



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Hakan Burak AKINCI

TÜRK MEDENÎ HUKUKU'NDA İSTİHKAK DAVASI
(TMK M. 683'E GÖRE)

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2024



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Hakan Burak AKINCI

TÜRK MEDENÎ HUKUKU'NDA İSTİHKAK DAVASI
(TMK M. 683'E GÖRE)

Danışman

Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2024

T.C.
Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Hakan Burak AKINCI'nın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Murat DOĞAN (İmza)

Üye (Danışman) : Doç. Dr. Agâh Kürşat KARAUZ (İmza)

Üye : Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (İmza)

Üye : Prof. Dr. Murat TOPUZ (İmza)

Üye : Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Tez Başlığı: TÜRK MEDENÎ HUKUKU'NDA İSTİHKAK DAVASI (TMK M. 683'E GÖRE)

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 30/07/2024

Mezuniyet Tarihi : 19/09/2024

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Türk Medenî Hukuku’nda İstihkak Davası (TMK m. 683'e Göre)” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Hakan Burak AKINCI





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



15 / 09 / 2024

TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Hakan Burak AKINCI
Öğrenci Numarası	20195226001
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ
Doktora Tez Başlığı	Türk Medenî Hukuku'nda İstihkak Davası (TMK m. 683'e Göre)"
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2407238992
Rapor Tarihi	15.09.2024
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: % 12 Alıntılar dahil: % 12
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 234 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.	
Danışman Öğretim Üyesi Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ İmza	

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ.....	ivv
ÖZET.....	vii
ABSTRACT.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM MESELESİ VE DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE İSTİHKAK MÜESSESESİ

1.2. Kavram Meselesi, Tarihçe ve Karşılaştırmalı Hukukta Durum.....	8
1.2.1. Kavram Meselesi.....	8
1.2.1.1. İstihkak Kavramı.....	8
1.2.1.2. “İade” Kavramının Kapsamı	10
1.2.1.2.1. Nişanın Bozulmasında Hediyelerin İadesi.....	12
1.2.1.2.2. Eser Sahibinin Fikir ve Sanat Eserlerini İadesi.....	14
1.2.1.2.3. Yapı Malzemesinin İadesi	15
1.2.1.2.4. Arı Oğlu vb. Sürüklenen Şeylerin İadesi	16
1.2.1.2.5. Diğer Durumlar	16
1.2.2. Konunun Tarihçesi	18
1.2.2.1. Roma Hukuku	18
1.2.2.2. İslâm Hukuku	23
1.2.3. Karşılaştırmalı Hukukta Durum.....	30
1.2.3.1. Alman Hukuku	30
1.2.3.2. İsviçre Hukuku	35

İKİNCİ BÖLÜM

MÜLKİYET HAKKINDAN DOĞAN İSTİHKAK MÜESSESESİ

2.1. İstihkak Müessesesi.....	38
2.1.1. Genel Olarak	38
2.1.2. Teorik Yönüyle “Malik–Zilyet İlişkisi”	38
2.1.3. İstihkak Müessesesinin Konusu, Unsurları, Tanımı ve Hukukî Niteliği.....	39
2.1.3.1. Konusu.....	40
2.1.3.1.1. Taşınır ve Taşınmaz Mallar	40
2.1.3.1.2. Bilimsel Değeri Olan Sahipsiz Doğal Şeyler ve Eski Eserler.....	40
2.1.3.1.3. Bütünleyici Parça ve Eklenti.....	40
2.1.3.1.4. Paranın Durumu	41

2.1.3.1.5. Dijital Verilerin Durumu.....	42
2.1.3.2. Unsurları	43
2.1.3.2.1. Mülkiyet Hakkı	43
2.1.3.2.2. Malın, Başkasının Haksız Doğrudan Zilyetliğinde Bulunması	44
2.1.3.2.3. Malın, Malikin Hâkimiyet Alanının Dışında Olması.....	45
2.1.3.2.4. Talep Konusunun Eşya Olması.....	46
2.1.3.3. Tanımı.....	48
2.1.3.4. Hukukî Niteliği	49
2.1.3.4.1. Def'i ve İtiraz Görüşleri	51
2.1.3.4.2. İstihkak Talebinin Muaccel Olmadığı Görüşü	53
2.1.3.4.3. Sözleşme İlişkisinin Mülkiyeti Kısıtladığı Görüşü	54
2.1.3.4.4. Malikin Yapmama Borcu Altına Girdiği Görüşü	57
2.1.3.4.5. Değerlendirme	58
2.1.4. İstihkak Talebiyle Borçlar Hukukundan Doğan Taleplerin Çatışması Meselesi ..	63
2.1.4.1. Öğretideki Görüşler	64
2.1.4.1.1. Borçlar Hukuku Taleplerinin Üstünlüğünü Savunan Görüş	64
2.1.4.1.2. İstihkak Talebinin Üstünlüğünü Savunan Görüş	73
2.1.4.1.3. İki Talebin Denkliliğini Savunan Görüş	78
2.1.4.2. Değerlendirme	83
2.1.5. İstihkak Talebinin Devri.....	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİHKAK DAVASI VE BU DAVANIN BENZER DAVALARLA KARŞILAŞTIRILMASI

3.1. İstihkak Davası.....	92
3.1.1. Hukukî Niteliği	92
3.1.2. Amacı ve Konusu	93
3.1.3. Tarafları	98
3.1.3.1. Davacı	98
3.1.3.1.1. Paylı Malikler.....	99
3.1.3.1.2. Elbirliği Ortakları	100
3.1.3.2. Davalı	102
3.1.4. İspat Yükü	106
3.1.4.1. Davacı Bakımından	106
3.1.4.1.1. Mülkiyet Hakkının Varlığı.....	106
3.1.4.1.2. Davalının Mala Haksız Zilyet Olması	111

3.1.4.2. Davalı Bakımından	112
3.1.5. Süresi	112
3.1.6. Görevli ve Yetkili Mahkeme	116
3.2. İstihkak Davasının Bazı Davalarla Karşılaştırılması	117
3.2.1. Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında	117
3.2.1.1. Elatmanın Önlenmesi Davası	117
3.2.1.2. Tapu Kütüğünün Düzeltilmesi Davası	123
3.2.1.3. Zilyetlik Davaları	125
3.2.1.4. Taşınır Davası	127
3.2.1.5. Sözleşmeden Doğan İade Davası	132
3.2.1.5.1. Dönme	133
3.2.1.5.2. Fesih	138
3.2.1.5.3. Sözleşmenin Yokluğu veya Geçersizliği	140
3.2.1.6. Sebepsiz Zenginleşme Davası	143
3.2.1.7. Miras Sebebiyle İstihkak Davası	150
3.2.2. İcra ve İflâs Kanunu Kapsamında	156
3.2.2.1. İcra ve İflâs Kanunu'ndaki İstihkak Davası	156
3.2.2.2. Tasarrufun İptali Davası	159

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İSTİHKAK TALEBİNİN SONUÇLARI VE TALEBİN SONA ERMESİ VEYA ŞEKİL DEĞİŞTİRMESİ

4.1. İstihkak Talebinin Sonuçları	166
4.1.1. Haksız Zilyedin İade Yükümlülüğü	166
4.1.1.1. Haksız Zilyet Bakımından İyi Niyet Kavramı	168
4.1.1.1.1. Genel Olarak	168
4.1.1.1.2. Zilyede Dava Açılmasının İyi Niyete Etkisi	175
4.1.1.2. İyi Niyetli Zilyet Bakımından İade Yükümlülüğü	177
4.1.1.2.1. İade ve Tazmin Yükümlülüğü	177
4.1.1.2.2. Yapılan Masrafların Talep Edilmesi	182
4.1.1.2.3. İyi Niyetli Haksız Zilyedin Sebepsiz Zenginleşmeye Göre Sorumlu Olup Olmayacağı Meselesi	185
4.1.1.3. Kötü Niyetli Zilyet Bakımından İade Yükümlülüğü	186
4.1.1.3.1. İade ve Tazmin Yükümlülüğü	187
4.1.1.3.2. Yapılan Masrafların Talep Edilmesi	196

4.1.2.İstihkak Talebinin Dava Aşamasındayken Boşa Çıkacağıın Anlaşılması veya İcra Aşamasında Boşa Çıkması	199
4.1.3. Haksız Zilyetliğe Etki Eden Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu	204
4.2. İstihkak Talebinin Sona Ermesi veya Şekil Değiştirmesi	206
4.2.1. Malikin İradesi	206
4.2.2. Geri Verme	210
4.2.3. Devir, Kayıp, Tahrip veya Telef Olma	210
4.2.4. Dürüstlük Kuralı	212
4.2.5. Yenileme	213
4.2.6. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi	215
4.2.7. Dönme	216
4.2.8. İsmarlanmayan Malın Gönderilmesi	216
SONUÇ	222
KAYNAKÇA.....	230
ÖZGEÇMİŞ	247

KISALTMALAR LİSTESİ

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Art.	: Artikel (madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: 1982 Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
başk.	: başkaları
BGB	: Bundesgesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen (İsviçre Federal Mahkeme Kararları)
BeckOGK	: beck-online.Grosskommentar
BK	: Berner Kommentar
bkz.	: bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
dn.	: dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim tarihi
Hrsg	: Herausgeber/in (Editör)
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
InsO	: Insolvenzordnung (Alman İflâs Kanunu)
İİK	: 2128 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JuS	: Die Juristische Schulung
JW	: Juristische Wochenschrift

K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
K.İ.B.	: Kazancı İctihat Bankası
kn.	: kenar numarası
KUKO	: Kurzkomentar
m.	: madde
Mec.	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OFK	: Orell Füssli Kommentar
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
sa.	: sayfa aralığı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TL	: Türk lirası
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YİBBGK	: Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Usul Kanunu)

ÖZET

İstihkak davası, malikin mülkiyet hakkını koruyabilmesi için 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 683/II’de düzenlenmiş olan iki dava türünden biridir. Mülkiyet hakkının içeriği kadar korunması da önem arz eder. Zira hakkı koruyamıyor olduktan sonra, bunun sadece şeklen var olması bir anlam ifade etmez. Bu sebeple, anayasal rejimleri dahi etkileyen mülkiyet hakkının nasıl korunacağına ilişkin her hukuk sisteminde cevabın bulunması gerekir.

Türk Medeni Kanunu’nda mülkiyet hakkının korunması kapsamında istihkak davası düzenlenmiş olmakla beraber, Türk Hukuku öğretisinde buna ilişkin kapsamlı bir çalışma ile karşılaşılmamıştır. Bu durum, konunun doktora tezi olarak çalışılmasının Türk Hukuku’na katkı sağlayacağı fikrini uyandırmış ve tez konusu olarak istihkak davası seçilmiştir.

Kanundaki düzenleme istihkak “*davas*ı” şeklinde olduğundan, tezin adı da buna uygun olarak belirlenmiştir. Öte yandan, meseleyi “dava” ile sınırlandırarak usul hukuku boyutuna itmenin doğru olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Bu sebeple, çalışmamızda hem istihkak davasını hem de davaya gerek olmaksızın kendiliğinden mevcut olan ve öne sürülebilen geniş anlamdaki istihkak talebini birlikte içine alan bir “istihkak müessesesi” çatısı meydana getirilmiştir. Birinci bölümde istihkak müessesesine ilişkin teorik değerlendirmelere yer verilmiştir. İkinci bölümde ise istihkak davasına ilişkin bilgilendirmeler ve davanın ilgili diğer davalarla karşılaştırılması meseleleri ele alınmıştır. Üçüncü ve son bölümde, haksız zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamı gibi istihkak talebinin sonuçlarına ilişkin hususlar ile talebin sona ermesi veya şekil değiştirmesi konuları incelenmiştir. Tüm bu konular ele alınırken yerli ve yabancı yüksek mahkeme kararlarından da yararlanılarak, uygulamadaki eksiklik ve sorunlara çözüm üretilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: istihkak, mülkiyet, zilyetlik, malik-zilyet ilişkisi, iade, geri verme, teslim, rei vindicatio

ABSTRACT
REPLEVIN IN TURKISH CIVIL LAW (BASED ON TCC ART. 683)

The action of replevin (*rei vindicatio*, recovery of property) is one of the two types of actions regulated under Article 683/II of the Turkish Civil Code for the owner to protect his right of property. The protection of the property right is as important as its existence and use. The mere existence of the right is meaningless if it cannot be protected. For this reason, every legal system must have an answer on how to protect the right to property, which even affects state regimes.

Although the Turkish Civil Code regulates the action of replevin within the scope of the protection of the right of property, there is no comprehensive study on this subject in the Turkish Law doctrine. This situation has aroused the idea that the study of the subject as a doctoral thesis would contribute to Turkish Law and the action of replevin was chosen as the subject of the thesis.

Since the regulation in the Law is in the form of a lawsuit, the title of the thesis has been decided accordingly. On the other hand, it has been concluded that it would not be correct to push the issue into the dimension of procedural law by limiting it to a "lawsuit". For this reason, in our study, a framework of "the institution of replevin" (*istihkak müessesesi*, *Vindikationslage*) has been created, which includes both the action of replevin and the broad claim of recovery of property, which exists and can be asserted spontaneously without the need for a lawsuit. In the first part, the theoretical evaluations regarding the fact of replevin are given. In the second part, the information regarding the action of replevin and the comparison of the action with other related actions are discussed. In the third and final part, the issues related to the consequences of the claim of recovery of property, such as the scope of the wrongful possessor's obligation to return, and the termination or change of form of the claim are examined. While addressing all these issues, it was tried to find solutions to the deficiencies and problems in practice by making use of domestic and foreign high court decisions.

Keywords: replevin, recovery of property, protection of property right, possession, *rei vindicatio*

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu, Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 683/II'de düzenlenen istihkak davasıdır. Bu dava, malikin mülkiyet hakkını koruyabilmesi için öngörölmüş olan bir davadır. Mülkiyet hakkının korunmasına yönelik olarak, hem kamu hukuku hem de özel hukuka ilişkin mevzuatta birtakım hükümler yer almaktadır.

Kamu hukuku alanında yapılan düzenlemelerin başında Anayasa'nın 35'inci maddesi gelmektedir¹. Bu maddede mülkiyet hakkının sadece kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceğı düzenlenmiştir. Bu iki istisnanın haricinde mülkiyet hakkı mutlak ve sınırlandırılmaz. Türk Ceza Kanunu'nda da mala zarar verme, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi suç tipleri düzenlenerek mülkiyet hakkının korunması amaçlanmıştır². Yine, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun, idare hukuku kapsamında zilyetliğin yanı sıra taşınmaz mülkiyetinin de korunmasını sağlar³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 numaralı ek protokolünün⁴ ilk maddesinde de "Mülkiyetin korunması" düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasında, *"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörölen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir."* ifadesine yer verilmiştir⁵. Protokolde yer verilen bu hüküm de Türk Hukuku içtihatlarına etki etmektedir⁶.

¹ **Akipek**, Jale/ **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş**, Derya, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 442; **Eren**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Legem Yayınları, Ankara 2024, s. 29; **Sirmen**, Lâle, Eşya Hukuku, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024, s. 348; **Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, 16. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2021, s. 222 vd; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 220; **Akçaal**, Mehmet, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 417.

² **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 443; **Kemal/Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 319; **Eren**, s. 29 vd; **Esener**, Turhan/ **Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 240 vd; **Kılıçoğlu**, s. 220.

³ **Eren**, s. 30; **Kılıçoğlu**, s. 219 vd.

⁴ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol (R.G. 19.03.1954 T., 8662 S.)

⁵ **Sirmen**, s. 332 vd; **Eren**, s. 31; **Esener/Güven**, s. 241, dn. 494; **Ertaş**, s. 223; **Akçaal**, s. 417.

⁶ **Sirmen**, s. 336. Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğı bir kararına göre mülkiyet hakkı, gerek Anayasa ve kanunlarla iç hukuk yönünden gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleriyle kabul edilen temel haklardanır. TMK m. 683'te de malikin kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi ile istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarını açma hakkı tanınmıştır. Bunların yanı sıra, kamu yararının bulunması halinde mülkiyet hakkı sınırlandırılabilir veya

Mülkiyet hakkını koruyan özel hukuk düzenlemelerinin en önemlileri ise Türk Medenî Kanunu'nda yer almaktadır. Bu kanunda; istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarının (m. 683/II) yanı sıra zilyetlik davaları (m. 982-984), taşınır davası (m. 989), tapu kütüğünün düzeltilmesi davası (m. 1025), miras sebebiyle istihkak davası (m. 637 vd.) düzenlenmiştir⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan haksız fiil (m. 49), sebepsiz zenginleşme (m. 77) ve sözleşmeye aykırılık (m. 112) hükümleri de mülkiyet hakkının doğrudan veya dolaylı yoldan korunmasını sağlayan özel hukuk düzenlemeleridir⁸. Yine, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen istihkak davası (m. 96 vd.) ve tespit davası da benzer amaca hizmet edebilmektedir⁹.

Her ne kadar yukarıda açıklanan istihkak ve elatmanın önlenmesi davası dışındaki mevzuat hükümleri mülkiyet hakkını korumaya yarasa da bunların işlevinin tali nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Zira söz konusu hükümlerin düzenlenme amaçları genellikle farklıdır. Mesela zilyetlik davaları esasen zilyetliğin ve toplum düzeninin korunmasını amaçlar. Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümler, caydırıcılığı ve toplumsal güven ortamının korunmasını sağlamaya çalışır. Türk Borçlar Kanunu hükümleri ise borç ilişkilerinin düzenlenmesine yöneliktir.

Türk Medenî Kanunu'nda doğrudan mülkiyet hakkını koruma amacıyla düzenlenmiş olan dava türleri ise istihkak davası ile elatmanın önlenmesi davasıdır. Bu davalara, eşya hukuku hükümlerinin başlangıcında yer alan 683'üncü maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Hükme göre *“Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir”*. Hükümden anlaşıldığı üzere, mülkiyet hakkını koruyabilmesi için malike iki dava hakkı tanınmıştır. Bunlar; istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarıdır. Dolayısıyla, mülkiyet hakkının dış muhtevası (olumsuz içeriği)

tamamen kaldırılabilir. Öte yandan, söz konusu sınırlandırma veya kaldırma gerçekleştirilirken, kamu yararı ile mülkiyet hakkı ihlâl edilen kişinin menfaati arasında makul, kabul edilebilir, hak ve adalet dengesini sağlayan bir oranın kurulması gerekir. Bkz. Yarg. 20. HD, T. 09.02.2017, E. 2015/9686, K. 2017/1032 (www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 23.03.2022).

⁷ Bkz. **Tekinay**, Selâhatin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Halûk/ **Altıp**, Atillâ, Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 477 vd; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 444 vd; **Eren**, s. 53; **Ünal**, Mehmet/ **Başpınar**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, s. 171 vd; **Nomer**, Halûk Nami/ **Ergüne**, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 53 vd; **Kılıçoğlu**, s. 40 vd, 220 vd.

⁸ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 444; **Eren**, s. 53; **Nomer/Ergüne**, s. 201.

⁹ Tespit davası için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 504; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 444 vd, 453; **Eren**, s. 52; **Sirmen**, s. 349; **Nomer/Ergüne**, s. 201, dn. 12; **Kılıçoğlu**, s. 224. İcra hukukundaki istihkak davası için bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Esener/Güven**, s. 241. İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen istihkak davasına aşağıda özel olarak yer verilmiştir. Bkz. 3.2.2.1.

olarak da anılan mülkiyetin korunması meselesi, ağırlıklı olarak bu iki dava kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰.

Türk Medenî Kanunu m. 683/II'de istihkak davasına yer verilmiş olmakla beraber ne bu hükümde ne de devamında davanın içeriğine veya uygulanış şekline dair bir düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla, istihkak davasının uygulanmasına dair birtakım sorunlar mevcuttur. Mesela, davanın hangi türdeki mallar için açılabilceğine yönelik öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre sadece taşınırılar için istihkak davası açılabilirken diğer görüş, bu davanın hem taşınır hem de taşınmazlar için açılabilceğini savunmaktadır. Bunun yanı sıra, taşınmazlarda tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının lehe sonuçlanması halinde ayrıca istihkak davası açmak gerekip gerekmediği de bir tartışma konusudur. Yine, taşınmazın tümüyle işgali halinde istihkak mı yoksa elatmanın önlenmesi davası mı açılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sözleşmenin ihlâli sebebiyle dönme hakkının kullanılması halinde dönmenin değiştirici veya bozucu yenilik doğuran hak olarak değerlendirilmesi ihtimallerine göre istihkak davasının açılıp açılmayacağı hususunda da farklı görüşler öne sürülmüştür. Bunların yanı sıra, istihkak davasının başka davalarla yarışıp yarışmayacağıının ele alınması gerekmektedir. Yine, bu davanın diğer davalara nazaran ne tür avantajlar sağladığı da açıklığa kavuşturulmalıdır.

Görüldüğü üzere istihkak davası, sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte, üzerinde çalışılması gereken birçok meseleyi bünyesinde barındırmaktadır. Hâl böyle olmakla birlikte, eşya hukukundaki istihkak davası (veya istihkak talebi) hem Türk hem de İsviçre ve Alman Hukuku'nda görebildiğimiz kadarıyla şimdiye dek başlı başına kapsamlı bir çalışmaya konu olmamıştır. Konu seçimi yapılırken, Türk Hukuku'nda sadece eşya hukukuyla ilgili genel ders kitaplarında istihkak davasına yer verilmekte olduğu ve konuya ilişkin bir makale¹¹ ile haksız zilyetlikte iade üzerine bir monografi¹² bulunduğu tespit edilmiştir. İsviçre ve Alman Hukuku'nda ise genel olarak malik-zilyet ilişkisi üzerine veya istihkak talebinin başka müesseselerle ilişkisine yönelik çalışmalar yapıldığı görülmüş; doğrudan doğruya istihkak talebi veya istihkak davası adıyla yapılmış bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu durum, bizi tez çalışması olarak istihkak davası konusunu seçmeye sevk etmiştir.

Günümüzde temel insan hakkı olarak kabul edilen mülkiyet, insanlığın başlangıcından bu yana mevcut olan bir haktır. Öyle ki tarihin ilk dönemlerinde yaşamış olan insanlar, kendilerine

¹⁰ Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 444; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 318; Eren, s. 18; Sirmen, s. 349; Nomer/Ergüne, s. 201; Ertaş, s. 218; Akçaal, s. 417.

¹¹ Antalya, Gökhan, "İstihkak Davası", YÜHFD, Y. 2021/2, C. XVIII, sa. 499-514, s. 499 vd.

¹² Özen, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

yetecek büyüklükte bir toprağı ele geçirerek bunun üzerinde hak iddia etmiş; bir arada yaşamının gerektirdiğı birtakım hukuk kuralları oluşturarak ellerinde bulundurdıkları malları birbirlerine ve dışarıya karşı koruma ihtiyacı hissetmişlerdir¹³. Bu yönüyle mülkiyet hakkının, devlet anlayışının gelişmesinden daha eski olduğunu söylemek dahi mümkündür¹⁴. Bunun yanı sıra, devletlerin yönetim biçimlerinin belirlenmesinde de mülkiyet hakkı ciddi bir rol oynamaktadır. Marksist hukuk sistemini benimseyen devletlerde kişilerin mülkiyet hakkı ellerinden alınarak devlete tanınmaktayken; liberal yönetim biçimlerinde ise kişiye, şey üzerinde malik olma hakkı sağlanmaktadır¹⁵.

Mülkiyet hakkı öyle bir haktır ki malik, mülkiyetindeki mal üzerinde doğrudan ve mutlak bir hâkimiyete sahip olur. Mülkiyet hakkının mutlak olma özelliğı gereğı herkese karşı ileri sürülmesi mümkündür. Doğrudan hâkimiyet ile kastedilen ise mülkiyete konu olan şey ile malikin arasına üçüncü kişilerin girmemesi ve aynı hakkın eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tümünü sağlamasıdır. Bunların yanı sıra, mülkiyet hakkına dışarıdan bir müdahalede bulunulması halinde malikin, müdahaleye engel olabilmek için bizzat savunma hakkı ve kaybettiğı şeyi geri alabilmek için takip hakkı bulunmaktadır¹⁶. Görüldüğü üzere, kişilere özel mülkiyet hakkının tanındığı bir hukuk düzeninde, kuvvete başvurma gibi başka herhangi bir durumda suç dahi sayılabilecek birtakım fiillerin icrasına izin verilebilmektedir.

Türk hukuk sistemi ise mülkiyet hakkı açısından karma sistem olarak nitelendirilmektedir¹⁷. Zira Türk Medenî Kanunu m. 683/I’de getirilen “*bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediğı gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*” hükmü gereğı, kural olarak liberal mülkiyet anlayışı esas alınmış olsa da bunun mutlak olduğu söylenemez. Öyle ki Anayasa’nın “*mülkiyet hakkı*” başlıklı 35’inci maddesinde, “*herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere 1982 Anayasası, mülkiyet hakkının kullanılmasında kamu yararıyla ilgili birtakım sınırlandırmalar getirmiştir. Anayasa’da veya Türk Medenî Kanunu’nda mülkiyet hakkına ilişkin bir tanım yapılmamış olsa da Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkını şu şekilde tanımlamıştır: “*Mülkiyet hakkı bir kimsenin, başkasının hakkına zarar*

¹³ Rousseau, Jean – Jacques, Toplum Sözleşmesi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019, s. 56 vd.

¹⁴ Mülkiyet hakkının tarihsel gelişimi hakkında bkz. Serdengeçti, Edip, “Mülkiyet Nehicinin Tekâmül Vechesi”, İÜHFM Y. 1959, C. 24, S. 1-4, sa. 432 – 460, s. 432 vd.

¹⁵ Eren, s. 5 vd; Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler, Ankara 2009, s. 69.

¹⁶ Ünal/Başpınar, s. 41 vd.

¹⁷ Eren, s. 10 vd.

vermemek ve kanunların koyduğu kayıtlamalara da uymak şartı ile bir şey üzerinde dilediği şekilde, kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, şeklini değiştirme ve istihlâk etme, hatta tahrip etme) yetkilerini ifade eder¹⁸.” Bu tanıma göre de mülkiyet hakkının kullanılması, ancak başkalarının haklarının ihlâl edilmediği ve kanundan doğan kısıtlamalara uyulduğu haller dâhilinde gerçekleşebilir. Öte yandan kamu yararının neticesi olan bu kısıtlamaların dar yorumlanması icap eder. Kamu yararı, devletin özel mülkiyete müdahalesi için bir mazeret gibi değerlendirilmemelidir. Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle, mülkiyet hakkının hukuk sistemleri açısından son derece yüksek bir önemi haiz olduğunu söylemek mümkündür. Zira mülkiyet hakkı; kamu yararı, devlet rejimi, kişilerin yaşam şekli gibi hassas alanlara etki etmektedir. Dolayısıyla, mülkiyet hakkının nasıl korunacağı hususu da hakkın varlığı ve kullanılmasıyla eşit derecede önem arz eder. Öyle ki söz konusu hak korunamıyor olduktan sonra, var olması tek başına hiçbir anlam ifade etmez.

Mülkiyet hakkına ilişkin kapsamlı düzenlemeler, Türk Medenî Kanunu’nun Eşya Hukuku kitabında getirilmiştir. Bu düzenlemeler, yukarıda da değinilmiş olan 683’üncü maddeyle başlamakta olup, ikinci fıkraya göre mülkiyet hakkının haksız şekilde ihlâl edilmesi halinde malike, istihkak davası açarak mülkiyete konu olan şeyi dava yoluyla geri alma hakkı tanınmıştır. Her ne kadar kanunda düzenlenmiş ve uygulamada kullanılıyor olsa da Türk Hukuku’nda doğrudan doğruya istihkak davasına ilişkin şu ana kadar yapılmış kapsamlı bir çalışma karşımıza çıkmamıştır. Oysa bu dava hem teoriyi hem de uygulamayı kapsayacak şekilde, üzerinde bir değil belki birkaç tane doktora tezi yazılmasını hak eden son derece önemli bir davadır.

Türk Medenî Kanunu m. 683’ün ilk fıkrasında mülkiyet hakkının içeriği, ikinci fıkrasında ise hakkın korunma yolları düzenlenmiştir. Her ne kadar çalışma konusu m. 683/II’de düzenlenen istihkak davasına ilişkin olsa da söz konusu maddenin bir bütün olarak ihtiva ettiği düzenlemeler eşya hukukunda önemli bir yer kaplamaktadır. Öyle ki maddenin ilk fıkrası malikin kullanma, yararlanma ve tasarruf haklarına sahip olduğunu düzenlemekte olup, kanaatimizce bu haklar da ayrı ayrı çalışma konusu olarak ele alınabilir. Bu sebeple, ilgili maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş olan mülkiyet hakkının içeriği konusunda ayrıntılı açıklamalar yapılmamıştır.

Her ne kadar kanundaki düzenleme istihkak "davası" şeklinde olsa da istihkak talebinin varlığı için malikin dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. İstihkak talebi, mülkiyet hakkı var oldukça onunla var olmaya devam eder. Bu sebeple, konunun sadece istihkak davası olarak ele alınmasından kaçınmak adına hem davayı hem de geniş anlamda istihkak talebini kapsayan bir istihkak müessesesi çatısı oluşturulmuştur.

¹⁸ AYM. T. 20.09.1966, E. 637156, K. 63/34 (Bkz. **Eren**, s. 5).

Birinci bölümde istihkak müessesinin teorik yönlerine yer verilmiştir. Dolayısıyla, istihkak müessesesinin hukukî niteliği, istihkak talebinin borçlar hukukundan doğan taleplerle üstünlük ilişkisi veya talebin üçüncü kişilere devredilebilirliği gibi hususlar burada incelenmiştir. İstihkak talep hakkı oluşmadan istihkak davası da açılmayacağından, bunların öncelikle ele alınması önem arz eder.

İkinci bölümde istihkak davasının bu yönlerine gerektiği kadar değinildikten sonra, davanın ilgili bazı davalarla karşılaştırılması ve yarışması hususu ele alınmıştır. Davanın konusu, süresi, görevli ve yetkili mahkeme gibi doğrudan doğruya istihkak "davasını" ilgilendiren hususlar çalışmamızın sadece sınırlı bir kısmını oluşturmaktadır. Bunun sebebi, söz konusu meselelerin usul hukukunu daha yakından ilgilendiriyor olmasıdır. Mesela, TMK m. 683/II'de istihkak davasının yanı sıra haksız elatmanın önlenmesi davasının da açılabilceği düzenlemesi getirilmiştir. Diğer bir deyişle, ikinci fıkrada iki farklı dava türü mevcuttur. Fıkranın tamamını ele alacak şekilde bir çalışma yapmanın konuyu gereğinden fazla genişleteceği fark edildiğinden, elatmanın önlenmesi davasına çalışmada ayrıntılı olarak yer verilmemiştir. Malike tanınan iki dava hakkından diğerinin elatmanın önlenmesi olması ve bunun istihkak davasıyla aynı hükümde düzenlenmesi sebebiyle, iki davanın birbirinden farklılıkları gibi hususlar ele alınmıştır. Bunun dışında, TMK m. 683/II'de istihkak davasının yanı sıra "malike" tanınan diğer dava türü elatmanın önlenmesi olmakla birlikte, Türk Medenî Kanunu'nda bir de "zilyede" tanınan elatmanın önlenmesi davası mevcuttur (m. 983)¹⁹. Bu dava, öğretide “men’i müdahale”, “tecavüzün men’i”, “tecavüzün ref’i”, “saldırının sona erdirilmesi”, “tecavüzün durdurulması”, “tecavüzden doğan dava” gibi farklı adlarla da anılmaktadır²⁰. Öte yandan, TMK m. 983 anlamındaki zilyede tanınan dava için kullanılan adlardan bir tanesinin de “elatmanın önlenmesi davası” olması, davanın TMK m. 683/II'de malike tanınan elatmanın önlenmesi davasıyla karıştırılmasına sebep olabilmektedir. Benzer şekilde; yedin iadesi davası, taşınır davası gibi zilyetliğe ilişkin davalar da istihkak davasında olduğu gibi bir şeyin zilyetten alınarak bir başkasına verilmesini sağlar niteliktedir. İlk bakışta aynı amaca hizmet ediyormuş gibi görünebilen bu davaları istihkak davasıyla karşılaştırarak, aralarındaki farklılıkları ortaya koyma ihtiyacı hâsıl olmuştur. Yine de bu dava türlerinin her biri ayrı bir çalışma konusunu oluşturacak nitelikte olduğundan, fazla ayrıntıya

¹⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189.

