkım sonrasında ortaya çıkacak zararın, yıkım sebebiyle elde edilecek menfaatle kıyaslanması suretiyle yapılması en makul çözüm olarak görülmektedir.

Karşılaştırmalı değerlendirme suretiyle aşırı zararın tespitini de, yukarıdaki görüşlere paralel olarak ikiye ayırabiliriz. Buna göre karşılaştırmının, sadece taraflar arasında, yani yıkım sonucunda bir tarafın elde edeceği menfaatin, diğer tarafın uğrayacağı zarar veya malzeme ve arazide meydana gelecek değer azalması ile kıyaslanması gerektiği ileri sürülebileceği gibi⁶⁸; talep sahibinin elde edeceği menfaatin, hem diğer tarafın hem de toplumun maruz kalacağı zarar ile kıyaslanması gerektiği de savunulabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından uygulanan kıstasa göre, “davacının, inşaatın kaldırılmasındaki menfaati ile davalının bu yüzden uğrayacağı zarar arasında açık bir nispetsizlik varsa” inşaatın kaldırılması istenemez⁶⁹. Görüldüğü gibi bu görüş, yıkım sebebiyle davalının uğrayacağı zararı, davacının elde edeceği menfaat ile kıyaslamakta ve yıkım kararı verilebilmesi için bunlar arasında aşırı bir nispetsizlik bulunmamasını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle karşılaştırmayı, sadece tarafları esas almak suretiyle yapmaktadır⁷⁰.

Yine doktrinde yapılan bir diğer karşılaştırmalı değerlendirmeye göre, “malzemenin sökülüp kaldırılması ile arazi malikinin elde edeceği menfaate nazaran bu yüzden malzemede ve arazide meydana gelecek değer noksanı daha fazla ise, malzemenin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açtığı kabul edilecektir. Diğer bir ifade ile, malzemenin sökülüp kaldırılmasının **malzeme malikine ve topluma** vereceği zararlar, malzemenin sökülüp kaldırılmasından arazi malikinin elde edeceği menfaatin karşılaştırılması yapının kalmasını gerektiriyorsa, malzemenin sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açıyor demektir”⁷¹. Burada yazarların, kanaatimizce de haklı olarak hem taraflar hem de bunun yanında genel ekonomik menfaat açısından zarar kavramını değerlendirdiği ve yıkım sebebiyle meydana gelecek zararın bu surette tespit edildikten

⁶⁷ “Zarar miktarının binaların yarı değerinden fazla olması zararın fahiş telakki edilmesi için mutlak bir sebep teşkil etmez”, HGK. 29.6.1951 t. ve 1951/66-127 sayılı karar (Ataay, s.136).

⁶⁸ “İnşaatın kaldırılması halinde, arazi ile malzemede meydana gelecek değer azalması, arazi malikinin elde edeceği menfaattan daha fazla ise, aşırı zarar söz konusu olur”, Gürsoy/Eren/Cansel, s.572.

⁶⁹ BGE 40 II 343-344 ve BGE 81 II 272. Bu yönde ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, s.803; Bertan, s.617.

⁷⁰ “Bu hususta özellikle, malzemenin ayrılması yüzünden yapının ve sonuç olarak da gayrimenkulün tamamının kaybedeceği değere veya arazinin zirai kabiliyetinde meydana gelecek azalmaya önem verilecektir. Farzedelim ki, inşaat yapıldıktan sonra gayrimenkulün tamamı 100 milyon lira kıymetindedir. İnşaat başkasına ait 15 milyon liralık demir kullanılmıştır. İşte bu demirler binadan çıkarıldığı takdirde gayrimenkulün tamamı 50 milyon liraya düşecekse, ya da inşaatı eski haline getirmek için mesela 40 milyon liralık bir masraf yapmak zorunda kalınacaksa, fahiş zarardan söz açılabilir”, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, s.804.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.393.

sonra, yıkım sebebiyle elde edilecek menfaatle kıyaslanarak aşırı olup olmadığına karar verilmek gerektiği görüşünde olduğu görülmektedir.

2. Uygulamada Aşırı Zararın Tespiti:

a. Genel Olarak:

Doktrinde olduğu gibi uygulamada da aşırı zarar kavramının farklı şekillerde tanımlandığını ve aşırı zararın tespitinde farklı kıstaslar uygulandığını görmekteyiz. Gerçekten aşırı zarar kıstasına ilişkin Yargıtay uygulamasının zaman içerisinde değişim geçirdiğini söylemek gerekir.

Eski tarihli kararlarında Yargıtay, aşırı zararın taraflar ve özellikle malzeme sahibi açısından değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar almaktaydı⁷².

