

KULLANMA MENFAATİNİN İADESİ TALEBİNİN HUKUKİ DAYANAĞI - ECRİ MİSİL SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Mehmet İSTEMİ (*)

I- GİRİŞ

MK.'nın 906-908. maddeleri iade ile yükümlü zilyedin sorumluluğunu düzenlemektedir. Adı geçen hükümlerin düzenlendiği hususların başında malın iadesi gelmektedir. Bu konuda pek bir sorun olduğu söylenemez. Fakat bunun dışında, semerelerin ve salt kullanma karşılığının iadesi hakkında pek çok fikir ayrılığı göze çarpmaktadır. Yargıtay uygulamasında da adı geçen sorunlara istikrarlı bir çözüme rastlanamamaktadır. Diyebiliriz ki, Medeni Hukukumuzun çok tartışılan konularından birisi de budur.

Bu çalışmada, malın ve semerelerin iadesi hususları üzerinde durulmayacaktır. Çalışmanın konusu asıl olarak, haksız zilyedin salt kullanma menfaatini iadesi (ecri misil) meselesidir. Bu, adı geçen konuda en çok tartışılan husustur. Çalışmanın amacı, ileri sürülen fikirleri ayrıntılı olarak derlemekten çok, bunların, üzerinde tartışılması gereken noktalarını tesbit ederek, sonuçta, haksız zilyedin kullanma menfaatini iadesinin hukuki dayanağını tesbit edebilmektir.

Bu konuda varabileceğimiz sonuçlar aynı zamanda semerelerin iadesine de uygulanabilir olsa da, bu konu incelemenin sınırları dışında kalan ayrı bir çalışmanın konusu olacağından, sonuçların sadece inceleme konusu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

(*) G.Ü.H.F. Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

II- HAKSIZ ZİLYEDİN KULLANMA MENFAATİNİ İADESİ-ECRİMİSİL SORUNU KARŞISINDA TÜRK DOKTRİN VE UYGULAMASI

Haksız zilyede yöneltilecek kullanma menfaatinin iadesi talebinin -ecrimisil-in hukuki dayanağı konusunda, doktrin ve uygulamada ileri sürülen veya kabul gören görüşlerin detaylı olarak tasnifinin şimdiye kadar birçok defa yapılmış olduğu gözlenmektedir (1). Çalışmamızda, gereksiz tekrarlardan da kaçınmak amacıyla, adı geçen görüşlerin ayrıntılı olarak sıralanması yoluna gidilmeyecektir. Bunun yerine, söz konusu görüşlerin, ileride yapmaya çalışacağımız tesbit ve tartışmalara esas olacak noktalarına dikkat çekmekle yetinilecektir.

Bu çerçevede, Türk Hukuku'nun adı geçen sorun karşısındaki durumundan aşağıdaki tesbitler yapılabilir:

A- Doktrin ve Uygulamada Görüş Birliğinden Söz Etmek Mümkün Değildir.

Kullanma menfaatinin iadesinin -ecrimisilin- hukuki dayanağı konusundaki tartışma halen devam etmekte, buna paralel olarak da uygulamada bir birliğe ulaşılamamaktadır.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerin önemli bir kısmını iki başlık altında toplayabiliriz (2). Yalnız, bu söylenenden, doktrinadaki görüşlerin ikiden ibaret olduğu yolunda bir kanaat varılmamalıdır. Çünkü, birazdan da bahsedileceği üzere, aynı başlık altında ancak genelde toplanabilen görüşler arasında da farklılıklar mevcuttur. Adı geçen iki başlığı; "kullanma menfaatinin iadesinin -ecrimisilin- hukuki dayanağını haksız fiilde bulanlar" ve "söz konusu dayanağın MK.m.908'de yer alan *elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereler* kavramı içinde mevcut olduğunu ileri sürenler" olarak ifade etmek mümkündür.

- (1) Bu konuda özellikle bkz. Feyzioğlu, F.Necmeddin, Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü (Hususiyle "Ecrimisil" Meselesi), İstanbul, 1958, s. 278 vd; Karahasan, M.Reşit, Türk Eşya Hukuku, Doktrin, Ankara, 1991, s. 775 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul, 1989, s. 214 vd.
- (2) Bu görüşlerin tümü için, bkz. Karahasan, s. 775 vd; ayrıca bkz. Feyzioğlu, s. 299 vd.

Haksız fiil görüşü son yıllarda açıkça pek ileri sürülmemekle beraber, birçok yazarın en azından zamanaşımı konusunda kabul ettikleri (3) bir görüş olması itibarı ile önem taşımaktadır. Buna göre, sadece kullanma karşılığı olarak, kötüniyetli zilyedin malîğe karşı olan borcu, ancak bir zararın varlığı halinde söz konusu olabilecektir (4).

Söz konusu talebin hukuki dayanağını, kötüniyetli zilyedin “elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereler” kavramı içinde arayanları ise, kendi aralarında tekrar ikiye ayırmak gerekmektedir. Bu yazarlardan bir kısmı, hukuki dayanağı “elde edilen semereler” ifadesinde bulur iken (5), diğerleri bu dayanağın “elde edilmesi ihmal eylenen semereler” içinde aranması gerektiğini savunmaktadırlar. Yalnız, bu son görüş taraftarlarının da, hepsinin aynı ifadeyi kullanmalarına (6) rağmen, tamamen hemfikir olduklarını söylemek mümkün olmayacaktır. Zira, Postacıoğlu “ihmal edilen semereler” ifadesinin asgari anlamının, emsal kira -ecri misil- olduğunu (7) belirtip, bir yerde “ihmal edilen semere” ile “ecri

- (3) Örneğin, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop bu tür taleplerin haksız fiil davası mahiyetinde olması sebebiyle bunların BK. m. 60 daki bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olmaları gerektiğini belirtmektedir (Eşya, s. 238, 239); aynı görüşte: Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1997, s. 113; Ünal, Mehmet, Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1994, s. 216 (Yazar, zamanaşımı konusunda haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanmasını kabul etmekte fakat “zarar”ın şart olarak aranmaması gerektiğini belirtmektedir. Ünal’a göre; “..kötüniyetli zilyedin bizzat kullanarak eşyadan sağladığı yararlar, zenginleşmesiyle uygun bir illiyet bağı içinde bulunduğu oranda onun tazmin yükümlülükleri içinde sayılmalıdır.”); aynı şekilde zarar aranmamasını savunan Sirmen, buna rağmen haksız fiil zamanaşımının ecri misil davalarına kıyasen uygulanmasının uygun olacağı görüşündedir (Sirmen, Lale A., Eşya Hukuku Dersleri, Ankara, 1995, s. 107, 108).
- (4) Bu görüşte olan yazarlar ve fazla bilgi için, bkz. Feyzioğlu, s. 301 ve dn. 547, 548, 549, 550.
- (5) Feyzioğlu, s. 323; Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 162 (bu yazarlar, “elde edilen semereler” ifadesini, kullanma menfaatini de içerecek şekilde “her türlü faydalanmalar” olarak anlamak gerektiğini savunmaktadırlar).
- (6) Postacıoğlu, İlhan E., “Sui Niyet Sahibi Zilyetlerin Ecri Misille Mükellef olup Olmadığı”, İHFM, 1951, C. XVII, S. 1-2, s. 432; Oğuzman/Seliçi, s. 112.
- (7) Postacıoğlu, s. 432.

misil"i eş anlamlı kabul eder ve "burada söz konusu malın *kiraya verilebilir* olmasına gerek yoktur" (8) derken; Oğuzman/Seliçi için öncelikle önemli olan, malın *kiraya verilebilir* olmasıdır. Buna göre, yalnızca, kiraya verilebilecek bir maldan söz edebildiğimiz halde, "suiniyetli zilyet malı kiraya vermeyip, bizzat kullanmakla bu semereyi ihmal etmiş sayılarak" (9) tazminat ödeyecektir. Şayet mal kiraya verilmesi mümkün olmayan bir mal ise, suiniyetli zilyetten tazminat istenmesi söz konusu olamayacaktır (10).

Yukarıda belirtilen görüşlerin dışında, burada son olarak, günümüzde, Serozan tarafından kabul gören, sebepsiz zenginleşme görüşünü de anmakta yarar vardır (11):

Uygulamada ise, diyebiliriz ki, Yargıtay'da aynı daire kararları içinde dahi, bir birlikten söz etmek mümkün değildir. Bu kararlara baktığımızda, farklılıkların sadece ikincil konulardaki değerlendirilmelerden kaynaklanmadığını kolayca teşhis edebilmekteyiz. Üzüntü vericidir ki, henüz meselenin en eşaşlı noktasında, "ecri misil" in hukuki dayanağı konusunda, uygulamada bir istikrar mevcut değildir.

Sorunun temelinde, Yargıtay'ın 1931 yılından itibaren verdiği İnançları Birleştirme Kararlarında çok farklı ve hatta birbirleriyle taban tabana zıt sonuçlara varmış olması yatmaktadır. Bunların etkileri Yargıtay uygulamasında halen devam etmektedir. Bu yüzden, önce kısaca bu kararlara değinmekte yarar vardır.

Yargıtay 9.12.1931 tarih ve 23/44 sayılı İnançları Birleştirme Kararında ecrimisil davalarının haksız fiile dayanan davalardan olmadığını bu nedenle, adı geçen davaların BK'nun 60. maddesindeki zamanaşımı süresine tabi olmayacağını belirtmektedir. Adı

(8) Postacıoğlu, 434.

(9) Oğuzman/Seliçi, s. 112; aynı görüşte: Sirmen, s. 107.

(10) Oğuzman/Seliçi, s. 112; Sirmen, s. 107.

(11) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991), s. 298 vd (Sebepsiz zenginleşme görüşü, ileride çalışmanın ana bölümünü teşkil edeceğinden ve günümüzde doktrin ve uygulama tarafından nerdeyse oybirliği ile reddedildiğinden, burada sadece böyle-bir görüşün de varlığına işaret etmekle yetinilmiştir).

geçen kararda, sadece bu söylenenlerle yetinilerek, davanın gerçek hukuki dayanağı üzerinde herhangi bir tartışmaya girilmemekte, başkaca bir sonuca varılmamaktadır (12).

25.5.1938 tarih ve 29/37 sayılı İnaçları Birleştirme Kararında ise (13) Yargıtay, olaya - bir nevi *kurgu sözleşme* (14) marifetiy- le; kira sözleşmesi niteliği atfetmektedir. Anılan kararda, bu tür davaların haksız fiile dayandığı görüşü reddedilerek, zamanaşımı süresinin, BK'nun 126. maddesine göre beş yıl olarak kabulü gereği belirtilmektedir (15) Feyzioğlu, haklı olarak, Yargıtay'ın eski hukukumuzun etkisi altında kalarak bu sonuca vardığını söylemektedir (16).