²⁰ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 117; Reisoğlu, Safa, Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, Altıncı Bası, Ankara 1980, s. 52; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 96 vd; Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 29; Ünal/Başpınar, s. 208; Esener/Güven, s. 89; Ertaş, s. 51; Nomer/Ergüne, s. 63 vd; Sirmen, s. 95 vd; Kılıçoğlu, s. 50 vd; Antalya, Gökhan/ Topuz, Murat, Eşya Hukuku, Cilt IV/1, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 332 vd; Akçaal, s. 179.

girmekten kaçınılmıştır. Bunların yanı sıra, Türk Medenî Kanunu'nun miras hukuku hükümlerinde "miras sebebiyle istihkak davası" adında ayrı bir dava türüne yer verilmiştir (TMK m. 637 vd). Bu dava, adı itibarıyla oldukça benzer gibi görünse de TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davasından farklıdır. Buna ilişkin farklılıkları ortaya koyabilmek adına iki dava türü birbiriyle karşılaştırılmıştır. Konuyu gereğinden fazla genişletmemek adına miras sebebiyle istihkak davasının içeriğine fazla temas edilmemiştir. Yine, ilgileri sebebiyle tapu kütüğünün düzeltilmesi, zilyetlik, taşınır, sözleşmeden doğan iade, sebepsiz zenginleşme davaları da istihkak davasıyla karşılaştırılmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun yanı sıra bir de 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda istihkak davasına yer verildiğinden, aynı adı taşımaları sebebiyle iki istihkak davasının farklılıkları ve benzerlikleri ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde istihkak talebinin sonuçlarıyla birlikte talep hakkının sona ermesi ve şekil değiştirmesi hususları incelenmiştir. İstihkak davasının davacı lehine hükme bağlanması hâlinde ortaya çıkan sonuç, haksız zilyedin iade yükümlülüğüdür. Davalının zilyetliği kazanırken veya sonrasında iyi niyetli olup olmaması, dava sırasında malın zarar görmemesi için gerekli tedbirleri almaması gibi hususlar iade yükümlülüğünün kapsamını etkilemektedir. Yakın ilgisi sebebiyle, haksız zilyetlikte iade meselesine istihkak talebinin sonuçları başlığı altında yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, istihkak davası devam ederken veya kazanıldıktan sonra icra aşamasındayken malın haksız zilyet tarafından kaybedilmesi hâlinde ne olacağı meselesi de önem arz etmektedir. Zira kaybetmesi son derece kolay olan taşınır bir malın fiilen iadesi imkânsızlaştıktan sonra, davayı kazanmış olmanın anlamı sorgulanacak hale gelmektedir. Yine, haksız zilyetliğe üçüncü kişilerin etki etmesi ihtimali gözetilerek, üçüncü kişilerin sorumluluğuna da bu bölümde yer verilmiştir. Bunların dışında malın, malikin iradesiyle haksız zilyede bırakılması, geri verilmesi, devri, kaybı, tahrip ya da telef olması, dürüstlük kuralı gibi sebeplerle istihkak talebinin sona erip ermeyeceği de üçüncü ve son bölümde ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM MESELESİ VE DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE İSTİHKAK MÜESSESİ

1.1. Kavram Meselesi

Kavram meselesi başlığının altında, istihkak teriminin Türk Hukuku ve diğer hukuk sistemlerindeki kökeni ve genel anlamda iade kavramının kapsamı incelenmiştir. İstihkak müessesesini ilgilendiren tanıma ise istihkak müessesesinin tanımı başlığı altında ayrıca yer verilmiştir²¹.

1.1.1. İstihkak Kavramı

“Hak” kökünden türeyen “istihkak” kelimesi, sözlükte “hakkı olma”, “hak kazanma”, “hak ediş” şeklinde tanımlanmaktadır²². Dolayısıyla Türk Medenî Kanunu’nun 683’üncü maddesinde geçen istihkak davasının anlamı da “hak edişe dair dava”, “hak davası” şeklinde yorumlanabilir. Öte yandan bütün davalar hakka ilişkin kabul edilebileceği için, istihkak davası kavramını sözlük anlamından soyutlayarak teknik bir tabir olarak değerlendirmek icap eder.

İstihkak davası kavramı, bilindiği kadarıyla ilk olarak *rei vindicatio* adıyla Roma Hukuku’nda kullanılmaya başlanmıştır. Latince *res* kelimesi “mal”, “şey” anlamına gelirken, *vindicare* fiili ise “geri almak”, “üzerine almak”, “hak talep etmek” anlamlarını taşımaktadır²³. *Rei vindicatio* davasının çevirisi ise “şeyin hakkını koruma davası”, “şeye dair hakkı kanıtlama davası” gibi ifade edilebilir²⁴.

İngiliz Hukukunda istihkak davasının karşılığı *replevin* veya *recovery of property* (mülkiyetin kurtarılması) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Etimolojik sözlüğe göre *replevin* kelimesi, *re-* (yeniden, tekrar) ve *plevin* kelimelerinin birleşiminden meydana gelmektedir. *Plevin* kelimesinin kökeninin nereye dayandığı hususunda açıklık olmamakla birlikte, 13 ila 15’inci yüzyıl Anglo-Fransız ve Anglo-Latin dillerindeki *plevir* (teminata almak, korumak, güvence sağlamak) fiiline dayandığı tahmin edilmektedir²⁵.

²¹ Bkz. 2.1.3.3.

²² Bkz. Türkçe Sözlük, Hazırlayan: Mustafa Argunşah (ve başk.), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2023, “istihkak” maddesi.

²³ Bkz. <https://de.pons.com/> (E.T. 18.01.2022).

²⁴ Latince–Almanca hukuk terimleri sözlüğünde *rei vindicatio* kavramı, “*Vindikation der Sache*” (şeyin hakkını koruma) olarak açıklanmıştır. Bkz. **Filip-Fröschl**, Johanna/ **Mader**, Peter, Latein in der Rechtssprache, Wien 1999, s. 88.

²⁵ Bkz. https://www.etymonline.com/word/replevin#etymonline_v_12837 (E.T. 18.01.2022).

Alman ve İsviçre Hukuku'nda istihkak davası, öğretide Vindikation ya da *Eigentum* (mülkiyet) ve *Klage* (dava) kelimelerinin birleşimi olan *Vindikationsklage* ya da *Eigentumsklage* (mülkiyet davası) şeklinde ifade edilmektedir²⁶. Bununla birlikte, Alman ve İsviçre Medenî Kanunları'nda bu veya başka herhangi bir kavrama yer verilmemiştir. Gerçekten de Alman Medenî Kanunu'nun "iade talebi" başlıklı 985'inci paragrafında "*Malik, zilyetten şeyin iadesini talep edebilir*" ifadesi kullanılmakla yetinilmiştir. Aynı şekilde İsviçre Medenî Kanunu m. 641/2'de de "*Malikin, şeyi kendisinden alıkoymakta olan herkese karşı talepte bulunma ve her türlü haksız müdahaleye karşı koyma hakkı vardır*" hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla burada da belli bir hukukî terim kullanmaktan kaçınıldığı görülmektedir. Nitekim Alman Hukuku'ndaki pek çok kaynakta *Eigentumsklage* kavramı dahi kullanılmayıp, "*Der Schutz des Eigentums*" (mülkiyetin korunması), "*Eigentümer- Besitzer Verhältnis*" (malik – zilyet ilişkisi) veya *Vindikationsklage* (istihkak durumu) gibi genel tabirler tercih edilmektedir²⁷. Bunun yanı sıra, "*Herausgabeanspruch*" (teslim/iade talebi) ve "*Herausgabeklage*" (iade davası) kavramları da istihkak talebi anlamında sıklıkla kullanılmaktadır²⁸. Bununla birlikte, "*Herausgabe*" (teslim/iade) kavramı Alman medenî hukukunda bağdaşık olarak kullanılmayıp, satış sözleşmesinde edimin ifası veya medenî usul hukukunda malın devri gibi anlamlarda da kullanılmaktadır. Yine, sebepsiz zenginleşme başlığı altında BGB §812'de yer verilen "*Herausgabe*" kavramı da illaki bir malın verilmesine yönelik olmak zorunda değildir²⁹. Öte yandan, malın iadesine ilişkin özel düzenlemeler olan kira sözleşmesinde (BGB §546) "*zurückgeben*" (geri verme) veya tüketici sözleşmesinde (BGB §346) "*zurückgewähren*" (geri verme/ödeme) gibi kavramlar açısından, yükümlülüğün kapsamı bakımından farklılık bulunmamaktadır³⁰. Öğretide, karışıklığa yol açmaması için kavramlar birbirinden ayrılarak, dar anlamda iade talebinin (*Herausgabeansprüche*), hukuka aykırı malvarlığı uyuşmazlıklarında kullanılması ve bir malın teslimini gerektiren sözleşmeye dayalı taleplerin bundan ayrı tutulması

²⁶ İsviçre Hukuku'nda çoğunlukla *Eigentumsklage* kavramı kullanılmakla birlikte; *Verfolgungsklage* (takip davası), *Herausgabeklage* (iade davası), *rei vindicatio*, *Vindikation* (istihkak), *Klage aus dem Rechte* (haktan doğan dava), *petitorische Klage* kavramları da öğretide kendine yer bulmaktadır. Bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981, s. 328, kn. 54.

²⁷ Bkz. **Sutter-Somm**, Thomas, Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band: Sachenrecht, Erster Teilband: Eigentum und Besitz, Zweite, vollständig überarbeitete Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, s. 34.

²⁸ **Meier-Hayoz**, Art. 641, s. 328, kn. 54.

²⁹ **Manzke**, Simon, Die Pflicht zur Herausgabe, Baden-Baden 2020, s. 23 vd. Sebepsiz zenginleşmede iade yükümlülüğünün kapsamı hakkında bkz. 3.2.1.6.

³⁰ **Manzke**, s. 24.

gerektiği öne sürülmektedir. Buna karşılık söz konusu görüş, sözleşmeye dayalı teslim taleplerinin de borcun ifa edilmemesi sebebiyle hukuka aykırı olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre iade talebi, belirli bir malın devredilmesi amacına yönelmiş olan taleplerin her biri olarak ifade edilmelidir³¹.

Türk Hukukunda da bazı kavramlar benzer anlamlarda kullanılmaktadır. Bu durum, malik-zilyet ilişkisinde bir taraf hak sahibiyken diğer tarafın iade yükümlüsü olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle malik, mülkiyet hakkını korumak için “iade talebinde” bulunurken; bunun karşılığında “haksız zilyedin iade yükümlülüğü” doğmaktadır. Öte yandan, haksız zilyedin iade yükümlülüğü mutlaka istihkak davası yoluyla ortaya çıkmayıp, bundan daha geniş bir yelpazeye hitap etmektedir. Mesela zilyetlik davaları, taşınır davası, zilyetliğin idarî yoldan korunması gibi muhtelif talepler de haksız zilyedin iade yükümlülüğünün doğmasına sebep olur³². Bunun yanı sıra, eşya hukukunda “*haksız zilyedin iade yükümlülüğü*” denince genellikle akla gelen, TMK m. 993-995’te düzenlenen iade yükümlülüğünün kapsamı hükümleridir. Çalışmamızda, aynı ilişkinin diğer ucu olması sebebiyle uygun düştüğü ölçüde haksız zilyedin iade yükümlülüğü ifadesine de yer verilmiş ve “*zilyedin yükümlülüklerini*” izah eden kaynaklara “malikin hakları” perspektifinden bakılarak sıklıkla atıfta bulunulmuştur. Belirtmek gerekir ki Alman Hukuku’nda yukarıda belirttiğimiz “*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*” (malik-zilyet ilişkisi) kavramının kullanılmasının sebebi de ilişkinin hem malik hem de haksız zilyedin perspektifinden iki ucunun bulunması ve bunların bir arada değerlendiriliyor olmasıdır.

Türk Hukukunda istihkak davasının yanı sıra mülkiyet davası ifadesini kullanan yazarlar da mevcuttur³³. Yine de Türk Medenî Kanunu’nda tercih edilen kavram bu olmadığından, öğretide istihkak davası kavramı ağırlıklı olarak tek başına kullanılmaktadır³⁴. Gerek kanundaki ifadenin istihkak davası olması gerekse öğretide ağırlıklı olarak bu kavramın tercih edilmesi sebebiyle, çalışmamızda da aynı kavram kullanılarak bütünlüğün korunması amaçlanmıştır. Bununla beraber, kanun hükmünde düzenlemeye gidilecek olursa dilde sadeleşme gereği Türk Hukukunda da mülkiyet davası gibi daha Türkçeleşmiş bir kavramın kullanılması kanaatimizce uygun düşer.

³¹ Bkz. **Manzke**, s. 25.

³² Söz konusu talepler hakkında sırasıyla bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 197 vd, s. 212 vd, s. 181 vd.

³³ Mülkiyet davası için bkz. **Eren**, s. 31; **Eren**, Borçlar, s. 954 vd; **Gürsoy**, Kemal T./ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 356; **Başpınar**, Mülkiyet, s. 188.

³⁴ Bkz. **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 445 vd; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 278 vd; **Ertaş**, s. 214 vd; **Kılıçoğlu**, s. 221; **Sirmen**, s. 250 vd; **Akipek**, Jale, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s. 77 vd; **Esener/Güven**, s. 186 vd.

1.1.2. “İade” Kavramının Kapsamı

Genel itibarıyla istihkak müessesesinin içeriğini, malikin, üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu bir malı için haksız zilyetten iade talep etme hakkı oluşturmaktadır. Ancak iade kavramından ne anlaşılması gerektiği ve bunun kapsamının ne olduğu meselesini de ele almak icap eder.

Ortada herhangi bir hukukî ilişki olmamasına rağmen mal bir şekilde malikin elinden çıkarak haksız zilyedin eline geçmişse, bunun iadesi için istihkak talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir. Benzer şekilde, eğer mal bir hukukî ilişki kapsamında malikin elinden çıktıktan sonra hukukî ilişkinin geçersizliği veya artık sona ermesi sebebiyle geri verilmesi gerekmesine rağmen verilmemişse, bu durumda da malik açısından iade talep etme hakkı doğar³⁵. Bununla beraber, acaba istihkak talebi anlamındaki iadede ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak ifadenin kapsamı ne kadar genişletilebilir? Diğer bir deyişle "istihkak" müessesesini, iadeyi ilgilendiren hangi hükümlere uygulamanın mümkün olduğunu ele almak gerekir.

Türk Medenî Kanunu'nun eşya hukuku hükümlerinde ve Türk Borçlar Kanunu'nda geri vermeye ilişkin muhtelif hükümler bulunmaktadır. Mesela TMK m. 989/I'de “*taşınır çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. O halde maddede belirtilmiş olan taşınır malın kaybolması, irade dışında çalınması ve benzeri durumlara maruz kalan zilyet, malik olsa dahi söz konusu hükme dayanarak dava açacaksa bu dava istihkak değil taşınır davası olarak anlaşılır³⁶. Benzer şekilde, eğer taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olması sebebiyle bir malın doğrudan zilyetliği sözleşmenin diğer tarafına geçmiş, daha sonra sözleşmenin sona ermesi sebebiyle iadesi gerekmesine rağmen iade edilmemişse, iade talebi sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde çözüme kavuşturulur³⁷. O halde, her iki durumda da iade talep eden maliki tatmin edecek olan yöntem, kanun hükümlerinin içinde bulunmaktadır. Yine, doğrudan doğruya zilyetliği korumaya yönelik olarak iade yükümlülüğü getiren zilyetlik davalarında da kanunun ilgili maddeleri çerçevesinde talepte bulunulması gerekir³⁸.

Eşya ve borçlar hukuku dâhilinde belirtilen hükümlerin yanı sıra, Türk Medenî Kanunu ve muhtelif kanun hükümlerinde iade yükümlülüğü için “*geri verme*”, iade talebi için “*geri verilmesini talep edebilir*” gibi ifadelerin kullanıldığı pek çok başka hüküm görülmektedir. İadeyi

³⁵ Bu hususta ayrıca bkz: 2.1.3.4. (İstihkak Müessesesinin Hukukî Niteliği).

³⁶ Bkz. 3.2.1.3 (Zilyetlik Davaları).

³⁷ Bkz. 3.2.1.5. (Sözleşmeden Doğan İade Davası).

³⁸ Bkz. 3.2.1.3 (Zilyetlik Davaları).

ilgilendiren diğer alanlardaki düzenlemeler, eşya ve borçlar hukukunun aksine bir malın haksız olarak elde bulundurulması ve iadesi meselesine özel olarak temas etmemekte, sadece gerektiği ölçüde iade yükümlülüğüne değinmektedir. Bu sebeple, her ne kadar pek çok muhtelif alanda bazı iade yükümlülükleri düzenlenmiş olsa da bunların teorik yönüyle borçlar veya eşya hukukundaki iade müessesesiyle açıklanması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, iadenin sağlanma usulüne yönelik herhangi bir soru işaretinin oluşması halinde, duruma göre haksız zilyetlikte iade (TMK m. 993-995) veya sözleşmeden doğan iade gibi düzenlemelerden yararlanılmalıdır.

1.1.2.1. Nişanın Bozulmasında Hediyein İadesi

İadeye ilişkin olarak gösterilebilecek özel düzenlemelerden bir tanesi, Türk Medenî Kanunu'nun aile hukuku hükümlerinde nişanın bozulmasının sonuçları başlığı altında m. 122'deki "Hediyein geri verilmesi" hükmüdür. Hükümde, *"Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir. Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır."* düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere, nişanın sona ermesi sebebiyle hediye verenler³⁹ tarafından bir iade talep etme hakkı doğmaktadır⁴⁰. Öyle ki nişanlılığın sona ermesiyle birlikte hediyein kazanılmasına ilişkin hukukî sebep de ortadan kalkmış demektir⁴¹. Nişanın sona erdiği andan itibaren hediye alınıp alan taraf, bunları iade etmesi gerektiğini bildiği için kötü niyetli haksız zilyet olarak kabul edilmelidir⁴². Bu durumda

³⁹ Nişanlıların yanı sıra, onların anne ve babaları veya onlar gibi hareket edenler de verdikleri hediyeleri TMK m. 122 kapsamında geri isteyebilir. Bkz. **Doğan**, Murat, Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyein Geri Verilmesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1998, C. 2, S. 1, sa. 199-238, s. 224; **Altunkaya**, Mehmet, "Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyein Geri Verilmesi", Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Y. 2006/IV, S. 8, sa. 217-235, s. 229. Bu kişilerin dışında kalanların nişanlanma sebebiyle vermiş oldukları hediyelerin iadesi ise genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşme veya bağışlamadan rücu kapsamında talep edilebilir. **Doğan**, Nişanlanma, 225 vd. Ayrıca, hediyein iadeye konu edilebilmesi için alışılmışın dışında olması gerekmektedir. Bkz. **Altunkaya**, Nişanlanma, s. 225.

⁴⁰ **Altunkaya**, Nişanlanma, s. 224 vd; **Zeytin Çağrı**, Gözde, "Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyein Geri Verilmesi", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 10, S. 1, sa. 81-103, s. 97.

⁴¹ **Altunkaya**, Nişanlanma, s. 225.

⁴² Burada açıktan alınan hediyeler kastedilmektedir. Kişinin haberi olmaksızın banka hesabına para yatırılması veya sürpriz yapma gibi bir niyetle o farkında olmaksızın hâkimiyet alanına bir malın hediye olarak bırakılması gibi ihtimallerin gerçekleşmesi de mümkündür. Eğer nişanı bozulan kişi, hediye aldığı farkında değilse kötü niyetten söz edilmez.

hediye alanın, hediyeleri koruması ve varsa ürünlerini toplaması gerekir⁴³. Hediye alanın, hediye üzerinde yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları talep etmesi ve gerekirse alıkoyma hakkını kullanması mümkündür⁴⁴.

Hediyeyi veren tarafın malik olup olmadığı teorik anlamda belli değildir ve somut olaya göre değişkenlik arz eder. Öte yandan, ikinci fıkrada sadece aynen veya mislen geri verilememe halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁴⁵. Aynen geri vermenin mümkün olması halinde hangi hükümlerin uygulanacağıyla ilgili bir açıklık bulunmamaktadır. Bunun sebebi, olsa olsa hediyeyi veren tarafın sıfatının bilinemeyişinden kaynaklanabilir. Öyle ki hediyeyi verenin malik olma ihtimali yüksek görünse de malı çalmış, kiralamış, ödünç almış veya başka yollarla elde etmiş olabilir. Malın geri alınması için hangi hükümlere başvurulması gerektiği, hediyeyi verenin sıfatına göre değişkenlik arz eder. Bununla birlikte, eğer hediyeyi veren malikse, karşı taraf da haksız zilyet olduğu için istihkak müessesesinin şartları gerçekleşmiş demektir. Dolayısıyla, her ne kadar hediyelerin iadesi TMK m. 122 kapsamında gerçekleşiyor olsa da kanaatimizce burada malikin sahip olduğu geniş anlamdaki istihkak müessesesinin özel bir türü söz konusudur. Alman aile hukukunda da ayrı yaşayan eşlerin, BGB §1361a gereği kendilerine ait olan ev eşyalarının⁴⁶ ve evcil hayvanların⁴⁷ iadesini talep edebilecekleri, söz konusu iade hükmünün ise istihkakın yerine geçen ve istihkak davasını önleyen bir hüküm niteliğinde olduğu belirtilmektedir⁴⁸. Buna göre BGB §1361a bağımsız bir iade yükümlülüğü yaratmamakta ancak zımnen, istihkak talebinin düzenlendiği BGB §985'e atıfta bulunmaktadır. Evlilik içi birlikte yaşamdan kaynaklanan ev eşyaları üzerindeki zilyetlik hakkı ayrılıkla birlikte sona erdiğinden, burada genel anlamdaki malik–zilyet ilişkisine dayalı iade yükümlülüğü (istihkak talebi) söz konusu olmaktadır⁴⁹. Her ne kadar bu

⁴³ Öğretide nişanın bozulmuş olmasının, hediyelerin geri verilmesini gerektirmeyeceği; hediye veren tarafın iade için talepte bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Zeytin Çağrı**, s. 97. Talep şartı söz konusu olsa dahi hediye alan, bunları her an iade etmek zorunda kalabileceğini bildiği için korumalı ve varsa ürünlerini toplamalıdır.

⁴⁴ **Zeytin Çağrı**, s. 97.

⁴⁵ **Doğan**, Nişanlanma, s. 230; **Zeytin Çağrı**, s. 97.

⁴⁶ Ev eşyası dışında kalan diğer malların iadesi de aile mahkemesindeki dava sırasında talep edilebilir, bkz. **Staudinger/Thole**, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), Neubearbeitung von Christoph Thole, Berlin 2019, §985, s. 27, kn. 59; **MüKoBGB/Baldus**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Sachenrecht, §§ 854-1296, München 2017, §985, s. 1314, kn. 207.

⁴⁷ AG Stuttgart-Bad Cannstatt, 24.01.2014 – 2 F 1188/13.

⁴⁸ **MüKoBGB/Baldus**, §985, s. 1314, kn. 205; **Staudinger/Thole**, §985, s. 26 vd, kn. 56.

⁴⁹ **Staudinger/Thole**, §985, s. 26 vd, kn. 56.

düzenlemelerin TMK m. 683'te düzenlenen teknik anlamdaki istihkakın yerini aldığından söz etsek de bu durum, ilgili özel düzenlemelerden vazgeçilerek doğrudan m. 683'e dayalı istihkak davası açılabilmesi anlamına gelmez⁵⁰. Mesela boşanma sebebiyle diğer eşe karşı ev eşyalarının veya aile konutunun iadesi için m. 683'e göre istihkak davası açmak yerine mal rejiminin tasfiyesi çerçevesinde talepte bulunmak icap eder⁵¹. Burada da tasfiyeye ilişkin hükümler, eşya hukuku anlamındaki istihkak talebinin yerini almaktadır. Benzer şekilde, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra da TMK m. 169 gereği hâkimin, davanın devamı süresince eşlerin mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri re'sen alması gerekmektedir. Bu kapsamda kişisel malların iadesine ilişkin verilen kararların da teorik anlamda istihkak müessesesinin yerini aldığı kanaatindeyiz⁵². Kaldı ki TMK m. 122/II'de hediyein aynen geri verilememesi halinde mislen iade edileceği, bunun da mümkün olmaması halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu özelliği bakımından da hediyelerin iadesi, TMK m. 683/II anlamındaki istihkak talebinden ayrılmaktadır⁵³.

1.1.2.2. Eser Sahibinin Fikir ve Sanat Eserlerini İadesi

İadeyi ilgilendiren bir diğer mesele ise fikir ve sanat eserlerinde karşımıza çıkmaktadır. FSEK m. 17/III'te eserin tek ve özgün olması halinde eser sahibinin, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanılmak amacıyla ve koruma şartlarını yerine getirerek iade etmek üzere eseri isteyebileceği hükmüne yer verilmiştir. Burada eserin istendiği kişi bakımından (kural olarak) eserin maliki (mesela satın alan) kastedilmektedir. Benzer bir hükme Alman hukukunda da Kültür Varlıklarının Korunması Kanunu'nda (*Kulturschutzgesetz/ Gesetz zum Schutz von Kulturgut*) yer verilmiş olup, buna göre hukuka aykırı kullanımlara yönelik olarak yurtdışına gönderilen millî kültür varlıklarının gönderildiği yerde ve yurtdışından gelen yabancı kültür varlıklarının Almanya'da daha etkili korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla bir sergi,

⁵⁰ Hediyelerin iadesi talebinin aynı değil kişisel nitelikte olduğu ve istihkak davasına değil, alacak davasına konu edilebileceği hakkında bkz. **Altunkaya**, Nişanlanma, s. 231.

⁵¹ **MüKoBGB/Baldus**, §985, s. 1315, kn. 213; **Staudinger/Thole**, §985, s. 28, kn. 61.

⁵² BGB §1361b'de buna benzer olarak özel bir düzenleme getirilmiş olup, boşanma davası veya ayrılık sırasında eşlerden birinin, (şartların gerektirmesi halinde) aile konutunun veya bunun bir bölümünün kendisine teslimini talep edebileceği düzenlenmiştir. Alman Hukuku'nda bu düzenlemenin, TMK m. 683'e tekabül eden BGB §985 anlamındaki istihkak talebinin yerini aldığı kabul edilmektedir. Bkz. **MüKoBGB/Baldus**, §985, s. 1314 vd, kn. 209; **Staudinger/Thole**, §985, s. 27, kn. 60, §986, s. 113, kn. 38. Eşlerden birinin aile konutunun bir bölümünde muayenehane açmış olması halinde de bu eş, muayenehanenin olduğu bölüm üzerinde devam ettirebileceği bir zilyetlik ve dolayısıyla teslim talep etme hakkına sahip olur. Bkz. **Staudinger/Thole**, §986, s. 113, kn. 38.

⁵³ Buradaki sebepsiz zenginleşmenin, "özel bir sebepsiz zenginleşme" kuralı şeklinde kabul edilmesi gerektiği öğretide öne sürülmüştür. Bkz. **Altunkaya**, Nişanlanma, s. 225.

restorasyon ya da inceleme veya benzeri bir faaliyet için yurt dışından kültür varlığı sağlayan kişiye güvenli davranış teminatı sağlanmakta ve bu durum, ödünç alanı malike karşı eşya hukuku anlamındaki istihkak talebine karşı korumaktadır⁵⁴. Kanaatimizce FSEK m. 17 kapsamındaki kullanımlar da buna paralel olarak TMK m. 683'teki istihkak talebini dışlayan özel bir iade türü şeklinde değerlendirilmelidir.

1.1.2.3. Yapı Malzemesinin İadesi

TMK m. 722'de de arazi ve yapı malzemesi arasındaki mülkiyet ilişkisi düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, sahibinin rızası olmaksızın kullanılan malzemenin sökülmesinin aşırı zarara yol açmayacak olması halinde, giderleri yapıyı yaptırana ait olmak üzere bunların söktürülerek malzeme sahibi tarafından istenebileceği hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere burada da malike tanınan ve fakat TMK m. 683 anlamındaki istihkak talebini dışlayan özel türde bir iade talebi yer almaktadır. Söz konusu talebin, TMK m. 683'teki istihkak talebini dışladığına yönelik en belirgin özellik ise hükümde geçen "aşırı zarara yol açmama" ifadesidir. Diğer bir deyişle, her ne kadar malikin malın iadesine yönelik bir tür istihkak talebinde bulunma yetkisi olsa da bu yetki, malın sökülüp alınmasının aşırı zarara yol açması halinde ortadan kalkmaktadır⁵⁵. O halde TMK m. 683 kapsamındaki istihkak talebinin aksine burada mülkiyet hakkının mutlak olma özelliğinin delindiği görülmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar yapı malzemesi taşınır mal niteliğinde olsa da bunun kullanılış şekli (inşaatta kullanılmış olması), malikin talep yetkisini kısıtlamakta ve istihkak davası açmasına engel olmaktadır. Eğer aynı malzeme farklı bir sebeple malikin hâkimiyet alanının dışına çıkmış olsaydı malik, TMK m. 683'e dayalı istihkak davası açarak malın iadesini talep edebilecekti.

Malzemenin sökülüp alınmasının mümkün olmaması halinde yapı, arazinin bütünleyici parçası haline gelir. Bu durumda malzeme sahibinin malzeme üzerindeki mülkiyet hakkı TMK m. 722/I gereği son bulmaktadır. Yapının değerinin arazinin değerini aşması halinde ise TMK m. 724 gereği iyi niyetli malzeme sahibi, uygun bir tazminat ödeyerek malzemeye birlikte arazinin mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep edebilmektedir⁵⁶. O halde söz konusu ihtimaller de

⁵⁴ MüKoBGB/Baldus, §985, s. 1313, kn. 192; Staudinger/Thole, §985, s. 28, kn. 63.

⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 802 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 558; Hatemi, s. 129; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 523; Eren, s. 348; Sirmen, s. 539; Ertaş, s. 378; Kılıçoğlu, s. 376; Esener/Güven, s. 389; Akçaal, s. 557.

⁵⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 813 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 562; Hatemi, s. 130; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 525; Eren, s. 353; Sirmen, s. 541; Esener/Güven, s. 390 vd; Kılıçoğlu, s. 378; Ertaş, s. 379; Akçaal, s. 559.

duruma göre malzemenin veya arazinin üzerindeki istihkak talebini bertaraf etmekte ve mülkiyet hakkının korunmasına yönelik olarak daha sınırlandırılmış bir iade talep etme yetkisi vermektedir.

1.1.2.4. Arı Oğlu vb. Sürüklenen Şeylerin İadesi

TMK m. 768/III'te arı oğulunun başkasının taşınmazına uçmuş olmakla sahipsiz duruma gelmeyeceği, buna karşılık TMK m. 774/II'de ise başkasının kovanına göçen arı oğulunun bir bedel ödenmesi gerekmeksizin kovan malikinin olacağı düzenlenmiştir. Burada da malikin iradesi olmaksızın malın mülkiyetinin başkasına geçtiği istisnai bir durum göze çarpmaktadır. Malik, arı oğulunun başkasının taşınmazına uçması halinde hâlâ mülkiyet hakkını haiz olacağından, arı oğulunun alıkonulması veya TMK m. 752 gereği beklenmeyen hal sebebiyle başkasının egemenliğine girdiğinde ilgili arazi malikinden izin alarak arayıp bulma hakkına sahiptir⁵⁷. Arazi malikinin buna katlanma ödevini yerine getirmemesi halinde ise istihkak talebinde bulunmak mümkündür. Buna karşılık, arı oğulunun başkasının kovanına göçmesi halinde mülkiyet hakkı göçülen kovanın sahibine geçeceğinden, istihkak talebinde bulunulamaz. TMK m. 752 gereği aynı durum, beklenmeyen haller sebebiyle başkasının arazisine sürüklenen veya düşen şeyler ve buraya giren büyük ve küçükbaş hayvanlar, kanatlı hayvanlar, balıklar gibi diğer mallar için de geçerlidir. Bunun yanı sıra, m. 709/II'de *“arazi kayması sebebiyle bir taşınmazdan diğerine geçmiş olan arazi parçaları ve diğer cisimler hakkında sürüklenen şeylere ve karışmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı”* düzenlendiğinden, bu maddede belirtilen unsurlar da aynı kapsama dâhildir.

1.1.2.5. Diğer Durumlar

TMK m. 710/I'de *“Arazi kaymasının sınır değişikliğine yol açmayacağı ilkesi, yetkili makamlarca heyelân bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmaz.”* hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemenin lafzından çıkan sonuç, heyelan bölgesinde arazi kaymasının sınır değişikliğine yol açacağı şeklindedir⁵⁸. Dolayısıyla heyelan bölgesinde arazi kayması sebebiyle sınırı değişen taşınmaz maliki, bu sebeple istihkak iddiasında bulunamaz.

TMK m. 771'e göre bulunan şeyin malikinin ilân veya muhtara ya da kolluk kuvvetlerine bildirme tarihinden itibaren beş yıl içinde ortaya çıkmaması halinde bulan kimse, m. 769 gereği yükümlülüklerini yerine getirmiş olmak kaydıyla mülkiyeti kazanır. Dolayısıyla şartların⁵⁹ yerine gelmesi ve sürenin dolmasından sonra malı kaybeden kimse, malın kimde olduğunu öğrense dahi mülkiyet hakkını kaybetmiş olacağı için istihkak iddiasında bulunamaz.

⁵⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 568 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 680; Eren, s. 441; Esener/Güven, s. 434; Kılıçoğlu, s. 429 vd; Ertaş, s. 436; Sirmen, s. 617; Akçaal, s. 607.

⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 490; Eren, s. 264; Sirmen, s. 499.

⁵⁹ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 874; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 594; Eren, s. 520 vd; Sirmen, s. 701; Esener/Güven, s. 564 vd; Ertaş, s. 519; Kılıçoğlu, s. 451 vd; Akçaal, s. 687 vd.

TMK m. 772/I'de "*Bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler, define sayılır.*" hükmüne yer verilmiştir. O halde define, ekonomik olarak değer arz eden değerli taş, mücevher, ziynet eşyası vb. taşınır maldır⁶⁰. Bunun bulunmuş eşyadan farkı ise ikinci fıkra gereği bulan kişinin değil, definenin bulunduğu arazinin malikinin define üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasıdır⁶¹. Burada kesin karine söz konusudur⁶². Dolayısıyla defineyi bulan kişinin, define üzerinde aynî hak talebinde bulunması mümkün değildir. Bununla beraber, uygun bir ödül talep edebilir⁶³. O halde mülkiyet hakkını ve dolayısıyla istihkak iddiasını öne sürme yetkisi arazinin malikine aittir. Öte yandan, maddenin üçüncü fıkrasına göre defineyi bulan kişinin (değerin yarısını aşmamak üzere) uygun bir ödül isteme hakkı olduğundan, malikin iade talebinin kapsamı sınırlanmıştır. Bunun yanı sıra, 27.01.1984 tarihli ve 18294 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Define Arama Yönetmeliği'nin⁶⁴ 17'nci maddesine göre, bulunan şeyin uzman heyet tarafından yapılan incelemeye göre kültür ve tabiat varlığı olması halinde müzelere, define olması halinde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca Hazine ve Maliye Bakanlığına teslim edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla her ne kadar TMK m. 772/II gereği definenin mülkiyetinin arazi malikine ait olacağı düzenlenmiş olsa da bu durum Define Arama Yönetmeliği tarafından bertaraf edilmekte ve arazi malikinin talep hakkı kısıtlanmaktadır. Zira arazi malikinin talep hakkının kapsamı, Yönetmeliğin 18'inci maddesi gereği definenin Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit edilen değerinin yüzde

⁶⁰ Define Arama Yönetmeliği m. 4/b'ye göre ise define, „*Gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan, 2863 sayılı Kanunun 6 ncı ve 23 üncü maddeleri dışında kalan ve bilimsel değer taşımayan menkul varlıkları*“ ifade eder. Öğretide defineyi ayırt etmek için; bulunan şeyin taşınır olması, başka bir taşınır veya taşınmaz malın içinde gömülü veya saklı halde bulunması, uzun zaman önce gömülüp veya saklanıp malikinin kim olduğunun anlaşılamaması ve ekonomik değeri haiz olması şartlarının aranması gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. **Erdoğan**, İhsan, "*Hukuki Açıdan Define*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 17, S. 1-2, s. 513-533, s. 517 vd; **Kuşçu**, Döndü, "*Hukuki Olarak Define Arayıcılığı*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Y. 2019, C. 25, S. 2, s. 1093-1130, s. 1095.