Daha sonra ise Yargıtay, “*umumi olarak fahiş bir zarar*” ifadesiyle, genel ekonomik menfaat açısından aşırı zararın tespit edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır: “*Binanın kal olunması için Medeni Kanunun 649. maddesinin kabul ettiği esas, binanın yıkılması ile **umumi olarak iktisaden fahiş bir zararın vukua geleceğinin tespit edilmesi** hususudur. Mahkemenin kabul ettiği gibi suüniyet sahibi olan kimsenin duçar olacağı zararın ehemmiyeti binayı yıktırmamak için bir sebep teşkil etmez*”⁷³.

Yargıtay sonraki kararlarında, yine zaman zaman farklı esaslar uygulanmıştır. Ancak bu farklılığın, genel ekonomik menfaat kıstasının terk edildiği veya değiştirildiği anlamına gelmediği; somut olayın özelliklerinin gerektirdiği

⁷² “Hadisede kal’in bina sahibine fahiş zararı müeddi olup olmadığının tetkiki lazım geldiği halde arza muzır olup olmadığının tetkiki ile iktifa olunması usul ve kanuna uygun değildir”, Y.1.HD. 20.6.1939 t. ve 2904 sayılı karar, (Ataay, s.135; Karahasan, Eşya Hukuku, C.I, s.768); “Müddeialehy tarafından yaptırıldığı ve garsedilerek yetiştirildiği bilmuhakeme tebeyyün eden binalarla ağaçların hedim ve kal’i müddeialehyin fahiş surette zararını mucib olacağı anlaşıldığı takdirde Medeni Kanunun 649 ve 655 inci maddeleri hükümleri arsanın sahibi Hazine ile diğer hissedarların işbu bina ve ağaçları hedim ve kal ettirmeyip ancak bina ve ağaçların sahibi olan müddeialehye tazminat vererek bunları temellüke salahiyetleri bulunmuş iken mahkemece bu cihet nazarı itibare alınmayarak bina ve ağaçların kal’ine karar verilmesi yolsuzdur”, Y.1.HD.19.3.1938 t. ve 2247/559 sayılı karar, (Küley/Ulukut, s.26-27).

⁷³ Y.1.HD.18.2.1951 t. ve 3301/1349 sayılı karar (Ataay, s.135; Karahasan, Eşya Hukuku, C.I, s.768). Bu kararda Yargıtay’ın, aşırı zararın tespitinde, davalının uğrayacağı zararı göz ardı ettiği ve genel ekonomik menfaati esas aldığı anlaşılmaktadır. Kararda zikredilmesi sebebiyle muhtemeldir ki, Yargıtay’ın bu yönde karar almasında, davalının kötüniyetli olması etkili olmuştur. Halbuki malzeme sahibinin kötüniyetinin yapının yıkılması talebine doğrudan bir etkisi yoktur. Malzeme sahibinin iyi veya kötü niyeti, tazminat miktarının tespitinde ve arazinin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep etmesi durumlarında bir rol oynar. Aşırı zararın tespitinde kötüniyetli tarafın uğrayacağı zararın göz önüne alınmayacağı (kararda belirtildiği şekliyle kötüniyetli tarafın uğrayacağı zararın *ehemmiyetinin binayı yıktırmamak için bir sebep teşkil etmeyeceği*) düşüncesi yerinde değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, inşaatı yapanın baştan itibaren kötüniyetli olması, diğer bir ifadeyle inşaatın kaldırılması talebiyle karşılaşacağını bile bile inşaatı yapması, bir kıstas değil, fakat zararın aşırı nitelikte olmadığına dair bir işaret olarak kabul edebilir, (bu yönde Haab, art.671-673, kn.8; Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts, s.132, kn.480).

değerlendirmelerden kaynaklandığı anlaşılmaktadır⁷⁴. Bir Hukuk Genel Kurulu kararında da, genel ekonomik menfaat kıstası zikredilmeksizin sadece bina ve arsa değeri ve bunların kıyaslanmasından bahsedilmesinin karara konu olan olayın özelliklerine ilişkin olduğu görülmektedir⁷⁵. Bu bakımdan Yargıtay kararlarında tam bir birlik görülmese de, son zamanlara kadar genel ekonomik menfaat kıstasının ağırlıklı olarak etkisinin hissedildiğini söyleyebiliriz⁷⁶.