Yargıtay daha sonra verdiği 8.3.1950 tarih ve 22/4 sayılı inaçları Birleştirme Kararında (17) sadece somut olayı çözmekle kalmamış, ecrimisil konusunda genel ve soyut bir çözüm getirmeye çalışmıştır. Bu yolda ilk önce 1938 tarihli kararda kabul edilen, ecrimisilin bir nevi kira bedeli olduğu görüşü reddedilmektedir (18).

(12) RG. S. 2072.

(13) RG. S. 4063.

(14) Feyzioğlu (s. 292) ve Karahasan (s.784) Yargıtay'ın bu kararda olayı "zımni bir kira sözleşmesi" olarak nitelidiğini belirtmektedir. Buna katılmak mümkün görünmemektedir. Çünkü, zımni de olsa, bir sözleşmeden bahsedildiğinde, ortada bir sözleşmenin varlığı gerekir. Esasen, "zımni" ya da "sarih" ibareleri sözleşmeleri değil, iradenin izharı şekillerini belirleyen ibarelerdir. Karara esas olan olayda ise, tarafların zımni de olsa kira sözleşmesine yönelik iradeleri hiç mevcut değildir. Yargıtay kararında da; ".Akde müstenid olmayan fakat hukuki neticesi itibarıyla aynı mahiyette bulunan.." denilerek bu husus açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle, burada "kurgu sözleşme" ibaresi tercih edilmelidir.

(15) Adı geçen kararda şöyle denmektedir: "akde müstenid olmayan ve fakat hukuki neticesi itibarıyla aynı mahiyette bulunan bu misillu tazminat ve münasip ücret davalarında da beş senelik müruru zaman cereyan etmesi tabii ve zarurudur.."

(16) Feyzioğlu, s. 292.

(17) Karar metni için bkz. Saymen/Erman/Elbir, Türk İçtihatlar Külliyesi, 1950,C.I, İstanbul, 1951, s. 318 vd.

(18) Adı geçen karardan: ". Borçlar Kanunu'nda gasabın kiracı sayılarak kira karşılığı ile mükellef tutulacağına dair bir hüküm mevcut bulunmadığı gibi, adi ve hasılat icarına dair maddelerden ve borçlara ait bütün kaidelerden böyle bir hüküm çıkarmak da mümkün değildir.."

Daha sonra, başkasının malını haksız olarak kullanmanın bir haksız fiil olduğu belirtilmekte, bunun için de zararın mevcudiyetinin şart olduğu vurgulanmaktadır.

Sonuçta adı geçen karara göre, başkasının malını haksız olarak kullananın ecri misil adı altında bir tazminat ödemesinin ancak bundan dolayı mal sahibinin zarara uğraması halinde mümkün olduğu kabul edilmektedir (19).

Yargıtay'ın adı geçen kararının isabet derecesinin tartışılması bir yana, getirilen ilkelere bizzat Yargıtay tarafından uyulmadığı kolayca tesbit edilmektedir. Bunda, Yargıtay Birinci Başkanlığı'nca İnançları Birleştirme Kararlarının ayrı ayrı yürürlükte olduğunu belirtilmesinin de, payı vardır (20).

Örneğin, 1950 tarihli İnançları Birleştirme Kararından hemen üç yıl sonra verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında (21) ecri misil davalarının beş senelik zamanaşımına tabi bulunduğu kabul edilmiştir. 1950 tarihli kararda, hatırlanacağı üzere, davanın haksız fiile dayanan bir dava olduğu kabul edilmiş iken, 1953 tarihinde Hukuk Genel Kurulu'nun 1938 tarihli İnançları Birleştirme Kararı'na dayanarak zamanaşımını beş yıl olarak belirlemesi hayret vericidir.

Mümkündür ki, 1950 tarihli kararın zamanaşımı konusunda bir açıklık taşımaması da, uygulamada hala 1938 tarihli karara itibar edilmesinde etkili olmuştur. Fakat burada ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ecrimisilin hukuki dayanağının (1950 tarihli karar doğrultusunda) haksız fiil olduğu kabul edilmekte diğer yandan zamanaşımı süresinin (1938 tarihli karar doğrultusunda) beş yıl olduğu söylenmektedir. Halen de Yargıtay kararlarında beş yıllık zamanaşımı uygulamasının yerleşmiş olduğunu görmek

(19) Adı geçen kararda Yargıtay, daha da ileri giderek, MK. 908 de yer alan "elde edilen veya elde edilmesi ihmal eylenen semerelerin" dahi iade edilmesini zarar şartına bağlamaktadır.

(20) Karahasan, s. 799.

(21) Karar için bkz. Karahasan, s. 799.

mümkündür (22). Hukuki dayanak ve zamanaşımı konularındaki çelişkili tutumu dışında, Yargıtay kararlarında, hukuki dayanağın ne olduğu hususunda da istikrar olduğunu söylemek mümkün olmamaktadır. Bir yandan haksız fiil esasına bağlı kalarak zararın varlığını arayan kararlar (23) verilirken, diğer yandan haksız zilyedin maldan yararlanmasını yeterli gören kararlar (24) da çıkmaktadır. 23 ve 24 nolu dipnotlar incelendiğinde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kısa bir ara ile verdiği iki kararda birbirinin tamamen aksi sonuçlara vardığını kolayca görebilmek mümkündür.

B- Genelde Kullanma Menfaatinin İadesi (Ecrimisil) Talebini Zarar Şartından Kurtarma Yolunda Bir Çaba Mevcuttur.

Postacıoğlu, ecrimisili MK. m. 908'de belirtilen elde edilmesi ihmal edilen semereler kavramı içinde değerlendirerek, maliğe "fuzulen işgal edilmiş arazinin getireceği kira" (ecri misil) ile "gayrimenkulün emsaline nazaran getireceği hasılat" arasında bir seçim hakkı tanımaktadır (25). Yazara göre, bunun için

-
- (22) Bu kararlara örnekler için, bkz. Karahasan s. 786 vd; Yarg. 3. HD. 7.3.1991 6187/2347 (YKD. 1991/7, s. 1003, 1004); Bu yoldaki 1994 tarihli kararında Yarg. 3. HD. şöyle demektedir: ".. bu tür davalarda, halen baki olan 25.5.1938 gün ve 29/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına ve Yargıtay'ın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatlarına göre, (Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine dayalı) 5 yıllık zamanaşımı uygulamak gerekir (Yarg. 3. HD. 12.9.1994 10071/10851, YKD. 1994/12, s. 1913).
- (23) Yarg. 4. HD 23.1.1973, 5828/503: "..Oysa, başkasının arsasını işgal ve üzerinde yapı yapılması hukuki nitelikçe haksız fiildir. Haksız eylemlerle bu eylemden sağlanan yarar değil, uğranılan zararın ödetilmesi istenebilir.." (RKD. 1973/678, s. 267 vd); Yarg. 3. HD. 2.7.1991, 12652/7618 (YKD. 1991/11, s. 1643, 1644 Yarg. 3. HD, 30.6.1988, 6169/6841: ".. davacının ne suretle zarara uğradığının kesin delillerle ispatı gerekir. Davalının bu taşınmazdan yararlanması davacıya bu yararlanma karşılığı tazminat verilmesini gerektirmez.." (YKD: 1989/1, s.23).
- (24) Yarg. 3. HD. 9.5.1988, 5010/5440: "..Davalı kendisine ait olmayan taşınmazı işgal ederek onu ekip biçmek suretiyle ondan yararlandığına göre, ecrimisil ödemesi için davacının ayrıca bir zararı olduğunu isabet etmesi de gerekmez (YKD. 1988/8, s. 1072).
- (25) Postacıoğlu, s. 429, 430.

maliğin bu yüzden zarar görmüş olması (26) veya malın "irat getirir neviden olmasına ihtiyaç yoktur" (27):

Ancak yazar, maliğe tanıdığı seçim hakkının hukuki dayanağının ne olduğu sorusuna cevap verirken zarar kavramına başvurmak zorunda kaldığını belirtmekte (28) ve Feyzioğlu'nun deyişi ile, "yine zarar mevhumuna müracaata mecbur kaldıklarını teslim" (29) etmektedir.

Postacıoğlu, sözü edilen seçim hakkı tartışılrsa bile, maliğe en azından emsal kiranın ödenmesinin kabul edilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. "Zira, ihmal edilen semereler ibaresinin asgari anlamı budur ve bu da doğrudan doğruya ecri misil mevhumunu tekabül etmektedir" (29a).

Feyzioğlu ise, haksız zilyedin kullanma suretiyle faydalanmasını *elde edilmesi ihmal edilen semereler* içinde değerlendirdiğimiz takdirde maliğin bu yüzden zarara uğramış olmasını aramak zorunda kalacağımızı belirtmektedir (30). Çünkü, bu takdirde, ölçü maliğin niyet ve imkanları olacaktır. Böylece de; "şayet, maliğin bu yüzden hakikaten (elde edilmesi ihmal edilen semereleri yok ise), başkasının mülkünden faydalanmış bir kimse olmasına rağmen", haksız zilyed kullanma menfaati nedeniyle hiç bir şey ödemeyecek-

(26) Postacıoğlu, s. 433 (Yazar burada Yargıtay'ın 1950 tarihli İnançları Birleştirme Kararı'nda zarar şartını aramasını eleştirmektedir).

(27) Postacıoğlu s. 434.

(28) Postacıoğlu, s. 430; yazara göre maliğe tanınacak seçim hakkının temelinde şu düşünce yatmaktadır: "Fuzuli işgal hadisesi olmasaydı mal sahibi gayrimenkulünü ya kiraya vermek yahut bizzat işlemek yetkisini haiz buluncaktı. Mülkiyet hakkının zaruri bir neticesi olarak haiz bulunduğu bu hakkı hıyarı gasıp tarihinde ve gasıp dolayısıyla kullanamamış ise, şimdi kullanmasına imkan vermek lazımdır".

(29) Feyzioğlu, s. 303.

(29a) Postacıoğlu, s. 432.

(30) Feyzioğlu, s. 318; Yazar, elde edilmesi ihmal edilen semerelerin iadesinin, ancak maliğin "niyet ve tasavvuruna göre mümkün ya da gayrimümkün" olduğunu söylemekte ve bu anlamda Yargıtay'ın 1950 tarihli İnançları Birleştirme Kararı'nda vardığı, maliğin semerelendirme niyetinin varlığının şart olduğu yolundaki görüşüne, sadece "ihmal edilen semereler" konusunda katılmaktadır (Feyzioğlu, s. 313).

tir ki; bunun sonucunda, “.. suiniyetli zilyedler de, gasıp ve işgal hadiselerine daha pervasızca devam etmek cesaretini nefislerinde hissedeceklerdir” (31)

Adı geçen yazara göre, bunu engellemenin yolu ise, MK.'nun 908. maddesindeki “elde ettiği semereler” ibaresini, “elde edilen semereler ve sair istifadeler” şeklinde geniş yorumlayarak kullanma sonucu elde edilen menfaati bu ifade kapsamına sokmaktır (32). Çünkü, yine yazara göre, “elde edilen semereler”in iadesi zarar şartına bağlı değildir. Burada iadenin hukuki dayanağı, malığın niyet ve tasavvurlarından müstakil olarak, mülkiyet hakkı ve bütünleyici parça prensibidir (33).

