

**KENDİ MALZEMESİ İLE BAŞKASININ ARAZİSİ
ÜZERİNE YAPILAN HAKSIZ İNŞAATA İLİŞKİN
YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ'NİN 17.09.2004
TARİH VE 8282 E./ 8506 K. NO'LU KARARI
ÜZERİNE***

*Yrd.Doç.Dr. Yusuf BÜYÜKAY***

OLAY:

Esas itibariyle haksız inşaaata ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, davacının binaların yıkılması talebini ileri sürdüğü, davalıların da arazinin mülkiyetinin kendilerine verilmesini talep ettikleri dava ile ilgili olarak, Erzincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin haksız olarak inşa edilen binanın kal'î talebinin reddi yönünde vermiş olduğu 25.04.2003 Tarih, 305 E. / 171 K. no'lu karar, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından 30.01.2004 Tarih ve 13346 E./685 K. no'lu kararı ile bozulmuş ve sonrasında Erzincan Asliye Hukuk Mahkemesi bu karara uymak sureti ile binaların kal'ine karar vermiştir. Olayda, taşınmazın mülkiyetinin kendilerine devrini talep eden davalıların son temyiz taleplerinin Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./ 8506 K. No'lu kararıyla reddedilmesi sureti ile karar kesinleşmiştir.

Sadece, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./ 8506 K. No'lu kararının ele alınması ile olay hakkında kesin bir kanaate varmak mümkün değildir. Bunun için, ilk olarak Erzincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararının bozulmasına ilişkin, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından verilen 30.01.2004 Tarih ve 13346 E./685 K. no'lu kararına, ikinci olarak, olayı bütün unsurları ile ortaya koyan İlk Derece Mahkemesinin kararına yer vermek gerekmektedir.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./ 8506 K. No'lu kararı:

"Mahkemece uyulan bozma kararı gereğince inceleme ve işlem yapılarak hüküm kurulmuştur.

* Bu karar yayınlanmamıştır.

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Davalı ve karşı davacıların temyiz itirazları ile davacı ve karşı davalının aşağıdaki bent dışındaki sair istemleri yönünden bozmadan önceki karar kesinleştiğinden, bu istemler yönünden tekrar karar verilmeme nedeninin gerekçeli kararın hüküm fıkrasında belirtilmemesi ve bina bedeli yönünden faize hükmedilmemesi,

Doğru değilse de; bu yanlışların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden,

Kararın hüküm fıkrasının 1. bendindeki davanın kabulü ile kelimelerinden sonra gelmek üzere;

(Tazminat, Men'i Müdahale ve Karşı Dava olarak açılan tapu iptal ve tescil davasına ilişkin istemler yönünden Erzincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 25.04.2003 tarih ve 1997/305 Esas, 2003/171 Karar sayılı hükmü kesinleştiğinden tekrar karar verilmesine yer olmadığına) cümlesinin yazılmasına,

Keza, bina yıkımı nedeni ile, doğan tazminata ilişkin kararın 3. bendindeki 568.793.254 TL bina bedelinin kelimelerinden sonra gelmek üzere (dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte) kelimelerinin yazılmasına,

Hükmün böylece DÜZELTİLEREK ONANMASINA peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde ödeyenlere geri verilmesine 17.09.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi”.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından verilen 30.01.2004 Tarih ve 13346 E./685 K. no’lu kararı:

“Dava, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesi, kal ve tazminat; karşı dava ise tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Mahkemece, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesine, tazminat davasının kısmen kabulüne, tapu iptal ve tescil davası ile kal davasının reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dosyada bulunan delil ve belgelere, kararın dayandığı gerekçelere göre, davalı idare ile dahili davalı ve karşı davacılar vekillerinin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine, davacı vekilinin temyizine gelince;

Davacının maliki olduğu 174 ada, 1 ve 2 parsel no’lu taşınmazlar davalı Yaylabası Belediyesince kamulaştırılarak, davalı – karşı davacı Yaylabası Konut Yapı Kooperatifine konut yapılması gayesi ile verildiği, taşınmazlar üzerindeki yapılar ile ağaçların davalı belediye tarafından yıkılıp kesildiği, davalı – karşı davacı Yapı Kooperatifince dava konusu parseller üzerinde konutların yapıldığı, vaki kamulaştırmaya karşı davacının idare mahkemesinde açtığı kamulaştırma işleminin iptali davası sonucunda verilen

kamulaştırma işlemini iptali hususundaki kararının derecattan geçerek kesinleştiği anlaşılmıştır. Mahkemece; dava konusu taşınmazlar hakkında, kamulaştırma işleminin iptali hususunda verilen ve kesinleşen karar da dikkate alınarak, niza konusu taşınmazlara el atmanın önlenmesine karar verilmesi ve böylece karşı davacıların tapu ile malik olmadıkları bu taşınmazlar üzerinde bina yapmaları için hukuki dayanakları kalmadığından, tapu iptali ve tescil davasının reddedilmesi doğrudur. Ancak,

Davalı Kooperatifin tapu ile malik olmadığı ve hukuki dayanakları bulunmayan bu taşınmazlardaki yaptığı binaların kal'ine karar verilmesi gerekirken, gerçekte gösterilen nedenlerle kal' isteminin reddine karar verilmesi,

Davalı Yaylabaşı Belediye Başkanlığınca, karar sonucu davacıya ait taşınmazlardaki bina yıkıldığından, bu davalı hakkında bina bedeline hükmedilmemesi,

doğru görülmüştür.

*Davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden, hükmün açıklanan nedenle HUMK.'nın 428. maddesi gereğince **bozulmasına**, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde davacıya geri verilmesine ve aşağıda yazılı kalan onama harçlarının, temyiz eden davalı ve dahili davalıdan alınmasına 30.01.2004 gününde oybirliği ile karar verildi”.*

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Yargıtay 5. HD. kararında belirtilen hususlar, kararın değerlendirilmesi için yeterli olmayıp, konu hakkında Erzincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1997/305 E., 2033/171 K. ve 25.04.2003 tarihli kararından da alıntılar yapma gereği vardır:

“Davaya konu taşınmazların inşa edildiği alan önce davalı Belediyece kamulaştırılmıştır. Ancak, kooperatifin faaliyeti sırasında Belediyenin kamulaştırma kararı iptal edilmiştir. Davalıların ve adı geçen kooperatifin bu iptal kararını bilmemeleri mümkün değildir. Buna rağmen davalılar ve kooperatif bina inşalarına devam etmişlerdir. Bu durumda davalıların iyiniyetli olmalarından söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle davalıların tescil yönündeki davalarının reddi yönünde hüküm kurmak gerekmiştir.

Yine davalıların davacıya ait Yaylabaşı Beldesi 174 ada 1 ve 2 parselde vaki bina ve ahır yaparak oluşan müdahalelerin men'ine.

Dosyada raporlarına itibar edilen bilirkişiler İ.A., 28.8.1999 tarihli ve üçlü bilirkişilerden inşaat bilirkişisi A. Ö.'in birbirini doğrulayan 17. 6.1998 tarihli raporlarına göre, davalıların yaptığı ev ve ahırların kal'i, degere göre fahiş olacağından bu konudaki usul ve yasaya uygun olmayan talebin

reddine...." karar verilmiştir".

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dava konusu uyuşmazlık esas itibariyle, eski Medeni Kanun'unun 648., 649. ve 650. maddeleri; Yeni Medeni Kanun'unun, 722, 723 ve 724. maddeleri ile İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 671-673. maddelerinde düzenlenmiş olan¹, kendi malzemesi ile başkasının arsası üzerinde haksız inşaat yapılmasına ilişkindir.

Esas itibariyle bu tür uyuşmazlıklarda, kararı etkileyen en önemli iki husus, binanın yıkılmasının aşırı zarara yol açıp açmayacağı ve haksız inşaatı yapan kişilerin iyiniyetli olup olmadıklarının tespitidir. Somut uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesinin bu hususları dikkate alarak isabetli karar vermesine karşılık, söz konusu hususlar Yargıtay tarafından gözetilmemiş ve hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Aşağıda, kendi malzemesi ile başkasının arazisine inşaat yapılması ile ilgili eski ve yeni Medeni Kanunumuz hükümleri, Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarını ve doktrindeki görüşleri ortaya koymak suretiyle, yukarıda vermiş olduğumuz kararı tahlil etmeye çalışacağız.

I. Haksız İnşaat Kavramı

Haksız inşaat, bir kişinin hiç bir hukuki sebebe dayanmaksızın, başkasının malzemesi ile kendi arazisinde, kendi malzemesi ile başkasının arazisinde ya da başkasının malzemesiyle kendisine ait olmayan bir arazide yaptığı inşaat olarak tanımlanmaktadır². Haksız inşaat türleri, tanımından da anlaşılacağı üzere üç çeşit olmasına karşılık³, incelememizin amacına uygun olarak bir tanesini, kendi malzemesi ile başkasının arazisine inşaat yapmak sureti ile haksız inşaatı ele alacağız.

Uygulamada da haksız inşaat çeşitleri arasında en çok kendi malzemesi

¹ PIOTET, Paul, İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) 671-673. Maddeleri Anlamında Başkasının Arsası Üzerindeki Haksız İnşaatla Kullanılan Malzemelerin Sahibi Kimdir, Çeviren, ÜNAL, Mehmet, AÜHFD, C. 34, S. 1-4'den Ayrı Bası, s. 233.

² ATAAY, Aytekin M., Kendi Malzemesi İle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat, İstanbul, 1959, s. 18; AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İkinci Kitap, Mülkiyet, Ankara 1971, s. 174; ÇÖRTOĞLU, Sahir, Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara, 1988, s. 164; Haksız inşaat kavramı yerine, hukuka aykırı inşaat kavramını kullanan yazarlar da vardır. AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, II.Cilt, Konya 1993, s. 189; PIOTET, a.g.m., s. 236.

³ SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Eşya Hukuku, (Ayni Haklar), İstanbul, 1954, s. 334.

ile başkasının arazisi üzerinde inşaata rastlanmaktadır⁴. Özellikle gecekondu olayları hep bu tarzda vuku bulmaktadır. Burada inşaatı yapan, arazi sahibi değildir; kendisine ait malzemeyi kullanan bir başkasıdır. İnşaatı yapan kimse arazide müşterek veya iştirak halinde maliklerden biri olsa bile yine MK.'nun haksız inşaat ilişkin hükümleri uygulanır; çünkü, ne bir paydaşın ne de bir ortağın arazi üzerinde tek başına inşaat yapma hakkı vardır⁵.

Haksız inşaat kavramı, taşkın inşaat kavramından gerek niteliği, gerekse hükümleri bakımından farklıdır⁶. Haksız inşaat, inşaat bir başkasının arazisinin üzerine yapıldığı halde, taşkın inşaat, inşaatın bir kısmı inşaat sahibinin arazisinin üzerinde, diğer bir kısmı ise, başkasının (komşusunun) arazisinde yapılmaktadır⁷. Eğer inşaatın tamamı komşu taşınmaz üzerinde yapılmış ise, taşkın inşaatın söz etmek mümkün değildir. Bu takdirde haksız inşaat söz konusu olur⁸.

Nitekim, taşkın inşaat, MK. m. 725' de düzenlenmiş, MK. m. 718/II'de yer alan kurala bir istisna getirilmiştir⁹:

4 Haksız inşaat hallerine oldukça nadir rastlanan İsviçre'de kendi malzemesi ile başkasının taşınmazında inşaata, başkasının malzemesi ile kendi taşınmazında haksız inşaatın daha sık rastlanmaktadır. ATAAY, a.g.e., s. 28, dn. 15; AKİPEK, Jale G, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap, Mülkiyet, Ankara, 1973, s. 180.

5 TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, 5. bası, İstanbul, 1989, s. 813.

6 Haksız inşaat, yapı, tamamen bir başka taşınmaz üzerinde bulunduğu halde, taşkın inşaat, yapı, başka bir araziye taşmakta veya başka bir arazide bulunan yapı ile iktisadi bir bütün oluşturmaktadır. Bir kimsenin kendi malzemesi ile başkasının taşınmazında haksız olarak meydana getirdiği inşaat, o taşınmazın mütemmim cüz'ü olduğu halde, taşkın inşaat, inşaatı yapan kimsenin tecavüz ettiği arazi üzerinde aynı bir hakkı bulunduğu takdirde, taşkın kısım, bu taşkınlıktan istifade eden arazinin mütemmim cüz'ü olur. Taşkın inşaat, inşaat sahibinin tecavüz ettiği arazi üzerinde hiç bir aynı hakkı haiz olmaması halinde, arazi sahibinin kal talebinde bulunabilmesi için inşa edenin kötü niyetle hareket etmiş olması veya tecavüze ittilardan itibaren on beş gün içinde itirazda bulunmuş olması gerekir. Halbuki, kendi malzemesi ile başkasının taşınmazında haksız olarak meydana getirilen bir inşaatın kaldırılabilmesi aranan şartlar başkadır ve bunların kaldırılması hiçbir süreye bağlı tutulmamıştır. Bundan başka, *inşa edenin kötü niyetinin sadece tazminat miktarının tespitinde veya taşınmazın mülkiyetinin kendisine tanınmasında rolü olup, mutlak olarak inşaatın kaldırılmasını gerektirici bir tesiri mevcut değildir*. ATAAY, a.g.e., s. 41-42; ÇÖRTOĞLU, a.g.e., s. 168 vd; ARIK, K. Fikret, Başkasının Arsasına Tecavüz Eden Yapılar Meselesi, Adalet Dergisi, 1945, S. 6, s. 537.

7 KÜLEY, Muin M/ULUKUT, Bülent, Başkasının Arsasına Tecavüz Eden İnşaat, İBD. 1951, C. XXV, S. 3, s. 129.

8 GÜRSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978, s. 621.

9 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s. 398.

“Bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan malik, taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur.

Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik, taşırmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınmazın kısmı için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir”.

II. Haksız İnşaata Yol Açan Sebepler

Haksız inşaat yapılmasına yer tespitinde hata, hukuki noksanlık veya sosyal ve iktisadi sebepler yol açabilmektedir¹⁰.

Kendisine ait bulunan taşınmazda bir bina yapmak isteyen kimse, yanlış yer tespiti dolayısıyla kendisine ait bulunmayan bir taşınmazda inşaat yapmış olabilir. Bu durum teorik gibi görünmekte ise de, bir kimsenin komşu araziye kendi arazisi zannederek inşaat yapması ya da yetkili kimselerin yanlış yer tespiti ve yanlış yer tespitinde bulunmaları sebebiyle başkasının arazisinde yapı meydana getirmeleri mümkündür¹¹.