Nihayet Yargıtay, yıkım talebine ilişkin davalarda (90'lı yıllardan itibaren) zamanla yerleşen yeknesak bir formülasyon geliştirmiştir. Bu formülasyon, gerek Yargıtay 1. HD.'si, gerekse Hukuk Genel Kurulu tarafından artık yerleşik olarak uygulanmaktadır. Bu yöndeki kararların hemen hemen tümünde şu ifade yer almaktadır:

“Hemen belirtilmelidir ki, yasada “yıkımda aşırı zarar kavramı” tanımlanmış değildir. Bunun yanı sıra, anılan kavram yönünden gerek öğretide gerekse yargısal uygulamada görüş birliği yoktur. Ancak, Medeni Kanun’un 722/2 (eski Medeni Kanun’un 648/2) maddesinin uygulanmasında, meydana getirilen binanın korunması hususundaki genel yararın göz ardı edilemeyeceği kuşkusuzdur. Ne var ki, binanın davacı arsa sahibi yönünden de (subjektif olarak) değerlendirilmesi ve hak (yarar) dengesi kurulmak suretiyle adilane bir sonuca gidilmesi gerekir

*Kural olarak kal’in (yıkımın) fahiş zarar doğurup doğurmaya-
cağının takdiri hakime aittir. Hakim, takdir hakkını kullanırken el-*

⁷⁴ “Bilirkişi raporunda dava konusu olan yer üzerindeki muhtesatın kal’inin fahiş zararı mucip olmadığı ve hatta imar durumu bakımından kal’in bir zaruret teşkil ettiği, zemin değerinin muhtesatın değerinden çok yüksek olduğu tespit edildiği halde, mahkemece, muhtesatın kaim değeri ile levazımın değeri arasındaki farkın 23 bin liraya bağlı olduğundan bahisle kal’in fahiş zararı mucip telakki edilmesi isabetsizdir”, Y.1.HD. 29.9.1962 t. ve 5463/6000 sayılı karar, (Karahasan, Eşya Hukuku, C.1, s.768). Görüldüğü gibi bu kararda Yargıtay, malzemenin uğrayacağı zararı esas almak suretiyle yıkımın aşırı zarara sebebiyet vereceğinin söylenemeyeceğini belirtmiş; öte yandan arsanın değerini aşırı zararın tespitinde bir kıstas olarak kabul etmiş ve arsanın değerinin yapının değerinden yüksek olmasını aşırı zararın kabulüne engel bir durum olarak telakki etmiştir.

⁷⁵ “...Ne miktar sahanın işgal edildiği ve işgal olunan arsanın değeri ve yıkılması istenen binanın vasıfları, kaim değeri ile asgari malzeme inşaiye kıymeti ayrı ayrı tespit ettirilmek, işgal olunan arsa ile binanın vasfı ve dava tarihindeki kıymetleri arasından MK.m.648 ve müt. maddeleri hükümleri göz önünde tutulmak suretiyle mukayese yapılarak binanın yıkılmasının fahiş zararları müeddi olup olmayacağının tayin ettirilmek ... icabederken...”, HGK. 29.05.1963 t., 1/35-45 sayılı karar, Ankara Barosu Dergisi, 1963, s.483.

⁷⁶ Y.1.HD. 30.12.2004 t. ve E.2004/13990, K.2004/14883 sayılı kararı: “Medeni Kanun’un 722. maddesi taşınmaz malikine rızası olmaksızın yapılmış ve yıkımı aşırı zarar doğurmayan yapının yıkımını isteme hakkı tanımış, yıkım masrafinin yapı malikine ait olacağını hükme bağlamıştır. Ne var ki, yasada aşırı zarar kavramı tanımlanmadığından yasa koyucunun bu yöndeki asıl amacının göz önünde tutulmasında yarar vardır. Değinilen maddenin düzenlemesine yol açan asıl neden, meydana getirilen yapının korunmasındaki mevcut olan genel iktisadi yarardır. Diğer bir söyleyişle yapının yıkımı halinde dava tarihine göre objektif ölçüler içerisinde tespit edilecek zararın çok fazla olması aşırı zararın varlığını gösterir.”, (KİB).

*bette bilirkişinin ya da bilirkişilerin bildirdikleri teknik bilgilerden ve görüşlerden faydalanacaktır. Ancak, vardıkları sonuç bu yönden (fahiş zarar doğup doğmayacağı yönünden) hakimi bağlamaz*⁷⁷.

Bu formülasyonun izaha muhtaç olduğu şüphesizdir⁷⁸. Aşağıda Yargıtay tarafından ortaya konulan bu esas tartışılacak; bunun ne anlama geldiği ve nasıl uygulanması gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

b. Yapının Arazi Maliki Açısından Sübjektif Olarak Değerlendirilmesi

Kıstası:

Acaba hemen yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay tarafından yıkım davalarında ısrarla uygulanan “binanın korunması hususundaki genel yararın göz ardı edilemeyeceği kuşkusuzdur. Ne var ki binanın davacı arsa sahibi yönünden de (sübjektif olarak) değerlendirilmesi ve hak (yarar) dengesi kurulmak suretiyle adilane bir sonuca gidilmesi” gereği ile ifade edilmek istenen nedir?