Fakat bunları söyledikten sonra yazarın kendisi de, mülkiyet ve bütünleyici parça prensipleri ile kullanma menfaatinin iadesini açıklamanın, elde edilen teknik anlamdaki semerelerin iadesini açıkladığımız kadar kuvvetli olmadığını kabul etmektedir (34). Yazar bu durumda çözümü, yukarıdaki zorluğa rağmen, MK.'nun 908. maddesinin özel bir sorumluluk getirdiğini belirtmekte bulmakta; bu sayede, “elde edilen semereler” ibaresinin, maddenin lafzına rağmen, sair istifadeleri (kullanma menfaati) de kapsayacak şekilde yorumlamanın mümkün olabileceğini belirtmektedir (35).

Yargıtay kararlarında da zarar şartını yumuşatma yönünde bir eğilim göze çarpmaktadır. Birçok kararda, malın kiraya verilebilir olması zararın varlığının kabulü için yeterli addedilmektedir (36).

(31) Feyzioglu, s. 321.

(32) Feyzioglu, s. 322.

(33) Feyzioglu, s. 311, 319.

(34) Feyzioglu, s. 319: “Suiniyetli zilyed teknik manada elde ettiği (semereler)i mülkiyet ve mütemmim cüz’ü esasları ile tamamen iade yahut tazmine tabidir derken, onun bu prensiplerle izahına imkân veren maddi varlıkları nazarı itibara almıyordu. Halbuki, kullanma suretiyle faydalanma, teknik manada bir semere olmadığına, yani maddi bir hüviyeti bulunmadığına göre, bu istifadelerin tazminini-mevzubahis prensiplere istinad ederek, malikin o yeri semerelendirmek niyet ve iktidarından müstakil bir surette sağlamamız güçleşmiştir.”

(35) Feyzioglu, s. 322.

(36) Yarg. 3. HD 23.9.1982, 3487/3796 (YKD 1983/1, s.42); Yarg. HGK 30.3.1974, 1-56/312 (YKD 1976/1, s. 140); Başka örnekler için bkz. Karahasan, s. 786 vd.

Hemen söylemek gerekir ki, Yargıtay'ın bu tutumu da zarar şartını ortadan kaldırmamakta, sadece bu yolda davacı lehine bir kârîne getirmekten ibaret kalmaktadır.

Oğuzman/Seliçi ise, Yargıtay'ın malın kiraya verilebilir olmasını zarar olarak algılamasına karşı çıkmakta ve malîğin kiraya vermeye niyetli olmadığı hallerde, eğer mal kiraya elverişli ise, "zarar"dan değil, ancak "elde edilmesi ihmal edilen semere"den söz edilebileceğini savunmaktadır (37). Adı geçen yazarlara göre, eğer mal kiraya elverişli değil ise, suiniyetli zilyed hiçbir tazminat ödemek zorunda değildir. Fakat buna rağmen, aynı yazarlar, "ecrimisil davalarına da diğer tazminat davalarında olduğu gibi, kıyasen haksız fiil tazminatına ait zamanaşımının (BK. m. 60) uygulanması kanunun ruhuna ve müessesenin bünyesine uygun düşer" (38) diyerek, haksız fiil hukukunun etkisinden yine de kurtulamamaktadırlar.

Sonuç olarak, kullanma menfaatinin iadesi (ecri misil) taleplerini doktrin ve uygulamada zarar şartından kurtarma yolundaki çabaların sağlam bir hukuki sonuca varabildiği söylenemez.

C- Kullanma Menfaatinin İadesi (Ecri misil) Sadece Gayrimenkul Mallar Hakkında ve Yalnızca Kötüniyetli Zilyed İçin Kabul Edilmektedir

Kullanma menfaatinin iadesi (ecri misil) konusunda doktrin ve uygulamada üzerinde anlaşılan iki husus mevcuttur. Bunlardan ilki, söz konusu talebin sadece gayrimenkul mallar için gündeme gelebileceği hususudur.

Aslında bu konuda, doktrin ve uygulamada, "ecri misil sadece gayrimenkullerde istenebilir" şeklinde bir tesbit veya ifade mevcut değildir. Yapılan, menkul mallar hakkında sakıt kalarak, hep gayrimenkuller esasında meseleyi incelemektir. Bunda, uygulamaya konu olan meselelerin büyük çoğunlukla gayrimenkullere ilişkin olmasının da etkisinin olduğu açıktır.

(37) Oğuzman/Seliçi, s. 112, dn. 237.

(38) Oğuzman/Seliçi, s. 113; aynı görüşte: Sirmen, s. 107; Feyzioğlu, s. 335.

Belki de bu sebeple, Yargıtay kararlarında “ecri misil” yerine “haksız işgal tazminatı”, “işgal tazminatı” veya “haksız işgal nedeniyle tazminat” ifadelerine sık sık rastlanmaktadır (39). “Haksız işgal” veya “işgal” ise sadece gayrimenkuller nezdinde gerçekleştirilen fillerdir.

Doktrinde de, uygulamada olduğu gibi, sorun sadece gayrimenkullere ilişkin olarak incelenmektedir (40). Menkuller için böyle bir talebin mevcudiyeti ise hiç tartışılmamaktadır.

Doktrin ve uygulamada benimsenen diğer bir husus da, kullanma menfaatinin iadesi talebinin (ecrimisilin) sadece kötü niyetli zilyede karşı ileri sürülebileceği olup, bu konuda yazarlar neredeyse oybirliği ile davanın açılabilmesi için diğer şartların gerçekleşmiş olmasının yanısıra haksız zilyedin aynı zamanda mutlaka kötü niyetli olmasını şart koşmaktadırlar (41). İyiniyetli zilyedin ise böyle bir sorumluluğu yoktur. İyiniyetli zilyedin maldan istifa etmek nedeniyle hiç bir şekilde tazminat ödemek zorunda olmadığı açıkça kabul edilmektedir (42).

(39) Yarg. HGK, 13.1.1982, 2-66/1: “..Bugün yasalarımızda kira parası esaslarına göre hesaplanan ve ecrimisil diye adlandırılan bir ayrı ve özel tazminat türü yoktur. Ecrimisil sözü bugünkü hukukumuzda Mecelleden aktarılarak kullanılagelen ve fakat aslı (haksız işgal nedeniyle tazminat) olarak nitelenen özel bir zarar giderim biçimidir..” (YKD 1981/9, s. 1216; Yarg. 4. HD 28.10. 1976, 662/9213: “.. gerçekten ödenmesi gerekli kira bedeli kadar ve bu ölçüde işgal tazminatı istenebilir..” (YKD 1978/6, s. 898; Yarg. HGK 30.9.1981, 3/645: “.. davacı belediyeye işgal tazminatı ödemek zorundadır..” YKD 1982/3, s. 307; başka örnekler için bkz. Karahasanoğlu, s. 790 vd.

(40) Örneğin, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 214 vd; Oğuzman/Seliçi, s. 110 vd; Feyzioğlu, s. 278 vd; Postacıoğlu, s. 416 vd; Karahasanoğlu, s. 811: “.. dava taşınmaz malın maliki ya da zilyedi tarafından açılır.

(41) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 216: “Ecri misil tazminatı ancak kötü niyetli zilyetten istenebileceği için..”; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 162: “..ecrimisilden maksat, hak sahibi zilyedin kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminatır..”; Yargıtay kararlarında ise bu konuda hiç bir tereddüt yoktur. Örneğin, Yarg. 4. HD. 24.12.1956 7099/6695: “.. Bu gibi olayda, ancak yararlanmanın kötü niyete dayanması halinde ve.. Medeni Kanun’un 908. maddesi hükmüne uygun bir tazminat davası söz konusu olabilir” (karar için bkz. Karahasanoğlu, s. 790).

(42) Sadece Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı) iyiniyetli zilyedin de kullanma menfaatinin iadesinden en azından bazı durumlarda sorumlu olması gerektiği görüşündedir (s. 291).

D- Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Kullanma Menfaatinin İadesi Konusunda Uygulanma Şansı Tanınmamaktadır

Kullanma menfaatinin iadesi veya ecri misil talebinin hukuki dayanağının tesbiti sırasında yapılan tartışmalar içinde, büyük çoğunlukla, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin anılan hukuki dayanağı oluşturup oluşturamayacağı da gündeme gelmektedir. burada dikkati çeken nokta ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin burada uygulanamayacağı doğrultusunda doktrin ve uygulamanın neredeyse (43) oybirliği ile hemfikir olmalarıdır. Gerekçe ise gayet nettir: Sebepsiz zenginleşmenin varlığından bahsedebilmek için, davacının malvarlığında bir eksilmenin (fakirleşmenin) olması gerekir. Amaç da "ecri misil"i zarar şartından kurtarmak olduğuna göre sebepsiz zenginleşme görüşü kabul edilemez. Çünkü, o takdirde, davacının fakirleşmesinin - zararının olmadığı hallerde, örneğin maliğin, kötüniyetli zilyed malı kullanmasa idi dahi, söz konusu malı kullanma niyetinin olmaması halinde, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak dava açmak mümkün olmayacaktır. Bu da kötüniyetli zilyede prim vermek demektir (44). Bu gibi nedenlerle diyebiliriz ki, sonuçta sebepsiz zenginleşme hükümlerine incelenen alanda bir uygulama şansı verilmemektedir.

III. HAKSIZ ZİLYEDİN KULLANMA MENFAATİNİ İADESİ (ECRİ MİSİL) HALLERİNDE SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLERİN TARTIŞILMASI

A- Genel Olarak

Haksız zilyedin malı kullanmış olması sebebiyle kendisine yöneltililecek kullanma menfaatinin iadesi (ecri misil) talebinin hukuki dayanağını belirlenmesi sırasında doktrin ve uygulamada sebepsiz zenginleşmenin bu konuda bir dayanak teşkil etmesinin mümkün olmadığı yolunda ileri sürülen gerekçeleri;

(43) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı/ aksi fikirdedir (s.298, 299).

(44) Feyzioglu, s. 318, 320; Postacioğlu, s. 433.