Tapu siciline tescil edilmiş bulunan bir taşınmaz, mülkiyetin nakli gagesi güden fakat, kanunun emrettiği resmi şekle uyulmaksızın yapılan bir sözleşmeye dayanarak ele geçiren kimse, o taşınmaz üzerinde yapı meydana getirdiği takdirde, kendi malzemesi ile başkasının taşınmazında inşaat yapan kimse durumuna düşer. Aynı şekilde, taşınmaz mülkiyetini nakleden tescil işlemi sebebe bağlı bir işlem olduğu için¹², ona sebep teşkil eden hukuki işlemin herhangi bir sebeple, örneğin irade fesadı halleri sebebiyle veya mahkeme kararıyla, iptal edilmesi halinde, taşınmazın mülkiyetini daha önce kazanmış olan şahıs, o taşınmazda inşaatta bulunduğu takdirde, başkasının taşınmazında inşaat yapmış olur¹³. Aynı şekilde bir kimse, kendi taşınmazında inşaat yaptığı halde, sonradan imar uygulaması neticesinde, binanın bir başkasının parseli içinde kalması da söz konusu olabilmektedir¹⁴.

¹⁰ ATAAY, a.g.e., s. 29 vd.

¹¹ ATAAY, a.g.e., s. 29.

¹² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 279.

¹³ ATAAY, a.g.e., s. 30.

¹⁴ Y. 1. HD. 13.02.2002, E. 1210, K. 1757: “Bir kimse kendisine veya yasanın himaye ettiği bir hakka dayanarak üçüncü şahsa ait bir taşınmaz üzerine ayrılmaz parça (mütemmim cüz) niteliğinde yapı inşa etmiş, imar uygulaması sonucu bu yer davacıya ait imar parseli içerisinde kalmış ise, kendi arzu ve iradesi dışında idari bir kararla oluşan durum söz

Ziraatın makineleşmesi, sanayileşme, konut sıkıntısı, kira bedellerinin yüksekliği gibi, sosyal ve ekonomik sebeplerde, doğrudan doğruya insanların, bilerek başkalarının arazisi üzerinde inşaat yapmalarına neden olabilmektedir¹⁵.

Kendi malzemesi ile başkasının arazisi üzerine haksız inşaat yapılması durumunda inşaatın kaldırılmasının ve arazinin mülkiyetinin malzeme maliki adına tescil edilmesinin şartları

A-İnşaatın kaldırılmasının şartları

Bir kimsenin kendi malzemesi ile başkasının arazisi üzerinde haksız inşaatı neden olması durumunda, arazi maliki, belirli şartların varlığı durumunda, binanın sökülüp kaldırılmasını talep edebilir¹⁶. Bu durum Medeni Kanun'unuzun 722/III. maddesinde, bir önceki fıkraya atıfta bulunmak suretiyle ifade edilmiştir:

“Aynı koşullar altında arazinin maliki de, rızası olmaksızın yapılan yapıda kullanılan malzemenin, gideri yapıyı yaptıranı ait olmak üzere sökülüp kaldırılmasını talep edebilir”. Söz konusu maddede geçen “aynı koşullar altında” kavramı ile ifade edilmek istenen husus, “malzemenin

konusu olduğundan kusurlu sayılmaz. Bu nedenle yapı sahibinin hakları imar parseli malikine karşı korunur” (YKD., 2003, S. 4, s. 519).

¹⁵ ATAAY, a.g.e., s. 31.

¹⁶ AKİPEK, a.g.e., s. 181; Bu hakkın niteliği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, bu hak niteliği itibarıyla şahsi mahiyette bir haktır. Bu hakkı, arazi malikinin ayrıca mülkiyet hakkına dayanarak malzemeyi araziden bizzat uzaklaştırma veya uzaklaştırma hakkından ayırt etmek gerekir. Zira, malzeme malikinin başkasının arazisi üzerinde yapmış olduğu inşaat, arazi sahibinin mülkiyet hakkına bir elatmadır. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s. 609; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 384 dn.784; Bir diğer görüşe göre, bu hak niteliği itibarıyla mülkiyet hakkının korunmasını hedef tutan aynı bir haktır. TEKİNAY/ALTOP /BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 814; PIOTET, a.g.m., s. 235; Her iki görüşün farkı, inşaatın yapılmasına rıza gösteren malikin, mülkiyeti üçüncü kişiye devretmesi durumunda, bu kişinin, haksız inşaat hükümlerine dayanarak, yapının kaldırılmasını isteyip isteyememesinde görülür. Kanaatimize göre de bu hak şahsi nitelikte bir haktır. Arazi maliki, mülkiyet hakkına dayanarak, yapının kaldırılmasını her zaman isteyebilir. Ancak, haksız inşaat hükümlerine göre, yapının kaldırılmasını talep etme hakkı olan arazi maliki, mülkiyet hakkına dayanarak yapının kaldırılmasını istemişse, kaldırma masraflarını bizzat kendisi üstlenmek zorundadır. Haksız inşaat hükümlerine göre, arazi malikinin yapının kaldırılmasını talep hakkı bulunmamasına rağmen, mülkiyet hakkına dayanarak, böyle bir talep ileri sürmesi durumunda, malzeme malikine tazminat ödemek zorundadır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 384 dn.786;

sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açmayacak” olmasıdır¹⁷.