⁶¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 877; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 599; **Esener/Güven**, s. 571; **Nomer/Ergüne**, s. 312 vd; **Ertaş**, s. 520; **Sirmen**, s. 703; **Kılıçoğlu**, s. 457.

⁶² **Erdoğan**, s. 515.

⁶³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 877; **Eren**, s. 524; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 599; **Esener/Güven**, s. 571; **Sirmen**, s. 703; **Nomer/Ergüne**, s. 312 vd; **Kılıçoğlu**, s. 457; **Ertaş**, s. 520; **Akçaal**, s. 688 vd.

⁶⁴ Yönetmelik, 21.07.2021 tarihli ve 31192 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Define Arama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değişikliğe uğrayıp son halini almıştır.

onundan ibarettir⁶⁵. Bulunan şeyin kültür ve tabiat varlığı olması halinde ise hiçbir talepte bulunulamaz⁶⁶. O halde, her ne kadar TMK m. 772/II'de definenin mülkiyetinin arazi malikine ait olduğu düzenlense de arazi malikinin talep hakkının, m. 683'teki istihkak talebini bertaraf eden, sadece bedele dayalı bir iade talebi olduğu görülmektedir⁶⁷.

1.2. Konunun Tarihçesi

Roma Hukuku'nda *rei vindicatio* olarak ortaya çıkan istihkak davası, günümüzde Türk Hukuku da dâhil olmak üzere birçok hukuk sistemindeki istihkak müessesesinin temelini oluşturmaktadır. Yine, modern anlamdaki istihkak müessesesinin yer aldığı Türk Medenî Kanunu'ndan önce İslâm Hukuku'nda ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de bazı içtihat ve düzenlemeler yer almaktaydı. Bu sebeple, müessesenin ortaya çıkışı ve devamındaki gelişim süreci, günümüz hukukundaki haline nasıl gelindiğini ortaya koymak amacıyla burada ele alınmıştır.

1.2.1. Roma Hukuku

Hukumumuzda mülkiyet hakkını korumaya yönelik alınan tedbirlerin temelleri Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Roma Hukuku'nda mülkiyet hakkı, eşya üzerindeki en mutlak hak olarak kabul edilmiştir. Bir şeye malik olan kişinin, şey üzerinde kullanma (*ius utendi*), yararlanma (*ius fruendi*) ve tasarruf (*ius abutendi*) yetkilerinin tamamına sahip olmasının yanı sıra, şeye dışarıdan gelebilecek her türlü müdahaleyi önleme hakkı bulunmaktaydı⁶⁸. Bu kapsamda, mülkiyet hakkının korunması için malike iki dava hakkı tanınmıştı. Bunlardan birincisi, günümüz hukukundaki istihkak davasına karşılık gelen *rei vindicatio*⁶⁹; ikincisi ise bugünkü el atmanın

⁶⁵ İlgili maddede definenin Hazineye ait arazide bulunması halinde yüzde ellisinin define arayıcısına, özel veya tüzel kişilere ait arazide bulunması halinde ise yüzde kırkının define arayıcısına, yüzde onunun ise mülk sahibine verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

⁶⁶ Erdoğan, s. 515; Kuşçu, s. 1125.

⁶⁷ Kuşçu, s. 1125, 1126.

⁶⁸ Güneş Ceylan, Seldağ, "Roma Hukuku'ndan Günümüze İstihkak Davası", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. III, S. 1-2, s. 148-163, s. 149; Üçer, Mehmet, Roma Hukuku'na Giriş, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 160; Özdağ, Aybüke, "Roma ve Türk Hukukunda İstihkak Davası", Yaşar Hukuk Dergisi, Y. 2021, C. 3, S. 2, sa. 161-188, s. 162 vd.

⁶⁹ Esasen Roma'nın ilk dönemlerinde *rei vindicatio* davasının daha ilkel bir hali olan *legis actio Sacramento in rem* davası uygulanmıştır. Buna göre *magistra* önünde davacının istihkak iddiasının ardından davalı da aynı iddiada bulunurdu. Bunun ardından davacı, davalıyı *sacramentum* adı verilen bir tanrılara kurban verme taahhüdünde bulunmaya davet ederdi. Bir çeşit meydan okuma olan bu davetin ardından her iki taraf da iddiasının doğru olduğu yönünde tanrılarının huzurunda yemin ederek, tanrılara hayvan kurban edileceği sözünü verirlerdi. Paranın icadından sonra taraflar belli bir miktar para taahhüdünde de bulunmaya başlamışlardır. Taraflardan biri *sacramentum* 'u yerine

önlenmesi davasına benzeyen *actio negatoria in rem*'dir⁷⁰. *Actio negatoria in rem*'in, konu kapsamının dışında kalması sebebiyle burada ayrıntısına yer verilmemiştir.

Mülkiyet hakkının mutlak olduğu ilkesi, daha Roma Hukuku'nun klasik döneminde yerleşmiştir. Mülkiyet hakkı herkes tarafından ihlâl edilmekte ve bunlara karşı *ius civile* maliki tarafından *rei vindicatio* açılabilmekteydi. *Ius civile* maliki olabilmek için ise özgür ve Roma vatandaşı olmanın yanı sıra aile babası egemenliği altında bulunmamak gerekirdi. Roma Hukuku'nda "malımı nerede bulursam orada geri alırım" anlayışı söz konusu olduğundan, *rei vindicatio* geniş bir uygulama alanına sahipti⁷¹. Davanın dayanağı, malikle zilyet arasındaki hukukî ilişkiden ziyade malikin şey üzerindeki hâkimiyetiydi. Dava aynî nitelikte bir dava olduğu için davaya konu olan şeyi takip etmekteydi⁷². Hatta davalı, tabiri caizse malı elinde bulunduran kişiden ziyade malın kendisiydi⁷³. Bu benzetmenin sebebi, Roma Hukuku'nda görülen şahsî davalarda yargılamanın gerçekleşebilmesi için davalının "davalı" sıfatını kabul etmesi gerekliliğidir⁷⁴. Oysa aynî dava niteliğinde olan *rei vindicatio*'da zilyet (davalı) davayı kabul etmese bile davacı, malı geri alma hakkına sahip olabilmekteydi. Zira *praetor*, davacıya zilyetliği tekrar kazanabilmesi için farklı yöntemler sunabilirdi. Mesela Iustinianus döneminde *rei vindicatio*'ya katılmak istemeyen kişiden (davalıdan) mal zorla alınarak davacıya verilir⁷⁵.

getirmeyecek olursa *magistra*, bunu yerine getirmiş olan tarafın haklılığına hükmederdi. Her iki tarafın da *sacramentum*'u yerine getirmesi halinde ise *apud iudicem* adı verilen aşamaya geçilir ve özel yargıç tarafından hangi tarafın *sacramentum*'unun haklı (*iustum*) olduğuna karar verilir. Bkz. **Öcal**, Bahar, "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 60, S. 3, s. 523 – 570, s. 529 vd.

⁷⁰ **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 85; **Karadeniz-Çelebican**, Özcan, Roma Eşya Hukuku, Ankara 2015, s. 212 vd; **Erdoğan**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1994, s. 99; **Akıncı**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2023, s. 304 vd; **Söğütü**, Özlem, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 773.

⁷¹ **Karadeniz-Çelebican**, s. 207; **Söğütü**, s. 773.

⁷² **Erdoğan**, s. 99 vd.

⁷³ **Karadeniz-Çelebican**, s. 216; **Söğütü**, s. 773; **Karakocalı**, Ahmet, Roma Medeni Yargılama Hukuku ve Roma Eşya Hukuku Bakımından İstihkak Davası, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 101.

⁷⁴ **Karadeniz-Çelebican**, s. 216; **Söğütü**, s. 773; **Karakocalı**, s. 101. Eğer aleyhine dava açılan kişi davalı olmayı kabul etmiyorsa *praetor*, kişiyi davayı kabule zorlamak için, onun mallarının müsadere edilmesi, para ve hapis cezaları gibi birtakım yaptırım yollarına başvurabilmekteydi. Bunlara rağmen kişinin davayı kabul etmemesi halinde ise yargılama ve hüküm gerçekleşmemekteydi. Bkz. **Karadeniz-Çelebican**, s. 216.

⁷⁵ **Karadeniz-Çelebican**, s. 216 vd; **Oğuzoğlu**, H. Cahit, Roma Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1959, s. 148.

Rei vindicatio davasında *legis actio sacramento in rem*'den farklı olarak, sadece davacının mülkiyet iddiasında bulunması yeterliydi. Davalının böyle bir iddiada bulunması gerekmemekteydi. Diğer bir deyişle, ispat yükü davacıdaydı⁷⁶. Dava sonuçlanana kadar da davalının zilyetliği korunurdu. İspat yükünün kapsamı ise günümüz hukuk sistemlerine göre çok daha genişti. Öyle ki davacının, dava açıldığı anda malik olduğunu ispat etmiş sayılması için dava konusu şeyi devren kazandığını ispat etmesi yeterli kabul edilmemekteydi. Malik, mülkiyet hakkının varlığını, önceki maliklerin mülkiyet haklarını da aslen kazanmanın gerçekleştiği ana kadar geri gidecek biçimde ispat etmeliydi⁷⁷. Bu ispatın oldukça zor olması sebebiyle orta çağ hukukçuları bundan *probatio diabolica* (şeytan beyyinesi) olarak bahsetmişlerdir⁷⁸. Öte yandan malikin bu güç külfetten kurtulabilmek için *usucapio* denilen kazandırıcı zamanaşımından yararlanması mümkündü. Buna göre ilk olarak malın, mülkiyeti kazandırıcı zamanaşımıyla kazanması mümkün olan (*res habilis*) bir mal olması gerekiyordu. İkinci olarak kişi, malın aslî zilyetliğini kazanmış olmalıydı. Üçüncü şart, mülkiyeti kazanacak kişinin iyi niyetli olmasıydı. Diğer bir şart ise kişinin hukuk düzeni tarafından tanınan bir hukukî sebebe dayanarak malı elinde bulundurmasıydı. Bu şartların gerçekleşmesi halinde kişi, taşınırlarda bir; taşınmazlarda iki yıl geçmekle mülkiyeti kazanabilirdi⁷⁹. Kazandırıcı zamanaşımının gerçekleşmesi halinde malik, mülkiyeti aslen kazanmış sayılırdı. Dolayısıyla kendisinden önceki maliklerin mülkiyet hakkını ve bunlardan önceki aslen kazanma anını ispat etme külfetinden kurtularak *rei vindicatio* açabilirdi⁸⁰. Iustinianus döneminde usucapio süreleri taşınırlarda üç, taşınmazlarda ise (aynı eyalette oturanlar için) on ve (farklı eyaletlerde oturanlar için) yirmi yıla çıkarıldı⁸¹.

Davacının mülkiyet iddiasına karşılık olarak davalı da şeyi elinde tutmak için birtakım haklara sahip olduğunu öne sürüyorsa, bunları ispatla yükümlüydü. Mesela davalının, şey üzerinde rehin ya da intifa hakkı sahibi olduğunu öne sürmesi veya davacıyla aralarında kira sözleşmesi olduğunu iddia etmesi halinde bunların varlığını ispat etmesi gerekirdi⁸².

⁷⁶ Söğütü s. 773; Üçer, s. 159.

⁷⁷ **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayıncılık, İstanbul 1987, s. 452; **Karadeniz-Çelebican**, s. 212.

⁷⁸ **Karadeniz-Çelebican**, s. 212.

⁷⁹ **Umur**, s. 438 vd; **Akıncı**, Şahin, Roma Hukukunda ve Çağdaş Hukukta Kazandırıcı Zamanaşımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1988, s. 33; **Söğütü**, s. 764 vd, 771. Bu süre Iustinianus döneminde taşınırlarda üç, taşınmazlarda on veya yirmi yıl olarak düzenlenmiştir. Bkz. **Karadeniz-Çelebican**, s. 211.

⁸⁰ **Umur**, s. 438; **Karadeniz-Çelebican**, s. 213.

⁸¹ **Umur**, s. 438; **Akıncı**, Zamanaşımı, s. 34; **Söğütü**, s. 772.

⁸² Davalının öne sürdüğü bu iddialara “satılmış ve teslim alınmış mal def’i” anlamına gelen *exceptio rei venditae et traditae* adı verilmiştir. **Erdoğan**, s. 101.

Klasik dönemde istihkak davası, sadece malik gibi davranan zilyede karşı açılabilen bir davaydı. Vazülyet (*detentor*⁸³), malı bir hukukî ilişkiye dayanarak malikten almışsa istihkak davası değil, hukukî ilişkiden doğan davanın açılması gerekirdi. Zira *rei vindicatio*'da davacının, *Ius Civile*'ye göre malın kendisine ait olduğunu iddia etmesi üzerine davalının da “hayır, bana ait” şeklinde bir savunmada bulunması gerekliydi. Dolayısıyla böyle bir savunma getirmeyen davalının *rei vindicatio*'ya taraf olması düşünülemezdi. Bununla birlikte klasik devrin sonlarında *detentor* aleyhine de istihkak davası açılabilirdi kabul edilmeye başlandı⁸⁴. Öte yandan *detentor*'un sorumluluğu hafifletildi. *Rei vindicatio*'da davalı durumuna düşen *detentor*, malik bildiği kişiye davayı haber vererek onun davalı olmasını sağlayabilmekteydi. Eğer haber verilen kişi davayı üzerine almak istemezse, *detentor* da malı davacıya teslim ederek davadan kurtulabilirdi⁸⁵. Bunların yanı sıra, Iustinianus döneminde farazi zilyetlerin de (*ficti possessores*) davaya taraf olabileceği görüşü iki durum için kabul edildi. Bunlardan birincisi, sırf davadan kurtulabilmek amacıyla malı elinden çıkaran kimseye karşı açılan *rei vindicatio* davasıydı⁸⁶. Diğeri ise mal üzerinde zilyet olmamakla birlikte zilyet olduğunu öne sürerek gerçek haksız zilyedi korumaya çalışan kişilere açılan davaydı. Eğer davalı aleyhine karar verilecek olursa nakdî tazminata hükmedilirdi. Hatta davalıdan, davayı kaybetmesi halinde kefiller de dâhil edilmek suretiyle hükmün yerine getirileceğine dair güvence parası alınırdı. Bu özelliği bakımından *rei vindicatio* davası, söz konusu iki ihtimalde aynîlik özelliğini kaybetmekteydi⁸⁷.

Litis contestatio adı verilen davanın başlangıcı aşamasından önce zilyetliğin kaybedilmesi halinde *rei vindicatio* sona ererdi. Bu durum iyi niyet ayrımı gözetmeksizin hem klasik dönemde hem de Iustinianus döneminde bu şekilde uygulandı⁸⁸. Ancak Iustinianus döneminde farklı olarak, kişinin davaya konu olan malı hileli bir şekilde zilyetliğinden çıkarması halinde davanın o kişi aleyhine yine de devam edeceği kabul edilmişti. Zilyetliğin *litis contestatio*'dan sonra kaybedilmesi halinde ise her iki dönemde de iyi niyetli zilyedin kaybetmeden sorumluluğu sadece hile ve ihmal sebebiyle söz konusuydu⁸⁹. İyi niyetli zilyet, *litis contestatio*'dan sonra topladığı

⁸³ Roma Hukuku'nda şeyi elinde bulundurmakla birlikte malik gibi davranmayan kiracı, ariyet alan, vedia alan, intifa hakkı sahibi gibi kişilere verilen isim. Bkz. Akıncı, Roma, s. 255 vd.

⁸⁴ Umur, Eşya, s. 86; Karadeniz-Çelebican, s. 213 vd; Erdoğan, s. 101; Özdağ, s. 164.

⁸⁵ Karadeniz-Çelebican, s. 214.

⁸⁶ Umur, Eşya, s. 86; Erdoğan, s. 101.

⁸⁷ Umur, Eşya, s. 86; Karadeniz-Çelebican, s. 215; Akıncı, Roma, s. 305; Erdoğan, s. 101 vd.

⁸⁸ Umur, s. 452; Karadeniz-Çelebican, s. 219.

⁸⁹ Karadeniz-Çelebican, s. 219.

ürünleri iade etmekle yükümlüydü⁹⁰. Kötü niyetli zilyet, bunların yanı sıra beklenmeyen halden de sorumlu tutulurdu⁹¹.

Aleyhine dava açılan zilyedin haksız olduğuna kanaat getirmesi halinde hâkim, vereceği bir ara kararda davalının malı iade etmesi gerektiğine, buna uymayacak olursa davacı tarafından malın değeri olduğuna yemin edilen miktarı ödemek zorunda kalacağına karar verirdi. Değer davacı tarafından belirleneceği için davacının malı iade etmesi daha mantıklı hale gelmekteydi⁹². Fakat yine de davalının, malı iade etmek yerine bunun değerini ödeyerek iadede kaçınma hakkı mevcuttu. Bu özelliği bakımından da *rei vindicatio*, günümüz istihkak davasından ayrılmaktadır⁹³. Öte yandan Iustinianus dönemi sonlarında *rei vindicatio*'nun konusu para olmaktan çıkarak aynın kendisine yönelik hale getirildi. Böylece davacının davayı kazanması halinde mal davalıdan zorla alınarak davacıya verilmeye başlandı⁹⁴.

Litis contestatio'dan sonra davalının iyi niyeti ortadan kalkacağı için, malın yok olması veya zarar görmesi halinde davalı zilyedin kast ve ihmalden sorumluluğu söz konusuydu⁹⁵. Hatta Iustinianus döneminde davalı, böyle bir ihtimalde temerrüde düşen borçluya benzetilmiş ve mücbir sebepten de sorumlu tutulmuştur⁹⁶.

Ürünlerin iadesi bakımından, klasik hukuk ve Iustinianus dönemlerinde birtakım farklılıklar söz konusudur. Klasik hukuk döneminde iyi niyetli zilyet, *litis contestatio*'dan önce elde ettiği ürünleri iade etmek zorunda değildi. Ürünler hâlâ elinde olsa bile bu durum değişmemekteydi. Iustinianus döneminden itibaren zilyede, elinde kalanları iade etme yükümlülüğü getirildi⁹⁷. *Litis contestatio*'dan sonra ise klasik dönemde ve Iustinianus döneminde hem elde edip tükettiği hem de dava sırasında elde edilip de halen muhafaza edilen ürünlerden zilyedin sorumluluğu vardı. Bununla beraber kötü niyetli zilyet, hangi dönemde olduğu ve *litis contestatio*'dan önce veya sonra olması fark etmeksizin, elde ettiği veya etmeyi ihmal eylediği ürünlerden sorumluydu⁹⁸. Hâlâ var olan ürünler için ayrı bir *rei vindicatio* açılması gerekmekteydi.

⁹⁰ **Umur**, s. 453.

⁹¹ **Karadeniz-Çelebican**, s. 219.

⁹² **Umur**, s. 452; **Karakocalı**, s. 105.

⁹³ **Karadeniz-Çelebican**, s. 218; **Söğütlü**, s. 773. Gerçi İİK m. 24'e göre malın icra aşamasındayken kaybedildiğinin anlaşılması halinde malik, ilâmda yazılan değer kendisine ödenmesini talep edebilir. Bu hususta bkz. 4.1.2. (İstihkak Talebinin Dava Aşamasındayken Boşa Çıkacağının Anlaşılması veya İcra Aşamasında Boşa Çıkması).

⁹⁴ **Karadeniz-Çelebican**, s. 218; **Karakocalı**, s. 105 vd.

⁹⁵ Klasik hukuk ve Iustinianus dönemleri arasındaki farklılıklar hakkında bkz. **Karakocalı**, s. 106 vd, 109.

⁹⁶ **Erdoğan**, s. 104.

⁹⁷ **Umur**, s. 452 vd; **Söğütlü**, s. 773 vd; **Güneş Ceylan** s. 173; **Karakocalı**, s. 112; **Özdağ**, s. 169.

⁹⁸ **Umur**, s. 453; **Karadeniz-Çelebican**, s. 220; **Söğütlü**, s. 774; **Erdoğan**, s. 103 vd; **Karakocalı**, s. 112.

Elde edilip tüketilenler için ise sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme gibi farklı dava türlerine başvurma yoluna gidilirdi⁹⁹. Ürünleri iade borcunun, haksız zilyet tarafından yapılan masraflarla takas edilmesi de mümkündü¹⁰⁰.

Davayı kaybeden ve iade yükümlülüğü altına giren davalının, yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları davacıdan talep etme hakkı vardı¹⁰¹. Bu hak, klasik dönemde sadece iyi niyetli haksız zilyede tanınmıştı. İyi niyetli zilyedin talep edebildiği masraflar; zorunlu olanların tamamı ve faydalı olanların da sadece malike yarar sağlayacağı kadarından ibaretti¹⁰². Hakkın kullanılması için herhangi bir dava yolu bulunmadığından, *praetor*'lar def'i ile masrafların davalıya verilmesini sağlamışlardır¹⁰³. Haksız zilyedin iyi niyetli olması halinde bu masraflar ödenene kadar mal üzerinde hapis¹⁰⁴ hakkı mevcuttu. Iustinianus döneminde zorunlu masrafları talep edebilme ve hapis hakkı, kötü niyetli haksız zilyede de tanındı¹⁰⁵. Yine bu dönemde lüks masrafların asıl mala zarar vermeden sökülüp alınabilmesi hakkı sağlandı¹⁰⁶. Ayrıca masrafların istenebilmesi için vekâletsiz iş görme kapsamında dava hakkı tanındı¹⁰⁷.

1.1.2. İslâm Hukuku

İstihkak kavramı, Kur'an-ı Kerim'de fiil olarak "hak etmek" anlamıyla kullanılmaktadır (el-Mâide, 5:107). Hadislerde ve genel İslâm Hukuku kullanımında ise "buluntu mal ve hayvan, haraç ve zekât gibi beytül-mâl gelirleri, kaçak köle, diyet vb. üzerinde hak sahibi olma veya hak talebinde bulunmayı" ifade eder. Bunların yanı sıra günümüz hukukuna benzer şekilde, başkasının zilyetliğinde bulunan bir şey üzerinde mülkiyet iddiasında bulunmak da İslâm hukukunda istihkak kavramının karşılığını teşkil eder¹⁰⁸.

İslâm hukukunda meselelere çözüm üretmek için, aslî kaynaklar olarak kabul edilen Kur'an, sünnet, icma ve kıyas ile fer'î kaynaklar olan istihsan, kamu yararı, örf-adetler ve sahabe

⁹⁹ Karadeniz-Çelebican, s. 220.

¹⁰⁰ Erdoğmuş, s. 103 vd.

¹⁰¹ Oğuzoğlu, s. 149; Umur, s. 453; Karadeniz-Çelebican, s. 222; Karakocalı, s. 113 vd.

¹⁰² Umur, s. 453; Karadeniz-Çelebican, s. 222; Karakocalı, s. 113 vd.

¹⁰³ Karadeniz-Çelebican, s. 221; Söğütlü, s. 774.

¹⁰⁴ Her ne kadar Roma Hukuku kaynaklarında hapis hakkı olarak zikredilse de teknik anlamdaki hapis hakkıyla aynı olmaması sebebiyle bu hakkın güncel hukukta "alıkoyma hakkı" olarak adlandırılması gerektiği yönündeki açıklamalarımız için aşağıda bkz. 4.1.1.2.2.

¹⁰⁵ Karadeniz-Çelebican, s. 221; Oğuzoğlu, s. 149.

¹⁰⁶ Umur, s. 453; Karadeniz-Çelebican, s. 221 vd; Akıncı, Roma, s. 305; Söğütlü, s. 774.

¹⁰⁷ Karadeniz-Çelebican, s. 222.

¹⁰⁸ Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/istihkak> (E.T. 07.03.2022).

fetvaları esas alınmıştır¹⁰⁹. Bu kaynakların uygulanmasında ise kazuistik yöntem kullanılmış, buna bağlı olarak bir konu hakkında belli bir kural koymaktan ziyade her hukukî mesele için ayrı ayrı çözüm üretme yoluna gidilmiştir¹¹⁰. Dolayısıyla istihkak davası hakkında da uzun süre boyunca sistemli bir kanun çalışması yapılmamıştır. Fıkıh literatüründe konuyla ilgili açıklamalar, genellikle satış (bey') sözleşmesi altında bulunmaktadır. Bunun sebebi, satış sözleşmesinin, mülkiyetin devri için en yaygın kullanılan hukukî işlem olmasıdır. Satış sözleşmesinde satıcı, elindeki malı satışa çıkarırken aynı zamanda o mal üzerinde üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının bulunmadığını da taahhüt etmiş olur. O halde eğer üçüncü kişinin mülkiyet hakkının varlığı sonradan ortaya çıkacak olursa alıcı, malı hak sahibine iade ettikten sonra satış bedelini satıcıdan talep eder. Alıcının böyle bir talepte bulunabilmesi için, Şafîî ve Malikî mezheplerine göre malın en az yarısı üzerinde üçüncü kişinin hakkının olması gerekir. Hanefî ve Hanbelî mezheplerine göre ise malın bir kısmı üzerindeki istihkak dahi sözleşmenin feshi için yeterlidir. Hanefî ve Şafîî mezheplerindeki bir başka görüş ise bölünebilir malların bir kısmı üzerinde üçüncü kişinin istihkakının olması halinde, sadece ilgili kısım için sözleşmenin feshedileceğinin kabul edilmesi gerekir¹¹¹.

İslâm Hukukuna göre istihkak; mülkiyeti iptal eden ve devreden olarak ikiye ayrılmaktadır. Başkası tarafından mülk edinmeye elverişli olmayan bir mal söz konusuysa, mülkiyeti iptal eden istihkak söz konusu olur. Mesela vakıf mallarının bir başkası tarafından mülkiyete konu edilmesinde durum böyledir. Malın vakfa ait olduğunun tespit edilmesiyle birlikte, devrin arkasındaki hukukî sebep (sözleşme) ve dolayısıyla mülkiyetin kazanımı bâtıl sayılır. Mülk edinmeye elverişli mallarda ise müstehik (hak sahibi/ üçüncü kişi), sözleşmeyi feshetme veya onaylama hakkına sahiptir. Eğer alıcı zilyetliği henüz kazanmamışken müstehikin satışı onaylamadığı ortaya çıkarsa, hukukî işlem kendiliğinden geçersiz hale gelir. Zira başkasına ait olduğu bilinen bir şeyin alınması ve satılması haramdır. Zilyetliğin alıcı tarafından kazanılmış olması halinde ise mal, müstehike iade edilir ve satış bedeli satıcıdan geri istenir. Müstehik satışı onaylayacak olursa satıcı, satış bedelini müstehike öder¹¹².

¹⁰⁹ İslâm hukuku, kendi içinde örfî ve şer'î hukuk şeklinde ayrılmaktadır. Ancak bunlar birbirini tamamlar nitelikte olup, örfî hukuk, şer'î hukukla çelişmeyecek biçimde gelişmektedir. Mesela örf-adetler ve kamu yararı şer'î hukukun fer'î kaynakları arasında bulunmakla birlikte örfî hukukun temelini teşkil eder. Bkz. **Kaşıkçı**, Osman, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997, s. 22.

¹¹⁰ **Cin**, Halil/ **Akyılmaz**, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2020, s. 48 vd.

¹¹¹ Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/istihkak> (E.T. 07.03.2022).

¹¹² Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/istihkak> (E.T. 07.03.2022).

Osmanlı Devleti'nin resmî mezhebi olan Hanefî mezhebine göre, mal satın alındıktan sonra alıcı tarafından telef edilmişse, müstehikin bedeli ister alıcıya isterse satıcıya tazmin ettirme hakkı vardır. Eğer alıcı tazmin edecek olursa, satıcıya sadece satış bedelini rücu edebilir. Malın kıymetini artıran masrafları satıcıdan isteyemez. Bu tür masraflar bakımından müstehikin, bedelini alıcıya ödeyerek fazlalığı kendine saklama veya alıcıdan bunların sökülüp alınmasını ve doğan zararın tazminini talep etme seçimlik hakkı vardır. Hayvanın semizlemesi gibi maldan ayrılması mümkün olmayan bir değer artışı söz konusuysa, bu artış müstehike aittir. Öte yandan alıcı, oluşan bu farkı satıcıya tazmin ettirebilir¹¹³.

İslâm Hukukunda bir malın satışından sonra üçüncü kişinin mal üzerinde istihkak iddiasında bulunması ihtimaline karşı “derk” veya “derek” denilen bir kefalet müessesesi getirilmiştir¹¹⁴. Hanefî mezhebinin haricindeki hukukçuların çoğunluğu, satın alınan malın ayıplı olması halinde de bu müessesenin devreye girerek alıcının zararının giderilebileceğini kabul etmişlerdir. Hanefî mezhebi hukukçuları ise sadece üçüncü kişilerin istihkak talebinde bulunması halinde bedelin kefilden talep edilebileceğini öne sürmüşlerdir. Mal için alıcının ödemiş olduğu bedeli kefilden talep edebilmesi için ilk önce üçüncü kişinin istihkakının kazaî bir kararla tanınmış olması gerekir. Alıcının, malı satın aldıktan sonra bunun kıymetini artıran eklemelerde bulunması halinde üçüncü kişi istihkak talebinde bulunup da bu eklemeleri istemeyecek olursa, bundan doğan zararın kefilden istenmesi Hanefîlere göre mümkün değildir. Şafiîler de aynı görüştedir. Hanbelîler ise bunun aksini savunarak istenebileceğini kabul etmiştir¹¹⁵.

İslâm Hukuku uzunca bir süre içtihatlar üzerinden devam etmekle beraber ilk sistematik kanun çalışması, 1869–1876 yılları arasında hazırlanmış olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶. Ancak burada da özel olarak istihkak davası başlığıyla düzenlenmiş hükümler bulunmamaktadır. Konuya ilişkin düzenlemeler, Mecelle’nin farklı kitaplarında dağınık halde mevcuttur. Mecelle’nin on altı kitabından biri olan ve esasen deliller ve yeminle ilgili usul hukuku hükümlerini ihtiva eden “Kitab’ül Beyyinat vet-Tahlif” adlı kitapta ispata ilişkin bazı

¹¹³ Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/istihkak> (E.T. 07.03.2022).

¹¹⁴ Derk ve derek kelimeleri, sözlük anlamına uygun olarak Kur’an-ı Kerim’de de (Derk: en-Nisâ 4:145, Derek: Tâhâ 20:77) geçmekte olup, içtihatlarda ise kavram birliğine ulaşılamamış ve damanü’l derek, el-kefâle bi’l derek, damânü’t taarruz, damânü’l istihkak, damânü’l halâs gibi farklı kavramlar kullanılmıştır. Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/derek> (E.T. 08.03.2022).

¹¹⁵ Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/derek> (E.T. 08.03.2022).

¹¹⁶ **Pulaşlı**, Hasan, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1979, s. 129 vd.

hükümlerde “mülk davası¹¹⁷” zikredilmektedir¹¹⁸. Bunların yanı sıra, istihkak talebinde bulunan kişi için aynı kökten türeyen “müstehik¹¹⁹” kelimesi kullanılmıştır¹²⁰. Yine de söz konusu düzenlemelerin günümüzde kullanılan istihkak davasını karşılamadığı anlaşılmaktadır.

¹¹⁷ “Müddei meselâ şu bağ benim mülkümdür deyu mülk-i mutlak da'vası edip de şahidler müddei bu bağı filandan satın aldı deyu mülk-i mukayyede şehadet etseler kabul olunur.

Şöyle ki şahidler ol veçhile mülk-i mukayyede şehadet ettiklerinde hâkim sen de bu sebeple mi mülk da'vası ediyorsun yoksa ahar sebeple mi deyu müddeiden suâl eder. Müddei eğer evet ben de bu sebeple da'va ederim derse hâkim ol şahidlerin şehadetini kabul eder ve eğer sebab-i aharla da'va ederim yahut ben bu sebeple da'va etmem derse hâkim ol şahidlerin şehadetini reddeyleyler.” (Mec. m. 1709).

“Tarih beyân olunmayan mülk-i mutlak da'vâsında hâcirin beyyinesi evlâdır.

Meselâ, bir kimse diğer kimesnenin yedinde olan hane için bu hane benim mülkümdür, bu adam ana bi gayr-i hakk-ın vaz-ı yed ediyor aliverilmesi matlubumdur deyu da'va ve zilyed dahi bu hane benim mülkümdür, bu cihetle bihakkın vaz-ı yed ederim deyu da'va etdikde haric olan kimsenin beyyinesi tercih ve istimâ' kılınır.”

“Şîrâ gibi tekerrürü kabil bir sebeble mukayyed olan ve tarih beyan olunmayan mülkiyet da'vaları mülk-i mutlak da'vası hükmünde olup bunlarda dahi haricin beyyinesi zilyedin beyyinesi üzerine tercih olunur.

Fakat ikisi dahi bir şahısdan telakki-i mülk etmiş olduklarını iddia ettikleri suretde zilyed beyyinesi tercih ve istima' olunur. (Mec. m. 1757).