(a) sebepsiz zenginleşme davasının “fakirleşme” şartını içermesi dolayısı ile ecri misile ilişkin talepleri çoğu kez imkansız kılacağı,

(b) sebepsiz zenginleşmenin (haksız iktisabın) ancak hukuki bir işlem sonucunda gerçekleşebileceği, halbuki ecri misile esas olan olaylarda bir hukuki işlemin mevcut olmadığı,

(c) sebepsiz zenginleşmenin ancak hakkın karşı tarafa geçtiği hallerle sınırlı olarak gündeme gelebileceği fakat haksız zilyedliğin iadesinde henüz istihkak talebinin mevcut olduğu; şeklinde üç başlık altında toplamak mümkündür.

B- İleri Sürülen Gerekçelerin Tartışılması

1- Fakirleşme şartının tartışılması

Günümüzde Türk-İsviçre Hukuku'nda hakim görüş, “fakirleşme”nin dava şartlarından biri olduğu yolundadır.

Borçlar Kanunu'muzda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan (BK. m. 61: “aharın zararına”, İBK. m. 62: “başkasının malvarlığından” -aus dem Vermögen eines andern) ibareleri hakim görüşün bu sonuca ulaşmasında önemli bir rol oynamaktadır.

Fakirleşme şartı, kaynağını Savigny'de, hatta Roma Hukukunda bulan bir dogmanın, “malvarlıkları arasındaki kayma” (Vermögensverschiebung) dogmasının, sebepsiz zenginleşme hukukuna getirdiği bir şarttır (44a). Buna göre, davacının malvarlığından davalının malvarlığına doğru gerçekleşen bir değer kayması var olmalıdır ki, sebepsiz zenginleşmeden bahsedilebilsin.. Burada, söz konusu “malvarlıkları arasındaki kaymanın” bir cephesinde davacının malvarlığındaki azalma (fakirleşme), diğer cephesinde ise davalının malvarlığındaki artış (zenginleşme), birbirlerinin adeta aynadaki yansıması şeklinde yer almalıdır (45). Bu, aynı zamanda ia-

(44a)Bu konuda fazla bilgi için, bkz. Hostenstein, Patrizia, Wertersatz Oder Gewinnherausgabe?, Zürich, 1983, s. 4, 5; Schaufelberger, Peter C., Bereicherung Durch Unerlaubte Handlung, Zürich, 1981, s. 121; Wolf, Joachim, Der Stand der Bereicherungslehre und Ihre Neubegründung, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, s. 3,5; İstemi, Mehmet, Sebepsiz Zenginleşme Davasının Şartları, Ankara, 1993 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 23 vd,

deye esas teşkil edecek zenginleşmenin kapsamının tesbit edilebilmesini de sağlayacaktır. Başka bir deyiş ile, iadeye esas teşkil edecek miktar, zenginleşme veya fakirleşmeden hangisi az ise ona göre belirlenecektir (46). Malvarlıkları arasındaki kaymanın önşartı ise, haliyle, fakirleşmenin varlığıdır. Şöyle ki, "fakirleşme" varlığı şart koşulan kaymanın çıkış noktasını oluşturacaktır. Öyle ya, değer bir malvarlığından çıkmalıdır, ki kaymadan söz edebilelim. Sonuçta diyebiliriz ki; hakim görüş, sebepsiz zenginleşme Hukukunu, adeta fakirleşme şartının üzerine inşa etmektedir.

Fakirleşme dogması artık günümüzde tartışılmaya başlamıştır. Türk Hukuku'nda Eren, hakim görüşün aksine, fakirleşmenin dava şartı olarak aranmasına karşı çıkarak, bunun, sebepsiz zenginleşme ile haksız fiili birbirine karıştırmak anlamına geleceğini belirtmektedir (47). Serozan, *aharın zararına* ibaresine "boyunu aşan anlamlar yüklendiğini" söylemekte (48); hatta bu ibareyi "kafaları karıştıracı" olarak niteleyerek, BK. madde 61 hükmünün bundan arındırılarak okunması gerektiğini belirtmektedir (48a).

İsviçre'de Von Büeren (49), Schaufelberger (50) ve Hohenstein

-
- 45) Reisoğlu, Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, 1961, s. 105; aynı görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 734; Feyzioğlu, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 2. Bası, İstanbul, 1976, s. 742; Von Tuhr/Peter, H., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich, 1979, s. 473; Yarg. HGK 19.1.1983 1771/13 (metin için bkz. Öz. Turgut M. Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990, s. 243).
- (46) Von Tuhr/Peter, s. 473; Reisoğlu, s. 105, 108; Feyzioğlu, Borçlar, s. 742; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 614, 615.
- (47) Eren, Fikret Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III, 4. Bası, Ankara, 1994, s. 33.
- (48) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 298.
- (48a) Serozan, Rona, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, III. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 1994, s. 194.
- (49) Bueren, Bruno von, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, s. 309.
- (50) Schaufelberger, s. 122.

(51) gibi yazarlar da bu görüşe karşı çıkarak, "başkasının malvarlığından" ibaresinden, fakirleşmenin şart olarak aranması sonucuna varılamayacağını savunmaktadırlar (52).

Hakim görüşün sıkı sıkıya sarıldığı malvarlıkları arasındaki kayma dogması formülünün uygulanabilmesi için davalının malvarlığındaki artışı (zenginleşmeyi) oluşturan değer, muhakkak daha önce davanın malvarlığında var olması gerekecektir ki, hem fakirleşmeden hem kaymadan bahsedilebilsin.

Hakim görüşün sıkı sıkıya sarıldığı malvarlıkları arasındaki kayma dogması formülünün uygulanabilmesi için davalının malvarlığındaki artışı (zenginleşmeyi) oluşturan değer, muhakkak daha önce davacının malvarlığında var olması gerekecektir ki, hem fakirleşmeden hem kaymadan bahsedilebilsin.

Adı geçen görüşün, taşınır bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının bir malvarlığından çıkıp, diğerine geçtiği hallerde bir soruna yol açmayacağı açıktır. Buna karşılık, örneğin, geçersiz bir sözleşme sonucu A'nın B'ye ait evin duvarına seramik bir pano yapması veya A'nın bir malının B tarafından izinsiz olarak kullanılması hallerinde, B'nin zenginleşmesini oluşturan değer daha önce A'nın malvarlığında mevcut olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır (53). Bu örneklerde, değer, ilk defa davalının malvarlığı nezdinde oluşmaktadır. Sonuçta bu örneklerde, malvarlıkları arasında bir kaymadan ve fakirleşmeden söz edilemeyecek (54) ve dava açılmayacaktır.

Bu sakıncanın giderilebilmesi amacıyla, davacının malvarlığının artmasının engellenmesi sonucunda da fakirleşmenin gerçekleşebileceği ileri sürülmekte; fakat burada da davacının, malvarlığının artmasının engellendiğini ispat etmesi gerektiği, örneğin, izinsiz kullanılan mal davalının elinde olduğu süre içinde kiraya verecek olduğunu ispat etmesi zorunluluğu getirilmektedir (55).

(51) Holenstein, age.

(52) Adı geçen yazarların görüşleri hakkında bilgi için, bkz. Eren s. 35 vd.

(53) Holenstein, s. 5.

(54) Holenstein, s. 5.

(55) Öz, s. 41; Tunçomağ, s. 614.

Belirtilen bu görüşün de fakirleşmenin bir şart olarak kabul edilmesinin sakıncalarını gidermekten uzak olduğu açıktır. Özellikle, davacının malvarlığının artmasının engellendiğini ispat etmesi bir hayli güç hatta imkansız olacaktır. Örneğin, “yazlığımı davalı kullanmasa idi, ben onu kiraya verip gelir elde edecektim” diyerek, bunu ispat etmek davacı için çok zor olacaktır. Sonuçta, bir çok halde, haklı bir sebebe dayanmayan zenginleşme, sırf davacının malvarlığı azalması ya da artmasının engellendiği ispat edilemedi diyerek sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilmeyecektir. Kaldı ki, zararın ispatı ancak haksız fiilde davacıya yüklenebilecek bir külfettir (56). Sebepsiz zenginleşmede ise amaç, haklı bir sebebe dayanmayan zenginleşmenin iadesidir. Esser’in (57) de söylediği gibi kurumun adı sebepsiz zenginleşmedir, yoksa sebepsiz fakirleşme değil.

BK’nun 61. maddesinde yer alan, “aharın zararına” ve İBK’nun Almanca metnindeki “başkasının malvarlığından” (aus dem Vermögen eines andern) ibarelerinden de bunların davacının fakirleşmesini şart koştuğu yolunda bir anlam çıkarmak doğru değildir (58).

BK m.61 hükmünde “zararına” kelimesinin kullanılması yanlış bir kanı uyandırmaktadır. Bu konuda, Schaufelberger de İBK’nun Almanca metnindeki “başkasının malvarlığından” (aus dem Vermögen eines andern) ibaresi, davacının muhakkak maddi bir zarara uğraması gerektiği gibi yanlış bir intiba uyandırdığından, bunun yerine, İBK m. 62/1 hükmünün yorumlanmasında, Fransızca metinde geçen “başkasının aleyhine” (aux dépens d’autrui) sözcükleri esas alınmalıdır demektedir (59). Bu görüşe Türk Hukuku açısından da katılmak gerekir. Ayrıca, BGB’un konuya ilişkin 812.

(56) Caemmerer, Ernst von, “Grundprobleme des Bereicherungsrechts”, Gesamte Schriften, Band I, Heidelberg, 1984, s. 379.

(57) Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 6. Aufl., Heidelberg, 1984, par. I, 2.

(58) Eren C. III, s. 34; Keller/Schäufelberger, Ungerechtfertigte Bereicherung, Das schweizerische Schuldrecht, Band III, Basel-Frankfurt am Main, 1982, s. 32.

(59) Schäufelberger, s. 122.

maddesinde de "başkasının aleyhine" (auf Kosten eines andern) ifadesi kullanılmaktadır. "Aharın zararına" kelimelerini de "başkasının aleyhine" olarak anlamamız, Schaufelberger'in dediği gibi, bize hükmün anlam ve amacının değerlendirilmesi açısından çok geniş bir hareket alanı tanıyacaktır (60).

Sonuç olarak diyebiliriz ki, sebepsiz zenginleşme kurumu davacının malvarlığına endekslenmekten kurtarılmalıdır (61). Yoksa, sebepsiz zenginleşme haksız fiilin bir alt kurumu olmaktan çıkmayacak, sonuçta da haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen kişinin- sırf fakirleşme gerçekleşmedi diye, bu zenginleşmeyi muhafaza etmesine izin vermek zorunda kalınacaktır ki, bu da "her türlü hukuki dayanak ve adalet hissinden yoksundur" (62).

2- Sebepsiz zenginleşmenin ancak hukuki bir işlem sonucu gerçekleşebileceği yolundaki görüşün tartışılması

Yargıtay'ın 1950 tarihli İnançları Birleştirme Kararında da, olayda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması kabul edilmemektedir.