Öyleyse, malzeme maliki tarafından yapılan yapı, arazi malikinin rızası olmadan yapılmış olup da malzemenin kaldırılması aşırı zarara yol açmıyorsa, MK. m. 722/III gereğince, arazi maliki, malzemeyi sökme masrafları yapıyı yaptıran malzeme malikine ait olmak üzere malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep edebilir. Bu şartlardan biri yoksa, malzemenin sökülüp kaldırılması talep edilemez¹⁸. Örneğin, harici satış nedeniyle arazi sahibinin inşaatın yapılmasına muvafakat ettiği¹⁹ durumlarda artık, inşaatın kaldırılması söz konusu olamaz ve bu nedenle yıkımın aşırı bir zarara yol açmayacağı hususunda bilirkişi incelemesi yapılması da gereksizdir²⁰.

1. İnşaat arazi malikinin rızası olmadan yapılmış olmalıdır

Malzeme maliki binayı, arazi malikinin açık veya örtülü rızası bulunmadan inşa etmiş olmalıdır. Arazi maliki inşaatın yapılmasına ya izin vermemiş veya verdiği izin geçersiz olması gerekir. İnşaatın yapılmasına açık veya örtülü olarak muvafakat gösteren arazi sahibi, inşaatın kaldırılmasını isteyemez²¹. Arazi sahibinin rızası, külli haleflerini de bağlar²². Örneğin, arazisinde inşaat yapıldığını gördüğü halde seyirci kalan ve “makul bir mazereti olmadığı halde bunun durdurulması için” hiç değilse ihtarda bulunmayan kimsenin rızası, zımni olarak mevcut sayılır. Buna karşılık, inşaat yapılıp bittikten sonra arazi sahibinin durumu öğrenmesi ve buna rağmen susmuş olması zımni muvafakat olarak yorumlanamaz²³. Burada muvafakati bahis konusu olan şahıs, inşaat yapıldığı sırada malik bulunan kimsedir²⁴.

17 EMK. m. 648’de bu durum açıkça ifade edilmişti: “Eğer bina arazi sahibinin rızası olmaksızın levazım sahibi tarafından yapılmış ise kal’i fahiş bir zararı müteddi olmadıkça arazi sahibi kal’ini isteyebilir ve masarifi levazım sahibine ait olur”.

18 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, a.g.e., s. 384; TEKİNAY/ALTOP/ BURCU-OĞLU/ AKMAN, a.g.e., s. 814; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, a.g.e., s. 609.

19 AKİPEK, a.g.e., s. 182; YİBK. 5.7.1944 Tarih 12/26 Sayı. RG. 19.1.1945, S. 5909.

20 TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 817.

21 TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 816; KAYAOĞLU, Ahmet Ziya, Arsa Üzerine İnşaat, Medeni Kanununun 648, 649, 650 nci Maddelerinin İncelenmesi, Mahkemelerimiz Tatbikatı ve Bu Konuya Ait Yargıtay İçtihatları, İBD., 1946, S. 9., s. 330; AYAN, a.g.e., s. 190.

22 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e.,s. 609.

23 TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 816.

24 TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 816; Arazi malikinin, malzeme malikine rıza verdikten sonra, araziyi üçüncü kimseye devretmesi durumunda, yeni malikin haksız inşaat hükümlerine göre yapının kaldırılmasını talep hakkı bulunup

2. İnşaatın sökülüp kaldırılması aşırı bir zarara yol açmamalıdır

İnşaatın kaldırılmasının talep edilebilmesi için, Medeni Kanun'unuzun 722/3. maddesi gereğince (EMK. m. 648/II), inşaatın sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açmaması (fahiş bir zararın bulunmaması) gerekir²⁵. Ancak aşırı zararın ne olduğu kanun tarafından tanımlanmış değildir.

Aşırı zararın ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu husustaki görüşleri üçe ayırmak mümkündür. Bazı yazarlara göre, aşırı zarar tespit edilirken, malzeme malikinin durumu dikkate alınmalıdır. Bununla, binanın yıkılması durumunda malzeme malikinin uğrayacağı zarar kastedilmektedir²⁶. Bir diğer görüşe göre, aşırı zararın var olup olmadığı tespit edilirken, malzemenin bedeli ile arazinin bedeli birbiri ile kıyaslanmalıdır. Her ikisinin kıymeti de objektif olarak ölçülmelidir²⁷. Üçüncü bir görüşe göre, burada, aşırı zararın tespitinde, taşınmaz veya malzeme maliklerinin uğrayacakları zararı dikkate almak isabetli değildir. Burada inşaatın muhafazası hususunda mevcut bulunan genel yarar dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan inşaatın kaldırılmasının fahiş bir zarara yol açıp açmayacağı, malzeme maliki ve taşınmaz maliki bakımından değil, doğrudan doğruya ekonomik menfaat bakımından objektif olarak dikkate alınmalıdır. Netice olarak, inşaatın kaldırılması halinde, malzemenin veya taşınmazın uğrayacağı zararlarla, inşaatın kaldırılmasından doğacak diğer ekonomik farkların da dikkate alınması gerekir. İnşaatın kaldırılması halinde, arazi ile malzemede meydana gelecek değer azalması, arazi malikinin elde edeceği menfaatten daha fazla ise, aşırı zarar söz

bulunmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yeni malik haksız inşaat hükümlerine göre değil, mülkünde tasarruf ederek yapının kaldırılmasını talep edebilir. Bu durumda, yapının eski malik zamanında yapılmış olması dolayısıyla, malzeme malikinden kaldırma masraflarını talep edilemez. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR a.g.e., s. 384; Bir diğer görüşe göre, yapının kaldırılmasını (haksız inşaat hükümlerine göre) talep eden yeni malik, masrafların karşılanmasını müdahalede bulunan kimseden talep edebilir. TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 816; ATAAY, a.g.e., s. 69.

²⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 384; AYAN, a.g.e., s. 193; ARSEBÜK, Esat, Bir İçtihat Birleştirme Kararı Münasebetiyle, AÜHFD., 1951, C. VIII, S. 1-2, s. 761; KAYAOĞLU, a.g.m., s. 330; ATAAY, a.g.e., s. 73; TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 818; GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s. 609.

²⁶ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Velde/ESMER, Galip, Gayrimenkul Tasarrufları, 2. bası, İstanbul, 1956, s. 289.

²⁷ SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s. 349; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 385.

konusudur²⁸.

Yargıtay da haksız inşaatla ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda, binanın yıkımının talep edilebilmesinin “yıkımın aşırı zarara yol açmaması” şartına bağlı olduğunu açıkça ifade etmektedir:

Nitekim HGK.’nun vermiş olduğu bir kararda bu durum vurgulanmaktadır:

“Mahkeme, ihtilafın halli için, bilirkişi olarak bir yüksek mühendis veya yüksek mimar seçilmek suretiyle mahallinde keşif yapılarak davalı tarafından bina yapılmak suretiyle, 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 arasında MK. 648 ve müt. maddeleri hükümleri göz önünde tutulmak suretiyle mukayese yapılarak binanın yıkılmasının fahiş zararları müeddi olup olmayacağını tayin ettirilmek...icabeederken...”²⁹

Aynı hususun vurgulandığını, 1. HD. kararlarında da görmek mümkündür.

“Medeni Kanununun 722/2 maddesinde; (..Ancak, sahibinin rızası olmaksızın kullanılmış olan malzemenin sökülmesi aşırı zarara yol açmayacaksa, malzeme sahibi, gideri yapıyı yaptırana ait olmak üzere bunların sökülüp kendisine verilmesini isteyebilir.) hükmüne yer verilmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, yasada " yıkımda aşırı zarar kavramı" tanımlanmış değildir. Bunun yanı sıra anılan kavram yönünden gerek öğretide gerekse yargısal uygulamada görüş birliği yoktur. Ancak, Medeni Kanununun 722/2 maddesinin uygulanmasında meydana getirilen binanın korunması hususundaki genel yararın gözardı edilemeyeceği kuşkusuzdur. Ne var ki binanın davacı arazi sahibi yönünden de (subjektif olarak) değerlendirilmesi ve hak (yarar) dengesi kurulmak suretiyle adilane bir sonuca gidilmesi gerekir.

Öte yandan, kural olarak kal'in (yıkımın) fahiş zarar doğurup doğurmayacağını takdiri hakime aittir. Hakim, takdir hakkını kullanırken elbette bilirkişinin ya da bilirkişilerin bildirdikleri teknik bilgilerden ve

²⁸ ATAAY, a.g.e., s. 77; GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s. 609.

²⁹ HGK. 29.05.1963 T., 1/35-45 sayılı karar., ABD. 1963, s. 483.

görüşlerinden faydalanacaktır. Ancak, vardıkları sonuç bu yönden (fahiş zarar doğup doğmayacağı yönünden) hakimi bağlamaz. Değinilen ilke uygulamada kararlı bir şekilde ifade edilmiş ve benimsenmiş bulunmaktadır. (HGK. 20.3.1996 tarih,1996/1. esas,1996/177 karar,24.4.1996 tarih,1996/1-154).

Dosya içeriği ve toplanan deliller, yukarıda açıklanan ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde, davacı Hazinesin subjektif yararlanması olanağı bulunmayan çekişmeli yapının yıkımının aşırı zarar doğuracağı söylenemez.

Hal böyle olunca, Hazine adına tesciline, davalının elatmasının önlenmesine karar verilen çekişmeli yerdeki yapının yıkımına da karar verilmesi gerekirken, bu isteğin reddi isabetsizdir”³⁰.

Yargıtay 1. HD.’nin, binanın yıkılacak olmasının fahiş bir zarar doğurması durumunda, yıkım isteğinin reddedilmesi yönünde başka kararları da mevcuttur:

“Davalı kötü niyetli olduğuna, binanın yıktırılması da aşırı zarar doğuracağına göre, davacının binayı mülk edinmeye razı olup olmadığı sorulmalı, razı olduğu takdirde, en az malzeme değeri ile binanın davacıya aidiyetine karar verilmeli, tersi durumda yıkım isteği red olunmalıdır”³¹.