“Meselâ, bir kimse diğer kimesnenin yedinde olan bir dükkân için bu dükkânı ben Veli ağadan iştira ettim bu cihetle benim mülküm iken bu adam bigayr-i hakk-ın vaz-ı yed ediyor deyu da'va ve zilyed dahi ben anı Bekir efendiden iştira ettim yahut pederimden mevrusdur, bu cihetle vaz-ı yed ederim deyu da'va etdikde haricin beyyinesi tercih ve istimâ' olunur. Amma zilyed bu dükkânı Veli ağadan ben iştira ettim dese ol halde anın beyyinesi haricin beyyinesi üzerine tercih kılınır.” (Mec. m. 1758).

“Nitac gibi tekerrürü kabil olmayan bir sebeple mukayyed mülkiyet da'valarında zilyed beyyinesi evlâdır.

Meselâ, haric ve zilyed bir tayda niza' edip de her biri ol tayın kendi kısırağından doğma malı olduğunu da'va ettiklerinde zilyedin beyyinesi tercih olunur.” (Mec. m. 1759).

Bkz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Metni kontrol eden ve lügatçeyi hazırlayan: Ali Himmet Berki, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1959).

¹¹⁸ **Kaşıkcı**, “mülk davası” kavramının aslında daha yerinde bir kullanım olacağını savunmaktadır. Bunun sebebi, “hak sahibi olmak”, “hak istemek” anlamlarına gelen istihkak kelimesinin aslında zilyet için de (menkul davalarında) kullanılabileceği ve “istihkak” davasının da haklılık davası anlamını taşıdığıdır. “Mülk davası” denildiğinde ise sadece malikin açabileceği bir dava anlaşılır. Bkz. **Kaşıkcı**, Osman, “Mecelle'de İstihkak Davası”, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Y. 1996, C. 5, S. 1-2, 481-495, s. 482. Gerçi bu mantığa göre günümüz hukukunda da istihkak davası kavramının terk edilmesi gerekirdi. Oysa istihkak davası oturmuş bir kavram olduğundan zilyetlik davalarıyla ilgili bir çağrışım yapmamakta ve sadece malikin iade talebini akla getirmektedir.

¹¹⁹ Her iki kelime de Arapça هكك kökünden türemiştir. Müstahak, istihkakın istif'al vezni (X) failidir. Bkz. <https://www.etimolojiurkce.com/arama/m%C3%BCstehak> (E.T. 03.03.2022).

¹²⁰ “Sâniyen bir kimse bir mala müstehik çıkıp da'vasını ispat ettikde ol malı kimesneye satmamış ve hibe etmemiş velhâsıl bir veçhile mülkünden çıkarmamış idüğüne hâkim tarafından yemîn verilir.” (Mec. m. 1746/III).

Mecelle Cemiyeti dağıtılmadan önce, istihkak meselesinin de Mecelle'nin ayrı bir kitabı biçiminde hazırlanarak yürürlüğe sokulması kararlaştırılmıştır. İstihkak davasının konusu hakkında Ali Haydar Efendi tarafından hazırlandığı anlaşılan birtakım çalışmalar yapılmıştır. Ancak cemiyetin toplantıları tatil edilince konuyla ilgili kanunlaştırma gerçekleşmemiştir¹²¹.

Kitab'ül Beyyinat vet-Tahlif kitabının yanı sıra, "Kitab'ül Gasb vel İtlâf" kitabında da yedin iadesi ve tazminatla ilgili birtakım hükümlerin istihkak davasına uygulanabilir nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Zira malikin dışında kalan kimselerin açabileceği tazminat ve iadeye ilişkin davalar, Mecelle'nin diğer kitaplarında ayrıca incelenmiştir¹²². Dolayısıyla Gasb ve İtlâf kitabındaki haksız zilyedin korunmayacağına ve malın hak sahibine iadesinin gerektiğine dair düzenlemelerin, istihkak davasını karşıladığı söylenebilir¹²³.

Mecelle'ye göre istihkak davasını farklı açılardan ayrıma tâbi tutmak mümkündür. İlk olarak istihkak davası, amacına göre ikiye ayrılmaktadır. Bu amaçlardan birincisi, günümüz hukukunda da söz konusu olduğu üzere eşyayı haksız zilyetten alarak malike iade etmektir. İkinci amaç ise kölenin özgürlüğüne kavuşmasına ilişkindir. Diğer bir deyişle dava, köle üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaktadır. Şayet satın alınan köle dava açarak özgür olduğunu iddia ve ispat edecek olursa, davası kabul edilerek özgür olduğuna hükmedilir. Zira özgürlük esas, kölelik ise istisnadır. Davanın bu şekilde sonuçlanması halinde köleyi satın almış olan kişiler, kendilerine satışı gerçekleştiren bir önceki sözde malikten ücret iadesi talebinde bulunabilir. İkinci olarak, malın haksız zilyedin elinden alınarak malike verildiği istihkak davasında; hakkın ne şekilde elde edildiği belli değilse mülk-i mutlak, elde ediliş sebebinin belli olması halinde ise *mülk-i mukayyed* ya da *mülk bi sebeb-in* davası söz konusu olmaktadır¹²⁴. Üçüncü olarak ise mülkiyet hakkının başladığı tarihin belirtilmesi halinde mülk-i müverrah, belirtilmemesi halinde ise mülk-i gayrı müverrah davası açılmaktadır (m. 1757-1760)¹²⁵.

Günümüz hukukunda olduğu gibi Mecelle'de de istihkak davasının davacısı sadece malik olabilmektedir. Bunun yanı sıra, Mecelle'ye göre iştirak halinde veya müşterek mülkiyetin söz konusu olduğu hallerde dava açan malik, davayı sadece kendi payı için açmış sayılır. Dolayısıyla

¹²¹ Kaşıkçı, s. 482 vd.

¹²² Mesela Mecelle (Kitab-ür Rehin) m. 742'de düzenlenen "*Ahar bir kimse rehni itlâf etse yevm-i itlâfındaki kıymetini verir. Ve ol kıymet mürtehin indinde rehn olur.*" hükmüyle, rehin konusu şeyin üçüncü kişi tarafından gasp edilmesi halinde rehin alan kişinin iade ya da tazminat davası açabileceği öngörülmüştür.

¹²³ Kaşıkçı, s. 483.

¹²⁴ "*Mülk-i mutlak, irs ve şirâ gibi esbab-ı mülkten birile mukayyed olmayan mülkiyyettir. Ve böyle bir sebeb ile mukayyed olan mülkiyyete dahi mülk bi sebeb-in denilir.*" (Mec. m. 1678).

¹²⁵ Kaşıkçı, s. 483.

davayı kazanması halinde iade alacağı miktar, yalnız kendi payı kadardır¹²⁶. Benzer şekilde, mirasçı davalının iştirak halinde mülkiyete tâbi olması durumunda da ikrar sadece kendisini etkiler. İddianın başka bir delille ispat edilmesi ihtimalinde ise bütün mirasçılar etkilenir¹²⁷. Yine, istihkak davasına konu olacak mal sadece bir mirasçının yedindeyse, sadece ona dava açılması yeterli kabul edilir¹²⁸. Malın müşterek mülkiyete tâbi olması ve paydaşlardan yalnız bir tanesine dava açılması halinde ise davadan sadece o paydaş ve pay etkilenir¹²⁹.

Bir malın istihkak davasına konu olabilmesi için, yararlanılmasında hukuken herhangi bir sakınca bulunmayan nitelikte (mal-ı mütekavvim) sayılması gerekir¹³⁰. Dolayısıyla özgürlüğü elinde olan insanlar, ölü hayvanlar, domuz gibi alım satımı dinen yasaklanmış olan şeyler istihkak davasının konusunu teşkil etmezler. Denizdeki balık gibi henüz üzerinde mülkiyet hakkı kurulmamış olan şeyler (gayr-ı mütekavvim) de davaya konu edilemezler¹³¹. Özgür bir insanın bir şekilde satışa konu edilmiş olması halinde, yukarıda açıklanmış olan ve mülkiyeti iptal eden istihkak davası türü (kişinin dava açarak kendi özgürlüğünü iddia ve ispat etmesi) söz konusu olur.

Mecelle'ye göre alacak, vedia, miras, mülk akar (taşınmaz mülk) davaları, vakfedilmiş akarda mukataa veya icareteyn ile tasarruf ve şarta bağlı mütevellilik ve galle (mahsul geliri) davaları gibi davalar; vakfedilmiş veya umuma ait mallar hariç olmak üzere on beş yıl¹³² geçtikten

¹²⁶ “Deyn müşterek ise dainlerden herbiri kendi hissesini medyundan taleb edebilir ve birinin gıyabında dain-i diğer hâkime müracaat ile hissesini medyundan taleb ettikde vermesi için hâkim tarafından emrolunur.” (Mec. m. 1100).

¹²⁷ “...Ve böyle yalnız bir vârisin huzurunda da'vayı deyn edip de ol vâris dahi deyni ikrar etdiği takdirde deynden anın hissesine ne kadar isabet ederse yalnız ol miktarı verme üzre emr olunur ve anın ikrarı sâir vereseye sirayet etmez. Ve eğer ikrar etmeyip de müddei yalnız ol vârisin huzurunda da'vasını isbat ederse cümle verese aleyhine hüküm olunur...” (Mec. m. 1642/IV).

¹²⁸ “...Amma kabl-el-kısme müteveffanın terekesinden olan ve fakat vereseden birinin yedinde bulunan bir atı bir kimse benim malım olup müteveffaya ida' etmişdim deyu da'va edecek oldukça hasım ancak zilyed olan vârisdir. ...” (Mec. m. 1642/IV).

¹²⁹ “Meselâ şirâ tarikiyle birkaç kimse beyninde müşterek bir haneyi bir kimse şürekâdan yalnız biri huzurunda mülkümdür deyu da'va ve isbat edip de hükm olursa hüküm ancak hazır olan şerikin hissesine maksûr olup sâirine sirayet etmez.” (Mec. m. 1643).

¹³⁰ “Mal-i mütekavvim, iki manaya istimâl olunur. Biri intifa'ı mubah olan şeydir. Diğeri mal-i mührez demektir.” (Mec. m. 127/I).

¹³¹ “Meselâ denizde iken balık gayr-ı mütekavvim olup istiyâd ile ihraz olundukda mal-ı mütekavvim olur.” (Mec. m. 127/II).

¹³² Sürenin başlangıcı, m. 1667'de “iddiaya salâhiyyet geldiği tarihten itibaren” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre bir kimse on beş sene önce başkasına sattığı malın semeni üzerinde üç yıl boyunca belli bir alacağı olduğunu iddia ediyorsa, bu iddiası dinlenir. Zira üç yıllık sürenin dolduğu andan itibaren on iki yıl geçmiştir.

sonra açılmaz¹³³. İlgili hüküm, hakkı sona erdirmese bile dava açma hakkını zamanaşımıyla sınırlamaktadır. Öğretide bir görüşe¹³⁴ göre bu hükmün, istihkak davasını da süreyle sınırladığını kabul etmek gerekir. Kanaatimizce, ilgili hükümde mülkiyet hakkına dayalı iade talebine ilişkin bir düzenleme bulunmayıp, maddenin devamında¹³⁵ verilen örnekler de alacak zamanaşımı gibi farklı hususlara ilişkindir. Ancak belki hükümde geçen “mülk akar” ifadesi gereğince bunu taşınmazların iadesi açısından kabul etmek mümkün olabilir. Taşınırın iadesi açısından ise maddede geçen “gibi” kelimesinden hareketle sayılan davaların sınırlayıcı nitelikte olmadığını göz önünde bulundurarak, hükmü geniş yorumlamanın mümkün olacağı düşünülebilir. Yine de ilgili hükmün istihkak davasına uygulanabileceğinin zorlama bir fikir olduğu kanaatindeyiz. Kaldı ki Mecelle’nin 1674’üncü maddesinde zamanaşımının dolmasıyla hakkın ortadan kalkmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm, on beş yıllık zamanaşımının işleyeceği açıkça düzenlenen dava türlerine ilişkindir. O halde mülkiyet hakkının zamanaşımıyla sona ermeyeceğini evleviyetle kabul etmek gerekir. Dava açma hakkının devam edip etmeyeceği hususunda ise Mecelle’de açık hüküm bulunmaması sebebiyle genel İslâm Hukuku içtihatları göz önünde bulundurulmalıdır.

İstihkak talebinde bulunan kişinin, iddiasını her türlü delille ispat etmesi mümkündür. Ancak kişi iddiasını ispat etse ve karşı tarafın yemin talebi olmasa dahi, hâkim tarafından o malın gerçekten talepte bulunan kişinin kendisine ait olduğuna ve onun mülkiyetinden hiçbir şekilde çıkmamış olduğuna dair yemin teklif edilir. Yeminden kaçınacak olursa iddiasını ispat edememiş sayılır ve istihkak talebi reddedilir¹³⁶.

¹³³ “Deyn ve vedia’ ve mülk akar ve miras ve akarat-ı mevkufede mukataa yahut icareteyn ile tasarruf ve meşruta tevliyet ve galle da’vaları gibi asl-ı vakfe ve umuma aid olmayan da’valar onbeş sene terk olunduktan sonra istima’ olunmaz.” (Mec. m. 1660).

¹³⁴ Bu durum, öğretide “bir şeye nizasız ve fasılasız olarak 15 yıl mülkiyet kasdı ile zilyed olan kimse bu şeyin maliki olacağından ona karşı istihkak davası açılmayacaktır” şeklinde değerlendirilmiştir. Bkz. **Kaşıkçı**, s. 485.

¹³⁵ “Meselâ bir kimse diğer kimesneden bundan onbeş sene mukaddem semeni üç sene müeccel olmak üzere sana bey’ eylediğim filân şey semeninden sende şu kadar kuruş alacağım vardır deyu da’va eylese istima’ olunur, zira hulûl-i ecelden i’tibaren ancak oniki sene geçmiş olur. Kezalik batnen ba’de batnın evlâda meşrut vakfa dair batn-ı sânde bulunan evlâdın da’valarında mürur-i zeman ancak batn-ı evvelin inkırazı tarihinden mu’teberdir. Zira batn-ı evvel mevcud iken batn-ı sâninin da’vaya selâhiyyeti yokdur ve kezalik mehr-i müeccel dâvasında mürur-i zamanın mebdei vakt-i talâkdan yahut ahad-ı zevceynin vefatı tarihinden i’tibar olunur. Zira mehr-i müeccel ya talâk yahut vefat ile muaccel olur.” (Mec. m. 1667/III).

¹³⁶ “Yemin ancak hasmın talebi üzerine verilir. Fakat dört yerde bilâ taleb hâkim tarafından yemin verilir.” “Saniyen bir kimse bir mala müstehik çıkıp da da’vasını isbat ettikde ol malı kimesneye satmamış ve hibe etmemiş velhasıl bir veçhile mülkünden çıkarmamış idüğüne hâkim tarafından yemin verilir.” (Mec. m. 1746/I, III).

1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

İstihkak müessesesi kökleri Roma Hukuku'ndaki *rei vindicatio*'ya dayandığından, Türk Hukuku'nun yanı sıra Roma Hukuku'nun etki ettiği başka modern hukuk sistemlerinde de bu müesseseyle karşılaşmaktadır. Türk Hukuku'nu yakından ilgilendirmesi bakımından, burada Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerindeki istihkak müessesesine yer verilmiştir.

1.3.1. Alman Hukuku

Türk Hukukunda istihkak talebine karşılık gelen müessese, Alman Medeni Kanunu'nda “Mülkiyetten doğan talepler” (*Ansprüche aus dem Eigentum*) başlığı altında paragraf 985 ve devamında düzenlenmiştir. BGB §985'e göre “*Malik, zilyetten malın iadesini talep edebilir*”. TMK m. 683/II'de düzenlenen istihkak talebine göre söz konusu hükümde daha muallak ve geniş bir ifadeye yer verildiği görülmektedir. Öte yandan, BGB §986'da daha ayrıntılı bir ifadeye yer verilmiştir. Buna göre “*Eğer doğrudan veya dolaylı zilyet, zilyetliği bir hakka dayanarak malikten teslim almışsa, zilyedin iadedden kaçınması mümkündür. Dolaylı zilyet, zilyetliği bir başkasına devretme hususunda malik tarafından yetkilendirilmemişse malik, doğrudan zilyedin malı dolaylı zilyede veya dolaylı zilyet iade alamayacaksa ya da almak istemiyorsa, doğrudan kendisine iade etmesini talep edebilir*”. O halde §985 ile §986'nın ilk cümlesi birlikte değerlendirildiğinde, sadece zilyetliğin hakka dayanmadığı durumlarda malikin iade talebinde bulunabileceği sonucu çıkarılmaktadır.

Malik–zilyet ilişkisi bakımından Türk ve Alman Medenî Kanunları arasında önemli bir sistematik farklılık göze çarpmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nda Eşya Hukuku kitabının ilk maddesi olan m. 683'te mülkiyet hakkının içeriği ve korunması meselesine yer verilmiş, buna karşılık zilyetliğin korunması TMK m. 981 ve devamında ayrıca değerlendirildikten sonra haksız zilyedin sorumluluğu m. 993-995 hükümlerinde ele alınmıştır. Diğer bir deyişle, mülkiyetin korunması ve haksız zilyedin sorumluluğu hükümleri arasında kopukluk bulunmaktadır. Alman Medenî Kanunu'nda ise §985 ve §986'da malikin iade talebi düzenlendikten sonra, hemen §987 ve devamında haksız zilyedin iade yükümlülüğüne yer verilmiştir. O halde Alman Medenî Kanunu'nda malik–zilyet ilişkisinin bir bütün olarak ele alındığı açıkça göze çarpmaktadır. Kanaatimizce Alman Medenî Kanunu'ndaki bu sistem, malikin iade talebiyle zilyedin iade yükümlülüğünün madalyonun iki yüzü gibi birbirini tamamlayan meseleler olması sebebiyle metodolojik açıdan daha uygundur.

Alman Hukuku'nun, Türk Hukuku'na göre farklılık olarak karşımıza çıkan bir başka özelliği ise hukukî işlemlerin sebebe bağlılığına ilişkindir. Alman Hukuku'nda satış, kira, hizmet, eser sözleşmesi gibi sözleşme türleri için sebebe bağlılık ilkesi kabul edilmektedir. Bununla beraber, Alman Medenî Kanunu'nun taşınır mülkiyetinin kazanılması ve kaybı başlığının altındaki

929'uncu paragrafında düzenlenen mülkiyetin devri bakımından soyutluk ilkesi benimsenmiştir. Paragrafta, taşınır malın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri hususunda malikle alıcının anlaşmış olmaları halinde, mülkiyet hakkının karşı tarafa geçeceği düzenlenmiştir. Aynı paragrafın ikinci cümlesinde ise alıcının mala zilyet olması halinde, tarafların mülkiyetin devri için anlaşmış olmalarının yeterli olacağına yer verilmiştir. Öğretide, söz konusu hükmün birinci cümlesinin, devreden ve devralanın mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmaları halinde devrin hukukî işlem niteliğinin nasıl açıklanacağı hususunda yetersiz kaldığı ifade edilmektedir. Öyle ki mülkiyetin devrinin sebebi ve amacı, taraflar arasındaki anlaşmanın konusunu teşkil etmemektedir ("muhtevada soyutluk"). Dolayısıyla, devrin neye ilişkin olduğunu yani sebebini belirlemek için başka bir hukukî işlem yapılması gerekmektedir. Söz konusu sebep işlemi, devirden mutlak biçimde ayrılmaktadır (ayrıştırma ilkesi). BGB §929'un birinci cümlesi bu meseleye cevap vermediğinden, devrin geçerliliği sebebe bağlı işlemin var olup olmamasına değil, geçerliliğine bağlıdır ("dış soyutluk"). Eğer devrin gerçekleşmesine hizmet eden yükümlülüğün yerine getirilmemesi gibi bir sebeple, temlikle sonuçlanması gereken sebep gerçekleşmemişse, devreden iade talep edip edemeyeceğine zenginleşme hükümlerine göre karar verilir¹³⁷.

Ayrıştırma ilkesinin aksine, teklik ilkesine göre borçlandırma ve tasarruf işlemleri kural olarak tek bir işlemde toplanır. Mesela taraflar arasında bir satış sözleşmesi yapılması halinde hem devrin sebebi belirlenir hem de sözleşmenin tasarrufa yönelik kısmı da bundan etkilenir. Fransız ve İtalyan hukuku gibi hukuk sistemlerinde teklik ilkesi benimsenmiştir. Türk Hukukunun yanı sıra İsviçre, Avusturya ve Hollanda Hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde ise temel işlemle devir birbirinden borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olarak ayrılmakla beraber, temel işlemin geçersizliğinin devre etki etmesi durumunda sebebe bağlılık kabul edilmektedir¹³⁸. Gerçekten de Türk Hukuku'nda tasarruf işlemleri; soyut borç tanınması ve kıymetli evrak hukuku gibi bazı istisnaların dışında sebebe bağlı sayılmaktadır¹³⁹. Dolayısıyla mülkiyetin devri işlemi de sebebe bağlıdır ve bunun altında yatan satış sözleşmesi vb. temel borç ilişkisinin geçersiz olması halinde mülkiyetin devri de geçersiz kabul edilir. Mülkiyetin devredilemediği durumlarda ise zilyetlik bir şekilde karşı tarafa geçmişse haksız zilyetlik söz konusudur ve zilyede karşı istihkak davası açılabilir¹⁴⁰.

¹³⁷ BeckOGK/Klinck, §929, "Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip", Stand: 01.09.2023, kn 3 (<https://beck-online.beck.de>, E.T. 13.10.2023).

¹³⁸ BeckOGK/Klinck, §929, kn 3.1.

¹³⁹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 197 vd.

¹⁴⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 195.

Soyutluk ve sebebe bağıllık ilkeleri arasındaki farklılıklar, sonuçları bakımından ikili ilişkileri fazla etkilememektedir. Mesela, M'nin A'ya bir malı satması ve devretmesi halinde satış sözleşmesi geçersizse, A sebebe bağıllık ilkesine göre malik olmaz ve dolayısıyla M'nin A'ya karşı istihkak talebinde bulunması mümkündür. Soyutluk ilkesinin uygulanması halinde ise A'ya yapılan devir geçerli olur. Bu durumda M, A'dan sebepsiz zenginleşmeye göre talepte bulunabilir. Zira M'nin edimi hukukî temelden yoksundur. Soyutluk ilkesinin işlevi, üçüncü kişinin devreye girmesinde kendini göstermektedir: Eğer A malı daha sonra Ü'ye devrederse Ü, malı sebebe bağıllık ilkesine göre hak sahibi olmayan kişiden iyi niyet sayesinde; soyutluk ilkesine göre ise her halükârda onun M ve A arasındaki borçlandırııcı işlemin geçersizliğini bildiğinden veya bilmesi gerektiğinden bağımsız olarak hak sahibinden kazanmış olur. Burada satıcıyla devralanın potansiyel alacaklılarının menfaatleri de rol oynamaktadır, zira sebebe bağıllık ilkesine göre borçlandırııcı işlemin geçersizliği, malın satıcının malvarlığı dâhilinde kalıp, devralanın (ve dolayısıyla alacaklılarının) buna erişiminin olmaması sonucuna yol açar. Öte yandan, soyutluk ilkesine göre (devralanın devre ilişkin ilâve bir talebinin olmamasına rağmen) malın devralanın malvarlığına geçmesine engel bir durum yoktur. Keza, devralanın iflâsı halinde devredenin zenginleşme hukukundan doğan iade talebi, İflâs Kanunu (*Insolvenzordnung*) §47 anlamındaki¹⁴¹ ayırma hakkına ve Medenî Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung*) §771 anlamındaki¹⁴² müdahale hakkına yol açmaz. Devredenin iade talebinin kapsamı, sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki talep hakkıyla sınırlıdır. O halde sebebe bağıllık ilkesinin mi yoksa soyutluk ilkesinin mi tercih edileceği, esasen içerik olarak sadece tarafları ilgilendiren sebep ilişkisinin eksik olmasının üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesinin, kişinin menfaatine uygun olup olmamasına bağlıdır¹⁴³.

Alman Medenî Kanunu'nun yapısına göre, açıkladığımız hâliyle bir borçlandırııcı işlemin tasarruf etkisine sahip olamayacağı ilkesi ve dolayısıyla ayırıştırma ilkesinin geçerliliği, tarafların anlaşmasıyla da değiştirilemez. Taraflar, bir borçlandırııcı işleme tasarruf etkisi atfetmek isterlerse, bu aynı zamanda zaten bir tasarruf işleminin doğmasına yol açar. Bunun tersi bakımından da aynı durum söz konusudur¹⁴⁴. Bununla birlikte tarafların, mülkiyetin devrini borçlandırııcı işlemin geçerli olması şartına bağlayarak soyutluk ilkesinin etkilerinden kaçınmaları mümkündür.

¹⁴¹ **InsO §47:** Bir aynî ya da şahsî hakka dayanarak bir malın iflâs masasına dâhil olmadığını öne süren kimse iflâs alacaklısı değildir. Bu kimse, malı masadan ayırma talebini iflâs hükümlerinin dışındaki ilgili kanun hükümlerine göre ileri sürer.

¹⁴² **ZPO §771/I:** Üçüncü kişi cebri icranın konusu üzerinde satışı engelleyen bir hakkı olduğunu iddia ederse icraya itiraz, cebri icranın yapıldığı yerdeki mahkemede dava yoluyla ileri sürülür.

¹⁴³ **BeckOGK/Klinck, §929, kn 3.2.**

¹⁴⁴ **BeckOGK/Klinck, §929, kn 4.**

Öğretide zayıf kalan bir görüşe göre, soyutlama ilkesinde böyle bir ilkenin geçerli olabilmesi için tarafların bunu açıkça ifade ve kabul etmiş olmaları gerekir. Buna karşı çıkan görüş ise böyle bir şartın uygulanması için ne bir sebep ne de dayanağın bulunduğunu öne sürmektedir¹⁴⁵. Tarafların, mülkiyetin devri işlemini zımnen sebep işleminin geçerliliğine tâbi tutmuş olmaları, genel yorum kurallarına göre ancak buna ilişkin taraf iradelerinin uyuşması halinde söz konusu olur. Tarafların böyle bir iradeye sahip olabilmeleri için, aynî anlaşmaya vardıklarında sebep işleminin mülkiyetin devri arasındaki geçerlilik bağlantısından endişe duymuş olmaları gerekir. Bu ise en azından, taraflardan birinin mevcut sebep işleminin geçersizliğinin mümkün olduğunu düşündüğü ve diğer tarafın da bunu bildiği varsayımına yol açar. Sadece bu kapsamda, diğer şartların da uygun düşmesi halinde aynî anlaşma, sebep işleminin geçerliliğine bağlı olarak yorumlanabilir. Bununla beraber, eğer taraflar sebep işleminin geçersizliğini göz önünde bulundurmamışlarsa, zımnen kabul edilmiş olan böylesine bir şartlı bağlantının kabulü, olsa olsa tarafların varsayımsal iradelerine göre tamamlayıcı bir yoruma dayanabilir. Öte yandan bu durum, taraflarca yapılan düzenlemede bir boşluk bulunması şartına bağlı olup, böyle bir boşluk kural olarak söz konusu sorunun kanunla düzenlenmiş olması halinde söz konusu değildir. Özellikle, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla soyutluk ilkesinin geçersiz kılınması kabul edilemez. Bunun daha ziyade; soyutluk ilkesinin sadece varsayıma dayalı taraf iradesi bakımından değil, gerçekten tespit edilebilen taraf iradesi bakımından bertaraf edilebileceği şeklinde açıklanması gerekir¹⁴⁶.

Soyutluk ilkesi bakımından tarafların açıkça ifade edilmemiş olan, devrin geçerliliğinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olması yönündeki iradelerinin etkili olup olmayacağı veya hangi koşullar altında etkili olacağı sorusu aynı zamanda Alman Medenî Kanunu'nun 139'uncu paragrafında¹⁴⁷ düzenlenen kısmi butlanın sonuçlarıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Devir işlemi ve bunun altında yatan sebep işleminin gerçekten iki ayrı hukuki işlem olmasına rağmen, bunlardan birinin bâtil olması halinde §139 hükmü, lafzına bakılarak doğrudan uygulama alanı bulmaz. Bununla birlikte, kanun hükmünün ruhuna göre, tarafların iradeleri göz önünde bulundurularak iki hukukî işlemin “ayakta kalacak veya geçersiz hale gelecek” şekilde bir arada olması ihtimalleri değerlendirilmeli ve en azından buna göre butlana karar verilebilmelidir. Öte yandan sebep ve devir işlemlerinin, tarafların nazarında böyle bir bütünlüğü meydana getirmesi çok da ender rastlanır bir durum değildir. Dolayısıyla §139'un sınırlandırılmaksızın uygulanması,

¹⁴⁵ Görüşler hakkında bkz. **BeckOGK/Klinck, §929, kn 5.**

¹⁴⁶ **BeckOGK/Klinck, §929, kn 5.**

¹⁴⁷ BGB §139 (Kısmî butlan): Bir hukukî ilişkinin bir kısmının batıl olması halinde, batıl olan kısım olmadan da ilişkinin devam ettirileceği anlaşılmıyorsa, ilişkinin tamamı hükümsüz sayılır.

soyutluk ilkesini büyük ölçüde ortadan kaldırır. Bu sebeple, bazı kısıtlamaların olması hususunda öğretide görüş birliği söz konusudur¹⁴⁸. Öğretide temel işlemle ifa işleminin hiçbir zaman §139 anlamında tek bir hukukî işlem oluşturamayacağı sıklıkla dile getirilse de ağırlıklı olarak yargı içtihatları, istisnai durumlarda bu ilişkiye de söz konusu hükmün uygulanabileceği görüşündedir. Yüksek mahkemelerin içtihatlarında ise sebep işlemi ile mülkiyetin devri arasındaki ilişkiyi etkileyecek tek bir istisnai hüküm dahi bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu tartışma, Alman literatüründe bir sonuca varmamaktadır. O halde BGB §139, yalnızca tarafların devir işlemini zımnen sebep işlemine tâbi tuttuğu yorumuna şartların izin verdiği durumlarda iki işlem arasında bir geçerlilik bağlantısı kurabilir, bununla beraber maddeye ilişkin yorum kuralı artık geçerliliğini kaybeder. Söz konusu hüküm, elden satışlarda dahi sebep işlemiyle devir arasındaki ilişkiye uygulanabilir değildir¹⁴⁹.

Alman Hukuku'nda istihkak talebinin öne sürülebilirliği bakımından dikkat çeken bir diğer husus da zamanaşımına ilişkindir. Türk ve İsviçre Hukuku'nda mülkiyet hakkının ve dolayısıyla istihkak talebinin kural olarak zamanaşımına tâbi olmadığı kabul edilirken, Alman Hukuku'nda ise iade talep hakkı için zamanaşımı süresi bulunmaktadır¹⁵⁰. Söz konusu zamanaşımı süresi, hırsızlık ve diğer haksız zilyetlik halleri için de söz konusudur¹⁵¹. Zamanaşımı, talep hakkının doğduğu andan itibaren otuz yıldır¹⁵². Öte yandan, tapu siciline kayıt (veya bir şerhle güvence altına alınma) halinde malikin iade talebi zamanaşımına uğramaz¹⁵³. Ayrıca, sözleşmeden doğan iade taleplerinin istihkak talebiyle yarışmasının zamanaşımına etkisi bakımından farklı görüşler vardır. Bir görüş, ayrı bir zamanaşımı düzenlemesinin olması halinde otuz yıllık süre kısalabileceğini öne

¹⁴⁸ Bkz. **BeckOGK/Klinck**, §929, kn 6.

¹⁴⁹ **BeckOGK/Klinck**, §929, kn 6.

¹⁵⁰ **Plambeck**, Barbara, Die Verjährung der Vindikation, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1997, s. 15. Alman Hukuku'nda mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramadığı ancak istihkak talebinin zamanaşımı süresine tâbi olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Plambeck**, s. 15; **Schanbacher**, Dietmar, Nomos Kommentar, BGB Sachenrecht, Band 3, 5. Auflage, Deutscher Anwaltverein, Baden-Baden 2022, s. 972 vd, kn. 63.

¹⁵¹ **Plambeck**, s. 123; **Staudinger/Thole**, §985, s. 68, kn. 209.

¹⁵² **Plambeck**, s. 20; **NK-BGB/Schanbacher**, §985, s. 973, kn. 64; **Ebbing**, Frank, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 17. neu bearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2023 (Hrsg: Harm Peter Westermann, Georg Maier-Reimer), **BGB §985**, s. 4504, kn. 26; **Stadler**, Astrid, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht 2/1, §§985-1017, ErbbauVO, Kohlhammer Verlag, 13. Auflage, Stuttgart 2007 (**Soergel/Stadler**, §985), s. 15, kn. 29; **Dannemann**, Gerhard/ **Schulze**, Reiner, German Civil Code, Volume I, Books 1-3: §§1-1296, Article-by-Article Commentary, München 2020, §985, s. 1855, kn. 9; **Staudinger/Thole**, §985, s. 68, kn. 212.

¹⁵³ **Staudinger/Thole**, §985, s. 68, kn. 210.

sürmektedir¹⁵⁴. Diğer bir görüş ise bunun istihkak talebinin zamanaşımı bakımından öne sürülebilirliğine bir etkisi olmadığını belirtmektedir¹⁵⁵. Taşınır mallar açısından ise talep hakkı sahibi on yılın dolmasıyla birlikte (önceki) iade yükümlüsüne karşı kazandırıcı zamanaşımı sebebiyle mülkiyet hakkını kaybedebilir¹⁵⁶. Bu durumda istihkak talebi de ortadan kalkmaktadır.