Bu ifadenin aşırı zarar kavramından bağımsız olarak somut olay adaletinin tesisine mi yoksa zarar miktarının veya zararın aşırı olup olmadığının tespitine mi ilişkin olduğu tam olarak kararlardan anlaşılamamaktadır. Yani bu ifadenin amacı, binanın yıkılması aşırı zarara sebebiyet verecek olsa dahi, somut olayın yıkım talebinin kabulünü gerektirebileceğinin mi; yoksa aşırı zararın bulunup bulunmadığı tespit edilirken, bu tespitin nihai olarak arsa sahibi yönünden yapılması gereğinin mi belirtilmesidir?⁷⁹

⁷⁷ HGK. 20.3.1996 t. E.1996/1-40, K.1996/177 sayılı karar, (KİB); HGK. 17.4.2002 t. E.2002/1-327, K.2002/329 sayılı karar (KİB); Y.1.HD. 22.12.1993 t. E. 1993/13293, K.1993/15687 sayılı karar (KİB); Y.1.HD. 28.3.2005 t. 3553/3646 sayılı karar, (KİB); Y.1.HD. 8.12.2004 t. 11817/13504 sayılı karar, (KİB); Y.1.HD. 6.12.2004 t. 12977/13314 sayılı karar, (KİB); Y.1.HD. 12.5.2004 t. E.2004/5095, K.2004/5584 sayılı karar; Y.1.HD. 4.3.2004 t. E.2004/1571, K.2004/2233 sayılı karar (KİB); Y.1.HD. 2.3.2004 t. E.2003/13345, K.2004/2073 sayılı karar, (KİB); Y.1.HD. 23.2.2004 t. 1384/1526 sayılı karar, (KİB) Y.1.HD.13.12.2000 t. 15553/15667 sayılı karar, (Kara-hasan, Eşya Hukuku, C.I, s.772); Y.1.HD.21.6.2001 t. 7025/7539 sayılı yayınlanmamış karar; Y.1.HD.8.10.2001 t. 9564/10308 sayılı karar, (KİB). Aynı ilkelerin kısmen farklı ifadelerle daha yakın tarihli kararlarda da korunduğu görülmektedir, Y.1.HD. 15.2.2010 t. E.2010/395, K.2010/1433 sayılı karar (KİB).

⁷⁸ Benzer yöndeki Yargıtay 5. HD.’nin bir kararının eleştirisi için bkz. ayrıca **Büyükay**, s.432.

⁷⁹ Cümlelerin sonunda yer alan “hak (yarar) dengesi kurulmak suretiyle adilane bir sonuca gidilmesi” ifadesi, buradaki amacın somut olay adaletinin sağlanmasına ilişkin olduğu düşüncesini doğrulabilmektedir. Kararlarda “zararın” değil, “binanın” davacı arsa sahibi yönünden değerlendirilmesi gereğinin ifade edilmiş olması da, bu düşüncüyü desteklemektedir. Buna karşılık söz konusu tespitin aşırı zarar kavramına ilişkin tartışmanın yer aldığı paragrafta yapılması; önceki ve sonraki cümlelerle birlikte değerlendirilmesi, söz konusu ifadenin, aşırı zararın tespitine ilişkin bir kıstas olarak kabul edildiğine dair bir işaret olarak da görülebilir. Bu yorum benimsenecek olduğu takdirde ise kararlardan, iki aşamalı bir değerlendirmenin öngörüldüğü anlamı çıkabilmektedir. Buna göre ilk olarak “binanın korunması hususundaki genel yarar” göz önünde bulundurulacak, yani binanın yıkılmasının aşırı zarara sebebiyet verip vermeyeceği, objektif olarak – genel ekonomik menfaat açısından değerlendirilecek ancak bununla yetinilmeyecek, ikinci aşamada sübjektif olarak arsa sahibi açısından da değerlendirme yapılacaktır. Tabii “binanın davacı arsa sahibi yönünden de (sübjektif olarak) değerlendirilmesi”

Bu kararların sanki yapının kaldırılması aşırı zarara sebebiyet verecek olduğu sabit olsa da, hâkimin aşırı zarara rağmen yine de aksi yönde bir sonuca ulaşabileceği, yani yapının kaldırılmasına karar verebileceği şeklinde yorumlanabilmesi imkan dahilindedir⁸⁰. Oysa böyle bir sonucun Kanun'un açık düzenlemesi ile bağdaşmayacağı açıktır. Zaten dikkatli okunduğu takdirde Yargıtay'ın da bu yönde bir sonuca ulaşmamış olduğu görülebilmektedir.