Fakat bu sefer Yargıtay, hemen yukarıda tartıştığımız gerekçeyi öne sürmemekte, yani "sebepsiz zenginleşmenin uygulanabilmesi için fakirleşmenin varlığı gerekir, bu takdirde de fakirleşmenin olmadığı hallerde dava açılmaz, sonuçta da kötüniyetli zilyedin malı kullandığı yanına kâr kalır dememektedir. Bunu söylememesi de son derece doğaldır. Çünkü anılan kararında Yargıtay, bizzat kendisi zarar şartını aramaktadır (63).

Yüksek Mahkeme bu kararında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını başka bir gerekçe ile reddetmektedir. Buna

(60) Schaufelberger, sb. 122.

(61) Serozan, Borçlar, s. 192.

(62) Eren, C. III, s. 35.

(63) ".. Zira başkasının malını haksız olarak kullanmak bağıt hükümlerine tabi bir hukuki muamele olmayıp, Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerden doğan borçlara müteallik hükümlerine tabi bir haksız fiildir.. Haksız fiillerin borç doğurması ise haksızlığa uğrayan kişinin bu yüzden zarar görmüş, zarara uğramış olması şartına bağlıdır.." (Karar tarih, no ve metni için bkz. yukarıda dn. 17).

göre; “..Kanun koyan haksız fiil ile sebepsiz iktisabı birbirinden ayırmış olduğu için başkasının malını izinsiz olarak kullanmanın bir sebepsiz iktisap teşkil edeceği, bundan sebepsiz iktisap borcu doğacağı da düşünülemez. Çünkü, burada bir iktisap yoktur. İktisap ancak hukuki bir muamele ile olur..”

Görüldüğü üzere Yargıtay sebepsiz zenginleşmenin ancak bir hukuki işlem sonucu gerçekleşebileceği gibi son derece isabetsiz bir sonuca varmaktadır.

Çünkü, BK'nun 61. maddesinde yer alan “mal iktisabeden” ifadesi bu şekilde, dar bir yoruma tabi tutulduğunda, başkasının malını kullanma, ondan yararlanma hallerinde bu hükmün uygulanamayacağı gibi yanlış bir sonuca varılacaktır (64). Sebepsiz zenginleşmenin mutlaka bir hukuki işlem neticesinde ortaya çıkması şart değildir. Hukuki bir fiil ile (başkasına ait malı kullanma, karıştırma, birleştirme gibi) veya bir olay neticesinde (rüzgarın bir kişinin tarlasındaki ürünü komşusuna ait ürünle karıştırması gibi) ortaya çıkması da mümkündür (65).

Gerçi, Yargıtay'ın bu görüşü kabul görmemektedir. Fakat, sebepsiz zenginleşme hukuku hakkında düşünülen genel bir hatanın sonucu olması dolayısı ile dikkate değer bir görünüm de arz etmektedir. Günümüzde, Türk Hukuku'nda dikkatler daha çok edim ile zenginleşme hallerine yönelmekte, edim dışı zenginleşme halleri -adeta- istisnaen gerçekleşebilecek haller olarak görülmektedir. Halbuki, hukukumuzda tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı görüşü hakim olması karşısında, gerçekleşme ihtimali azalacak olan, edim ile zenginleşme halleridir.

Belki de bunun sonucunda, özellikle başkasının malını izinsiz olarak kullanma hallerinde sebepsiz zenginleşmenin gündeme gelmesi reddedilmektedir. Oysa, kullanma ile elde edilen menfaat de sebepsiz zenginleşme anlamında bir zenginleşmedir ve diğer şartlar da var ise iade edilmelidir.

(64) “mal iktisap eden” ifadesinin dar yorumlanmaması gerektiği hakkında bkz., Reisoğlu, Seza, s. 4; Eren, C. III, s. 2; Öz., s. 5; Saymen/Elbir, Türk Borçlar Hukuk, Umumi Hükümler, İstanbul, 1966, s. 534.

(65) Eren, C. III, s. 2; Postacıoğlu, s. 434, dn. 31; Feyzioğlu, s. 295.

3- Sebepsiz zenginleşme davasının MK. m. 906-908 hükümlerinin kapsamına giren hallerde uygulanabilmesi meselesinin tartışılması

Zilyedliğin iadesi konusunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanabilirliği meselesi, hep iadenin hukuki dayanağı noktasında tartışılmaktadır. Başka bir deyişle haksız zilyedliğe konu olan malın aynen iadesine yönelik davanın sebepsiz zenginleşme davası olup olamayacağı, incelemelerin esasını teşkil etmektedir. Bu konuda, haklı olarak varılan sonuca göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan talep ile istihkak veya menkul davalarının birlikte varolmaları düşünülemez. Çünkü sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için, mal üzerindeki hakkın davalıya geçmiş olması gerekir, ki iktisaptan ya da zenginleşmeden söz edebilelim.

Halbuki, zilyedliğin haksız olarak elde edilmesinde, zilyedliğin karşı tarafa geçmiş olmasına karşın, mülkiyet hâlâ haksız zilyed tarafından kazanılamamıştır. Zaten haksız zilyed eğer mülkiyet hakkını da kazanmış ise, "haksız zilyed" değil, artık "sebepsiz zenginleşen" dir.

Türk-İsviçre Hukuku'nda, MK. m. 932 hükmü gereğince, gayrimenkul mülkiyetinin intikali illidir. Aynı prensibin menkullerde de kıyasen geçerli olduğu kabul edilmektedir (66). Bunun sonucunda da sebepsiz zenginleşme davasının istihkak ve menkul davaları ile, malın iadesi konusunda bir arada olamayacağı açıktır. Malın aynen iadesi konusunda varılan bu sonuca, özellikle menkul mülkiyetinin intikalinin illi olduğunu da kabul ediyorsak, yöneltilebilecek hiç bir itiraz yoktur.

(66) Eren, C. III, s. 9; Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich, 1980, 202; Tuor / Schneider, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich, 1975, s. 585; Gürsoy / Eren /Cansel, s. 674; BGE 55 II 306; ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi, s. 552, dn. 23 de zikredilenler; karşı görüşte: Oğuzman/Seliçi, s. 553, Öz, s. 181 vd; Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 57, 58; Uluslan, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984 s. 21; ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi, s. 553, dn. 24 ve 25 de zikredilenler.

Fakat, acaba malın iadesi hakkında yukarıda varılan - ve bizim de katıldığımız sonuç, haksız zilyedin malı kullanma suretiyle elde ettiği kullanma menfaatinin iadesi için de geçerli olacak mıdır? Diğer bir deyişle, kullanma menfaatinin iadesi için de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmak imkan dışı mı olacaktır?

Bu sorulara olumlu cevap vermek mümkün görünmemektedir. Çünkü, yukarıda malın aynen iadesi konusunda varılan sonuca gerekçe teşkil eden hususlar, kullanma menfaatinin iadesi için aynı sonuca varmamız için bir dayanak teşkil etmeyeceklerdir. Kaldı ki, bir başkasının malını izinsiz kullanılması sonucunda elde edilen kullanma menfaatinin sebepsiz zenginleşme davası ile istenebileceği kabul edilmelidir (67). Şimdi, başkasının malını haksız olarak kullanan kişiye karşı - sırf bu kişi o arada zilyed de oldu diyerek, sebepsiz zenginleşme davasının açılmayacağını söyleyebilmemiz mümkün müdür? Hayır, bunu haklı kılacak bir hukuki gerekçe yoktur. İstihkak ya da menkul davalarını açma imkanının hâlâ mevcut olması, sadece aynen iade konusunda sebepsiz zenginleşme davasını dışlar. Buna karşılık, kullanma menfaatinin iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını engelleyecek bir neden mevcut değildir.

Z, M'ye ait malın, haksız olarak zilyedi olmuş ve bu malı kullanmış ise, M malın iadesini istihkak veya menkul davası ile Z'den isteyebilecektir. Fakat, kullanma menfaatinin iadesi konusunda M'nin Z'ye karşı sebepsiz zenginleşme davası açamaması için hiç bir sebep yoktur. Daha doğrusu, bu yoldaki talebin gerçek hukuki dayanağı sebepsiz zenginleşme hükümleridir. Bu anlamda, istihkak veya menkul davası ile sebepsiz zenginleşme davasının bir arada varılması söz konusu olabilecektir. Tabii ki, biri aynen iadeye, biri ise kullanma menfaatinin iadesine olmak üzere, farklı hedeflere yönelmiş olmak şartı ile...

4- Sonuç: Haksız zilyedin kullanma menfaatini iadesine yönelik talebin hukuki dayanağı sebepsiz zenginleşmedir

Sebepsiz zenginleşme davası, davacının malvarlığında meydana gelecek bir azalmaya - fakirleşmeye bağımlı değildir. Dolayısı ile

(67) Eren, C. III, s. 22, 28, 50; Öz, s. 27; Keller/Schaufelberger, s. 32, Serozan, Borçlar, s. 231.

davacının zarara uğramasından soyut bir özellik taşımaktadır. Bu özellik sayesinde, haksız zilyedin, malı sadece kullanmış olmasından doğacak taleplere sağlam bir hukuki dayanak oluşturabilecektir. Bu sayede, "zarar" şartından kurtulmak için getirilen zorlama yorumlara, aslında zarar şartını yumuşatmaktan, onu bir başka şekilde ifade etmekten öteye gidemeyen karinelere gerek kalmayacak; Yargıtay'ın haklı olarak karşı çıkmasına rağmen, kullanma menfaatini - şu veya bu şekilde - semere kavramına sokmak zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

Bunların dışında; bir yandan, zararın ecri misil için şart olmadığını kabul ettikten sonra, buna rağmen kötüniyetli zilyedin şu veya bu ad altında tazminat ödemesi gerektiğini söylemek zorunda kalmaktan da kurtulmak mümkün olabilecektir. Zarar olmaksızın, tazminatın varlığını kabul etmek, kanun hükmünde, bir nevi **medeni cezanın** (peine privee) öngörüldüğü gibi bir fikri çağrıştırmaktadır. Bu fikrin kabulü de zordur. Çünkü, **medeni ceza** tamamen istisnai bir kurum olup, hukukumuzda pek aşına olduğumuz bir kavram da değildir. Bundan söz edebilmemiz için, kanunda bunun açıkça belirtilmesi gerekir. Oysa, ilgili kanun maddelerinde, böyle bir ifadeye rastlanmamaktadır.

Yararları bir yana, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin burada uygulanmaması için hiçbir sebep yoktur. Meselenin özü bu noktada yatmaktadır. Feyzioğlu'nun da bizzat söylediği gibi, MK'nun 906. maddesi "sebepsiz zenginleşme kurumunu tamamen felce uğratacak şekilde" (68) yorumlanmamak gerekir.