1.3.2. İsviçre Hukuku

İsviçre Medenî Kanunu'ndaki mülkiyetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin Türk Medenî Kanunu'yla önemli ölçüde paralellik arz ettiği görülmektedir. Mülkiyet hakkının içeriği ve korunmasına dair hükümler ZGB m. 641'de yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre; bir mala malik olan kişi, hukuk düzeninin sınırları içinde mal üzerinde istediği tasarrufta bulunabilir. İkinci fıkra ise malikin, malı kendisinden alıkoyan kişiye karşı iade talebinde bulunabileceği ve her türlü haksız müdahaleyi önleme hakkının olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bu iki fıkra TMK m. 683'ün birinci ve ikinci fıkrasındaki mülkiyet hakkının içeriği ve korunması hükümlerinin İsviçre Hukuku'ndaki karşılığıdır.

Malik-zilyet ilişkisinde istihkak talebinin diğer ucu olan haksız zilyedin iade yükümlülüğü ise İsviçre Medenî Kanunu m. 938-940'ta düzenlenmiştir¹⁵⁷. Dolayısıyla burada da Türk Medenî Kanunu'yla benzer olarak malik-zilyet ilişkisi düzenlemeleri arasında bir kopukluk olduğu görülmektedir. İki kanun, bu yönüyle Alman Medenî Kanunu'ndan ayrılmaktadır.

TMK m. 683/II'de malikin, haksız zilyede karşı "istihkak davası" açabileceği düzenlenmişken, Alman Medenî Kanunu'yla benzer olarak İsviçre Medenî Kanunu'nda da dava kelimesine yer verilmemiştir. ZGB 641/II'de malikin "iade talebinde bulunabileceği" ifadesi yer almaktadır. Yine de İsviçre öğretisinde mesele "mülkiyet davası" (*Eigentumsklage*) adıyla ele alınmaktadır¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Plambeck, s. 20; Soergel/Stadler, §985, s. 15, kn. 29.

¹⁵⁵ NK-BGB/Schanbacher, §985, s. 973, kn. 64.

¹⁵⁶ Erman/Ebbing, s. 4504, kn. 26; Staudinger/Thole, §985, s. 68, kn. 212; Dannemann/Schulze, s. 1855, kn. 9.

¹⁵⁷ Graham-Siegenthaler, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB, Bern 2022, Art. 641, s. 559, kn. 143.

¹⁵⁸ Bkz. Wolf, Stephan/ Wiegand, Wolfgang, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2023, Art. 641, s. 956, kn. 42 vd; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641, s. 546, kn. 112 vd; CHK- Arnet, ZGB 641, s. 14, kn. 30 vd; Wolf, Stephan, OFK ZGB-Kommentar (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli AG, Zürich 2021, ZGB 641, s. 1450, kn. 8; Meier-Hayoz, Art. 641, s. 328, kn. 54; Haab, Robert, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641 bis 729 (Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909),

İsviçre Hukuku'nda istihkak talebinin devredilebileceğine yönelik tartışmalar bulunmaktaydı. Bununla birlikte, modern görüşe göre Türk Hukuku'nda da olduğu gibi istihkak talebinin devredilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁵⁹.

İstihkak davasına ilişkin olarak İsviçre ve Türk Hukuku arasında büyük ölçüde benzerlik söz konusudur. Türk Hukuku'nda olduğu gibi İsviçre'de de istihkak talebi zamanaşımına uğramaz¹⁶⁰. Öte yandan, kanundan ötürü mülkiyet hakkının kısıtlandığı bazı hallerde bu talep öne sürülemez. Mesela taşınır mallarda üçüncü kişinin beş yıllık kazandırıcı zamanaşımıyla veya emin sıfatıyla zilyetten iktisapta anında mülkiyetin kazanılması durumları burada da söz konusudur¹⁶¹. Yine, istihkak talebine maruz kalan haksız zilyedin iade yükümlülüğündeki iyi niyet - kötü niyet ayrımı İsviçre Hukuku'nda da benzer şekilde tezahür etmektedir. Mesela iyi niyetli haksız zilyet, varlığına inandığı hakkın sınırları çerçevesinde hareket ettiği sürece zilyetliği sırasında mala gelen zarar ve yıpranmalardan sorumlu olmaz¹⁶². Kötü niyetli zilyet ise malı iade yükümlülüğünün yanı sıra, TMK m. 995'le paralel olarak ZGB m. 940'a göre zararlardan ve elde edilen veya edilmesi ihmal eylenen yararlarından sorumlu olur¹⁶³.

Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1977 (Hrsg: Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer, Dieter Zobl), (**Haab, Art. 641**), s. 50, kn. 33 vd. "İade davası" (*Herausgabeklage*) kavramı için bkz. **Domej, Tanja/Schmidt, Celine P.**, Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 641-654a, **Art. 641**, s. 1841, kn. 16 vd.

¹⁵⁹ Bkz. 2.1.5. (İstihkak Talebinin Devri).

¹⁶⁰ **Meier-Hayoz, Art. 641**, s. 334, kn. 74; **Haab, Art. 641**, s. 52, kn. 37; **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641**, s. 559, kn. 142; **BSK ZGB II-Wolf/Wiegand, Art. 641**, s. 959, kn. 54; **OFK/ZGB- Wolf, ZGB Art. 641**, s. 1451, kn. 8.

¹⁶¹ **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641**, s. 559, kn. 142.

¹⁶² **Homberger, A.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch (Art. 919-977), Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1938, **Art. 938**, s. 121, kn. 7 vd; **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641**, s. 560, kn. 144; **BK – Stark, Emil W. /Lindenmann, Barbara**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern 2016, **Art. 938 ZGB**, s. 426 vd, kn. 9; **Arnet, Ruth**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Genf 2023 (Hrsg: Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), **ZGB 938**, s. 879, kn. 1; **Schmid, Dominik/ von Graffenried, Caroline**, OFK ZGB-Kommentar (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli AG, Zürich 2021, **Art. 938**, s. 2138, kn. 16.

¹⁶³ **Homberger, Art. 940**, s. 130, kn. 1; **BK- Stark/Lindenmann, Art. 940 ZGB**, s. 452, kn. 3 vd; **CHK- Arnet, ZGB 940**, s. 885, kn. 2; **OFK/ZGB- Schmid/von Graffenried, Art. 940**, s. 2142, kn. 1; **KUKO ZGB- Domej/Schmidt, Art. 641**, s. 1842, kn. 20.

Taşınmaz mallara yönelik açılan istihkak davasında, taşınmazın tapuya kayıtlı olduğu veya olması gereken yer mahkemesi yetkilidir. Taşınırlarda ve hayvanlarda ise davalının ikametgâhı veya malın bulunduğu yerdeki mahkeme için seçimlik yetki söz konusudur¹⁶⁴. Türk Hukuku'nda ise taşınmazlar için İsviçre'yle benzer olarak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olmakla beraber, taşınırlarda HMK m. 6'daki genel yetki hükmü gereği davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

Her ne kadar aynî haklara genellikle borçlar hukuku hükümleri uygulanmasa da İsviçre Hukuku'nda, istihkak talebinin yanı sıra OR m. 41 ve devamı (haksız fiil hükümleri) gereği de tazminat talep edilebileceği belirtilmektedir¹⁶⁵.

¹⁶⁴ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641, s. 561, kn. 147.

¹⁶⁵ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641, s. 564, kn. 160.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜLKİYET HAKKINDAN DOĞAN İSTİHKAK MÜESSESESİ

2.1. İstihkak Müessesesi

2.1.1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu m. 683'te düzenlenen istihkak davası, adı üzerinde "dava" olması sebebiyle bir bakıma usul hukukunu yakından ilgilendiren bir meseledir¹⁶⁶. Dolayısıyla, çalışmamızda dava mevhumunun ötesine geçilerek bunun arkasında yatan talep hakkını da ele alma ihtiyacı hissedilmiştir. İstihkak davası açabilmek için istihkak talep hakkının bulunması şart olmakla birlikte, istihkak talep hakkında bulunabilmek için dava açmak zorunlu değildir¹⁶⁷. İstihkak müessesesi mülkiyet hakkının ayrılmaz bir parçasıdır ve malik, mutlak nitelikte olan mülkiyet hakkını (kural olarak) zamanla sınırlanmaksızın ve bir davaya bağlı kalmaksızın herkese karşı ileri sürebilmektedir. Bu hakkı öne sürmenin nihaî yolu genellikle dava olsa da malik, haksız zilyede karşı istihkak talebini istediği şekilde yöneltebilir. O halde maddî hukuku daha çok ilgilendiren istihkak talebinin, istihkak davasını da içine alacak şekilde birlikte incelenmesi gerekmektedir. Bu sebeple, daha geniş bir bakış açısıyla hem istihkak talebini hem de istihkak davasını aynı çatı altında toplayan istihkak müessesesi bölümü oluşturulmuştur.

2.1.2. Teorik Yönüyle “Malik–Zilyet İlişkisi”

Çalışmamızın konusu malikin istihkak talebine ilişkin olmakla birlikte, ortada iki uçlu bir ilişkinin olduğunu belirtmek gerekir. Bu ilişkinin bir ucunda iade talep eden malik, diğer ucunda ise iadeyle yükümlü olan haksız zilyet bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, malikin iade talebiyle haksız zilyedin iade yükümlülüğü, madalyonun iki yüzü gibi birbirini tamamlar niteliktedir.

İadenin tarafları arasındaki bu sıkı ilişki, Alman Medenî Kanunu'na da yansımış ve BGB §985 ve devamında malikin iade talep hakkıyla haksız zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamı peş peşe ve bir bütünlük arz edecek şekilde incelenmiştir. İadeye ilişkin bu hükümler, Alman

¹⁶⁶ Bkz. 1.1.3. (Konunun Sınırlandırılması); 1.2.1.1. (İstihkak Kavramı).

¹⁶⁷ Alman Hukuku'nda istihkak müessesesini düzenleyen BGB §985'te "Malik, zilyetten malın iadesini talep edebilir." ifadesi kullanılarak, TMK m. 683'teki "...istihkak davası açabileceği gibi..." düzenlemesinin aksine "dava" kelimesine yer verilmemiştir. Böylece mesele, davanın ötesine taşınmış ve hem davayı hem de talebi ilgilendirecek biçimde ele alınmıştır. Öğretide de istihkak müessesesi, "malik-zilyet ilişkisi" adı altında incelenmektedir. Aşağıda bkz. 2.1.2. (Teorik Yönüyle "Malik-Zilyet İlişkisi").

hukukunda “*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*” (malik-zilyet ilişkisi) olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁸. Alman literatüründe gerek istihkak gerekse haksız zilyedin iade yükümlülüğüne ilişkin ele alınan bütün meseleler genellikle bu kavram altında zikredilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda ise daha farklı bir durum söz konusudur. Türk Medenî Kanunu’nun Eşya Hukuku kitabının ilk hükmü olan 683’üncü maddesinin ikinci fıkrasında mülkiyetin korunmasına yer verilmiş ve malikin istihkak davası açabilme hakkı da burada ele alınmıştır. Haksız zilyedin iade yükümlülüğüne ilişkin hükümler ise araya giren yaklaşık üç yüz maddenin ardından m. 993 ve devamında düzenlenmektedir. Dolayısıyla, malikin iade talep hakkıyla haksız zilyedin iade yükümlülüğü arasında kanun sistematigi bakımından bir kopukluk varmış gibi görünmektedir. Bu durum, bizi meseleye ilişkin bir açıklama getirmeye sevk etmiştir. Kanunumuzda ilgili hükümler her ne kadar birbirinden bağımsız olarak ele alınmış gibi görünse de bunların aslında bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamak icap eder. Malikin iade talep hakkıyla haksız zilyedin iade yükümlülüğü arasındaki bu bütünlük sebebiyle, biz de meseleyi Alman literatürüyle paralel olarak “malik–zilyet ilişkisi” çatısı altında zikretmenin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple, çalışmamızın özellikle teoriye ilişkin kısımlarında sıklıkla “haksız zilyedin sorumluluğunu” inceleyen görüşler ele alınmış fakat söz konusu meselelere, ilişkinin diğer ucunda bulunan “malikin iade talep etme hakkı” perspektifinden yaklaşılmıştır.

2.1.3. İstihkak Müessesesinin Konusu, Unsurları, Tanımı ve Hukukî Niteliği

İstihkak müessesesinin tanımının, ancak müesseseye nelerin konu edilebileceği ve bunun unsurları ele alındıktan sonra yapılmasının daha yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sebeple, ilgili açıklamalara söz konusu sıraya göre yer verilmiştir. Bu konular incelendikten sonra ise müessesenin hukukî niteliğine ilişkin görüşler ile kendi değerlendirmelerimiz ele alınmıştır.

¹⁶⁸ Bkz. **Becker**, Eric, Schadensersatz nach Fristsetzung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2012, s. 116 vd; **Finkelmeier**, Max, Qualifikation der Vindikation und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2016, s. 9; **Odemer**, Hilmer, Schadensersatz statt der Leistung im Anspruchssystem des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2019, s. 1; **Roman**, Schister, “*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht*”, EXIMIUS - Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften, Fünftes Kapitel Einzelfragen / A. - B., Y. 2021/2, sa. 161-173, s. 161; **Berg**, Hans, “*Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*”, JuS 1971, Heft 10, sa. 522-525, s. 522 vd; **Kindl**, Johannes, “*Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Vindikationslage und Herausgabeanspruch*”, JA 1996, Heft 1, sa. 23-29, s. 23 vd; **Roth**, Herbert, “*Grundfälle zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*”, JuS 1997, Heft 6, sa. 518-522, s. 518; **Pulaşlı**, s. 8 vd.

2.1.3.1. Konusu

İstihkak müessesesinin konusu eşyadır¹⁶⁹. Öte yandan, bundan ne anlaşılması gerektiği ve nelerin bu kapsama dâhil olmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu başlık altında istihkak müessesesinin konusu ayrı ihtimallere göre ele alınmıştır.

2.1.3.1.1. Taşınır ve Taşınmaz Mallar

Taşınır ve taşınmaz mallar istihkak talebine konu edilebilmektedir. Türk Hukuku'nda bu husus sıklıkla istihkak davasının açılıp açılmayacağı yönünden ele alınmış olduğundan, istihkak davası bölümündeki "Davanın Amacı ve Konusu" başlığı altında buna ayrıca yer verilmiştir¹⁷⁰.

2.1.3.1.2. Bilimsel Değeri Olan Sahipsiz Doğal Şeyler ve Eski Eserler

TMK m. 773'e göre bilimsel değeri olan sahipsiz doğal şeyler ile eski eserlerin mülkiyeti özel kanunlara tâbidir. Öğretide bilimsel değeri bulunan eşya olarak; insan ya da hayvanların iskeletleri, kemikleri, fosilleri, antikalar, tarihî ya da sanatsal eserler, jeolojik değeri olan taşlar, eski paralar ve göktaşları gösterilmektedir¹⁷¹. Öte yandan, göktaşlarının sahipsiz mal olarak kabul edilmesi gerektiği ve sahiplenme yoluyla mülkiyetinin kazanılmasının mümkün olduğu da belirtilmektedir¹⁷². Dolayısıyla, sahiplenme yoluyla mülkiyeti kazanılan göktaşının haksız zilyetten geri alınabilmesi için istihkak davasının açılması mümkün olmalıdır.

2.1.3.1.3. Bütünleyici Parça ve Eklenti

Bir malın birden fazla parçasının bulunması halinde, bunların bütünleyici parça mı yoksa eklenti mi olduğuna karar vermek için malın özelliklerine ve ticarî kullanımına ya da beklentisine bakılır¹⁷³. TMK m. 684'e göre bütünleyici parça, *"yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır"*. O halde asıl maldan ayrıldığında tek başına değersiz hale geleceği anlaşılan varlıklar, asıl malın bütünleyici parçası kabul edilir. Bunlar üzerinde asıl malla birlikte tek bir mülkiyet hakkı kurulmakta olup; asıl malın farklı parçaları üzerinde farklı mülkiyet hakları söz konusu değildir¹⁷⁴. Buradan hareketle, hâlâ bütünleyici parça niteliğinde olan bir varlığın tek

¹⁶⁹ Bkz. 2.1.3.2.4.

¹⁷⁰ Bkz. 3.1.2.

¹⁷¹ Bkz. **Karauz**, Agah Kürşat, *"Göktaşlarının Mülkiyeti Meselesi"*, AÜHFD, Y. 2019, C. 2, S. 68, sa. 445-478, s. 463.

¹⁷² **Karauz**, Göktaş, s. 470 vd.

¹⁷³ **Dannemann/Schulze**, §90, s. 110, kn. 8. Bütünleyici parça ve eklenti hakkında bilgi için bkz. **Eren**, s. 56 vd; s. 74 vd.

¹⁷⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 338; **Eren**, s. 57; **Esener/Güven**, s. 368, 375 vd; **Nomer/Ergüne**, s. 210; **Ertaş**, s. 229 vd; **Sirmen**, s. 367; **Kılıçoğlu**, s. 233; **Akçaal**, s. 435.

başına istihkak talebine konu edilmesi de mümkün olamaz¹⁷⁵. Buna karşılık, bütünleyici parça bir şekilde asıl maldan ayrılmışsa bağımsız mal niteliği kazanır ve üzerinde ayrı bir mülkiyet hakkı doğar¹⁷⁶. Bu durumda istihkak talebine konu edilebilir. Bunun yanı sıra, haksız zilyedin bazı hallerde¹⁷⁷ söküp alma hakkı söz konusu olduğundan, söküp alınan bütünleyici parça üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilebilmektedir¹⁷⁸.

Asıl şeye bağlı olan bir malın iadesinin talep edilebilmesi için, bağlı olduğu şeye nispetle bir önemi haiz olması gerektiği öğretide öne sürülmektedir. Mesela kiracı, kira sözleşmesi devam ederken kira konusu mala montelemiş olduğu önemsiz bir parçayı sökmeksizin malı kiraya verene iade etmişse, parçanın iadesi için istihkak talebinde bulunamaz. Buna karşılık, masrafları kendisine ait olmak üzere parçayı sökmeye malikin katlanmasını talep edebilir¹⁷⁹. Bisikletin tekerinde unutulmuş sibop kapağı buna örnek gösterilebilir.

Bir görüşe göre eğer malik asıl mal üzerindeki mülkiyet hakkını ispat etmişse, malın eklentileri hakkındaki mülkiyet hakkını ayrıca ispat etmek zorunda değildir. Bu durumda eklentinin, asıl malın malikine ait olmadığını ispat etme külfeti zilyede düşer¹⁸⁰. Bir diğer görüş ise eklentiler hakkındaki mülkiyet iddiasının da ayrıca incelenmesi gerektiğini savunmaktadır. Asıl mal üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin kanıtlar, eklenti üzerindeki mülkiyet hakkını ispat etmek için de kullanılabilir. Bununla beraber, bu durum ispat yükünün tersine çevrilmesi sonucunu doğurmaz¹⁸¹. Biz de ikinci görüşe katılıyoruz. Zira eklentiyle asıl mal arasındaki bağ bütünleyici parçada olduğu kadar sıkı değildir. Asıl maldan kolayca ayrılabilen bir malın mülkiyet durumunun da ayrıca ele alınması gerekir.

2.1.3.1.4. Paranın Durumu

Ayırt edilebilir olması şartıyla paranın da istihkak talebine konu edilebileceği belirtilmektedir¹⁸². Banka soyguncusunun üzerinde yakalanan ve hâlâ numaralı bandrollü paketlerde bulunan para buna örnek gösterilebilir¹⁸³. Paranın başka paralarla karışması durumunda

¹⁷⁵ Ertaş, s. 230; Sirmen, s. 369.

¹⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 335; Eren, s. 66; Sirmen, s. 369; Nomer/Ergüne, s. 216; Akçaal, s. 436.

¹⁷⁷ Söküp alma hakkıyla ilgili bkz. 4.1.1.2.2. (Yapılan Masrafların Talep Edilmesi).

¹⁷⁸ Eren, s. 66.

¹⁷⁹ Staudinger/Thole, §985, s. 49, kn. 143.

¹⁸⁰ Biermann'ın görüşü için bkz. Staudinger/Thole, §985, s. 50, kn. 149.

¹⁸¹ Staudinger/Thole, §985, s. 50 vd, kn. 149.

¹⁸² Erman/Ebbing, §985, s. 4502, kn. 3.

¹⁸³ Bir başka görüş ise paranın yine de sebepsiz zenginleşme yoluyla talep edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Görüşler için bkz. Staudinger/Thole, §985, s. 51, kn. 150. Kanaatimizce bandrollü paranın yanı sıra antika para veya hatıra parası da örnek gösterilebilir.

ise istihkak müessesesinden söz edilmez. Bu duruma kişinin parayı kendi parasıyla karıştırmasının yanı sıra, başkasının hesabına aktarması veya başka kâğıt paralarla takas edilmesi de dâhildir¹⁸⁴.

2.1.3.1.5. Dijital Verilerin Durumu

Dijital verilerin istihkak talebine konu olup olamayacaklarına karar verebilmek için, bunların eşya olarak nitelendirilebilme durumlarının ele alınması gerekir. İsviçre öğretisinde dijital verilerin eşya olarak kabul edilebileceği fikrinin nadiren ortaya atıldığı belirtilmektedir¹⁸⁵. İsviçre Hukuku'ndaki modern görüşe göre dijital veriler başlı başına eşya olarak kabul edilmemektedir. Eşyadan söz edebilmek için maddî bir varlığın mevcut olması gerekir. Buna sahip olmayan dijital veriler için aleniyet ilkesinin nasıl korunabileceği de tartışmalıdır¹⁸⁶. Eşya hukukunda hukuk süjesiyle nesne arasındaki bağlantının alenî olması ve bu bağlantının herkese karşı mutlak bir etkiye sahip bulunması icap eder. Dijital verilerde ise hukukî sorumluluk düzeni sadece sistem katılımcıları arasında bağlayıcı olarak düzenlenebilir. Bu sorumluluğun üçüncü kişilere karşı genişletilmesi ise mümkün değildir. Bu sebeple, dijital verilerin eşya niteliğinde kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla bunlar üzerinde mülkiyet hakkı veya sınırlı aynî hak tesis edilemeyeceği öne sürülmektedir¹⁸⁷. Buna karşılık, bir diğer görüşe¹⁸⁸ göre dijital veri kavramının işlevsel niteliği ve dijital ekonominin ihtiyaçlarının, dijital verilerin geleneksel eşya kavramına dâhil edilmesini zorunlu kıldığını savunmaktadır. Her ne kadar dijital veriler uzayda üç boyutlu olarak yer kaplamasalar da depolanmaları sebebiyle maddi anlamda yine de fizikleşmiş varlıklar olarak kabul edilmelidir. Depolamanın maddî bir taşıyıcıya veya buluta yapılmasının ise bir önemi bulunmamaktadır. Fizikleştirilmiş olan dijital veri; fiilen ve hukuken üzerinde hâkimiyet kurulabilir hale gelir. O halde dijital verilerin biraz genişletilmiş eşya kavramına dâhil edilebilmesi gerekir. Bu durumda dijital veriler, taşınır eşya ve zilyetlik konusu teşkil eder¹⁸⁹. Kanaatimizce dijital veriyi başlı başına eşya olarak kabul etmek mümkün olmamalıdır. Bununla beraber, verinin haricî bellek gibi fizikî bir varlığın içinde saklanması halinde bellekle verinin bir bütün olarak değerlendirilerek eşya kabul edilmesi gerekir. Bunun sebebi, belleğin bir istihkak talebiyle iade edilmesinin maliki tek başına tatmin etmeme ihtimalinin yüksek olmasıdır. Öyle ki bellekteki

¹⁸⁴ Staudinger/Thole, §985, s. 51, kn. 151.

¹⁸⁵ Bkz. BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 932, kn. 19b.

¹⁸⁶ Tapu kütüğüne benzer bir veri sahipliği kütüğünün uygulanabilir bir çözüm olamayacağı görüşü hakkında bkz. BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 932, kn. 19c.

¹⁸⁷ BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 932, kn. 19c; aynı yönde Sirmen, s. 7.

¹⁸⁸ Bkz. Antalya, Gökhan, "Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya", MÜHFHAD, Y. 2023, C. 29, S. 2, sa. 1208-1222, s. 1218 vd.

¹⁸⁹ Antalya, Dijital Veriler, s. 1218 vd.

dijital veri silinmiş veya başka bir belleğe aktarılmış olabilir. Verinin başka bir belleğe aktarılması halinde içi boşaltılan eski belleğin bir önemi kalmamış demektir. O halde bunun iadesi de malik açısından bir anlam ifade etmez. Bunun yanı sıra, istihkak davası açılması halinde dava değerinin ne olacağı da ayrı bir merak konusudur. Belleğin değeri söz gelimi yüz Türk lirası iken içindeki dijital verinin değeri yüzbinlerce Türk lirasını bulabilir. Eğer verinin değerine göre harç ödenecek olursa, davanın kaybindan sonra içi boşaltılarak iade edilen bellek için boşu boşuna yüksek harç ödenmesi söz konusu olur. Belleğe göre harç ödenmesi halinde ise değeri çok yüksek olan dijital veri için düşük bir dava değeri hesaplanmış demektir. O halde eşya hukuku ve istihkak talebi özelinde yapılacak olan bir değerlendirmede, bellek gibi fizikî bir varlığın (eşyanın) dijital veriyle bir bütün olarak değerlendirilmesi ve fakat verinin başka bir yere aktarıldığının tespiti halinde iadenin o bellek (veya teslimi uygun yeni bir bellek) üzerinden devam ettirilebilmesi gerekir. Böyle bir çözüm yolunun hakkaniyete daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

2.1.3.2. Unsurları

İstihkak müessesesinin unsurları; malikin mülkiyet hakkına sahip olması, malın malikten başka birinin haksız doğrudan zilyetliğinde bulunması, malikin hâkimiyet alanının dışında olması ve talep konusunun eşya olmasıdır. Bu başlık altında söz konusu unsurlarla ilgili ayrıntılara yer verilmiştir.

2.1.3.2.1. Mülkiyet Hakkı

Yukarıda¹⁹⁰ kavram meselesi açıklanırken değinildiği üzere istihkak, "hak ediş" anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, bir kimsenin istihkak iddiasında bulunabilmek için hak edişe sahip olması gerekmektedir. Hakka dayanmaksızın istihkak iddiası öne sürülemez. Her ne kadar sözlükte daha geniş bir anlam ifade etse de söz konusu hak, çalışmamızı ilgilendiren¹⁹¹ istihkak müessesesi anlamında (kural olarak¹⁹²) mülkiyet hakkıdır. O halde istihkak müessesesinin şartlarından birincisi, mülkiyet hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹³. Mülkiyet hakkı; aslen veya

¹⁹⁰ Bkz. 1.2.1.1. (İstihkak Kavramı).

¹⁹¹ İstihkak talebinin hangi yoldan gerçekleştirilebileceği aslında farklı davalar aracılığıyla karşımıza çıkabilmektedir. Öyle ki her ne kadar "istihkak davası" adında başlı başına bir dava türü bulunsa da istihkak kelimesi "hak ediş" anlamına geldiğinden, malın iadesini sağlayan tüm davaların esasen sözlükteki istihkak anlamını taşıdığını söylemek mümkündür. Çalışmamızın konusu istihkak davasıyla bağlantılı olan istihkak müessesesini ilgilendirmekle beraber, iadeyi ilgilendiren diğer dava türlerine de aşağıda istihkak davasıyla karşılaştırmalı olarak yer verilmiştir.

¹⁹² Sınırlı aynî hak sahiplerinin de istihkak davası açabileceği hakkında bkz. 3.1.3.1. (Davacı).

¹⁹³ **Dannemann/Schulze**, s. 1854, kn. 5. Mülkiyet hakkının konusu ve kapsamıyla ilgili geniş bilgi için bkz. **Başpınar**, Mülkiyet, s. 103 vd, 115 vd.

devren kazanılabilir¹⁹⁴. Kazanılış biçimi, hakkın korunması bakımından önem arz etmez. Mutlak nitelikte olan mülkiyet hakkı, kazanıldığı andan itibaren herkese karşı ileri sürülebilir ve korunur. Malın terk veya devredilmesi gibi hukuk sınırları dâhilindeki sebeplerle sona erer¹⁹⁵. Dolayısıyla istihkak talebinin öne sürülebilmesi için, mülkiyet hakkının devam ediyor olması gerekmektedir. Mülkiyet hakkı ortadan kalktığında istihkak talebi de ortadan kalkar¹⁹⁶. Mal haksız zilyetteyken mülkiyet hakkının üçüncü kişiye devredilmesi halinde, yeni malikin iade için yeni bir istihkak talebinde bulunması gerekir. Önceki malikin istihkak iddası yeni malik üzerinden devam etmez ve sona erer¹⁹⁷.

2.1.3.2.2. Malın, Başkasının Haksız Doğrudan Zilyetliğinde Bulunması

Malik, zaten elinde bulunan bir malın iadesini başkasından talep edemeyeceği için, malın başkasının doğrudan zilyetliğinde bulunması istihkak müessesesinin ikinci unsurudur¹⁹⁸. Öte yandan, istihkak talebi için doğrudan zilyetliğin başkasında olması tek başına yeterli değildir. Bu durum, gerek istihkak davasını düzenleyen TMK m. 683/II'deki "*malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı*" ifadesinden gerekse BGB §986'da yer verilen zilyetliğin hakka dayanması halinde zilyedin kendisine yöneltilen iade talebini reddedebileceği düzenlemesinden açıkça anlaşılmaktadır. Türk Medenî Kanunu'yla benzer şekilde ZGB m. 641/II'de de malikin, malın kendisinden alıkoyan kimseye karşı iade talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. O halde istihkak talebinde bulunabilmek için, zilyedin zilyetliğinin başından beri haksız olması veya sonradan haksız hale gelmesi, aranan unsurlardan bir tanesidir¹⁹⁹. Haklı zilyetlik; aynî veya şahsî haktan doğabilir. Mesela rehin, saklama veya kira sözleşmesine dayanarak zilyetlik tesis edilmesi halinde malik istihkak talebinde bulunamaz²⁰⁰.

¹⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 410 vd, 852 vd, 869 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 461 583 vd, 590 vd; Eren, s. 204 vd, 502 vd, 517 vd; Esener/Güven, s. 284 vd, 327 vd; Nomer/Ergüne, s. 287 vd, 306 vd; Ertaş, s. 274 vd, 513 vd; Sirmen, s. 685; Akçaal, s. 488, 678 vd.

¹⁹⁵ Bkz. 4.2. (İstihkak Talebinin Sona Ermesi veya Şekil Değiştirmesi).

¹⁹⁶ İstihkak talebinin mülkiyet hakkından ayrılıp ayrılamayacağı meselesi hakkında bkz. 2.1.5. (İstihkak Talebinin Devri).

¹⁹⁷ Dannemann/Schulze, §986, s. 1857, kn. 6; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 553, kn. 129. Dolaylı - doğrudan zilyetlik kavramları için bkz. Sert Sütçü, Selin, "*Dolaylı- Dolaysız Zilyetlik Kavramının Ayırt Edilmesi*", SDÜHFD, Y. 2019, C. 9, S. 1, sa. 259-284, s. 261 vd.

¹⁹⁸ Dannemann/Schulze, §985, s. 1854, kn. 5; Roth, s. 520.

¹⁹⁹ Staudinger/Thole, §987-993, s. 158, kn. 57, s. 160, kn. 64 vd; Soergel/Stadler, §985, s. 33, kn. 9, s. 35 vd, kn. 11; Prütting, Hanns, Juristische Kurz-Lehrbücher, 34. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010, s. 219; Roth, s. 520, 521. İstihkak iddiasıyla kimlere dava açılabilirliği hakkında ayrıca bkz. 3.1.3.2. (Davalı).

²⁰⁰ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 553, kn. 129.

2.1.3.2.3. Malın, Malikin Hâkimiyet Alanının Dışında Olması

İstihkak müessesesinin varlığı için aranması gereken üçüncü unsur ise malın, malikin hâkimiyet alanının dışında bulunmasıdır. Öğretide²⁰¹ bu husus sıklıkla "malikin mala doğrudan zilyet olmaması" olarak ifade edilse de biz bu ifadeyi kullanmayı tercih etmedik. Zira istihkak talebinde bulunan malik, mal üzerinde hiçbir zaman doğrudan zilyetlik tesis etmemiş olabileceği gibi geleceğe yönelik olarak da böyle bir irade göstermeyebilir. Mesela komşu taşınmazda yumurtlayan tavuk örneğinde malik, yumurta üzerinde henüz doğrudan zilyetlik tesis etmemiş olmasına rağmen yumurtayı en baştan üçüncü kişiye satabilir. Böyle bir ihtimalde, yumurtanın haksız zilyedini (tavuğun yumurtladığı taşınmazın malikini), yumurtayı doğruca malike iade etmesi için zorlamak pratik bir çözüm sağlamaz. Malikin iradesine göre haksız zilyet, yumurtayı pekâlâ malikin göstereceği üçüncü kişiye de teslim edebilmelidir²⁰². Bunun yanı sıra malik, haksız zilyedin elindeki malı üçüncü kişilere kiralama veya ödünç verme gibi farklı türde bir irade de gösterebilir. Zilyetliğin temsilci aracılığıyla veya havale yoluyla nakli gibi teslimsiz nakil yollarıyla geçmesini de isteyebilir. Böyle bir iradeye engel olmak, eşya hukukunun mantığına uygun düşmediği gibi malikin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna da yol açabilir. Öyle ki malikin, hâlihazırda hâkimiyet alanında bulunmayan (haksız zilyette bulunan) mal üzerinde bir borçlandırıcı işlemle üçüncü kişiye teslim taahhüdünde bulunması halinde, malın önce istihkak talebiyle malike iadesini sağlamaya çalışmak zaman kaybına yol açar. Bu durum, malikin alacaklıya karşı temerrüde düşmesine sebep olabilir. O halde, uygulamada mantığa uymayan durumu teoride de olması gerektiği gibi ifade ederek bütünlük sağlamak icap eder. Tüm bunlardan hareketle istihkak müessesesinin amacına ilişkin ifade, "doğrudan zilyetliğin tesisini" sağlamaktan daha geniş izah edilmelidir. Kanaatimizce istihkak talebinin, malın "doğrudan zilyetliğinin sağlanması" değil, "malikin hâkimiyet alanına tesliminin sağlanması" amacı taşıdığı şeklinde ifade edilmesi gerekir. Burada iade yerine teslim kelimesini tercih etmemizin sebebi, malikin mal üzerinde daha önce hiç zilyetlik tesis etmemiş olma ihtimalidir. Öyle ki iadede söz edebilmek için malikin, bir anlığına bile olsa mal üzerinde doğrudan zilyetlik tesis etmesi gerekir. Yine de bu düşük bir ihtimal olduğu için, çalışmamızda çoğunlukla iade kelimesi kullanılmıştır.