Kanaatimizce Yargıtay tarafından geliştirilen uygulama, ne somut olay adaletinin sağlanması gereğine -zira bunun için ayrı ve karmaşık bir ölçüt geliştirmeye gerek yoktur-; ne aşırı zararın tespitinde sırayla önce objektif ve sonra sübjektif olmak üzere birbirinden bağımsız iki ayrı ölçüt uygulanması gerektiğine; ne de yapının kaldırılması aşırı zarara sebebiyet verecek olmasına rağmen, hâkimin aksi yönde bir sonuca ulaşabileceğine ilişkin bulunmaktadır. Bizce Yargıtay bu formülasyon ile daha önceden uyguladığı dar kıstası genişletmiş, yani salt genel ekonomik menfaat kıstasını terk etmiştir. Bu uygulama ile Yargıtay, hem genelin hem de arsa sahibinin uğrayacağı zarar da dahil olmak üzere somut olayın tüm özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin son derece basit ve yerinde bir uygulama geliştirmek istemiş ancak bunu pek de isabetli olmayan bir şekilde ifade etmiş bulunmaktadır. Kararlarda geçen "*hak (zarar) dengesi kurulmak suretiyle adilane bir sonuca gidilmesi*" gereği ise, zarar miktarının aşırı olup olmadığının somut olayın tüm özelliklerinin göz önünde bulundurulmak suretiyle hâkim tarafından takdir edileceğine (MK.m.4); yoksa aşırı zararın belirlenmesinin salt bir hesaplama işleminden ibaret olmadığına işaret etmektedir⁸¹. Dikkat etmek gerekir ki, bura-

gereğinin ne anlam ifade ettiği ve bu değerlendirmenin nasıl yapılacağı sorusu da hâlâ cevapsız kalmaktadır. Bu ifadenin, yapının yıkılması durumunda davacı arsa sahibinin elde edeceği menfaat, diğer bir ifadeyle yıkılmaması durumunda uğrayacağı zararlar olarak anlaşılması gerektiği düşünülebilir. Yoksa sübjektif olarak arsa sahibinin tercihi, yapıyı beğenip beğenmemesi, hatta bizzat kullanmasının mümkün veya yapının kendi faaliyetlerine ilişkin olup olmaması ya da ihtiyaçlarına cevap verip vermemesi hususları aşırı zararın tespitinde tek başına belirleyici olmayacaktır. Aksi takdirde, yıkım objektif olarak aşırı zarara sebebiyet verecek olmasına rağmen, salt kamu hizmetlerinde kullanılması mümkün olmadığı gerekçesiyle, hazine arazisi üzerinde bulunan haksız yapı niteliğindeki bir turistik kompleksin yıkılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir ki, (Y.1.HD. 4.12.2006 t. E. 2006/10272, K.2006/12005 sayılı yayınlanmamış kararına konu olay), Kanunun aşırı zarar sınırlaması ile önlemek istediği bu sonucun kabul edilebilir olmadığı açıktır. Nihayet objektif ve sübjektif açıdan yapılan tespitler üzerine ulaşılan sonuçların bir arada değerlendirilmesi suretiyle yıkıma karar verilmesi gerekip gerekmeyeceği tespit edilecektir. Bu iki yorum, birbiriyle bağdaşmaz olmadığı, birbirine alternatif teşkil etmediği için, Yargıtay uygulamasının, her iki yorumu birleştirir şekilde, yani zararın arsa sahibi yönünden değerlendirilmek suretiyle somut olay adaletinin sağlanması şeklinde anlaşılması gerektiği de düşünülebilir.