Sonuçta, günümüz hukukunda kesinlikle yer almayan "ecri misil" gibi deyimlere ihtiyacımız da kalmayacaktır. Esasen bu deyiş, büyük bir ihtimalle, talebin hukuki dayanağının tam olarak tesbit edilememesinden doğan boşluğu doldurmak amacıyla kullanılagelen bir ifade tarzı olmuştur. Gerek uygulamada, gerek doktrinde, yazılışı konusunda dahi bir anlaşma olmayan ve de sadece Türk Hukuk Tarihi açısından önem taşıyan kelime ya da kelimeleri, artık Mecelle hükümleri arasındaki yerine terk etmek de mümkün olabilecektir. Buradan hareketle, şu ana kadar "kullanma menfaati-

(68) Feyzioğlu, s. 154

nin iadesi" deyişinin yanında, parantez içinde verilen "ecri misil" ifadesi artık terkedilerek, yalnızca "kullanma menfaatinin iadesi" kullanılacaktır.

Bundan sonra yapılması gereken ise, sebepsiz zenginleşme davasının şartlarının, haksız zilyedin kullanma menfaatini iadesi halinde nasıl tesbit edileceğini incelemektir.

IV- SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ŞARTLARININ HAKSIZ ZİLYEDİN KULLANMA MENFAATİNİ İADESİ HALLERİNDE TESPİTİ

A- Haklı Bir Sebebin Yokluğu

Başkasına ait bir malın izinsiz kullanılması hallerinde, sebepsiz zenginleşme davasının şartlarından biri olan haklı bir sebebin yokluğu şartının ne zaman gerçekleşmiş sayılacağını tesbit edebilmemiz için, öncelikle edim ile ve edim dışı zenginleşme halleri arasında bir ayırma gitmemiz gerekecektir. Çünkü bu ayırım yapılmaksızın, adı geçen hususu belirlememiz mümkün değildir. Bunun nedeni ise, anılan şartın, bütün sebepsiz zenginleşme hallerini kapsayacak, genel bir tanımının yapılmasının imkansız olmasıdır (69).

Eğer, haksız zilyed, hak sahibinin rızası ile, zilyedliği iktisap etmiş fakat, illilik prensibi sonucu hakkı kazanamamış ve bu yüzden haksız zilyed durumuna düşmüş ise (70), bu malı kullanması nedeni ile elde ettiği kullanma menfaatini iade etmesi yolunda açılacak sebepsiz zenginleşme davasında, "haklı sebebin yokluğu" şartının nasıl gerçekleştiğini tesbit etmemiz zorluk arzetyecektir. Burada haklı sebebin yokluğu, aradaki edim sebebinin geçersiz olması (baştan itibaren ya da sonradan) veya gerçekleşmemesi olarak belirtilebilecektir. Bu haller, zaten BK'nun 61. maddesinde sayılmaktadır.

(69) Reisoglu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, 1993, s. 204.

(70) Bu hallerde de, zilyedliğin iadesine, MK'nun 906-908. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. (Oğuzman/Seliçi, s.s. 103; Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 287: "...haksız zilyed menkul davasına ve istihkak davasına boy hedefi olan zilyettir").

Fakat, MK'nun 906-908. maddeleri anlamında, haksız zilyedliğin çoğu zaman haksız zilyedin bir müdahalesi veya işgali sonucunda ortaya çıkacağını göz önüne getirdiğimizde, bu gibi hallerde haklı sebebin yokluğu şartının belirlenmesinin de yukarıda bahsedilen hallerden farklı şekilde ele alınması gereği kendisini hissettirecektir. Çünkü, örneğin A'ya ait gayrimenkulün Z tarafından işgal edilip kullanılması durumunda, elde edilen kullanma menfaatinin haklı bir sebepten yoksun olmasını, geçersiz bir edim sebebi veya borçlandırıcı işlem ile açıklamamıza imkan yoktur. Zira, bu olaylarda böyle bir işlem veya edim ilişkisi hiç mevcut değildir. Bu gibi durumlarda adı geçen şartın tesbiti hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmekte (71) ise de; günümüzde Almanya'da hakim olan (72) ve Türkiye'de de Eren (73) ve Serozan (74) tarafından kabul gören "özüleme içeriği teorisi" (75) edim ilişkisinin bulunmadığı bu gibi durumlarda, haklı sebebin yokluğu şartının tesbiti yolunda en uygun görüştür.

Bizim de katıldığımız adı geçen teoriye göre, edim dışı zenginleşme hallerinde haklı sebebin yokluğu, zenginleşmenin (= ortaya çıkan sonucun) davacıya ait bir hakkın özüleme içeriğine aykırılık teşkil etmesinde mündemiçtir (76). Hukuk düzeni kişilere bir hak tanır iken, bu hakkın içeriğine dahil olan birtakım yetkileri de hak sahibine özgüler. Böylece hakkın özüleme içeriğine dahil olan yet-

(71) Bu görüşler ve eleştiri için, bkz. Eren, s. 39 vd; von Caemmer, "Grundprobleme des Bereicherungsrechts", s. 160; Hostenstein, s. 19, 22; İstemi, s. 101 vd.

(72) Örneğin, Caemmerer, Ernst von, "Bereicherung und Unerlaubte Handlung", Gesammelte Schriften, Band I, Heidelberg, 1984 s. 211; Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band. II (Besonderer Teil), 12. Aufl. München, 1981, s. 52.

(73) Eren, C. III, s. 51.

(74) Serozan, Borçlar, s. 233, 234.

(75) Bu teori hakkında fazla bilgi için bkz. Wilburg, W, Die Lehre Von Der Ungerechtfertigten Bereicherung Nach Österreichischem und Deutschem Recht, Graz, 1934; "Caemmerer, "Bereicherung und Unerlaubte Handlung", s. 209. Eren, s. 36, 37; İstemi, s. 26 vd.

(76) Wilburg, s. 27; von Caemmerer, "Bereicherung und Unerlaubte Handlung" s. 229; Larenz, s. 534.

kiler başkaları tarafından izinsiz olarak kullanılırsa, bunun sonucunda ortaya çıkan zenginleşme de, hakkın özgüleme içeriğine aykırılık teşkil eder ve bundan dolayı haklı bir sebepten yoksundur.

Bunu, haksız zilyedin kullanma menfaatini elde etmesi konusunda şöyle somutlaştırabiliriz: Wilburg'un söylediği gibi, (77), Mülkiyet Hakkı ile bir aidiyet tanınmaktadır. Bu, aynı zamanda, şeyin malîge ve menfaatlerine özgülenmesi anlamına gelir. Özgülemenin kapsamına ilkönce aynı egemenlik (dingliche Herrschaft) girer. Bu istihkak ve tecavüzün men'i davaları ile korunur. Fakat, mülkiyet hakkının kişilere tanınmasının amaçları, sadece aynı egemenlik sağlamaktan ibaret değildir. Aynı zamanda, şey üzerinde onu kullanma yetkisi de - tıpkı aynı egemenlik gibi, mülkiyet hakkının özgüleme içeriğine dahildir ve bu yetki de sadece malîge hasredilmiştir.

Böylece bir başkasının malını kullanan haksız zilyed, bundan dolayı, sebepsiz zenginleşme davasına muhatap olacaktır. Çünkü bu yetki sadece malîge özgülenmiştir. Eğer, malîğin dışında bir kişi izinsiz olarak malı kullanma yetkisini ihlal ederse, böylece elde edilen kullanma menfaati hakkın **özgüleme içeriğine aykırılık teşkil eder**. Hakkın özgüleme içeriğine aykırılık teşkil eden zenginleşmeler ise **haklı bir sebepten yoksundur**. (78).

B- Zenginleşme

Sebepsiz zenginleşme davasının varlık şartlarından biri olarak "zenginleşme"den anlaşılması gereken, zenginleşmenin konusu, yani somut ve birincil olarak elde edilen menfaattir (79). Bu, gerek davacının malvarlığındaki azalmadan gerek davalının malvarlığındaki artmadan bağımsız olarak ele alınmalıdır.

Davacının malvarlığındaki azalmayı esas alan hakim görüş (80)

(77) Yazarın bu husustaki görüşleri için, bkz. Wilburg, s. 28 vd.

(78) von Caemmerer, "Bereicherung und Unerlaubte Handlung", s. 229; Larenz, s. 534.

(79) Holenstein, s. 73-75.

(80) Von Tuhr/Peter, s. 473; aynı görüşte: Reisoglu, Seza, s. 105; Feyzioğlu, Borçlar, s. 742; Tunçomağ, s. 614, 615; Yarg. HGK 8.6.1983, 4-2017/621 (metin için bkz. Öz. s. 230).

ile davalının malvarlığındaki artışa önem atfeden görüşün (81) ortak noktası, her iki görüşün de, **zenginleşme** den **malvarlığının artması** nı anlamalarıdır. Bunun kaçınılmaz sonucu, **malvarlığının artması** nın dava şartı haline gelmesidir. Bu, özellikle, inceleme konumuzu teşkil eden, başkasının malını izinsiz olarak kullanma hallerinde bazı sorunlara yol açar. Şöyle ki, bu gibi hallerde, malvarlığının artması ancak, ilk planda elde edilen kullanma menfaatinin, haksız zilyedi masraf etmekten kurtarması sonucunda gerçekleşecektir. Diyelim ki, kötüniyetli haksız zilyet başkasına ait malı kullanmaktan dolayı tasarruf etmedi - ve hatta zarar etti. Bu durumda, mal varlığı artmamış, sonuçta da zenginleşmemiş sayılacak ve kendisine karşı dava açılmayacaktır. Burada haksız zilyedin kötüniyetli olması durumu değiştirmeyecektir. Çünkü, malvarlığının artması dava şartı olarak kabul edilmektedir ve de haksız zilyet kötüniyetli de olsa, malvarlığı artmamış ise, davanın şartlarından biri gerçekleşmemiş olduğundan bu kişiye karşı dava açılmayacaktır.

Halbuki, malvarlığının artması ve bu artışın iade anında hâlâ malvarlığında mevcut olması, dava şartı değil; sadece iyiniyetli zenginleşen için, iade ile sorumluluğun sınırlandırılmasının şartıdır (BK. md. 63/1). Ama, gördük ki, malvarlığının artmasını dava şartı olarak kabul ettiğimizde, bu imkandan kötü niyetli zenginleşen de yararlanabilmektedir (82).

Öyle ise, yapılması gereken, burada, zenginleşmeden somut ve birincil olarak elde edilen kullanma menfaatini anlamaktır.

Haksız zilyedin kullanma neticesinde somut ve birincil olarak elde ettiği menfaat ise kullanma menfaatidir. Burada "zenginleşme"den bu anlaşılmalı gerekir. Bu menfaatin iadesi nakden (83) olacaktır. Buradaki ölçümüz ise, objektif değer, başka bir deyişle rayiç bedel (84) olacaktır. Bunu daha da somutlaştırır isek, diyebi-

(81) Schaufelberger, s. 47 vd; Keller/Schaufelberger, s. 23.

(82) Holenstein, s. 70.