²⁰¹ Bkz. **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 546, kn. 112; **Eren**, s. 32; **Sert Sütçü**, s. 280; **Akçaal**, s. 418.

²⁰² Malikin, malın iadesinin dolaylı zilyede yapılmasını talep etmesi meselesi hakkında bkz. **Dannemann/Schulze**, §985, s. 1854, kn. 6.

2.1.3.2.4. Talep Konusunun Eşya Olması

İstihkak talebinde bulunabilmek için aranan dördüncü unsur, talebe bir eşyanın konu olmasıdır²⁰³. Mülkiyet hakkının konusuna Türk Medenî Kanunu'nda yer verilmemiş olsa da BGB §90'da sadece maddî varlıkların mülkiyete konu edilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Türk Hukuku'nda da aynı durumun geçerli olduğu söylenebilir²⁰⁴.

Mülkiyete konu edilebilir bir eşyadan söz edebilmek için, bunun belli bir fizikî varlığa ve istikrara sahip olması gerekir²⁰⁵. Deniz dalgaları, rüzgâr, ses, elektrik, gaz gibi maddeler, üzerinde hâkimiyet kurulamadığı sürece mülkiyet hukuku anlamında eşya sayılamaz²⁰⁶. O halde bunlar da istihkak talebinin konusunu oluşturmamaktadır.

Her ne kadar maddî varlık olsa da insan vücudu (tamamen veya kısmen) eşya sayılamaz. Dolayısıyla bunların mülkiyete (ve dolayısıyla istihkak talebine) konu edilmesi mümkün değildir²⁰⁷. Vücuda kalıcı olarak yerleştirilen altın diş, kalp pili, göğüs implantı gibi varlıklar da artık vücudun parçası haline geldiğinden eşya sıfatını kaybederler²⁰⁸. Yine de bunların vücuttan

²⁰³ "Eşya" yerine "mal" kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. **Ertaş**, s. 5. Bununla birlikte, her ne kadar "eşya" Arapça "şey" kelimesinin çoğulu olsa da öğretide "şey", "mal" ve "eşya" kavramlarının hukuk dilinde aynı anlama gelmediği ifade edilmektedir. Buna göre insan haricindeki her türlü varlığa "şey"; insanların ihtiyaçlarını karşılamaya yarayan maddî ve maddî olmayan şeylere ise "mal" denir. "Eşyanın" varlığından söz edebilmek için ise daha özel niteliklerin bulunması gerekir. Maddî olmayan şeyler eşya sayılmaz. Bkz. **Nomer/Ergüne**, s. 6 vd; **Ergüne**, Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 6. Buradaki konu başlığı, istihkak müessesesinin konusunun maddî mallar olduğuna dikkat çekmek amacıyla Talep Konusunun "Eşya" Olması şeklinde ifade edilmiştir. Bununla beraber, istihkak davasını düzenleyen TMK m. 683'te Arapça "ayn" kökünden gelen "eşya" yerine Türkçe "mal" kavramına yer verilmiş olması sebebiyle tezin genelinde bu kavram kullanılmıştır.

²⁰⁴ Bkz. **Eren**, s. 54; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s. 26; **Esener/Güven**, s. 4; **Nomer/Ergüne**, s. 6 vd; **Sirmen**, s. 5, 6; **Ertaş**, s. 6.

²⁰⁵ **Dannemann/Schulze**, §90, s. 110, kn. 7; **BSK ZGB II- Wolf/Wiegand**, Art. 641 ff, s. 927, kn. 8; **Aksoy Dursun**, Sanem, Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 24.

²⁰⁶ **Dannemann/Schulze**, §90, s. 110, kn. 7; **Aksoy Dursun**, s. 26 vd; **Esener/Güven**, s. 4 vd; **Nomer/Ergüne**, s. 8. Avusturya Hukuku'nda fizikî varlığa sahip olmayan şeylerin de mal olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **BSK ZGB II- Wolf/Wiegand**, Art. 641 ff, s. 926, kn. 5.

²⁰⁷ **CHK- Arnet**, ZGB 641, s. 7, kn. 7; **Sarial**, M. Enis, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986, s. 8; **Karauz**, Ağâh Kürşat, "Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 9, S. 1, sa. 349-370, s. 355; **Eren**, s. 56; **Esener/Güven**, s. 5; **Nomer/Ergüne**, s. 9; **Ertaş**, s. 6; **Ergüne**, s. 8.

²⁰⁸ **KUKO ZGB- Domej/Schmidt**, Art. 641, s. 1830, kn. 6; **CHK- Arnet**, ZGB 641, s. 7, kn. 7; **Aksoy Dursun**, s. 146 vd; **Esener/Güven**, s. 5; **Ertaş**, s. 6; **Nomer/Ergüne**, s. 9.

çıkarılarak hukukî niteliklerinin tekrar değiştirilmesi ve mülkiyete konu edilmesi mümkündür²⁰⁹. Kesilen saç, çekilen diş, bağışlanan kan veya organda²¹⁰ durum böyledir. Alman Hukuku'nda, tekrar vücuda dönmek üzere vücuttan ayrılan maddelerin eşya sıfatı kazanacağı kabul edilmektedir. Sadece geçici olarak vücuttan ayrılan maddeler (operasyon öncesi hastanın kendisinden alınan kan, dölleme için alınan yumurta hücreleri vb.) ise hâlâ vücudun bir parçası kabul edilir ve eşya sıfatı kazanmazlar²¹¹. Bu sebeple mülkiyet hakkına (ve dolayısıyla istihkak talebine) konu edilemezler. Cesedin hâlâ kişilik hakkının konusu mu yoksa eşya mı sayılacağı tartışmaya²¹² konu edilmiş olmakla beraber, kişilik hakkının bir uzantısı ya da yakınlarının kişilik hakkı sayılması gerektiği belirtilmektedir²¹³. Cesedin tıbbî sebeplerle kullanımı²¹⁴ veya aradan çok uzun bir süre geçmiş olması sebebiyle kişilikle bir bağının kalmaması (mumyalar veya müzelerdeki tarih öncesi cesetler) gibi durumlarda ise eşya hükümlerinin uygulanabileceği öne sürülmektedir²¹⁵. Bu durumdaki cesetlerin geri alınabilmesi²¹⁶ için ilgili kuruluş tarafından istihkak davası açılması mümkündür²¹⁷.

²⁰⁹ **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 7, kn. 7; **Aksoy Dursun**, s. 147; **Sarial**, s. 10. Vücuttan ayrılan maddelerin eşya niteliği kazandığını kabul eden ve etmeyen görüşler hakkında bkz. **Sarial**, s. 10 vd; **Özbilen**, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 19 vd; **Nomer/Ergüne**, s. 9.

²¹⁰ İnsan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliği ve hukukî işlemlere konu edilebilmesi hususlarında bkz. **Akıncı**, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996, s. 59 vd; **Özbilen**, s. 7 vd.

²¹¹ **Dannemann/Schulze, §90**, s. 110, kn. 9.

²¹² **Dannemann/Schulze, §90**, s. 110, kn. 9; **Akıncı**, İnsan Kökenli, s. 145 vd; **Aksoy Dursun**, s. 161 vd; **Özel**, Çağlar, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, Y. 2002, C. 51, S. 1, s.a. 43-77, s. 59 vd; **Karauz**, Ceset, s. 354 vd.

²¹³ **Özel**, s. 61 vd.

²¹⁴ Kişi, ölüme bağlı tasarrufla organlarının bağışlanması ya da cesedinin bilimsel amaçlarla kullanılmasına yönelik bir irade gösterebilir. Bkz. **Karauz**, Ceset, s. 358.

²¹⁵ **Dannemann/Schulze, §90**, s. 110, kn. 9; **Akıncı**, İnsan Kökenli, s. 153 vd; **Aksoy Dursun**, s. 178; **Nomer/Ergüne**, s. 9, dn. 29. Bunun yanı sıra öğretide bir yazar, kadavranın anatomi kurumlarına bırakılmasının, kadavra üzerinde kanuna uygun sayılan her türlü tasarrufta bulunulabileceği anlamına gelmeyeceğini ve dolayısıyla bu durumun kadavra üzerinde mülkiyet hakkı doğmasına sebep olmayacağını belirtmektedir. Bkz. **Sarial**, s. 8.

²¹⁶ Taşınır maldan söz edebilmek için; bir yerden başka bir yere taşınabilme ve taşınmaz mülkiyetine dâhil olmama şartları aranır. Bkz. **Tekinay**, Selâhattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 1.

²¹⁷ **Akıncı**, İnsan Kökenli, s. 153 vd.

2.1.3.3. Tanımı

Öğretide genellikle istihkak davasının; doğrudan zilyet olmayan malikin, malik olmayan haksız zilyede iade (ya da doğrudan zilyetliği sağlamak için) açtığı dava olarak tanımlandığı görülmektedir²¹⁸. Bu tanım genel itibarıyla doğru olmakla beraber, istihkak müessesesinin unsurları da göz önünde bulundurulduğunda ifadenin yeterince kapsayıcı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bunun başlıca sebeplerinden biri olarak, malikin mala geçmişte hiç doğrudan zilyet olmadığı durumlar gösterilebilir. Özellikle haksız zilyetleyen asıl şeyden bağımsızlaşan doğal ürünlerde olduğu gibi, malın başkasının zilyetliğinde ortaya çıkması ihtimalinde durum böyledir. Bir diğer sebep olarak ise mal üzerinde hiç doğrudan zilyetlik tesis etmeyen malikin, geleceğe yönelik olarak da doğrudan zilyetlik beklentisinin bulunmadığı durumlar gösterilebilir. Mesela malı haksız zilyetleyen üçüncü kişiye satan malik, zilyetliğin haksız zilyet tarafından alıcıya devredilmesini isteyebilir. Bu durumda malikin mala doğrudan zilyet olması ihtimali tamamen ortadan kalkmaktadır. O halde istihkak müessesesinin tanımı yapılırken "doğrudan zilyetlik" ve "iade" ifadelerinin kullanılması, tanımın kapsayıcılığını azaltmaktadır. Zira görüldüğü üzere hem doğrudan zilyetliğin hem de iade kavramının istihkak müessesesinde yer almaması mümkündür. İade, alınmış bir şeyin geri verilmesi anlamına gelir²¹⁹. Diğer bir deyişle, iadede söz edebilmek için buna konu olan şeyin daha önce iade alan kişinin zilyetliğinde bulunması gerekir.

Malikin doğrudan zilyetliği değil de "*malın kendi hâkimiyet alanına girmesini sağlamak amacıyla*" talepte bulunduğunu ifade etmenin daha kapsayıcı olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten de malik, malın kendi iradesine uygun olarak alıcı, kiracı vb. üçüncü kişilere teslim edilmesini sağlayabiliyorsa, doğrudan zilyet olmasa bile mal onun hâkimiyet alanı içinde demektir. Yine, "*bir şeyi sahibine verme*" anlamına gelen "*teslim*"²²⁰ ifadesini kullanarak "iade" sözcüğünden kaçınmayı tercih ettik.

Tüm bunlardan hareketle, istihkak müessesesi için aşağıdaki gibi bir tanım yapmayı uygun bulduk:

"İstihkak; malikin, doğrudan zilyet olmadığı bir malının kendi hâkimiyet alanına girmesini sağlamak için haksız zilyede yönelttiği teslim talebidir."

Her ne kadar kapsayıcı olması amacıyla tanımı bu şekilde yapmayı uygun görsek de malikin, mala hiç doğrudan zilyet olmamasının istisna bir durum olduğunu kabul etmek gerekir.

²¹⁸ Bkz. **Meier-Hayoz, Art. 641**, s. 328, kn. 54; **Haab, Art. 641**, s. 50, kn 34; **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB**, s. 546, kn. 112; **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 14, kn. 30; **OFK/ZGB- Wolf, ZGB Art. 641**, s. 1450, kn. 8; **Ergüne**, s. 32.

²¹⁹Bkz. Türkçe Sözlük, "*iade*" maddesi.

²²⁰ Bkz. Türkçe Sözlük, "*teslim*" maddesi.

Genellikle mal, başlangıçta doğrudan zilyet olan malikin zilyetliğinden sonradan çıkar ve istihkak talebiyle birlikte tekrar malike döner. Dolayısıyla, çalışmamızda malın doğrudan zilyetliğin yeniden tesisi için malike "iadesine" yönelik ifadeler sıklıkla kullanılmıştır.

2.1.3.4. Hukukî Niteliği

İstihkak talebinde bulunabilmek için haksız zilyetliğin varlığını aramak gerektiğinden, zilyetliğin hakka dayanmasından ne anlaşılması gerektiği meselesinin de ele alınması gerekmektedir. Mesela zilyetlik; intifa, rehin gibi bir aynî hakka, borç ilişkisinden doğan bir şahsî hakka, aile hukukundan doğan mal rejimi tasfiyesi, nafaka gibi haklara veya miras hukukundan doğan tereke ve alacak haklarına dayanabilir. Görüldüğü üzere, zilyetliğin bir hakka dayanması bakımından oldukça geniş bir yelpaze söz konusudur. Bunun yanı sıra, malikin mal üzerindeki yetkilerinin de incelenmesi icap eder. Bu hususta öğretide çeşitli ayrımlara gidilmiştir. Bazı yazarlara göre, mülkiyet hakkının tanıdığı yetkiler; mülkiyet hakkının olumlu yönü (iç muhtevası) ve olumsuz yönü (dış muhtevası) olarak ikiye ayrılır²²¹. Olumlu yönüyle kastedilen, özetle TMK m. 683/I'de malike tanınmış olan kullanma, yararlanma ve tasarruf haklarıdır. Olumsuz yönden kasıt ise malın üçüncü kişilere karşı hukuk düzeninin tanıdığı sınırlar dâhilinde korunabilmesidir. Bazı yazarlar da TMK m. 683/I'in sağladığı hakları aktif yetki; üçüncü kişilere karşı korumayı ise koruyucu yetki olarak tasnif etmektedir²²². Bir başka ayrım ise bunu tekeli yetki ve aracısız/mutlak yetki olarak ele almaktadır²²³. Yine, mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri olumlu ve olumsuz yetkiler şeklinde ifade eden yazarlar da mevcuttur²²⁴. Öğretide kavram bakımından böyle bir çeşitlilik olmakla beraber hepsinde kastedilen; malike tanınan kullanma, yararlanma ve tasarruf haklarının kapsamı ile hakkın ihlâl edilmesi halinde sağlanan korumaya ilişkindir. İstihkak müessesesinin ise mülkiyet hakkının daha çok olumsuz yönü veya dış muhtevası olarak adlandırılan koruma meselesini ilgilendirdiği öğretide genellikle kabul edilmektedir.

Öğretideki bir görüşe göre malik, başkası lehine sınırlı aynî hak tesis ettiği zaman mülkiyetten kaynaklanan bazı yetkilerinden bir süreliğine de olsa feragat etmiş olur. Bu sebeple, mülkiyet hakkının kapsamı da feragat ölçüsünde sınırlı aynî hak sahibi lehine daraltılır²²⁵. Diğer

²²¹ Bkz. **Eren**, s. 16 vd; **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 68 vd; **Akipek**, s. 10 vd; **Akıntürk**, s. 380; **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 5 vd.

²²² Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 275 vd; **Özen**, s. 9. **Sirmen** ise koruyucu yetki kavramını kullanmakla birlikte, aktif etki yerine olumlu yetki kavramını tercih etmiştir. Bkz. **Sirmen**, s. 243.

²²³ Bkz. **Serozan**, Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 202.

²²⁴ Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 478.

²²⁵ Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 890.

bir deyişle, böyle bir durumda mülkiyet hakkının iç muhtevası, -sınırlı aynî hakkın türüne uygun olarak- malikten bağımsızlaşır ve onun tarafından kullanılamaz. Bir diğer görüş ise bu yaklaşımı kabul etmemektedir. Bu ikinci görüşe göre, malikin sınırlı aynî hak tesis etmiş olması malikin haklarını kullanmasına engel olmaz, mülkiyet hakkını herhangi bir yük altına sokmaz. Mülkiyet hakkının malike tanıdığı bütün yetkiler, sınırlı aynî hakka rağmen devam eder. Burada sadece bazı hakların kullanılmasına ilişkin olarak, lehine sınırlı aynî hak tesis edilen kişiye öncelik tanınmıştır. Söz konusu önceliğe uygun düştüğü ölçüde, malik de pekâlâ bu haklardan yararlanmaya devam edebilir. Mesela, bir başkası lehine geçit irtifakı tesis eden malikin, irtifak hakkı sahibiyle beraber geçitten yararlanmaya devam etmesi mümkündür²²⁶. Ancak malın tesliminin icap etmesi gibi maliki doğrudan zilyetlikten koparan veya birlikte zilyetlik gibi doğrudan zilyetliğin kısıtlandığı hallerde, malikin mal üzerindeki *tekelci*²²⁷ yetkisi sona ermektedir. Böyle bir durumda malik, sınırlı aynî hak sahibine karşı fiilî hâkimiyeti mutlak biçimde sağlayacak bir istihkak talebinde bulunamaz. Zira doğrudan zilyetliği sürdürme yetkisi malikten bağımsızlaşarak sınırlı aynî hak sahibine geçmiştir. Acaba malikin, mal üzerindeki doğrudan hâkimiyet yetkisini sözleşmeyle şahsî hak tesis ettiği alacaklıya aktarması ihtimalini nasıl değerlendirmek gerekir? Öyle ki hâkim olan anlayışa göre, malikin doğrudan zilyetliği mesela kiracısına bırakması halinde mülkiyet hakkının kapsamında daralma sonucu doğuran bir tasarruf işlemi yapmış olmaz. Bununla birlikte, mülkiyet hakkının tanıdığı yetkileri elinde bulundurmaya devam eden malikin, sözleşme boyunca mala ilişkin bir istihkak talebinde bulunabilmesi de mümkün değildir. O halde malik, mülkiyet hakkının “dış muhtevası” olarak nitelendirilen ve belki de en önemli özelliği olan üçüncü kişilere karşı koruma özelliğini sözleşmenin diğer tarafına karşı kullanamamaktadır²²⁸. İstihkak müessesesini ilgilendiren bu durumun nasıl açıklanması gerektiği ele alınmalıdır. Bu hususta Alman Medenî Kanunu’nun 986’ncı maddesinde zilyedin, zilyetliğinin hakka dayanmaya devam ettiği sürece iade talebini reddedebileceği açıkça hükme bağlanmıştır²²⁹. Türk Medenî Kanunu’nda ise malikin, malını “*haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı*” istihkak davası açabileceği düzenlenerek, bu anlama dolaylı yoldan ulaşılması sağlanmaktadır. Zira istihkak iddiasının malı haksız olarak elde bulunduran kişiye karşı açılabilmesi ifadesinin mefhumu muhalifinden, malı bir hakka dayanarak elinde bulunduran kişiye karşı bu iddianın öne sürülemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Her ne kadar malikin zilyetliği irade dışı kaybının değerlendirilmesi bakımından tereddüt bulunmasa

²²⁶ Özen, s. 9 vd, dn. 18; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 696.

²²⁷ Serozan, s. 202.

²²⁸ Özen, s. 11.

²²⁹ Wellenhofer, Marina, Sachenrecht, 37. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2022, s. 318, kn. 5.

da hukukî işlemle doğrudan zilyetliğin başkasına devredilmesinin hukukî temelinin neye dayandığının tespitiyle ilgili farklı görüşler öne sürülmüştür. Bu görüşler, meseleyi aynî hakka mı yoksa borçlar hukukuna mı dayalı olarak ele almak gerektiği veya zilyedin istihkak talebine karşı def'i mi yoksa itiraz yoluyla mı karşı çıkabileceği gibi farklı açılardan ele almaktadır. Yine, istihkak talebinin muaccel olmadığı ve malikin mülkiyet hakkının kısıtlandığı şeklinde görüşler de mevcuttur. Bir görüş ise malikin kendisini yapmama borcu altına soktuğunu ileri sürmektedir. Hangi görüşün tercih edileceğine bağlı olarak, hakkın ileri sürülüş şeklinin zaman ve usul gibi yönleri bakımından farklı sonuçlar söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple, aşağıda söz konusu görüşlere ve ardından kendi kanaatimize yer verilmiştir²³⁰.

2.1.3.4.1. Def'i ve İtiraz Görüşleri

Doğrudan zilyedin def'i hakkı görüşüne göre, malikin sözleşme ile bir başkasına şahsî hak tanıyarak doğrudan zilyetliği bırakmış olması, mülkiyet hakkının kapsamını daraltmaz. Şahsî hak sahibine mal fiilen teslim edilmiş olsa bile malikin mal üzerinde "doğrudan" zilyet olma hakkı devam eder. Dolayısıyla, şahsî hak sahibine malı teslim eden malik, doğrudan zilyetliği tekrar kazanmaya yönelik olan aynî nitelikteki talep hakkını derhal elde eder. Diğer bir deyişle, istihkak müessesesi, şahsî hakkın ortaya çıktığı andan itibaren öne sürülebilir niteliktedir. Ancak malikle şahsî hak sahibi arasında kurulmuş olan sözleşme ilişkisinin varlığı sebebiyle, istihkak talebi defedilebilmektedir. Zira sözleşme ilişkisi sayesinde şahsî hak sahibine sözleşmeye konu olan malı kullanma hakkı sağlanmıştır²³¹.

Alman Hukuku'nda haklı zilyedin, malikin istihkak iddiasına karşı zilyetliğini koruyabileceğini düzenleyen BGB §986'da kullanılan "*kann verweigern*" (karşı çıkabilir) ifadesi de Alman öğretisinde bazı yazarlar tarafından def'i hakkı olarak yorumlanmaktadır²³². Bir diğer görüş ise bunu itiraz olarak ele almaktadır²³³. Esasen Alman Hukuku'nda def'i ve itiraz görüşlerinin

²³⁰ Bu görüşler yer yer malikin aynî iade talebi perspektifinden ziyade, haksız doğrudan zilyedin iade yükümlülüğü perspektifinden bakılarak yazılmıştır. Bununla birlikte malik ve doğrudan zilyedin, aynı ilişkinin iki ucundaki taraflar olması sebebiyle açıklanan görüşler malikin istihkak talebi kapsamında da değerlendirilebilir. Nitekim **Dieter**'in de belirttiği gibi, BGB § 985 (TMK m. 683) ve BGB § 987 ff. (TMK m. 993 vd.) hükümleri birbirinden ayrılmaz bir ilişki içindedir. Bkz. **Dieter**, München, Untersuchungen zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs zu den übrigen Herausgabeansprüchen des bürgerlichen Rechts, München 1964, s. 24.

²³¹ Görüş için bkz. **Köbl**, Ursula, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchs-system des BGB, Berlin 1971, s. 118 vd; **Özen**, s. 11 vd.

²³² Bkz. **Staudinger/Thole**, §986, s. 103, kn. 2; **Ermann/Ebbing**, §986, s. 4508, kn. 41; **Köbl**, s. 118.

²³³ **MüKoBGB/Baldus**, §986, s. 1250, kn. 58; **Soergel/Stadler**, §986, s. 19, kn. 1; **PWW/Englert, K/Englert, F.**, §986, s. 2140, kn. 1; **NK-BGB/Schanbacher**, §985, s. 981, kn. 18; **Herrler**, Sebastian, Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 83. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2024, s. 1725, kn. 1.

oluşmasının sebebi, bir yandan BGB §986'da "*kann verweigern*" (karşı çıkabilir) ifadesi kullanılırken diğer yandan elatmanın önlenmesi davasının düzenlendiği BGB §1004/2 hükmünün itiraz şeklinde ele alınmış olmasıdır²³⁴. İki maddenin de mülkiyet hakkının korunması amacını taşıyan paralel nitelikteki hükümler olarak yorumlanması, bazı yazarları her ikisini de aynı hukukî niteliği haiz olarak değerlendirmeye yöneltmiştir²³⁵. Türk Hukuku'nda da bir yazar, zilyetliğe haklılığın itiraz teşkil ettiğini öne sürmektedir²³⁶. Öte yandan, Alman Medenî Kanunu'nun aksine Türk Medenî Kanunu'nun istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarına ilişkin m. 683/II hükmünde def'i ve itiraza yönelik herhangi bir ifade ve dolayısıyla da karışıklık bulunmamaktadır. Bu sebeple, elatmanın önlenmesi davasından hareket ederek istihkak davasının itiraz olarak değerlendirilmesi için de bir sebebin bulunmadığı kanaatindeyiz. Nitekim Türk Hukuku'nda mülkiyet hakkını (istihkak iddiasını) ileri süren malike karşı kiracının öne süreceği hakkın, def'i hakkı olduğunu belirten bir görüş de mevcuttur²³⁷. Bizce de bu görüş daha isabetlidir²³⁸.

Roma Hukuku'nda da davalı, sözleşme ilişkisinden doğan bir haklı zilyetliğinin bulunduğunu "satılmış ve teslim alınmış mal def'i" anlamına gelen *exceptio rei venditae et traditae* ile öne sürmekteydi²³⁹.

Doğrudan zilyedin def'i hakkı görüşü, öğretilerde bazı açılardan eleştirilmektedir. Bunun sebeplerinden biri, def'i hakkının sona ermesi veya öne sürülmemesi hallerinde iade yükümlülüğünün doğacak olmasıdır. Def'i, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmayıp, hak sahibince süresinde öne sürülmelidir. Şahsî hak sahibinin doğrudan zilyetliği elinde bulundurmasını sağlayan sözleşme ilişkisini davacı malik bile öne sürmüş (veya ikrar etmiş) olsa, hâkim bunu göz önünde bulunduramayacağı için iade yükümlülüğü doğar. Bu durumun ise haklı zilyetliğe ters düşeceği ve bu sebeple itirazın varlığından söz edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴⁰. Bir diğer eleştiriye, malikin doğrudan zilyetlik hakkıyla şahsî hak sahibinin

²³⁴ Maddenin ikinci fıkrasında malikin katlanma yükümlülüğünün olması halinde dava açamayacağının düzenlenmesi sebebiyle, (hâkimin re'sen göz önünde bulundurabileceği) itiraza yönelik bir durumun söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bkz. **MüKoBGB/Baldus, §986**, s. 1250, kn. 58; **Prütting**, s. 221.

²³⁵ **MüKoBGB/Baldus, §986**, s. 1250, kn. 58; **Prütting**, s. 221.

²³⁶ Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 321.

²³⁷ **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976, s. 56; **Çukadar**, Neslihan, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 75.

²³⁸ Neden bu görüşü desteklediğimize ilişkin ayrıntılı açıklamalara aşağıda değerlendirme başlığı altında yer verilmiştir. Bkz. 2.1.3.4.5.

²³⁹ Bkz. **Erdoğan**, s. 101.

²⁴⁰ **MüKoBGB/Baldus, §986**, s. 1250, kn. 58, 59; **Diederichsen**, Uwe, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Hamburg 1965, s. 5.

doğrudan zilyetlik hakkının bir arada bulunmasının teorik yönden sebep olduğu kavram karmaşasına ilişkindir. Öyle ki şahsî hak sahibi, sözleşmeden doğan doğrudan zilyetliği elinde bulundurma hakkını kullanırken hukuka uygun davranmış olsa bile; aynı zamanda malikin sahip olduğu doğrudan zilyetliği elinde bulundurma hakkını ihlâl ettiği için hukuka aykırı davranmış olur. Bu iki durumun ise birbiriyle çeliştiği öne sürülmektedir²⁴¹. Yine, doğrudan zilyedin malı elinde bulundurmaya devam edebilmek için öne sürdüğü argümanın bir def'i olarak kabul edilmesi, def'inin savunma pozisyonu ve hukuk etiği bakımından çok daha güçlü konumda kabul edilen sözleşme yükümlülüğüne karşı zayıf kalması sebebiyle eleştirilmektedir. Malik, bizzat girdiği hukukî ilişkide vaktinden önce iade talebinde bulunarak taahhüdünü ihlâl etme cesaretini göstermesine rağmen, açmış olduğu davada -def'i müessesesinin buna izin verebilecek yapıda olması sebebiyle- davayı kazanabilecek duruma gelmektedir. Bu durum, öğretide iyi niyetin ihlâli ve hatta ahlâkî açıdan kınanacak bir durum olarak ifade edilmektedir²⁴². Alman Hukuku'nda itiraz görüşünün öne çıkmasının bir diğer sebebi ise BGB §986'nın başlığında "*Einwendungen*" (itirazlar) kelimesinin kullanılarak, zilyedin malike karşı hakkının itiraz niteliğinde olduğunun vurgulanmasıdır²⁴³. Öte yandan, Türk Medenî Kanunu'nda böyle bir ifade yer almadığından, bu durumun Türk Hukuku açısından dikkate alınmasına da gerek bulunmamaktadır.

2.1.3.4.2. İstihkak Talebinin Muaccel Olmadığı Görüşü

Bu görüşe göre, malikin zilyetliği alacaklıya devretmiş olması bir tasarruf işlemi sayılamayacağından, mülkiyet hakkının tanıdığı bütün yetkiler malikin üzerinde kalmaya devam eder. Dolayısıyla doğrudan zilyetliği devam ettirme yetkisi de aslında bir "alt hak" olarak hâlâ maliktedir ve malik, bu sebeple iade talebinde bulunabilir. Bu görüşün dayanağı, malikin doğrudan zilyetliğe sahip olmasının olağan durum, bunu kaybetmiş olmasının ise olağan durumdan "sapma" olarak değerlendirilmesi fikrine dayanır²⁴⁴. Burada hâkimiyet hakkıyla fiilî hâkimiyetin birbirinden ayrılmasının hangi temellere dayandığı, iade talebinin varlığı açısından belirleyici değildir. Zira malın zilyetliği mülkiyetle ayrılmaz şekilde bağlantılıdır²⁴⁵. Bu hususta malikin doğrudan zilyetliği irade dışı veya iradesi dâhilinde kaybetmiş olması arasında bir fark yoktur. Diğer bir deyişle, malikin malını geçerli bir sözleşme kapsamında başkasına kiralaması veya ödünç vermesi gibi hallerde dahi mülkiyet hakkının doğal halinden bir sapma söz konusudur ve bunun giderilerek tekrar doğal hale dönülmesi gerekir. Dolayısıyla, doğal halin bir an önce tekrar

²⁴¹ Özen, s. 12 vd.

²⁴² Köbl, s. 123.

²⁴³ Prütting, s. 221.

²⁴⁴ Bkz. Özen, s. 13 vd.

²⁴⁵ Krause, Walter Erich, Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989-993 BGB, Berlin 1965, s. 91.

tesis edilebilmesi için malik, istihkak talebinde bulunma hakkına doğrudan zilyetliği kaybettiği anda derhal kavuşur. Öte yandan, malikle alacaklı arasında malın belli bir süreliğine alacaklı tarafından kullanılması gibi bir anlaşma yapılmış olduğundan, aynı zamanda taraflar arasında belli bir süre iade talebinde bulunulmayacağı kararlaştırılarak muacceliyetin ötelenmesine sebep olunmuştur²⁴⁶. Bu sebeple istihkak müessesesi “talep” seviyesine ulaşamaz.

Söz konusu görüşe yönelik olarak getirilen eleştirilerden biri, istihkak talebinin muacceliyet şartına bağlı olarak değerlendirilmesinin eşya hukukunun mantığına uygun düşmediğine yöneliktir. Zira bir alacağın muacceliyet anına yönelik yapılan anlaşmalar borçlar hukukunun konusunu oluşturur. Borçlar hukukundaki irade serbestisi ilkesi gereğince taraflar, bir alacağın (şahsî hakkın) ne zaman muaccel hale geleceğini aralarında özgürce kararlaştırabilirler. Öte yandan, bir aynî talebin ne zaman ortaya çıkacağı ve ne şekilde ileri sürülebileceğine ilişkin şartlar kanunla belirlenmiş haldedir. Bu sebeple, irade serbestisi ilkesinin borçlar hukuku alanının dışına taşacak şekilde genişletilmesi ve eşya hukukunda da bu şekilde kullanılması mümkün değildir. Eşya hukukunda “sınırlı sayı ve tipe bağlılık” ilkeleri söz konusu olup, bu alana ilişkin taleplerin ortaya çıkması hususunda taraf iradelerine ve muacceliyet anlaşmalarına bakılmaz.

Bir diğer eleştiri ise malikin mülkiyeti altındaki malı kendi fiilî hâkimiyeti altında bulundurmasının doğal durum; doğrudan zilyetliğin malik tarafından kasten de olsa terk edilmiş olmasının ise doğal durumdan sapma olarak değerlendirilmesine ilişkindir. Zira malikin; malını kiraya vererek bundan kâr etmek istemesi veya ödünç ve benzeri yollara başvurarak malın doğrudan zilyetliğini terk etmesi, doğal durumdan sapma değil, mülkiyet hakkının doğal kullanımının bir sonucudur²⁴⁷.

2.1.3.4.3. Sözleşme İlişkisinin Mülkiyeti Kısıtladığı Görüşü

Sözleşme ilişkisinin mülkiyeti kısıtladığı görüşüne²⁴⁸ göre malikin, doğrudan zilyetliği başkasına (alacaklıya) bırakması halinde, aynî bir talepte bulunma hakkı malik açısından mutlak bir biçimde ortadan kalkar. Bu durumda malik, yalnızca sözleşme ilişkisinin sınırları çerçevesinde alacaklıya karşı talepte bulunabilir. Hatta sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra bile (modern görüşe göre taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulacağı için) aynî talepte bulunma hakkı malik

²⁴⁶ Görüş hakkında bkz. **Özen**, s. 13 vd.