⁸⁰ Anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay uygulamasına yönelik eleştiri de (bkz. yukarıda dn.78) zaten Yargıtay kararlarının bu şekilde yorumlanmasından ve aşırı zararın tespitinin sadece ekonomik sonuçlara ilişkin değerlendirme olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

⁸¹ Nitekim yıkımın aşırı zarar doğurup doğurmayacağının tespitinin hâkimin takdir yetkisine ilişkin olduğu Yargıtay kararlarında da açıkça vurgulanmaktadır. Şüphesiz burada hâkimin rolünün meydana gelecek ekonomik zararların hesaplanmasından ibaret olduğu; yıkımın yüksek bir ekonomik zarara sebebiyet verecek olması durumunda hâki-

daki hâkimin takdir yetkisi, zararın aşırı olup olmadığının tespitine ilişkindir, yoksa aşırı zarara rağmen, hâkimin takdir yetkisine dayanarak yıkım kararı verebileceğine ilişkin değildir.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz:

a. Genel Olarak:

Aşırı zararı taraflar açısından değerlendiren, yani aşırı zararın tespitinde sadece tarafların uğradığı zararı esas alan görüşün yetersizliği açıktır. Bazı durumlarda yıkım sebebiyle, taraflar dışında, özellikle kamunun uğrayacağı zarar önemli boyutlarda olabilir⁸².

Tabii zararın tespitinde tarafların veya taraflardan birinin uğrayacağı zarar göz ardı edilerek sadece genel ekonomik menfaatin esas alınması da doğru değildir. Genel ekonomik menfaat açısından bir zarar söz konusu değilse, aşırı zarar da yoktur denilemez. Bir yapının yıkılması sadece taraflardan biri için ağır sonuçlar doğursa bile, bu durum somut olayda aşırı zararın kabulünü gerektirebilir veya yapının yıkılmamasının arsa sahibi açısından yaratacağı kayıp zararın aşırı olarak nitelendirilmesini engelleyebilir.

b. Salt Ekonomik Değerlendirmenin Yetersizliği:

Aşırı zararın tespitinde zarar kavramından sadece ekonomik zararların anlaşılması önemli bir eksiklik teşkil eder. Kanaatimizce günümüzde, bir yapının, özellikle mevcudiyetinin sebep olduğu zararı sadece ekonomik açıdan değerlendirmek yeterli görülmez. Bir yapının, ekonomik etkiler dışında, özellikle çevre, tarihi miras, kültürel doku, şehircilik ve estetik açılarından önemli sonuçları olmaktadır. Bu sonuçlar tamamen göz ardı edilerek, aşırı zararın tespitinin salt ekonomik değerlendirmelerle yapılması son derece sakıncalı sonuçlar doğurabilir.

Gerçekten, bir yapının yıkılması ekonomik açıdan aşırı zarara sebebiyet verecek dahi olsa, bu zarar yapının çevreye veya tarihi dokuya vereceği zararın yanında son derece önemsiz kalabilir. Olumsuz çevresel etkilerin, çok ciddi toplumsal ve ekonomik zararlara sebebiyet verdiği bir gerçektir. Kaldı ki, ekonomik bir sonucu olmasa bile, salt çevreye ya da tarihi veya kültürel dokuya verilecek zararın göz önünde bulundurulması zarureti, medeni toplum anlayışının bir gereğidir. Aynı şekilde, yapının, şehircilik esasları veya estetik açıdan oluşturduğu mahzurlar var ise, bunların da göz önünde bulundurulması gerekir. Salt ekonomik mülahazalar sebebiyle, şehircilik açısından son derece mah-

min başkaca hiçbir değerlendirme yapmaksızın yıkım talebinin reddine karar vermesi gerektiği söylenemez. Aşağıda açıklanacağı üzere hâkim, ekonomik sonuçların dışında da, somut olayın tüm özelliklerini göz önünde bulunduracaktır.

⁸² Öyle ki daha önce de belirttiğimiz gibi, haksız yapı niteliği taşıyan bir sanayi veya turistik tesisin yıkılmasının sebebiyet vereceği zarar, salt taraflar açısından aşırı bir zarar olarak nitelendirilemeyebilir. Buna karşılık yapının kaldırılması sebebiyle çok sayıda insan işini kaybedecek, yaratılan katma değer sona erecek, devlet vergi gelirlerinden, sosyal güvenlik kurumu sigorta primlerinden mahrum kalacak, o zamana kadar yapılan ihracat artık yapılamayacak olabilir. Bu gibi muhtemel sonuçlar da, zararın aşırı olarak nitelendirilmesini gerektirebilir. İşte zararın aşırı olup olmadığının tespitinde bu zararların göz ardı edilmesi mümkün görülmemek gerekir.

zurlu ve kabulü mümkün olmayan veya estetik açıdan son derece çirkin bir yapıya uzun yıllar katlanması beklenilemez. Böyle bir yapının toplumda yaratacağı rahatsızlık veya infialin salt ekonomik değerlendirme ile göz ardı edilmesi kabul edilemez. Bu bakımdan yapının yıkılmasının salt ekonomik açıdan aşırı zarara sebebiyet verecek olması durumunda, artık başkaca hiçbir değerlendirme yapılmaksızın hâkimin mutlaka yıkım talebini reddetmek zorunda olduğu söylenemez.