“ ... yetenekli bilirkişi eliyle çekişmeli binanın dava günündeki kaim değeri ve kapladığı yerin değeri tespit olunmalı, yıkılma halinde aşırı zarar doğup doğmayacağı belirlenmeli, sonucu uyarınca karar verilmelidir”³²

Şunu da önemle belirtelim ki, inşaatın kaldırılmasının aşırı zarara yol açıp açmayacağı sorunu, malzeme sahibinin iyiniyetli veya kötü niyetli olmasına hiçbir şekilde bağlı değildir³³.

B. Arazinin mülkiyetinin malzeme maliki adına tescil edilebilmesinin şartları

Malzeme malikinin arazinin mülkiyetinin tamamının veya yeterli bir kısmının kendi adına tescilini isteyebilmesinin şartları, Medeni

30

http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b2cb41&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x009a654e

31

Y. 1. HD. 09.05.1988 T., 3183 E., 5807 K., KARAHASAN, Mustafa Reşit, Mülkiyet Kat Mülkiyeti Hukuku, İstanbul 1999, s. 1982.

32

Y. 1. HD. 12.11.1987 T., 7900 E., 10224 K., KARAHASAN, a.g.e., s. 1983.

33

TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 818

Kanun'umuzun 724. maddesinde (EMK. m. 650)³⁴ açıkça ifade edilmiştir³⁵:

“Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf, uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme malikine verilmesini isteyebilir”.

Görüldüğü gibi, MK. m. 724'de, arazinin mülkiyetinin malzeme malikine geçirilmesinin talep edilebilmesi için iki şart öngörülmüş olmaktadır: İlk olarak malzeme maliki (veya arazi maliki) iyiniyetli olmalıdır. İkinci olarak, binanın değeri, açıkça arazinin değerinden fazla olmalıdır³⁶. Açık değer fazlalığı ve iyiniyet şartları gerçekleşince, talepte bulunan lehine arazinin mülkiyetinin malzeme malikine devri için yenilik doğuran bir hak doğar. Bu hakkı kullanabilmek için, daha önce malzemenin sökülüp kaldırılmasının talep edilmemiş veya talebin reddedilmiş olması ve talepte bulunanın MK. m. 723 uyarınca tazminat talep etmemiş bulunması gerekir³⁷. Arazi maliki taşınmazın mülkiyetini malzeme malikine devretmek, malzeme maliki de buna karşılık uygun bir tazminat ödemek borcu altına girer³⁸.

1. Malzeme maliki iyiniyetli olmalıdır

Başkasının taşınmazında, inşaat meydana getiren kişinin iyiniyetli sayılabilmesi için, esas itibariyle, üzerinde inşaatta bulunduğu taşınmazın, kendisine ait olmadığını bilmemesi veya objektif olarak bilmesinin gerekmemesi icab etmektedir. Malzeme malikinin inşaatı yaparken iyiniyetli olup olmadığı, dürüstlük ve ahlak ölçüleri esas alınarak belirlenmelidir. Bu

³⁴ Gerçi, Eski Medeni Kanunumuzda, yalnızca, iyiniyet sahibi malzeme malikinin, arazinin tamamının mülkiyetinin kendisine verilmesini talep edebileceği belirtilmiş olmasına rağmen, Yeni Medeni Kanunumuzda, “iyiniyetli taraf” ifadesi kullanılmak sureti ile, hem iyiniyetli malzeme malikinin, hem de iyiniyetli arazi malikinin bu hakkı kullanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Yeni Medeni Kanun'umuza göre, arazinin tamamının mülkiyetinin geçirilmesini talep etmek gerekli değildir. Arazinin “yeterli bir kısmının” mülkiyetinin talep edilebilmesi de mümkündür. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 380.

³⁵ Malzeme sahibinin açacağı bu dava şahsi dava niteliğindedir. Nitekim bu durum, 15.05.1957 Tarih 11/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da ifade edilmiştir: “Bu hak aynı bir hak olmayıp, şahsi bir haktır. Yapı sahibinin arsa malikine karşı haiz olduğu dava hakkı, bu konu üzerinde dava açılmadan ve karar alınmadan arsanın mülkiyeti başkasına geçmesi halinde yeni malike karşı ileri sürülemez”. TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 824; GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e.,s. 613.

³⁶ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 620.

³⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 388; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 7. baskı, Ankara, 2006,s. 356.

³⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 389; AKİPEK, a.g.e., s. 183.

açından mazur görülebilecek bir sebeple inşaat yapmaya hakkı olduğunu zanneden malzeme maliki, iyiniyetli sayılacaktır³⁹. Bundan başka, inşaatı yapan malzeme maliki, taşınmazın kendisine ait bulunduğunu bilse veya bilmesi lazım gelse de, taşınmaz malikinin açık veya örtülü rızasıyla hareket ettiği ve inşaatın meydana getirilmesi hususunda taşınmaz malikinin muvafakatinin bulunmadığını bilmediği veya objektif olarak bilmesinin gerekmediği durumlarda da iyiniyetli sayılacaktır⁴⁰. İyiniyetin hakim tarafından resen dikkate alınması gerekir⁴¹.