²⁴⁷ Eleştiri için bkz. **Özen**, s. 16 vd.

²⁴⁸ **Siber**, Heinrich, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903, s. 125 vd; **Raiser**, Ludwig, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, s. 132 vd; **Raiser**, Ludwig, Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen: Kritische Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 21.12.1960 - VIII ZR 89/59, Y. 1961, S. 17, sa. 529-531, s. 529 vd; **Soergel/Stadler**, §986, s. 19, kn. 1. Görüş hakkında ayrıca bkz. **Köbl**, s. 115 vd, 125 vd; **Özen**, s. 18 vd.

tarafından kullanılamamaya devam eder. Mesela kira sözleşmesi sona erdikten sonra kiralananı iade etmeyen kiracıya karşı sadece kira sözleşmesinden doğan bir iade talebinde bulunulabilir²⁴⁹. Hatta, kiracının malı sözleşmeyle üçüncü kişiye bırakması halinde üçüncü kişinin malike karşı da sözleşmeden doğan taleplerini öne sürebileceği belirtilmektedir²⁵⁰. Bu ihtimalde malik, aynî talepte bulunma hakkıyla birlikte haksız zilyetlikte iade hükümlerinden yararlanma hakkını da tamamen kaybetmiştir. Artık sadece sözleşmeden doğan talepte bulunma hakkı söz konusu olabilir²⁵¹. Öte yandan bu görüşü savunan yazarlar, ulaştıkları sonucu temellendirirken farklı gerekçelerden yola çıkmışlardır²⁵². Bunlardan bir tanesine göre malik, doğrudan zilyetliği alacaklıya devrederken kendisini de dolaylı zilyet konumuna getirerek, mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkilerden birini farklı bir statüye dönüştürmüş olur²⁵³. Zira mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerden biri, mal üzerinde doğrudan zilyetliğe sahip olunmasıdır. Malik, bu

²⁴⁹ Görüşü savunan yazarlara göre malikle doğrudan zilyet arasında geçerli bir hukukî ilişkinin olup olmaması, malikin, doğrudan zilyede karşı aynî bir talepte bulunup bulunmamasının sınırını keskin bir şekilde belirler. Malik, zilyetliği geçerli bir sözleşmeye dayanarak alacaklıya bırakmışsa, daha sonra sözleşme sona erse dahi aynî bir iade talebinde bulunulamaz. Mesela malikten araba kiralayan zilyet, daha sonra arabayı tamirciye bırakmışsa önce kira, sonra da eser sözleşmesi kurulmuştur. Malikin, arabası için tamirciye karşı aynî bir talep yöneltip yöneltmeyeceği, hem kira hem de eser sözleşmesinin geçerliliğine göre belirlenir. Eğer kira sözleşmesi geçersizse tamirciye karşı istihkak talebinde bulunmak mümkündür (bu konu aşağıda istihkak talebiyle borçlar hukukundan doğan taleplerin çatışması meselesi şeklinde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. 2.1.4.). Bunun yanı sıra, kira sözleşmesi geçerli olmakla birlikte arabanın tamirciye bırakılması hususunda malik tarafından kiracıya yetki verilmemişse de malikin aynî talepte (istihkak talebinde) bulunabileceği kabul edilir. Ancak bu ihtimalde iadenin malike değil, kira sözleşmesiyle doğrudan zilyetliğin bırakıldığı alacaklıya (kiracıya) yapılması gerekir. Bkz. **Özen**, s. 20. Yazar burada ayrıntıya girmemiş olmakla beraber, kanaatimizce kira sözleşmesinin hâlâ geçerli olarak devam ettiğini ve malın malike iade ânının henüz gelmediğini varsayarak doğrudan zilyetliğin kiracıya bırakılması gerektiğini kastetmiş olmalıdır. Eğer kira sözleşmesi, süresinin sona ermesi gibi bir sebeple sona ermiş ve malikin kiracıdan istihkak talebinde bulunma hakkı doğmuşsa, bu hakkın tamirciye de yöneltilebileceği kabul edilmelidir.

²⁵⁰ Bu hususta Alman Federal Mahkemesi, ilk önce 23.5.1958 tarihli kararında (BGHZ 27, 317 = JZ 58, 697) malı kiracıdan eser sözleşmesi kapsamında teslim alan yüklenicinin, işçilik ücretini işsahibinden (kiracıdan) elde edememesi halinde malike karşı öne süremeyeceğine karar vermiştir. 21.12.1960 tarihinde ise bu ifade sınırlandırılarak, "zilyetliği süresince istihkak talebine maruz kalmayan zilyedin" kastedildiği belirtilmiştir. Öte yandan, üçüncü kişinin (yüklenicinin) istihkak talebine maruz kalması halinde, haksız zilyetlikte iade hükümleri gereği yapmış olduğu masrafları hem işsahibi kiracıya hem de malike karşı öne sürmesinin mümkün olduğu da kararda yer almaktadır. Karar için bkz. **Raiser**, Subsidiarität, s. 529 vd.

²⁵¹ **Raiser**, s. 138 vd. Yazar, sadece istihkak talebini dışlamakta ve haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi borçlar hukuku temelli taleplerin yarışmasında bir sakınca görmemektedir. Bkz. **Raiser**, s. 139.

²⁵² Görüşler hakkında bkz. **Raiser**, s. 137 vd; **Köbl**, s. 125 vd; **Özen**, s. 20 vd.

²⁵³ **Raiser**, s. 138.

yetkiyi, zilyetliğı devrettiğı alacaklıya veya sınırlı aynî hak sahibine bırakarak kendi istihkak talebinde bulunma hakkından feragat etmekte ve böylece doğrudan zilyetlik hakkını farklı bir biçime sokmaktadır. Öyle ki kurulan sözleşmeye göre alacaklının elde ettiğı hakkın konusu, malikin gerçekleştirmesi gereken fiilî bir edim değil, bizzat malın kendisidir ve zilyede mal üzerinde bir hâkimiyet kurma yetkisi bahşederek malikin mülkiyet hakkının kapsamını daraltır. Dolayısıyla; kira, ödünç, kullanım ödöncü ve benzeri bir hukukî ilişkiye dayanarak doğrudan zilyetliğı alacaklıya devredilmesi, bir taraftan borçlar hukukuna temas etmekle birlikte esasen eşya hukukunun kapsamına giren bir husustur. Yine de malın kullanılmasına yönelik bir alacak hakkı tanınması ve doğrudan zilyetliğı bu doğrultuda alacaklıya bırakılması sebebiyle, geniş anlamda bir tasarruf işleminin varlığından söz edilebilir. Zira bu durum, mutlak bir etki doğurmayıp, malikle zilyet arasında nispî bir kontrol hakkının verilmesinden, yani iç ilişkideki kurucu nitelikli bir hak devrinden başka bir şey değildir²⁵⁴. Öyle ki malikin zilyetlik hakkıyla özdeş olmayan ve kişisel olarak zilyetlik hakkına sahip olan zilyet, mal üzerinde sadece malikin bir aracısı şeklinde değil, malik tarafından sağlanan gerçek ve başlı başına (tek) bir hakka dayanarak zilyetlik tesis eder²⁵⁵. Bu nispî etki gereğince malik, geçerli biçimde kurulmuş olan borç ilişkisi devam ettiğı sürece malın iadesini isteyemez. Hatta sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra dahi taraflar arasında tasfiye ilişkisi kurulacağı için aynî bir talepte bulunulamaz. Bu özelliğe bağı olarak zilyetlikle güçlenmiş alacak hakkının; sınırlı aynî haklarla yalın alacak haklarının arasında bir yerde olduğu düşünölebilir. Buradan hareketle, doğrudan zilyetliğı bir başkasına devredilmesinin geniş anlamda bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi gerekir²⁵⁶. Bir başka yazar²⁵⁷ ise bu görüşü temellendirirken malikin, bir hukukî işleme taraf olduğunda kendisini hukuk süjesi olarak tanımlayan tüm hukukî niteliklerle işleme dâhil olduğunu öne sürmektedir. Diğer bir deyişle, hukukî işleme taraf olan kişi; kiralayan, ödünç veren gibi sıfatların yanı sıra malik sıfatını da taraf olarak işleme dâhil eder ve bunları birbirinden ayrı tutarak taleplerini öne süremez. Mesela bir kira sözleşmesi geçerli bir şekilde varlığını devam ettirdiğı sürece, malı kiraya veren kişi hem "kiralayan" hem de "malik" sıfatıyla malın iadesini talep etmeyeceğini taahhüt etmiş olmaktadır. Bunları birbirinden ayırmak suretiyle, bir yandan borçlar hukuku kapsamındaki kiraya veren sıfatını kullanarak talepte bulunma hakkını terk ederken diğer taraftan eşya hukuku kapsamındaki

²⁵⁴ **Diederichsen**, s. 97.

²⁵⁵ **Diederichsen**, s. 97 vd. **Özen** ise zilyetliğı zilyede başlı başına bir hak sağladığı ve bu sebeple malikin aynî taleplerinden temelli olarak vazgeçtiğinin kabul edilebileceğı görüşünün, hukukî gerçekçilikle bağdaşmadığını belirtmektedir. Bkz. **Özen**, s. 26.

²⁵⁶ Görüş için bkz. **Diederichsen**, s. 27 vd; **Özen**, s. 18 vd.

²⁵⁷ **Krause**, s. 96 vd.

malik sıfatını kullanarak talepte bulunabileceğini öne sürmek hukukun mantığına aykırıdır. Dolayısıyla, malın doğrudan zilyetliğini hukukî işlemle başkasına bırakan malik, bir yapmama borcu altına girerek malı malik sıfatıyla talep etmeyeceğini öne sürmenin yanı sıra, karşı âkitle yaşayabileceği hukukî sorunları sözleşme hukukunun sınırlarında kalarak çözüme kavuşturacağına dair de taahhütte bulunmuş demektir. Sözleşme ilişkisinin fesih veya sürenin sona ermesi gibi bir sebeple sona ermesinden sonra dahi sözleşme hukukunun sınırlarında kalma taahhüdü devam eder. Tüm bunlardan hareketle söz konusu görüşün ulaştığı sonuç; malikin, malın zilyetliğini geçerli bir borç ilişkisiyle başkasına bırakması halinde istihkak talebinde bulunamayacağıdır. Borç ilişkisi çerçevesinde belirlenen zilyetlik süresinin sona ermesinden sonra da bu durum değişmez. "Artık" hakka dayanmayan zilyede karşı malik, sadece sözleşme ilişkisi çerçevesinde talepte bulunabilir. İstihkak talebinin öne sürülmesi, sadece en başından itibaren malikle zilyet arasında bir borç ilişkisinin bulunmadığı durumlarda söz konusu olabilir²⁵⁸.

2.1.3.4.4. Malikin Yapmama Borcu Altına Girdiği Görüşü

Bu görüşe göre malik, malın kullanımını sözleşmeyle başkasına bırakmış olsa bile mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin tümünü elinde bulundurmaya devam eder. Mülkiyet hakkının koruyucu yetkisi (olumsuz yönü, dış muhtevası) olan aynî talepte (istihkak talebinde) bulunma hakkı da bu doğrultuda hâlâ maliktedir. Bununla birlikte malik, mal üzerinde hâkimiyet kurma ve iade talebinde bulunma hakkına yönelik olarak sözleşme ilişkisi gereği bir yapmama borcu altına girmektedir²⁵⁹. Söz konusu yapmama borcu, (kanaatimizce edim yükümlülüğü olması sebebiyle) hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. Öte yandan, söz konusu yapmama borcunun devam etmesi için doğrudan zilyedin malı hak taşkınlığında bulunmadan kullanması gerekir. Sözleşmeye (veya dürüstlük kuralına) aykırılık gibi bir hak taşkınlığının ortaya çıkması halinde ise malikin yapmama borcu da ortadan kalkar. Dolayısıyla malın iadesi de talep edilebilir hale gelir. Zilyedin, sözleşme ilişkisi çerçevesinde kendisine tanınan hak sınırını aşması halinde zilyetliği haksız hale gelir ve bu durumun doğal sonucu olarak haksız zilyetlikte iade hükümleri de artık uygulanabilir²⁶⁰.

Her ne kadar hak taşkınlığı sebebiyle istihkak talebinde bulunma yetkisinin öne sürülebilir hale geldiği kabul edilse de bu durumun, sözleşmenin feshedilmesi hakkından bağımsız olduğu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle istihkak talebinin öne sürülmüş olması, sözleşmenin feshedildiği

²⁵⁸ Krause, s. 97 vd.

²⁵⁹ Özen, s. 26.

²⁶⁰ Özen, s. 27.

anlamını taşımaz²⁶¹. Böyle bir durumda malın iadesi talebi aslında teminat amaçlıdır. Mesela malik, kira sözleşmesi gereği doğrudan zilyetliği devrettiği kiracısı kendisine teminat gösterinceye kadar malı kendisinde bulundurup, teminat sağlandıktan sonra malı tekrar kiracıya verebilir. Kiracı ise hak taşkınlığı sebebiyle haksız zilyet haline geldiği için, sözleşmeden kaynaklanan hakkını ileri sürerek malı iade etmekten kaçınmaz. Zira zilyedin mal üzerindeki hâkimiyeti, aslî bir hâkimiyet hakkı olmayıp, o sadece malikin verdiği izin sayesinde malı kullanmaktadır. Zilyedin malı taşkın kullanmasıyla birlikte malikin de yapmama borcunu yerine getirme zorunluluğu ortadan kalkar. Bu durumda malik, bir yandan malın iadesi talebini öne sürerken diğer yandan devam eden kira ilişkisi gereği kira bedelini de talep edebilir. Böyle bir durumda kiracının ödemezlik def'ini ileri sürmesi mümkün değildir. Zira malik kendi edimini (malın teslimini) ifa etmiş fakat kiracının sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle temelsiz kalan zilyetliğin iadesini istemiş olur. Eğer kiracı mala doğrudan zilyet olmamasına rağmen kira bedeli ödemek istemiyorsa, malikin talep ettiği teminatı göstermek zorundadır²⁶².

2.1.3.4.5. Değerlendirme

İlk olarak, istihkak talebinin muaccel olmadığı görüşü altında aktarılan "muacceliyet meselesinin borçlar hukukuna ilişkin bir mesele olduğu ve aynî haklara uygun düşmediği" eleştirisine katılmaktayız. Bunun yanı sıra, malikin doğrudan zilyetliği başkasına devretmesini doğal durumdan bir sapma olarak kabul eden ve doğrudan zilyetliğin iradî kaybıyla irade dışı kaybı arasında fark görmeyen muacceliyet görüşü kanaatimizce tercih edilebilir değildir. Doğrudan zilyetliğin kira, ödünç ve benzeri bir sözleşmeyle başkasına terk edilmesi, mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin doğal sonucudur. Hatta yeri gelmişken, istihkak talebini "malikin doğrudan zilyetliğinin yeniden sağlanması" olarak kabul eden yaygın kanaatin de terk edilerek, bu talebin "malın, malikin hâkimiyet alanına tesliminin sağlanması" olarak görülmesi gerektiğini savunan görüşümüzü de tekrarlıyoruz²⁶³. Öyle ki doğrudan zilyetliğin malikin iradesiyle başkasına bırakılması, TMK m. 683/T'de sayılan kullanma, yararlanma ve tasarruf haklarından yararlanma hakkının kapsamına girer. Malın, sadece malik tarafından bizzat kullanılmasının veya kullanılmayacaksa satılarak ya da terk edilerek elden çıkarmaya yönelik bir tasarrufta bulunulmasının mülkiyet hakkının yegâne doğal sonucuymuş gibi değerlendirmek, yararlanma hakkının göz ardı edilmesi anlamına gelir. Kanaatimizce de kanunda kullanma ve tasarruf

²⁶¹ Özen, s. 27.

²⁶² Özen, s. 26 vd.

²⁶³ Bkz. 2.1.3.3. (İstihkak Müessesesinin Tanımı).

haklarıyla birlikte yer verilmiş olan yararlanma hakkını hiçe sayacak böylesi bir mantığın reddedilmesi gerekir.

Mülkiyet hakkının koruyucu etkisi (dış muhtevası, olumsuz yönü) olan istihkak talebinde bulunma hakkı, mülkiyet hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Aşağıda istihkak talebinin devri meselesi²⁶⁴ açıklanırken de yer verildiği üzere, istihkak talebini mülkiyet hakkından ayırmak mümkün olmadığından bunun başkasına devri de mümkün değildir. Buradan hareketle, istihkak talebinden hukukî işlemle feragat etmek de mümkün olmamalıdır. O halde her ne kadar malın doğrudan zilyetliği hukukî işlemle başkasına devredilmiş olsa da istihkak müessesesi var olmaya devam eder. Dolayısıyla hukukî ilişkinin mülkiyet hakkını sınırladığı ve istihkakın varlığını tamamen ortadan kaldırdığı görüşüne katılmak da mümkün değildir. Aşağıda²⁶⁵ ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, sözleşme ilişkisinin varlığı halinde sözleşmeden doğan iade davasını açmak gerekir. Bununla birlikte, istihkak müessesesinin devam ettiğini daha açık izah edebilmek için sözleşmeden doğan iade davasında zamanaşımı süresinin kaçırılması gibi ayrık durumlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşme ilişkisinin mülkiyeti kısıtladığı görüşünde olduğu gibi istihkak talebinin hukukî işleme bağlı olarak tamamen ortadan kalktığı fikri kabul edilecek olursa, hukukî işlemde doğan zamanaşımı dolduğunda malikin, mülkiyet hakkının devam etmesine rağmen malı iade alamaması gibi bir durum ortaya çıkar. Böyle bir sonucun izahını yapmak güçtür. Dolayısıyla, sözleşme ilişkisinin mülkiyeti kısıtladığı görüşüne de katılamıyoruz.

Doğrudan zilyetliğin hukukî işlemle başkasına devredilmiş olmasına rağmen, istihkak talep hakkının mülkiyet hakkından ayrılamaması sebebiyle malik üzerinde devam etmesi, kanaatimizce "malikin yapmama borcu altına girdiği" görüşünü isabetli hale getirmektedir. Diğer bir deyişle malik, mülkiyete bağlı olarak istihkak talebinde bulunma hakkına sahip bulunmakla birlikte, bu hakkı kullanmayacağına dair karşı âkide karşı sözleşme kapsamında bir taahhütte bulunmaktadır. Bunun ise olsa olsa bir yapmama edimi olduğu düşünülebilir. Öte yandan, bu görüşte yer verilen hak taşkınlığı sebebiyle haklı zilyetliğin haksız zilyetliğe dönüştüğü ve zilyedin malı kullanmaya devam edebilmek için malike teminat ödemesi gerektiği fikrine katılamıyoruz. Söz konusu teminatın talep edilebilmesi için öncelikle bir hukukî dayanağının bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, böyle bir teminata gerçekten ihtiyaç olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Zira zaten malın zarar görmesi sebebiyle sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talepleri (TBK m. 125 ve tazminata ilişkin özel hükümler), sözleşme alacaklısı malikin zararını giderebilmektedir. Mesela Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan konut ve çatılı işyeri

²⁶⁴ Bkz. 2.1.5.

²⁶⁵ Bkz. 3.2.1.5.

kiraları (m. 347), kullanım ödöncü (m. 383/II), tüketim ödöncü (m. 392), hizmet (m. 443), pazarlamacılık (m. 460), saklama (m. 564) ve eser sözleşmesi (m. 482/II, 484) gibi sözleşme türlerinde iadeye ilişkin hükümler mevcut olup, iadenin ilgili hükümlere göre yapılması gerekir²⁶⁶. O halde istihkak talebinin mülkiyet hakkından ayrılmaz nitelikte olmasına rağmen sözleşme ilişkisi (yapmama borcu) sebebiyle öne sürülemez oluşu, sözleşmenin devamının yanı sıra sözleşme sonrası iade sırasında da devam etmektedir. Bunun sebebi, her ne kadar sürekli edimli sözleşmelerin feshinde bir "tasfiye ilişkisi" söz konusu olmasa da iadenin yine de sözleşme hukuku kapsamında yapıyor oluşudur. Dolayısıyla sözleşme ilişkisi sebebiyle malı karşı âkit tarafından zarara uğratılan malik, mevcut kanun hükümleri kapsamında zararının tazminini talep etmelidir. Bunun yanı sıra, sözleşme ilişkisindeki doğrudan zilyedin hak taşkınlığı sebebiyle önce haksız zilyede dönüşerek malı iade etmek zorunda kalması, sonra teminat göstererek malı tekrar teslim alması gibi dolaylı bir çözüm yoluna gerek bulunmadığını düşünüyoruz. Kaldı ki zilyedin haklılığını haksız hale getirecek olan "hak taşkınlığının" ölçüsünün neye göre belirleneceği de ayrı bir soru işaretine sebep olmaktadır. Bunun tespiti hâkime yaptırılacak olduktan sonra teminat yerine pekâlâ tazminat da talep edilebilir. Kanaatimizce zilyetliğin haksız hale gelebilmesi için sözleşmeye aykırılığın, sözleşmenin sona erdirilmesi gibi (fesih vb.) bir sonuca yol açması gerekir. Böyle bir durumda da zaten yine sözleşmenin sona erdirilmesi sebebiyle devreye giren ilgili kanun hükümlerine göre iade talebinde bulunmak icap eder. Öte yandan bu görüşün, hak taşkınlığı sözleşmenin sona erdirilmesi sonucuna yol açacak kadar ileri seviye olmasa bile malın iadesini ve teminatı talep edebileceğini öne sürdüğü anlaşılmaktadır. Zira mesela kira sözleşmesinde kiraya verenin, bir yandan malı kendisinde alıkoyarken bir yandan da kira alacağını talep etmeye devam edebileceği belirtilmektedir. Buradan çıkan sonuç, sözleşmenin fesih gibi ileri seviye bir aykırılığa maruz kalmadığıdır. Buna rağmen malikin (ölçüsünün neye göre belirlendiği belli olmayan) hak taşkınlığı sebebiyle malı iade alması halinde, kiracının çok daha büyük bir zarara uğraması da mümkündür. Mesela kiracının kârından yoksun kalması veya diğer alacaklılarına karşı temerrüde düşmesi gibi ihtimallerde durum böyledir.

Sonuç olarak, sözleşmeyi sona erdirecek kadar ileri seviye olmayan bir hak taşkınlığının, haklı zilyetliği haksız hale getirmek için yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Hak taşkınlığının fesih gibi ileri seviye bir yaptırıma yol açacak kadar aykırılık teşkil etmesi halinde ise sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler çerçevesinde zararın tazmini talep edilmelidir. Ortada bir

²⁶⁶ Bu hususa aşağıda fesih başlığının altında ayrıca yer verilmiştir. Bkz. 3.2.1.5.2. Ayrıca ilgisi sebebiyle bkz: Yukarıda 1.2.1.2. ("İade" Kavramının Kapsamı).

hak taşkınlığı bulunmamasına rağmen malikin istihkak talebinde bulunması halinde ise bize göre de yapmama borcuna aykırılık söz konusu olur. Doğrudan zilyedin buna nasıl karşı çıkabileceği hususunda ise öncelikle def'i kavramının, sonra da istihkak müessesesindeki def'i görüşünün ve buna karşı getirilen eleştirilerin ele alınması gerekmektedir.

Def'i hakkı (karşı hak), *"sahibine, kendisine karşı yöneltilen bir hakkı belli bir oranda etkisiz kılma ya da sonuçlarını tamamen ya da kısmen engelleme, sınırlandırma veya ortadan kaldırma yetkisi veren"* haklar olarak tanımlanmaktadır²⁶⁷. Borçlu, def'i hakkını ileri sürerek alacaklının sahip olduğu ve kendisine yönelttiği hakkı ortadan kaldırmamakla birlikte sürekli ya da geçici olarak, kısmen veya tamamen etkisiz hale getirmektedir. Böylece borçlu, borçlandığı edimi bir karşı hak ileri sürmek suretiyle ifa etmekten kaçınmaktadır²⁶⁸. Malik-zilyet ilişkisinde de malikin bir istihkak talep hakkı bulunmakla birlikte, yapmama borcu altına girdiği için zilyet, bu durumu (sözleşmeden doğan haklı zilyetliğini) öne sürebilmektedir. Böylece malikin istihkak talebi geçici olarak (sözleşme süresi sona erene kadar) etkisiz hale gelir.

Def'i bir hak olduğu için sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir. Bunun muhatabı ise kendi hakkına dayanarak def'i hakkı sahibinden talepte bulunan kişidir²⁶⁹. Diğer bir deyişle, alacaklı kendi alacak hakkını ileri sürerek borçludan talepte bulunmakta, borçlu ise karşı hakkını (def'iyi) ileri sürerek bunu etkisiz hale getirmektedir. Malik-zilyet ilişkisinde de malik, kendi mülkiyet hakkını ileri sürerek iade talebinde bulunurken; zilyet ise sözleşmeden doğan kendi zilyetlik hakkını ileri sürerek istihkak talebini etkisiz hale getirir.

Def'i bir hak olduğundan, bu hakkın kullanılmaması da mümkündür. Dolayısıyla hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulmaz²⁷⁰. Malik-zilyet ilişkisinde de zilyedin, zilyetlik hakkından vazgeçerek malı iade etmesi her zaman mümkündür. Dolayısıyla malın iadesi

²⁶⁷ **Akıncı**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2022, s. 49 vd. Benzer tanım ve açıklamalar için bkz. **Tunçomağ**, s. 53; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/ **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir), Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 7, dn. 8; **Tekinay**, Selâhatin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Halûk/ **Altıp**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 17; **Eren**, s. 72; **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 92; **Doğan**, Murat/ **Şahan**, Gökhan/ **Atamulu**, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 73; **Çukadar**, s. 20.

²⁶⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 7, dn. 8; **Eren**, s. 73; **Antalya**, Cilt V/1,1, s. 93; **Akıncı**, s. 49 vd; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 74.

²⁶⁹ **Antalya**, Cilt V/1,1, s. 93; **Akıncı**, s. 51; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 75; **Çukadar**, s. 104.

²⁷⁰ **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s. 367; **Tunçomağ**, s. 55; **Eren**, s. 77; **Antalya**, Cilt V/1,1, s. 93; **Akıncı**, s. 51; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 75.

için istihkak davası açılması halinde hâkim, zilyetliği kendiliğinden göz önünde bulundurarak davayı reddedemez.

Defi hakkı borcu sona erdirmeyip, sadece alacaklının talep hakkını bir süreliğine engeller²⁷¹. Malik-zilyet ilişkisinde de doğrudan zilyedin zilyetlik hakkı, sadece sözleşme süresi için devam etmektedir. Sürenin sona ermesiyle birlikte iade yükümlülüğü doğar.

Defi hakkıyla malik-zilyet ilişkisi arasında yapılan bu karşılaştırma, iki müessesenin birbiriyle örtüştüğünü göstermektedir. Bununla birlikte, istihkak müessesesinde defi görüşüne yönelik bazı eleştiriler getirildiğinden, bunların ele alınması gerekmektedir.

İlk olarak, defi ve itiraz görüşlerini savunanlar arasındaki tartışmanın Alman Hukuku'na has olduğunu belirtmek gerekir. BGB §986'nın başlığında itiraz kelimesine yer verilmiş ve BGB §1004'teki elatmanın önlenmesi davasına ilişkin hükmün de itiraz müessesesine uygun düzenlenmiş olması, bazı yazarları istihkak talebine karşı haklı zilyedin yönelttiği karşı koyma hakkını da itiraz olarak değerlendirmeye itmiştir. Türk ve İsviçre Hukukları'nda ise böyle bir tartışmaya lüzum yoktur. Zira Türk ve İsviçre Medenî Kanunları'nın istihkak ve elatmanın önlenmesi davasına ilişkin hükümlerinde itiraza dair bir ifade veya ima yer almamaktadır. Dolayısıyla zilyedin söz konusu karşı koyma hakkını itiraz olarak değerlendirmek için de özel bir sebep bulunmamaktadır.

Defi görüşünde hem malikin hem de şahsî hak sahibinin mal üzerinde zilyetlik tesis etme hakkının aynı anda var olduğu şeklindeki yaklaşım bize göre de doğrudur. Bununla birlikte, malikin devam eden zilyetlik hakkı doğrudan zilyetlik olmayıp, bir süreliğine dolaylı zilyetliğe dönüşmüştür. Dolayısıyla, yapılan eleştirinin aksine tarafların zilyetlik hakları birbiriyle çelişmemektedir. Malikin istihkak talebinde bulunma hakkının mülkiyet hakkından ayrılamayışı sebebiyle onun zilyetlik yetkisini değişmez biçimde "doğrudan" zilyetlik olarak görmeye çalışmak kanaatimizce zorlama bir düşünce şeklidir. Dolaylı zilyetlik müessesesinin var oluş sebebinin zaten bu çelişkiyi bertaraf etmeye yaradığı fikrindeyiz. Bu sebeple şahsî hak sahibinin, sözleşmeden doğan doğrudan zilyetliği elinde bulundurma hakkını kullanırken hukuka uygun davranmış olsa bile; aynı zamanda malikin sahip olduğu doğrudan zilyetliği elinde bulundurma hakkını ihlâl ettiği için hukuka aykırı davranmış olduğu düşüncesi anlamsız hale gelmektedir.

Definin savunma pozisyonu ve hukuk etiği bakımından çok daha güçlü konumda kabul edilen sözleşme yükümlülüğüne karşı zayıf kalması sebebiyle reddedilmesi gerektiği görüşü de bize göre yerinde değildir. Zira bu yaklaşım sadece malik-zilyet ilişkisi bakımından değil, defi haklarının tamamı için düşünülebilir. Mesela borçlunun ödemezlik defini veya kefilin tartışma

²⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 7, dn. 8; Antalya, Cilt V/1,1, s. 93; Akıncı, s. 52; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 75.

defini bizzat ve zamanında öne sürmemesi halinde de borcu ifayla yükümlülüğü söz konusu olur. Oysa bu haklar zamanında öne sürülseydi ifa yükümlülüğü bir süreliğine de olsa ortadan kalkacaktı. O halde diğer def'i türlerinde nasıl borçlunun def'i hakkını süresinde öne sürmek için gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekiyorsa, şahsî hakka dayanan doğrudan zilyedin de aynı hassasiyeti göstermesi gerekir. Bu durum, zaten borç ilişkilerinden kaynaklanan definin doğal bir sonucudur. Dolayısıyla, def'i görüşüne karşı öne sürülen eleştirilerin yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Def'i hakkının dava açıldıktan sonra süresinde öne sürülememesi sebebiyle zilyedin malı haksız yere iade etmek zorunda kalabileceği görüşüne karşı şu da söylenebilir: Def'i hakkının dava sırasında öne sürülmesi gerekmez. Bunun davadan önce de öne sürülebileceği kabul edilmektedir²⁷². Dolayısıyla, hâkimin dava açılmadan önce öne sürüldüğünü tespit ettiği def'i hakkı sebebiyle davayı re'sen reddetmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir²⁷³. Bu durum, kendisine dava açılan zilyedin def'i hakkını süresinde öne sürmemesi sebebiyle malı iade etmek zorunda kalacağı endişesini de bertaraf edebilir.

Sonuç olarak, malikin doğrudan zilyetliği hukukî işlemle başkasına devrederek şahsî hak tesis etmesi halinde istihkak talebi ortadan kalkmamakta ve mülkiyet hakkı da kısıtlanmamaktadır. Yine, istihkak talebinin muacceliyetinin ertelenmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte, malikin bir yapmama borcu altına girdiği söylenebilir. Doğrudan zilyedin zilyetlik hakkı devam etmesine rağmen malikin istihkak talebinde bulunması halinde ise zilyet, sözleşme ilişkisinden doğan zilyetlik hakkını ve malikin yapmama borcunu bir def'i olarak öne sürmek suretiyle malı iadedden kaçınabilir.

2.1.4. İstihkak Talebiyle Borçlar Hukukundan Doğan Taleplerin Çatışması Meselesi

Malikin zilyetliğinden çıkarak başka birine geçen mal, daha sonra da bu kişi tarafından kira, ödünç vb. bir sözleşmeyle üçüncü kişiye teslim edilmiş olabilir. Bu durumda hem malikin hem de sözleşme alacaklısının iade talep etmesi halinde hangi talebin üstün tutulması gerektiği ele alınmalıdır. TMK m. 683 anlamındaki istihkak talebi aynî bir hakka dayanıp eşya hukuku hükümlerine tâbi olmakla beraber bu talep, üçüncü kişiler de devreye girdiğinde aynı zamanda borçlar hukukundan doğan taleplerle çatışmaktadır. Diğer bir deyişle, malikin öne sürdüğü istihkak talebiyle sözleşme alacaklısının öne sürdüğü sözleşmeye dayalı iade talebi arasında zilyet,

²⁷² Kocayusufpaşaoğlu, s. 49; Eren, s. 73; Oğuzman/Öz, s. 367; Çukadar, s. 95 vd.

²⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 49 vd. Hatta öğretide def'i hakkının alacaklıya ihbar edilmesinin zorunlu olmadığı, hakkın pasif olarak kullanılmasının yeterli sayılması gerektiği de öne sürülmektedir. Öte yandan bu görüş, yargılama dışında kullanılan def'i hakkının dikkate alınabilmesi için, yargılama sırasında tekrar öne sürülmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Çukadar, s. 97, 99 vd.

seçim yapmak zorunda bırakılmaktadır. Bu çatışmaya ilişkin öğretilerdeki görüşler açıklandıktan sonra kendi kanaatimize yer verilmiştir.