Nitekim Hukuk Genel Kurulu kararına da konu olmuş bir olayda Yargıtay, son derece yerinde bir değerlendirme ile tarihi ve kültürel dokuya uygun olmayan bir yapının yıkılmasının aşırı zarara sebebiyet vereceğinden bahsedilemeyeceğine karar vermiştir⁸³.

c. Somut Olayın Tüm Özelliklerinin Göz Önünde Bulundurulması Gereği:

Yıkımın aşırı zarara sebebiyet verip vermeyeceğinin tespitinde somut olayın bütün özelliklerinin ve yönlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁸⁴.

Bu doğrultuda zararın tespitinde ne sadece tarafların, ne de sadece genelin, yani kamunun uğrayacağı zararların tek başına esas alınması doğrudur. Doğacak tüm sonuçların göz önünde bulundurulması gerekir. Aşırı zararın taraflar veya genel menfaat açısından değerlendirilmesine ilişkin görüşleri, birbirinin alternatifi olarak değil, tamamlayıcısı olarak görmek gerekir. Buna göre zarar, hem taraflar hem de genel menfaat açısından değerlendirilmelidir. Tabiatıyla bu durum, aşırı zarardan bahsedebilmek için, yıkımın mutlaka hem taraflara hem de kamuya zarar verecek olmasını gerektirmez. Somut olayda, yapının yıkılmasının sadece taraflara ya da taraflardan birine zarar verecek nitelikte olması, aşırı zararın kabulü açısından bir sorun yaratmaz.

Yapının yıkılması durumunda, ortaya çıkacağı hesaplanan bir zarar miktarının aşırı olup olmadığına ilişkin tespitin afaki olarak değil, bir ölçüye bağlı olarak değerlendirilmesi ve bu konuda bir kâr-zarar muhasebesi yapılması gerektiği düşüncesi de hiç şüphesiz son derece isabetli ve gereklidir. Yıkım sonrasında ortaya çıkacak zarar milyonlarca liralık dahi olsa, bu meblağ bir olayda aşırı zarar teşkil ederken bir diğerinde bu nitelikte olmayabilir. Bu sebeple yıkımın aşırı zarara yol açıp açmayacağı değerlendirilirken, hem tarafların hem de genelin menfaatleri göz önünde bulundurulmalı, bu surette uğra-

⁸³ HGK. 10.12.2003 t. E.2003/1-755, K.2003752 (KİB): "...yapılan inşaatın çevreye uyum sağlamadığı, konumu ile doğanın yapısına uymadığı, özellikle doğal sit alanı olarak belirlenmiş alanlar içerisinde bütün yapılaşmaların Kapadokya'ya özgü dokuyu bozduğu, Kapadokya'yı ünlendiren doğal yapısı ve buna uyum sağlamadan yapılan izinsiz bu tür yapıların, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının kullanımlarını değiştirmek olduğu, açık hava müzesi olarak düşünülmesi gereken Kapadokya'nın doğal dokusunun değiştirildiği, bu yapının korunmasının Hazine bakımından herhangi bir yarar getirmeyecek olması yanında, yukarıda açıklandığı üzere bu yapının 1. derecede doğal sit alanı olan yörenin yapısını bozduğu ve yıkılmasının bu anlamda kamu yararı gereği olup, aşırı zarar doğurmayacağı sonucuna varılmıştır".

⁸⁴ Bkz. **Leemann**, Art. 671, kn.16; **Meier-Hayoz**, art.671, kn.23.

nılacak olan zarar miktarı bulunduktan sonra, bu zarar miktarının aşırı olup olmadığı ise, karşılaştırmalı bir değerlendirme suretiyle tespit edilmelidir.

Yukarıda gördüğümüz gibi bu karşılaştırmaların, yıkımın davacıya sağlayacağı ekonomik menfaatin, davalıya vereceği maddi zararlar kıyaslanması suretiyle yapılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, bir kıyaslama yapılması gerektiğine tereddütsüz katılmakla birlikte, bu kıyaslamanın sadece yapının kaldırılmasının taraflardan birine sağlayacağı menfaatin, diğerine vereceği zararlar karşılaştırılması yetersiz kalır. Öte yandan belirttiğimiz üzere, zararın aşırı olup olmadığının tespitini sağlayacak olan kâr-zarar muhasebesine ilişkin kıyaslamanın, sadece ekonomik açıdan değil, çok daha geniş bir çerçevede yapılması gerekir. Yapının korunmasının (kaldırılmamasının) sebep olduğu veya olacağı zararlar var ise bunların da, yani yapının hem yıkılmasının, hem de yıkılmamasının sonuçlarının göz önünde bulundurulması gerekir.