Malzeme malikinin iyiniyetinin hangi ana kadar mevcut olması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş göre, iyiniyet, inşaatın başladığı andan tamamlandığı ana kadar devam etmelidir. Bu sebeple, taraflar arasındaki elatmanın önlenmesine ilişkin dava devam ederken, davalının inşaatı sürdürmesi, onun kötü niyetli olduğunun açık delilidir⁴². Bir başka görüşe göre ise, “sonradan gerçekleşen kötü niyet etkili olmaz” (mala fides superveniens non nocet) kuralı gereğince, inşaatı yapan malzeme malikinin iyiniyetinin, inşaatın bitmesi anına kadar aranmaması gerekir. Bu görüşe göre, malzeme malikinin iyiniyeti, inşaat bedelinin, arazi bedelini geçtiği ana kadar aranması gereklidir⁴³.

2. İnşaatın değeri açıkça arazinin değerinden fazla olmalıdır.

Malzeme malikinin, arazinin mülkiyetinin kendisine verilmesini talep edebilmesi için, iyiniyetli olmasının yanında, inşaatın değerinin açıkça arazinin değerinden fazla olması gerekir. İnşaatın değerinin üstünlüğü, arazinin değerinden şüphe ve tereddüde veya ince hesaplara gerek kalmaksızın derhal anlaşılabilir derecede yüksek ise, açık değer farkı kabul edilmelidir⁴⁴.

İnşaatın arazinin bir kısmının üzerine yapılması durumunda ise, imar mevzuatına ve fiziki durumuna göre ifraza elverişli olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer imar mevzuatına göre, arazi ifraza elverişli değilse, bütünüün

39 TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 827; AYAN, a.g.e., s. 193.

40 ATAAY, a.g.e., s. 109; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 388; ERTAŞ, a.g.e., s. 388.

41 ARSEBÜK, a.g.m., s. 763.

42 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s. 612.

43 TEKİNAY/ALTOP/BURCUOĞLU/AKMAN, a.g.e., s. 829; ATAAY, a.g.e., s. 97.

44 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s. 612; BERTAN, Suat, Ayni Haklar, Ankara, 1976, s. 631; ARSEBÜK, a.g.m., s. 760; ARIK, Fikret, Başkasının Arsası Üzerinde İnşaat ve Hüsünüyet Meselesi, Adliye Ceridesi, 1944, S. 12, s. 982; KAYAOĞLU, a.g.m., s. 327; AYAN, a.g.e., s. 193.

değeri, elverişli ise, sadece üzerinde inşaat yapılan kısmın değeri göz önünde tutulmalıdır⁴⁵.

SONUÇ

İnceleme konusu yapmış olduğumuz Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./8506 K. no'lu kararı ile varılan sonuç hukuka aykırıdır. Haksız inşaatın söz konusu olduğu durumlarda, binaların yıkılması isteminin kabul edilebilmesinin şartları ile davalıların arazinin mülkiyetinin kendilerine verilmesini talep edebilmelerinin şartları Medeni Kanun'umuzda açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, binaların yıkılabilmesinin iki şartı vardır. Birinci şart, inşaatın arazi malikinin rızası olmadan yapılmış olmasıdır. İkinci şart ise, inşaatın yıkılmasının aşırı bir zarar doğurmayacak olmasıdır. Olayda ikinci şartın gerçekleşmemesine rağmen, inşaatın yıkılmasına karar verilmesinin hukuken izah edilebilir bir yönü bulunmamaktadır.

Davalıların temyiz dilekçelerinde ayrıntılı olarak da ortaya koymuş oldukları bu hukuki gerekçelerin, “..*davalı idare ile dahili davalı ve karşı davacılar vekillerinin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine...*” şeklinde genel bir ifade ile, gerekçesiz ve hukuk kurallarına aykırı olarak reddedilmesi de doğru değildir.

Olayda, davalıların kötü niyetli olduklarının mahkeme tarafından kabul edildiği de bir vakiyettir. Bu nedenle davalıların, arazinin mülkiyetinin kendilerine verilmesi talebinin reddedilmesi de doğrudur. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, davalıların iyiniyetli veya kötü niyetli olmalarının, binanın yıkılıp yıkılmaması bakımından hiç bir önemi bulunmamaktadır. Bu durum sadece, binanın muhafaza edilmesi durumunda, arazi malikinin, malzeme malikine ödeyeceği tazminatın kapsamı bakımından önem taşımaktadır⁴⁶. Netice itibariyle, binaların yıkılması talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yıkılmalarına karar verilmesi, açıkça hukuka aykırıdır.

45 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s. 612; ATAAY, a.g.e., s. 104; Y. 1.HD. 15.05.1945 T. 767/2478 sayılı karar: “...arsa kıymeti ile bina kıymeti arasındaki çokluk ve azlık nispetinde davacılara ait arsanın mecmuu değil, belki binanın işgal ettiği arsa göz önünde tutulmalıdır” ATAAY, a.g.e., s. 105 dn. 15'den naklen.

46 HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, a.g.e., s. 620.