(83) Eren, C. III, s. 54; Medicus, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 5. Aufl., München, 1991, s. 328.

(84) Holenstein, s. 113.

liriz ki; "haksız zilyed malı, maliğin - ya da zilyedin - izni ile kul- lansa idi ödeyecek olduğu miktar kadar, sebepsiz zenginleşme da- vası sonucunda ödeme yapacaktır. Burada malın rayiç kirası bize bir ölçü teşkil edebilir. Fakat bu, sadece bir ölçü olacaktır. Yoksa bundan, arada zımni ya da kurgu bir kira sözleşmesi olduğu yolun- da bir sonuç çıkarmak, buradan da, davaya BK. md. 126. marife- tiyle beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağına karar ver- mek mümkün değildir. Davanın hukuki dayanağının sebepsiz zen- ginleşme hükümleri olduğunu belirledikten sonra zamanaşımı sü- resi meselesi, zaten halledilmektedir. Buna göre, zamanaşımı da BK. m. 66 hükmüne göre bir yıldır.

Haksız zilyedin malvarlığının artıp artmadığı, başka bir deyiş- le gerçekten tasarruf edip etmediği meselesine gelince; bu husus iade anında ve de sadece iyiniyetli haksız zilyet nezdinde araştırıl- lacaktır.

C- Zenginleşmenin Başkasının Aleyhine (Aharın Zararına) Gerçekleşmesi

Fakirleşmenin davanın şartları arasında yer almadığı görüşü- nün kabulünden (85) ve zenginleşmeden anlaşılması gerekenin tesbitinden (86) sonra, "başkasının aleyhine" (aharın zararına) iba- resine yüklenebilecek tek işlev, davanın taraflarının belirlenmesi- dir (87).

Burada söz konusu olan, bir sebep sonuç ilişkisi değil; davacı ile davalı arasında kurulacak olan bir bağlantıdır (Bindeglied) (88).

Çalışmamızın konusunu teşkil eden davada, bu bağlantı, özgü- leme içeriği sayesinde kurulacaktır. Buna göre, kullanma yetkisi- nin özgülendiği hakkın sahibi davacı, özgüleme içeriğine aykırı olarak zenginleşen, yani kullanma menfaatini elde eden haksız zil- yed ise davalı olacaktır.

(85) Bkz. yukarıda, III, B. 1.

(86) Bkz. yukarıda, IV, B.

(87) Larenz, s. 533.

(88) Loewenheim, Ulrich, Bereicherungsrecht, München, 1989. s. 78 ve dn. 93 deki yazarlar.

V- SÖZ KONUSU TALEBİN HUKUKİ DAYANAĞININ SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME OLMASININ KAÇINILMAZ SONUÇLARI

A- Davanın Açılabilmesi İçin Haksız Zilyedin Kötüniyetli Olması Şart Değildir

Kullanma menfaatinin iadesi talebinin hukuki dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğunu kabul ettikten sonra, haksız zilyedin iyiniyetli ya da kötüniyetli olması, davanın açılabilmesi açısından, artık bir önem taşımayacaktır. Çünkü sebepsiz zenginleşme, davalının içinde bulunduğu zihin halinden - bu arada kusursuz bağımsızdır (88a). Fakat, MK.nun 906. maddesinin ifadesi ve buna doktrinde büyük çoğunlukla yüklenen anlam karşısında, meseleyi, iyiniyetli haksız zilyet özelinde bir daha tartışmakta yarar olacaktır.

Türk Hukuku'nda, haksız zilyeden kullanma menfaatini iade etmesinin istenebilmesi için, zilyedin kötüniyetinin şart olduğu kabul edilmektedir (89). Bunun temelinde yatan ise, MK.nun 906. maddesinin ifadesidir. Adı geçen maddeye göre; "Hüsnüniyetle zilyed olduğu şeyden mevcudiyetine kani olduğu hakkına muvafık surette istifade eden kimse, o şeyi iade ile mükellef tutulduğu kimseye karşı hiç bir tazminat itasına mecbur olmaz.." Madde metnine verilen anlam, iyiniyetli haksız zilyedin, gerek elde ettiği semereleri gerek kullanma menfaatini iade etmeyeceği doğrultusundadır (90). Böylece de, iyiniyetli haksız zilyedin malı kullanmış olmaktan dolayı zenginleştiğinden söz edilerek, kendisine karşı sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır.

Görülüyor ki, iyiniyetli haksız zilyed, iadeden dolayı sorumluluk açısından iyiniyetli sebepsiz zenginleşene nazaran daha fazla korunmaktadır (91). Bunun pek isabetli bir düzenleme olmadığı

(88a)Serozan, Borçlar, s. 194.

(89) Bkz. yukarıda, II, C.

(90) Öz, s. 140; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 167; Oğuzman/Seliçi, s. 105; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya s. 212; Feyzioğlu, s. 157.

(91) Uluşan, s. 66; Öz, s. 140; Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 288, 290.

(92) ve ayrıca bu ayrıma bir gerekçe bulmanın zor olduğu (93) kabul edilmekle birlikte, yine de 906. maddenin ifadesi karşısında, varılan sonuç değişmemekte, iyiniyetli haksız zilyede bir "sorumluluk ayrıcalığı" (94) tanınmaya devam edilmektedir.

Adı geçen ayrıcalığın gerekçelerini ifade etmek yolunda Feyzi-oğlu, bu hükmün amacının "hüsnüniyetli zilyedi beklenmeyen zamanda vakitsiz tediyelerden korumak" (95) olduğunu belirtmektedir. Aynı şekilde "sorumluluk tedirginliği yüzünden alışveriş güvenliği sarsılır" (96), bu yüzden iyiniyetli haksız zilyedin bir ayrıcalığı olmalıdır da denebilir.

Sözü geçen gerekçeleri tartışmakta yarar vardır. Bir kere iyiniyetli haksız zilyedi, beklenmeyen ve vakitsiz tediyelerden neden koruyacağımızı, buna iyiniyetli sebepsiz zenginleşene nazaran, hangi gerekçe ile avantaj sağlamamız gerektiği tartışma götürür bir husustur. Şöyle ki, bizzat hak sahibinin rızasıyla onun elinden, fakat geçersiz bir sözleşme sonucu, malı teslim alan ve karışma, birleşme gibi bu nedenle **hakkı da iktisap eden** iyiniyetli sebepsiz zenginleşeni "**vakitsiz tediyelerden**" korumaz iken; bir başkasının malını kendisinin zannı ile alan haksız zilyedi korumamız hangi gerekçe ile açıklanabilecektir? Başka bir ifade ile, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen, neden, daha az korunmaya layıktır?

Kaldı ki, iyiniyetli de olsa, "haksız zilyedlikte ele geçirilmiş değerlerin korunmasına alıkonmasına ek olarak, değerlerin zilyedin ege-menlik alanına geçirilmesi dahi haksızdır" (97). İyiniyetli sebepsiz zenginleşmede ise, çoğu zaman geçersiz bir sebebe de dayansa veya hakkın özgüleme içeriğine aykırı da olsa, bir iktisap söz konusudur.

Bu çelişkiyi davacı açısından da vurgulamak mümkündür. Malik, iyiniyetli haksız zilyeden kullanma menfaatinin iadesini iste-

(92) Öz, s. 140.

(93) Ulusan, s. 66.

(94) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 290.

(95) Feyzioglu, s. 122.

(96) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 288.

(97) Ulusan, s. 62.

yemezken, mülkiyet hakkını kaybeden kişi, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenden, pekala semerelerin ve kullanmanın karşılığını talep edebilecektir (98). Acaba, iyiniyetli haksız zilyede karşı bir şey talep edemeyen malığın tek suçu, hâlâ malik olması mıdır? Sırf bir hakkı hâlâ elinde tutuyor diye, kişiyi mağdur etmeyi gerekçelendirmek oldukça güç olsa gerektir.

Sorulması zorunlu olan diğer bir soru da şudur: Acaba bir ayırım yapmaksızın, bütün iyiniyetli haksız zilyedler bu korumayı hak etmekte midirler?

Buna cevap olarak, örneğin iyiniyetli haksız zilyedin malı ivazsız olarak ele geçirdiği hallerde korunmaması gerekir denebilir. Haksız zilyedin “eşya için para vermediği hallerde, bu eşyadan parasız nemalanması olacak şey değildir” (99).

Bunun dışında, iyiniyetli haksız zilyedin malı ivaz karşılığında elden çıkarması halinde, kaim değer, kendisinden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceği görüşü de kabul görmektedir (100).

Sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesinin kabul edildiği bu iki hali inceleyip, neden bu durumlarda iyiniyetli haksız zilyedin, artık korunmadığını, daha doğrusu, burada genel kuraldan ayrılmayı düşündüren rahatsızlığın ne olduğunun tesbiti, bizi sadece örnek veya istisna esasında açıklama yapmaktan kurtaracak ve meseleyi genel, soyut bir kural çerçevesinde çözüme ulaştırabilecektir. Çünkü bu iki halin ortak özelliğinin belirlenmesi, aynı zamanda genel kuralın yani, iyi niyetli haksız zilyedin kullanma menfaatini iade etmekten beri tutulmasının gerekçesini de ortaya çıkaracaktır.

İkinci halden başlarsak, iyiniyetli haksız zilyedin malı ivaz karşılığı elden çıkarması durumunda, genel kuraldan ayrılıp, zilyedin eline geçen kaim değer, sebepsiz zenginleşme davası ile istenebi-

(98) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 291.

(99) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 291.

(100) Feyzioğlu, s. 154; Öz, s. 65; Ulusan, s. 69; Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 292; aksi görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Eşya s. 208.

leceğini kabul etmenin gerekçesi, iyiniyetli zilyedin malvarlığı durumuna ilişkin bir gerekçedir. Çünkü bu örnekte, zilyedin malvarlığındaki artış iade anında da malvarlığında mevcut olacaktır.

Aynı şekilde ilk halde, zilyedliği ivazsız elde eden zilyedin malvarlığında muhtemelen, kullanma menfaati kadar (tasarruf etmek suretiyle) bir artış olacaktır. Bunun sonradan malvarlığından çıkması ise zaten söz konusu olamaz.

Demek ki, yukarıdaki hallerde iyiniyetli zilyede karşı, BK. m. 906 hükmüne rağmen, sebepsiz zenginleşme davasının açılacağına ilişkin kabulünün gerekçesi, aslında, bu gibi durumlarda iyiniyetli haksız zilyedin malvarlığında, **iade anında hâlâ mevcut olan bir artışın** var olacağına dair kanaattir.