Şu halde gerek tarafların gerekse genelin menfaatleri bakımından ekonomik olsun ya da olmasın, yapının kaldırılmasının sebebiyet vereceği tüm zararlar, yapının kaldırılmasının sağlayacağı yararlar (kaldırılmamasının doğurduğu veya doğuracağı tüm zararlar) ile karşılaştırılmak suretiyle yapının kaldırılmasının aşırı zarara sebebiyet verip vermediği, yani yapının kaldırılmasının gerekip gerekmediği hâkim tarafından takdir edilmek gerekecektir.

İşte aşırı zararın tespitine ilişkin yukarıda incelediğimiz yerleşik Yargıtay uygulamasının da bu şekilde anlaşılması gerekir. Özellikle aşırı zararın tespitine ilişkin Yargıtay kararlarının zaman içerisindeki gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, Yargıtay tarafından günümüzde yerleşik olarak uygulanan formülasyonun⁸⁵ anlaşılması da kolaylaşmaktadır. Hatırlanacak olduğu üzere Yargıtay, aşırı zararın tespitinde önceleri sadece tarafların uğrayacağı zararı, daha sonra ise genel ekonomik menfaati esas almaktaydı. İşte bu uygulamanın, önceki yöntemlerin eksikliğini tamamlamak üzere, zararın hesaplanmasında hem genelin hem de tarafların uğrayacağı zararın esas alınması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir.

Zarar miktarı hesaplandıktan sonra, *hak (yarar) dengesi kurulmak suretiyle adilane bir sonuca gidilmesi* gereği ile de bu zarar miktarının aşırı olup olmadığının tespitinde, somut olayın tüm özelliklerinin göz önünde bulundurulması ve bir karşılaştırmalı değerlendirme yapılması gerektiği işaret edilmektedir. Ayrıca Yargıtay, zararın aşırı olup olmadığının tespitinde hâkimin takdir yetkisini (MK.m.4) açıkça vurgulamakta ve aşırı zararın belirlenmesinin salt bir hesaplama işleminden ibaret olmadığına işaret etmektedir. İşte Yargıtay tarafından ortaya konulan esas, bu şekilde anlaşıldığı takdirde, aslında bunun içerik ve sonuç itibarıyla son derece isabetli olduğu da görülebilmektedir.

SONUÇ:

Bir arazideki yapıda, taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunmaksızın arazi malikinden başka bir kişiye ait malzemenin kullanılmış olması durumu “haksız yapı” olarak nitelendirilmektedir. Haksız yapı durumunda malzemenin mülkiyeti kendiliğinden arsa sahibinin mülkiyetine geçecek olup,

⁸⁵ Bkz. yukarıda dn.77 ve ona ilişkin metin.

taraflar arasındaki uyumsuzluğun (1) Yapının kaldırılması; (2) Yapının kaldırılmaması ve buna karşılık malzeme malikine tazminat verilmesi; (3) Arazinin tamamının veya bir kısmının mülkiyetinin malzeme malikine geçirilmesi; veya (4) Malzeme maliki lehine üst hakkı tanınması olmak üzere, farklı şekillerde çözümlenmesi mümkündür.

Arazi malikinin haksız yapının kaldırılmasını talep edebilmesi için yapının, rızası olmaksızın meydana getirilmiş olması ve yapının kaldırılmasının aşırı zarara yol açmayacak olması şarttır.

Yapının kaldırılmasının aşırı zarara sebebiyet verip vermeyeceği, somut olayın bütün özelliklerinin göz önünde bulundurulması suretiyle hâkim tarafından takdir edilecektir. Bu doğrultuda önce hem tarafların hem de genelin menfaatleri bakımından, yapının kaldırılmasının sebebiyet vereceği, ekonomik olsun ya da olmasın tüm zararların belirlenmesi gerekir. İkinci aşamada ise yapının kaldırılmasının sağlayacağı yine tüm menfaatler, yani kaldırılmamasının doğurduğu veya doğuracağı ekonomik olsun ya da olmasın tüm zararlar tespit edilecektir. Nihayet bunların karşılaştırılması suretiyledir ki, yapının kaldırılmasının aşırı zarara sebebiyet verip vermediği, yani yapının kaldırılmasının gerekip gerekmediği hâkim tarafından takdir edilecektir. Hâkimin takdir yetkisi, zararın aşırı olup olmadığının tespitine ilişkin olup, aşırı zarara rağmen hâkimin takdir yetkisine dayanarak yıkım kararı verebileceğine ilişkin değildir.