O zaman, buradan hareketle, genel kuralın yani, iyiniyetli haksız zilyedin kullanma menfaatini iade etmeyeceği kuralının temelinde yatan endişeyi belirleyebiliriz: **Ya iyiniyetli zilyedin malvarlığında, iade anında hala mevcut olan gerçek anlamda bir artış yok ise ve hatta artış hiç olmamış ise!**

Bu endişe, 3. iyiniyetli kişi durumundaki haksız zilyet için de geçerlidir. Örneğin, malı, tasarruf yetkisi olmayan ve emin sıfatı ile zilyet de sayılamayacak bir kişiden satın alan iyiniyetli zilyet, malı iade ettikten sonra, bir de kullanma menfaatini iade etmek zorunda kalacaktır. Halbuki, satın aldığı kişinin ortadan kaybolduğunu da varsayarsak, iyiniyetli haksız zilyedin malvarlığı, ödediği bedeli de geri alamaması sonucu, gerçekte hiç artmamıştır.

Bu endişe haklı bir endişedir. Çünkü bu halde, sebepsiz zenginleşme davasına maruz kalan iyiniyetli zilyed, malvarlığında hiçbir zaman oluşmamış, veya halen mevcut olmayan bir artışı iade etmek zorunda kalacaktır, ki bunun sonucu, onun malvarlığının haksız zilyedlik ve kullanmadan öncekine nazaran kötüleşmesidir. Bu da kabul edilemez.

Öyleyse, aslında, BK.'nun 906. maddesi hükmünün amacını, "iyiniyetli zilyedin, iade ile, zilyed olmadan öncekine nazaran daha kötü bir duruma düşmesini engellemek" olarak anlamak gerekir.

Bertaraf edilmek istenen bu sakıncalı sonuç ise, BK. m. 63/1 hükmü ile zaten engellenecektir. Buna göre, iyiniyetli zenginleşen, iade anında malvarlığında halen mevcut olan artış ile sorumludur. Bu durumda, baştan itibaren hiç oluşmamış artışlardan ise haydi haydi sorumsuz olacaktır. Böylece, yukarıdaki endişeyi gidermek imkan dahilindedir.

Böylece, zilyedliği ivazsız olarak elde eden iyiniyetli haksız zilyed ise, kullanma menfaati nedeniyle, malvarlığında, büyük bir olasılıkla bir artış (tasarruf) olacağı ve bunun sonradan malvarlığından çıkması da mümkün olmadığına göre, iade ile sorumlu olacaktır. Belki aynı sonuca, haksız zilyedi genelde kullanma menfaatini iadede sorumsuz tutup, istisnaen zilyedliği ivazsız ele geçirdiği hallerde sorumluluğun varlığını kabul ederek de varabilirdik. Fakat, bu, acaba iyiniyetli haksız zilyedi yeterince korur muydu? Hayır, çünkü, zilyedliği elde ettiği bir ivaz karşılığı olmayan iyiniyetli zilyedin malvarlığının, bunu kullanması sonucunda mutlaka bir artış göstereceğini de söyleyemeyiz. Bazı hallerde, kullanma menfaati zilyedin malvarlığında hiç bir tasarrufa, artışa yol açmayabilir de (Hatta azalmaya yol açması dahi mümkündür). Eğer, iyiniyetli zilyedin zilyedliği ivazsız ele geçirdiği her halde kullanma menfaatini iade edeceğini söylersek, bu takdirde bazen bu kişinin malvarlığında hiç mevcut olmamış artışı da iade etmesi gerektir. Bu da yukarıda da belirttiğimiz gibi, kabul edilemez. Halbuki, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını benimsersek, bu gibi sakıncalar da ortadan kalkmış olacaktır.

Öyle ise, her türlü sakıncayı genel ve soyut bir kural ile bertaraf eden bir müesses var iken, sadece belirli durumlarda ortaya çıkabilecek sakıncaları önlemek için, iyiniyetli haksız zilyede, hiç bir ayrıma gitmeden, **“mutlak bir sorumsuzluk ayrıcalığı”** tanımak doğru olmasa gerekir.

MK'nun 906. madde hükmünü de, önceden de söylediğimiz gibi, sadece, iyiniyetli haksız zilyedi, zilyedlikten öncekine nazaran daha kötü bir duruma düşürmekten alıkoyan, bir anlamda, BK. m. 63/1'in felsefesini iyiniyetli haksız zilyed nezdinde özelleştiren bir hüküm olarak anlamamız ve iyiniyetli haksız zilyede karşı da, kullanma menfaatinin iadesine yönelik sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesini kabul etmemiz gerekmektedir.

Burada yapılması gereken tek şey, iade anında iyiniyetli zilyedin malvarlığında, kullanma menfaatinin yansımaları sonucu oluşan bir artışın (tasarrufun) mevcut olup olmadığına bakmaktır. Eğer, böyle bir artış yok ise (101) iade de söz konusu olmayacaktır. Yok, eğer bir artış varsa, zilyedliği ele geçiriş şekli ne olursa olsun, kullanma menfaati iade edilmelidir.

Ayrıca, Feyzioğlu'nun dediği gibi, MK. 906 hükmünü sebepsiz zenginleşme kurumunu tamamen felce uğratabilecek şekilde kullanmamız gerekir (102). **Çünkü iyiniyetli haksız zilyedin kullanma menfaatini iade etmeyeceğini söylersek sonuçta, kullanma menfaati nedeni ile iyiniyetle zenginleşme hallerinde, sebepsiz zenginleşme davasının uygulama alanı- kullanma çoğunlukla zilyedliği de beraberinde getireceği için- fiilen ortadan kalkacaktır. Genelde, kullanma menfaatinin iadesine yönelik sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesi, kabul edilirken, sırf davalı kullanma sırasında zilyed de oldu diye, kendisine karşı sebepsiz, zenginleşme davasının açılmaması kabul edilemeyecektir (103).**

B- DAVANIN KONUSU SADECE GAYRİMENKULLER İLE SINIRLI DEĞİLDİR

Günümüzde Türk Hukuku'nda haksız zilyedin kullanma menfaatini iadesi, konusunun hep gayrimenkul mallar hakkında ele alındığı daha önce belirtilmiş idi (104). Bunun hiç bir gerekçesi mevcut değildir. İlgili madde metinlerinin ifadesinde de bu yolda bir işaret yoktur. Hükümlerin amacı göz önüne alındığında dahi, kanunun bu konuda menkul ve gayrimenkul mallar arasında bir fark gözetmesi için hiç bir sebep akla gelmemektedir.

(101) Bkz. Zenginleşme bahsinde, "somut ve birincil olarak elde edilen menfaat" ile "malvarlığının artması" kavramları arasındaki ilişki.

(102) Feyzioğlu, s. 154 (Gerçi yazar bunu dedikten sonra, yine de iyiniyetli zilyedin kullanma menfaatini iade etmeyeceğini belirtmektedir).

(103) Serozan (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 291, 292.

(114) Bkz. II, C.

Ayrıca, bu yolda açılacak davanın hukuki dayanağının sebepsiz zenginleşme hükümleri olduğu kabul edildikten sonra da, davanın konusunun sadece gayrimenkul mallar ile sınırlanacağını düşünmek iyice yersiz olacaktır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, haksız zilyedin elde ettiği kullanma menfaati, zilyed iyi ya da kötüniyetli olsun, sözkonusu mal menkul veya gayrimenkul olsun, sebepsiz zenginleşme davası ile kendisinden talep edilebilir. İyiniyetli haksız zilyet, bu konuda sadece BK. m. 63/1 anlamında korunacak ve yalnızca, eğer, kullanma menfaati neticesinde, malvarlığında gerçek bir artış olmuş ve de bu hâlâ mevcut ise, iade ile yükümlü olacaktır. Kötüniyetli haksız zilyet ise, malvarlığında gerçek anlamda artış olup olmadığına bakılmaksızın kullanma menfaatini iade etmek zorunda kalacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

BUEREN, Bruno von: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.

CAEMMERER, Ernst von: "Grundprobleme des Bereicherungsrechts", Gesammelte Schriften, Band I, Heidelberg, 1984.

CAEMMERER, Ernst von: "Bereicherung und Unerlaubte Handlung", Gesammelte Schriften, Band I, Heidelberg, 1984.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: III, 4. Bası, Ankara, 1994.

ESSER/WEYERS: Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 6. Aufl, Heidelberg, 1984.

FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümlü (Hususiyle "Ecrimisil" Meselesi), İstanbul, 1958. (Sadece yazarın soyadı ile atıf yapılmıştır).

FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 2. Bası İstanbul, 1976 ("FeYZioğlu, Borçlar" şeklinde atıf yapılmıştır).

GUHL/MERZ/KUMMER: Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich, 1980.

GÜRSOY/EREN/CANSEL: Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1984.

HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

HOLENSTEIN, Patrizia: Wertersatz Oder Gewinnherausgabe?, Zürich, 1983.

İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 1984.

İSTEMİ, Mehmet: Sebepsiz Zenginleşme Davasının Şartları, Ankara 1993 (Yayınlanmamış Doktora tezi).

KARAHASAN, M.Reşit: Türk Eşya Hukuku, Doktrin, Ankara, 1991.

KELLER/SCHAUFELBERGER: Ugnerechtfertigte Bereicherung, Das schweizerische Schuldrecht, Band III, Basel- Frankfurt am Main, 1982.

LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band. II (Besonderer Teil), 12. Aufl., München, 1981.

LOEWENHEIM, Ulrich: Bereicherungsrecht, München, 1989.

MEDICUS, Dieter: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 5. Aufl., München, 1991.

OĞUZMAN/SELİÇİ: Eşya Hukuku, İstanbul, 1997.

ÖZ, Turgut M.: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990.

POSTACIOĞLU, İlhan E.: "Sui Niyet Sahibi Zilyetlerin Ecri Misille Mükellef Olup Olmadığı", İHFM, 1951, C. XVII, S. 1-2, s. 432.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, 1993.

REİSOĞLU, Seza: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, 1961.

SAYMEN/ELBİR: Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul, 1966.

SAYMEN/ERMAN/ELBİR: Türk İçtihatlar Külliyyatı, 1950-C.I, İstanbul, 1951.

SCHAUFELBERGER, Peter C.: Bereicherung Durch Unerlaubte Handlung, Zürich, 1981.

SEROZAN, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme. Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, III. Cilt, İstanbul 1994 ("Serozan/Borçlar" şeklinde atıf yapılmıştır).

SİRMEN, Lale A.: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Eşya Hukuku, C.I, 5. Bası, İstanbul, 1989 ("Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya" şeklinde atıf yapılmıştır).

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993 ("TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar" şeklinde atıf yapılmıştır).

Von TUHR/PETER, H.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich, 1979.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976.

TUOR/SCHNEIDER: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich, 1975.

ULUSAN, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984.

ÜNAL, Mehmet: Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1994.

WILBURG, W: Die Lehre Von Der Ungerechtfertigten Bereicherung Nach Österreichischem und Deutschem Recht, Graz, 1934.

WOLF, Joachim: Der Stand der Bereicherungslehre und Ihre Neubegründung, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980.