2.1.4.1. Öğretilerdeki Görüşler

Taleplerin çatışması durumunda hangi talep hakkının diğerine üstün gelmesi gerektiği ve yapılan iadeye göre diğer talepte bulunana karşı tazminat yükümlülüğü doğup doğmayacağı hususlarında öğretilerde farklı görüşler öne sürülmüştür²⁷⁴. Bunlardan birincisi, borçlar hukukundan doğan taleplerin istihkaka göre ağır bastığını, ikincisi istihkak talebinin borçlar hukukuna üstün geldiğini savunmaktadır. Üçüncü bir görüş ise iki talep hakkının da birbirine denk nitelikte olduğunu öne sürmektedir.

2.1.4.1.1. Borçlar Hukuku Taleplerinin Üstünlüğünü Savunan Görüş

Bu görüşe göre bir malı sözleşme ilişkisine dayanarak elde eden doğrudan zilyet, sözleşme ilişkisinin dışındaki üçüncü kişinin malik olduğunu biliyor olsa bile bunu göz önünde bulundurmamak zorunda kalmaksızın, iadeyi borç ilişkisinin alacaklısına yapmalıdır²⁷⁵. Zilyet, eğer malı alacaklıdan geri verme sözüyle aldıktan sonra ona iade etmişse, malike karşı haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında sorumlu olmaz. Sorumluluktan kurtulmanın kapsamı bu kadar keskin olmasa dahi en azından, malın sözleşme ilişkisinin alacaklısına iade edilmesi sebebiyle malikin malını kaybedeceğini bilmesi halinde zilyedin, bu hususta maliki bilgilendirip dava açma imkânı sağlayarak sorumluluktan kurtulabilmesinin kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, eğer zilyet borç ilişkisinin varlığına rağmen malı alacaklıya değil de malike iade etmişse, alacaklıya karşı sorumlu tutulmalıdır²⁷⁶. Malın alacaklıya iade edilmesi halinde ise “*öncelikli olarak üstlenilen yükümlülüğün yerine getirilmiş olması*” sebebiyle malike karşı bir tazminat sorumluluğu söz konusu değildir²⁷⁷.

²⁷⁴ **Georgiades**, Apostolos, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1967, s. 92 vd, s. 219 vd; **Vaillant**, Wolfgang, Das Verhältnis der rei vindicatio zu vertraglichen und deliktischen Ansprüchen, Würzburg 1934 s. 9 vd; **Müller-Laube**, Hans Martin, Herausgabepflicht und Rückgewährschuld - Die Stellung des Besitzers im Verhältnis zum Eigentümer und Obligationsgläubiger, AcP 1983, 183, s. 215 vd; **Oppermann**, Rainer, Die Kollision der Vindikation mit schuldrechtlichen Besitzübertragungsansprüchen, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2003, s. 138 vd; **Raape**, Leo, "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 7.10.1924", JW 1925, s. 472 vd.

²⁷⁵ **von Tuhr**, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin 1957, s. 571 vd.

²⁷⁶ **von Tuhr**, s. 578 vd.

²⁷⁷ Bkz. **Oppermann**, s. 93.

Borçlar hukukundan doğan taleplerin üstünlüğünü savunan bir başka yazar²⁷⁸, görüşünü rehin hukukuna dayandırmaktadır. Buna göre rehin hakkı ortadan kalktıktan sonra, malikin bizzat rehin veren olmaması ihtimalindeki korunma sorununa çözüm bulmak icap etmektedir. Bu hususta Alman Federal Mahkemesi'nin ilgili kararının²⁷⁹ desteklenmesi gerekir. Buna göre rehin alan, rehin verene rehin konusu malı iadeyle yükümlü olup, sadece özel durumlarda bu iade yükümlülüğü iyi niyet sebebiyle sınırlandırılabilir. Kararı destekleyen görüş, bunun sebebini, borçlar hukukundan doğan taleplerin aynî haklara (dolayısıyla istihkak talebine) üstün tutulmasının daha adilane olduğuyla ilişkilendirmektedir²⁸⁰. Dolayısıyla, rehin veren (malı malikten alan kişi) her ne kadar artık dolaylı zilyet konumunda olsa da malik, rehin alandan malın doğrudan kendisine iade edilmesini talep edemez. Malikin yapması gereken, rehin verenin iade talebine yönelik müdahale davası açmaktır²⁸¹. Ancak bu görüş, her ne kadar sözleşme alacaklısının (ve çoğu zaman zilyedin) menfaatine uygun düşse de malik için aynısını söylemenin mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁸².

Yine bu görüşü savunan bir başka yazar²⁸³ ise aynî hakkın üstün tutulmasının, borçlunun yükümlülüğünü ihlâl etmesi için bir bahane olarak kullanılabileceğini öne sürmektedir. Buna göre, üçüncü kişinin menfaati sebebiyle tazminat sorumluluğundan endişe edildiği durumlarda, üçüncü kişinin menfaati öne sürülerek sözleşmeden doğan iade yükümlülüğünden kaçınmak kabul edilemez. Bu hususta Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına²⁸⁴ göre aldığı borç karşılığı taşınırını rehin veren, ancak borcun ifasıyla rehin konusu taşınırın iadesini talep edebilmekte olup, bu durum, aynı zamanda rehin verenin taşınırın maliki olmaması durumunda da geçerlidir. Rehin alan, malın rehin verene iade ânı geldiğinde, üçüncü kişinin malik olduğunu veya rehin verenin malike karşı hakka dayanan zilyetliğinin olmadığını öne süremez. Zira haklar, yalnızca hukuk sistemi tarafından kendilerine hak tanınan kişiler tarafından kullanılabilir. Üçüncü kişiler, belli bir pozitif hukuk hükmüyle kendilerine istisna olarak yetki tanınmadığı sürece başkasına ait bir hakka

²⁷⁸ **Staudinger/Wiegand**, Wolfgang, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 1204 – 1296; SchiffsRG (Pfandrecht), Neubearbeitung 2019 von Hans-Heinrich Nöll/ Daniel Wiegand/ Wolfgang Wiegand, Sellier - de Gruyter Verlag, Berlin 2019, §1223, s. 124, kn. 15.

²⁷⁹ BGH 73, 321 ff, bkz. **Staudinger/Wiegand**, §1223, s. 124, kn. 15.

²⁸⁰ **Staudinger/Wiegand**, §1223, s. 124, kn. 15.

²⁸¹ **PWW/Englert**, K./Englert, F., Prütting – Wegen – Weinrich, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth 2022, §985, s. 2139, kn. 22.

²⁸² Bkz. **Oppermann**, s. 94 vd.

²⁸³ **Denck**, Johannes, "Die Relativität im Privatrecht", JuS 1981, Heft 1, sa. 9-14, s. 9 vd.

²⁸⁴ BGH, NJW 1979, 1203 vd (<https://beck-online.beck.de>, E.T. 19.10.2023).

dayanamaz. Söz konusu istisnalar, ilk olarak kefalet, ipotek veya rehin gibi alanlarda kendini gösterir. Bunların ekonomik amacı, bir başkasının borcunu güvence altına almaktır ve bu sebeple kefil, borçlunun itiraz ve savunmalarına sahip olmalıdır. İkinci istisna ise kişinin kendi hakkının başkasının hakkından kaynaklandığı durumlardır. Doğrudan zilyet, kendisinden zilyetlik hakkını aldığı dolaylı zilyedin malı bir hakka dayanarak malikten almış olması halinde, malı iade etmekten kaçınılabilir. Üçüncü kişinin menfaatinin ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğundan endişe edildiği durumlarda, o kişinin menfaatinin ileri sürülmesi kabul edilebilir sayılmalıdır. Öğretide buna yönelik bir görüşe²⁸⁵ göre, borç ilişkisi bakımından üçüncü kişi konumunda olan malikin hakkının ödünç alan tarafından ileri sürülmesi, yarışan ve öncelikli kabul edilmesi gereken bir yükümlülük olarak görülmektedir. Buna göre ödünç veren, sadece ödünç alanın iade sebebiyle sorumlu tutulmayacağından emin olduğu takdirde malın kendisine iadesini talep edebilir. Bu görüşe göre üstünlük, rehin alanın malı rehin verene iade etmesi sebebiyle malike tazminat ödeme yükümlülüğü doğacağı endişesinden türetilemez. Alman Federal Mahkemesi ise bu görüşü benimsememiştir. Kural olarak, eşya üzerinde rehin hakkı kazanan kişi, eşyayı kanunun öngördüğü şekilde rehin verene iade etmişse, haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında bir sorumluluk söz konusu olamamalıdır. Alman Federal Mahkemesi, rehin ilişkisinin üstünlüğünü kabul ederek, rehin alanın malike karşı korunmaya değer bir menfaati olduğunu kabul etmiştir. Bu en temiz çözümdür, zira kişinin kendi sözleşmesini ihlal etmesi, üçüncü kişilerin menfaatleri tarafından örtbas edilmemelidir²⁸⁶.

Rehin ilişkisinin üstünlüğünün kabul edilerek rehin alanın malike karşı korunması, güvenin nispi olarak korunmasına ilişkin bir iç sisteme dâhil edilebilir. Dolayısıyla, malı iade etmekle yükümlü olan rehin alanın korunması, aslında yalnızca alıcının iyi niyetle hareket etmesinin bir sonucudur. Alman Federal Mahkemesi'nin kararında²⁸⁷, rehin alan ile rehinli malın maliki olan önceki zilyet arasındaki bir ihtilafta, rehin alanın, rehinli mal üzerinde iyi niyete dayanan bir rehin hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Burada rehin alanın, rehin verene karşı, rehinli malın zilyetliğinden kaynaklanan güveni korunmaktadır. Eğer rehin alan, iyi niyetli bir iktisaptan sonra malı iade yükümlülüğünde önceki bir zilyet tarafından talep edilen mülkiyeti göz önünde bulundurmamak zorunda kalsaydı, iyi niyetli iktisap büyük ölçüde anlamını yitirirdi. Malik, rehin verene karşı dava açabilir ve ona karşı talepte bulunabilir, bununla beraber rehin ilişkisi tersine döndüğünde yani iade sürecine girdiğinde, zararları için rehin alana daha önce sahip olduğu haktan

²⁸⁵ Görüş hakkında bkz. **Staudinger/Wiegand, §1223**, s. 124, kn. 15.

²⁸⁶ **Denck**, s. 9.

²⁸⁷ BGH, NJW 1979, 1203.

daha fazlasını yansıtamaz. Bu durum, müdahale zenginleşmesinin ifa zenginleşmesine göre ikincillik ilkesine karşılık gelmektedir²⁸⁸. Alıcının bakış açısına göre, bir menfaatin sözleşme ediminden kaynaklandığı düşünülüyorsa, alıcı en fazla karşı âkit tarafından ifa veya zenginleşme talebine dayalı olarak dava edilebilir. Öte yandan, zenginleşmenin giderilmesi hakkında geçerli olan hususlar, zararın tazmini için de geçerli olmalıdır. Tazminat koruması her iki durumda da paralel olarak işlemelidir. Bu, edim alıcısının (rehin alan) edim konusu (rehin) ile ilgili tazminat sorumluluğunun yalnızca edim ilişkisindeki ortak (rehin veren) için geçerli olduğu anlamına gelir. Üçüncü kişi (malik) ise bunun dışındadır. Benzer bir durumla alacağın temlikinde de karşılaşılmaktadır. Rehinde rehin alanın korunması, alacağın temlikinde borçlunun korunmasına karşılık gelir. Borçlu, temlikin altında yatan illiyet bağına müdahale edemez ve temlik alanın ifa talebine karşı temlik edenin haklarını ileri süremez. Borçlunun meşru korunma ihtiyacı sadece yanlış tarafa ödeme yapmaktan kaçınmaktan ibarettir. Bu amaçla kanun, borçluya, temlik alana yönelik borçtan kurtaran bir ödeme yapma hakkı tanır, bu da onu sadece temlik nedeninin incelenmesinden kurtarmakla kalmaz, aynı zamanda temlik işleminin kendisini bile borçlunun inceleme hak ve yükümlülüğünden çıkarır. Burada da bir başkasının hukuki ilişkisinden kaynaklanan savunmanın önüne geçilmekte ve yeni borç ilişkisinin üstünlüğü yoluyla gerekli koruma sağlanmaktadır. Bu öncelik, borçluyu sadece üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda alacaklının kendisine karşı da korur. Alacaklı, borçlunun üçüncü kişilerle arasındaki hak ve yükümlülüklerine dayanamaz²⁸⁹.

Sözleşmeden doğan taleplerin istihkak talebine üstün tutulabilmesi için yapılan bu gerekçelendirmelere yönelik olarak öğretide bazı eleştiriler getirilmiştir. Öncelikle, borçlar hukuku taleplerinin önceliği hususundaki söz konusu gerekçelerin, taleplerin denk üstünlükte olması halinde geçerliliğini yitireceği öne sürülmektedir²⁹⁰.

Borçlar hukuku taleplerinin üstünlüğünü savunmak için rehin ilişkisine özel olarak geliştirilen ve iyi niyetli rehin alanın, iade sırasında üçüncü kişinin mülkiyet hakkını dikkate almak zorunda olmamasını ileri süren görüş de ayrıca eleştiriye konu olmaktadır²⁹¹. Buna göre söz konusu görüş, neden taleplerin denkliğini savunmak yerine borç ilişkisinin üstünlüğünün varsayılması gerektiğini gerekçelendirememektedir. Öte yandan her şeyden önce bu görüş, neyin rehin hakkı teşkil ettiğine dair yanlış bir anlayışa dayanmaktadır. Taşınır rehini, krediyi güvence

²⁸⁸ Malik-zilyet ilişkisinin türlerine göre sebepsiz zenginleşmeyle karşılaştırılması hakkında bkz. **Reuter**, Dieter/**Martinek**, Michael, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband, Tübingen 2016, s. 483 vd.

²⁸⁹ **Denck**, s. 10.

²⁹⁰ **Oppermann**, s. 95. Taleplerin denkliği görüşü hakkında ayrıca bkz. §3, IV, A, 3.

²⁹¹ Bkz. **Oppermann**, s. 95 vd.

altına almanın bir yoludur. Rehin veren borcunu ifa etmezse rehin alan, rehin konusu maldan kendisini tatmin edebilir. Bununla birlikte rehin hukuku, rehinli malı malik yerine rehin verene iade etme hakkı doğurmaz. Malın kime iade edilmesi gerektiği sorusunun, yani zilyetliğin devrine ilişkin taleplerin önceliği meselesinin rehinle ilgili hiçbir ilgisi yoktur. Ayrıca, malın iadesi sırasında üçüncü kişinin mülkiyet hakkının dikkate alınması yükümlülüğünün, iyi niyetli iktisapla bir ilgisi olmadığı için, bu durumun iyi niyetle iktisap müessesesinin anlamını yitirmesine sebep olacağı fikri de reddedilmelidir. Hakeza, rehin verme hakkının, malikin rızasıyla rehin veren tarafından kazanılmış olması ihtimali de akla gelmektedir. Bu sebeple, rehin malının iyi niyetle iktisabından yola çıkarak borçlar hukuku ve istihkak talepleri arasındaki öncelik ilişkisine dair bir sonuca varmak uygun değildir²⁹².

Zenginleşme talebinin sözleşmeden doğan talebe göre tâliliği ilkesinden türetilen diğer argümana da öğretilde eleştiri getirilmektedir. Eleştirilen görüşe göre eğer sözleşmenin konusu olan şey, alıcı yerine üçüncü kişiye verilmişse, bunu alan kişi sebepsiz zenginleşmeye göre iadeyle yükümlü olabilir. Bu durumda ihlâlin ve istisnalarının, taşınır mal mülkiyetinin iyi niyetle kazanılması hükümlerine göre temellendirilmesi gerekir. Zenginleşmenin giderilmesi, tazminat sorumluluğunda olduğu gibi aynı şartlar altında ve sadece edim ilişkisinin diğer tarafına yönelik olarak geçerli kabul edilmelidir. Öte yandan, zenginleşme hükümlerinde üstünlük sıralamasına karşılık gelen bir hüküm bulunmadığından, bu görüşe karşılık olarak, zenginleşmeyle tazminatı karşılaştırarak aynî haklara karşı üstünlük kurmaya yönelik bir değerlendirme yapılmaması gerektiği öne sürülmektedir²⁹³.

Bu görüşe ilişkin bir diğer eleştiri, sözleşme ilişkisinin üstünlüğünün kabul edilmesinin sonuçlarına yöneliktir. Mesela, üçüncü kişiye ait olan bir mal kiralanırken kiracı, kira süresinin sona ermesinden önce bile, sözleşme ilişkisinin üstünlüğü sebebiyle malikin istihkak talebine uymak zorunda kalmaz. Bu durum ise kiracı tarafından iyi niyetle edinilen bir aynî yararlanma hakkına eşdeğer görünmektedir, bununla birlikte böyle bir statünün varlığı söz konusu değildir²⁹⁴. Üçüncü kişiye ait bir malın kiralanması meselesi, sözleşme ilişkisinin üstünlüğü görüşüne yönelik genel bir sorunu da ortaya çıkarmaktadır: Borçlar hukuku kapsamında zilyetliğin devri talebi genellikle ancak belirli bir süre sonra muaccel olurken, haksız zilyede karşı istihkak talebi derhal yürürlüğe girer. O halde, borçlar hukukundan doğan alacağın üstünlüğü, aslında yalnızca bu talebin süresinin geldiği andan itibaren istihkakın bertaraf edilmesine yol açabilir. Bununla

²⁹² Oppermann, s. 95.

²⁹³ Oppermann, s. 96.

²⁹⁴ Oppermann, s. 96 vd.

beraber, borçlar hukuku kapsamındaki alacağın muaccel hale gelmesinden önce malikin malın iadesini talep etmesi halinde, sözleşme alacağının üstünlüğü görüşü kapsamındaki sözleşme alacaklısının konumunun ne kadar korunabileceğinin sorgulanması gerekir²⁹⁵. Zira böyle bir durumda sözleşmeden doğan iade talebine gerek dahi kalmamaktadır.

Mesela, haksız zilyet konumunda olan Z, mülkiyeti M'ye ait olan bir malı K'ye bir aylığına kiralamış olsun. Bir aylık sürenin sona ermesinden önce sadece istihkak talebinde bulunmak mümkün olup, sözleşme süresi sona ermediği için sözleşmeden doğan iade talebi öne sürmek imkân dâhilinde değildir. O halde sözleşmenin sona erme anına kadarki süreç için taleplerin çatışmasından söz edilemez. Bu âna kadarki süreçte, -sözleşme ilişkisinin üstünlüğünü savunan görüşe göre- iyi niyetle kazanılan ve aynî etkiye sahip olan kullanma hakkı henüz öne sürülemez olduğundan, istihkak talebinin bertaraf edilmesine yönelik bir gerekçelendirme de yapılamaz. Öte yandan, bir aylık sürenin sona ermesinden önce istihkak talebi bertaraf edilmediğinden, sözleşme ilişkisinden doğan talep hakkına pek de ihtiyaç kalmamaktadır. Zira malik, zaten mülkiyet hakkına dayanarak iade talebinde bulunmuştur²⁹⁶.

Borçlar hukuku taleplerinin üstünlüğünü savunan görüş, Alman Hukuku'nda BGB §986/I sayesinde anlamsız hale geldiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Söz konusu maddede, *“...Dolaylı zilyet, zilyetliği bir başkasına devretme hususunda malik tarafından yetkilendirilmemişse malik, doğrudan zilyedin malı dolaylı zilyede veya dolaylı zilyet iade alamayacaksa ya da almak istemiyorsa, doğrudan kendisine iade etmesini talep edebilir”* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin iade yükümlüsü olarak devreye girdiği durumlarda malik, söz konusu hüküm gereği malın dolaylı zilyede veya kendisine teslim edilmesini talep etme yetkisine sahiptir. Eğer haksız zilyetle haklı (dolaylı) zilyet arasındaki borçlar hukukundan doğan ilişkinin bir sonucu olarak istihkak talep hakkı dışlansaydı, bu hüküm anlamını yitirirdi²⁹⁷. Türk Hukuku'nda ise BGB §986/I'e birebir karşılık gelen bir hüküm bulunmadığını belirtmek gerekir.

Öğretide öne sürülen bir başka görüş ise sözleşme alacaklısının malike göre öncelikli olmadığını savunmakla birlikte, malikin taraf olduğu sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi halinde, mala zilyet olan üçüncü kişi açısından istihkakın bertaraf edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, malikle tasfiye ilişkisi içinde olan kişi, doğrudan zilyede karşı henüz alacağını talep etme yetkisi kazanmadığı için iade talebinde bulunmuyorsa dahi, istihkak talep

²⁹⁵ Oppermann, s. 97.

²⁹⁶ Oppermann, s. 97 vd.

²⁹⁷ Müller-Laube, s. 225.

hakkı ortadan kalkar. Dolayısıyla bu görüş, zilyetliğin devri talepleri arasında bir üstünlük ilişkisi düzenlememekte ancak talepler arasında bir çatışma olup olmadığına bakmaksızın istihkak talebini kısıtlamaktadır. Bu sebeple, taleplerin çatışmasından kaynaklanan meselelere esasen çözüm getirmemektedir. Bununla birlikte, öğretide yine de çatışma sorunları açısından bu görüşün önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir. Zira, söz konusu görüş gereği istihkak talebinin sınırlandırılması halinde, istihkakın uygulama alanı önemli ölçüde daralacağından, borçlar hukuku kapsamındaki zilyetliğin devri talepleriyle çatışması da nadiren mümkün olabilir²⁹⁸.

Malikle sözleşme alacaklısı arasındaki tasfiye ilişkisinin doğrudan zilyet olan üçüncü kişi bakımından anlamını açıklamak için başka bir görüş²⁹⁹ daha ortaya atılmıştır. Buna göre istihkakın tâliliği, mülkiyetin sınırlandırılması fikrine dayanır. Diğer bir deyişle istihkak talebinin kısıtlanması, zilyetlik hakkının kapsamını genişleterek değil, mülkiyet hakkı alışılmışın ötesinde daraltılarak gerçekleştirilmelidir. Mülkiyet; soyut ve değişmez bir egemenlik hakkı değil, çok çeşitli derecelendirmelere ve farklılaştırmalara izin veren, birçok kamusal ve özel hak ve ödevlerden oluşan değişken bir komplekstir. Bu hukukî statünün geleneksel olarak homojen, sübjektif bir hâkimiyet hakkına, yani dar bir mülkiyet kavramına indirgenmesi, teknik olarak yönetilebilir olma avantajı bulunmaktadır. Bu sebeple, mülkiyet kavramını şekillendirirken göz önünde bulundurulması gereken hukukî seçeneklerin dar yorumlanması gerekmektedir³⁰⁰. Buradan hareketle, malikin zilyetliğin devriyle sonuçlanan bir sözleşme ilişkisi sebebiyle zilyede (veya üst zilyede) bağlı olduğu ve bu sebeple mülkiyetin kapsamının değiştiği durumlarda istihkaktan söz edilemez. Malikin hukukî durumunu oluşturan borç ilişkisinin batıl veya herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde ise yarışan istihkak veya zenginleşme talebini engelleyecek bir durum yoktur. Bununla beraber, sadece zilyetliğin devri için kararlaştırılan sürenin sona ermesi halinde farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Burada borç ilişkisi sona ermeyip, bunun tamamlanması gerekmektedir. Dolayısıyla istihkak talebi hâlâ kapsam dışıdır ve malikin korunması, sözleşmeden doğan iade talebi görevi görür. Aynı durum, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin tasfiye ilişkisine dönüştüğü durumlarda da geçerli olmalıdır. Burada da sözleşmeden doğan taleplere ek olarak istihkak talebinde bulunmak mümkün değildir. Bunların yanı sıra, sözleşme ilişkisi sebebiyle istihkakın dışlandığı durumlarda haksız zilyetlikte iade

²⁹⁸ **Raiser**, s. 123 vd.

²⁹⁹ **Siber**, s. 125 vd.

³⁰⁰ Bkz. **Raiser**, 137 vd.

hükümlerine başvurmak da mümkün değildir. Bu durum sadece zilyedin zilyetlik hakkının sona erdiği âna kadar değil, aynı zamanda sözleşmenin tasfiyesine kadar da geçerlidir³⁰¹.

Malikin hukukî durumundaki bu değişiklik, bir görüşe göre zilyetlik hakkının aynîliği temeline dayandırılmaktadır. Bu temellendirmeye göre malikin zilyede karşı hukukî durumunun değiştiği ve şekillendiği söylenebilir. Bununla beraber, zilyetlik haklarının aynî niteliği kabul edilseydi, mülkiyet hakkının kısıtlanmasının sonuçlarından farklı olarak, aynî hak sahibinin (zilyedin) üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde de buna göre bir etkiye sahip olması gerekirdi³⁰².

Borç ilişkisinin kurulması yoluyla malikin yetkilerinin kısıtlanmasından, söz konusu kısıtlamanın zilyetlik hakkı sona erdikten sonra da devam ettiği ve dolayısıyla istihkakın o zaman da dışlandığı sonucu çıkmaktadır. Bunun sebebi, zilyetlik hakkının sona ermesinin ardından borç ilişkisi ve mülkiyet kısıtlamasının sona ermeyip, tasfiye ilişkisi şeklinde devam etmesidir. Bu durum, sözleşmeden doğan tasfiye ilişkisi karşısında istihkakın ve istihkaktan doğan taleplerin tâliliği sonucunu beraberinde getirmektedir. Söz konusu görüşün pratik önemi ikili ilişkilerde değildir, zira burada malik, istihkaktan bağımsız olarak borçlar hukuku uyarınca iade talebinde bulunma hakkına sahiptir. Bu görüş, çok köşeli ilişkilerde kendini göstermektedir³⁰³. Çünkü bu durumda istihkakın engellenmesi, maliki zilyede karşı doğrudan bir iade talebinden mahrum bırakır. Dolayısıyla çok köşeli ilişkilerde istihkakın hariç tutulması, talepler arası çatışmanın baştan önlenmesini sağlayabilir³⁰⁴. Bunun yanı sıra, söz konusu görüşe göre malikin taraf olduğu hukukî ilişki de zilyedin, zilyetliği üçüncü kişiye bırakmasına izin veriyorsa istihkak talebine engel olur. Malın mülkiyeti muhafaza kaydıyla devredilmesi halinde devralan, malı izin dâhilinde tamir için yükleniciye vermişse, sözleşmeden caydıktan sonra bile devreden, yükleniciden malın kendisine iadesini talep edemez. Devreden malikin yapması gereken, malı alabilmek için, devralandan yükleniciye karşı ileri sürülecek olan iade talep hakkının devrini istemektir³⁰⁵. Bunun sonucu olarak yüklenici, ücret talebine dayalı olarak malike karşı hapis hakkına sahip olabilir. Malik, malı geri almak istiyorsa yükleniciye ödeme yapmak zorundadır³⁰⁶. Bununla birlikte,

³⁰¹ **Raiser**, s. 139 vd.

³⁰² **Oppermann**, s. 100; **MüKoBGB/Baldus**, §985, s. 1228, kn. 71.

³⁰³ **Staudinger/Gursky**, Karl-Heinz, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentum 3), Neubearbeitung 2013 von Karl-Heinz Gursky, Berlin 2013, **BGB §985**, s. 28, kn. 34.

³⁰⁴ **Oppermann**, s. 101.

³⁰⁵ İstihkak talebinin devri hakkında bkz. 2.1.5. Öte yandan belirtmek gerekir ki istihkak talebinin devrinde devreden, esasen maliktir. Burada ise tersi kastedilmektedir.

³⁰⁶ **Oppermann**, s. 101.

kanaatimizce talep hakkının devrinin bu şekilde işletilmesi doğru değildir. Zira istihkak talebinin malik tarafından başka birine devredilmesi bile kabul edilmezken, burada devrin kapsamı daha da genişletilmiştir. İstihkak talebinin devri meselesinin tam tersi olarak burada, mülkiyetten doğan iade talep hakkının (istihkak talebinin) devralana (malik olmayan zilyede) sözleşme sebebiyle kendiliğinden geçtiği, bununla beraber sözleşmeden cayıldıktan sonra kendiliğinden malike geri dönmediği ve malik tarafından özellikle talep edilerek geri alınması gerektiğinden bahsedilmektedir. Mülkiyetin kısıtlanması teorisi kabul edilse bile böyle bir anlayış, kanaatimizce haddinden fazla bir kısıtlama anlamına gelir ve reddedilmelidir.

Mülkiyet hakkının kısıtlanmasının bir tezahürü olan istihkak talebinin kısıtlanması görüşü, öğretide başka yazarlar³⁰⁷ tarafından da eleştirilere maruz kalmakta ve -haklı olarak- reddedilmektedir. Bunun en başta gelen sebebi ise böyle bir yaklaşımın hukuka aykırı oluşudur. Malikin, bir şeyin zilyetliğini devrettiğinde, üçüncü kişinin borçlar hukukundan doğan zilyetlik hakkı sona erdikten sonra dahi istihkak talebinde bulunamayacağı şeklinde mülkiyeti sınırlayan bir hüküm yoktur. Öncelikle mal üzerindeki hâkimiyet yetkisini bu şekilde kısıtlamak, malikin iradesine aykırıdır. Malike karşı zilyetliği haklı kılan bir durum söz konusu olduğunda dahi kanun hükmünden (BGB §986/I, TMK m. 683/II), malikin eninde sonunda istihkak talebini öne sürmesine engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Eğer istihkak, mülkiyetin sınırlandırılmasına dayalı olarak, sözleşmeden doğan zilyetlik sebebiyle istihkak talebinde bulunamamaya sebebiyet verseydi, kanun hükmünün bir anlamı olmazdı³⁰⁸.

Bir diğer eleştiri ise malikin, sözleşmeye dayalı bir tasfiye ilişkisine girmeyip de edim zenginleşmesi (*Leistungskondition*, borçlanılmayan şeyin ifası) sebebiyle iade talep edeceğinde de istihkak talebinin tâliliğinin kabul edilip edilmeyeceğine ilişkindir. Bunun kabul edilmesi halinde, taşınırlar için istihkak talebinin uygulama alanı irade dışı mal kayıplarıyla sınırlı kalacak şekilde önemli ölçüde daralır ve hatta gereksiz hale gelir³⁰⁹. İstihkak talebinin tâliliğinin reddedilmesi halinde ise başka bir sorun söz konusu olmaktadır: Zilyedin, malik tarafından yetkilendirilmeden malı üçüncü kişiye devretmesi sebebiyle kanunda düzenlenen “*malı haksız olarak elinde bulunduran kişiye karşı istihkak davası açılabileceği*” hükmü (TMK m. 683/II, BGB §986/I) devreye girer. Malikin taraf olduğu sözleşme ilişkisi başından itibaren geçersizse, edim zenginleşmesi ancak bu takdirde söz konusu olur. Öte yandan, hiç değilse zenginleşme

³⁰⁷ **MüKoBGB/Baldus**, §985, s. 1228, kn. 71; **Staudinger/Gursky**, §985, s. 27, kn. 33; **Köbl**, s. 115 vd.

³⁰⁸ **Köbl**, s. 116; **Staudinger/Gursky**, §985, s. 27, kn. 33; **Oppermann**, s. 102.

³⁰⁹ Türk Hukukunda hâkim görüş, burada anlatılanın tam tersi olarak istihkak davasının sebepsiz zenginleşmeyi dışladığı yönündedir. Aşağıda bkz. 3.2.1.6.

borçlusunun iade yükümlülüğü sebebiyle malı üçüncü kişiye devretmeye yetkisi olmadığına istihkak talebini içeren hükmün (TMK m. 683/II, BGB §986/I) uygulanması gerekir. İstihkakın tamamen dışlanması bununla çelişeceği açıktır³¹⁰.

2.1.4.1.2. İstihkak Talebinin Üstünlüğünü Savunan Görüş

Borçlar hukukundan doğan taleplerin üstünlüğü görüşüne karşı olarak öne sürülen diğer görüş, istihkak taleplerinin üstünlüğünü savunmaktadır. Bu görüşün yaygın olarak desteklendiği görülmektedir³¹¹. Doğrudan zilyedin, malı sözleşme alacaklısına teslim etmiş olması sebebiyle malike karşı iade talebine bağlı bir tazminat yükümlülüğünün de olacağı, yine bu görüşü savunanlar tarafından ileri sürülmektedir. Öyle ki istihkakın üstünlüğünden söz edebilmek için, malın malikten başka birine (sözleşme alacaklısına) teslim edilmesi halinde bir sorumluluğun (tazminat yükümlülüğünün) olması gerekir³¹².

Haksız zilyedin malike karşı (tazminatı da içeren) sorumluluğu kanunî düzenlemelere tâbidir (TMK m. 993 vd, BGB §989 vd, ZGB Art. 938 vd). Bu düzenlemelere göre zilyedin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi için, kötü niyetli veya malik tarafından kendisine dava açılmış olup olmadığının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir³¹³. Öğretide istihkakın üstünlüğünün her zaman mı yoksa sadece zilyedin kötü niyetli veya davaya maruz kaldığı hallerde mi söz konusu olması gerektiği yönünde farklı görüşler öne sürülmektedir. Bunun yanı sıra, aynı hakkın üstünlüğü lehine ileri sürülen görüşler mevcuttur.

İstihkak talebinin üstünlüğünün, zilyedin kötü niyetli veya kendisine dava açılmış olması halinde söz konusu olması gerektiğini savunan görüşe göre, bir talebin diğerine üstün olmasının bir anlamı vardır. Bu anlam, diğer talebe yönelik ifade bulunulması halinde bunun tazminat sorumluluğuna yol açacak olmasıdır. Söz konusu sorumluluk, ancak sözleşme alacaklısına malı teslim eden zilyedin kötü niyetli veya (teslimden önce) kendisine dava açılmış olması halinde ortaya çıkar. Bu durumda zilyet, malike karşı haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında sorumlu olmalıdır. O halde sözleşme alacaklısının zilyetliğin devri talebi, zaman itibarıyla malikin

³¹⁰ Oppermann, s. 103.

³¹¹ Bkz. Staudinger/Gursky, §985, s. 27, kn. 168; MüKoBGB/Baldus, §985, s. 1228, kn. 71, 72; Kindl, s. 25; Soergel/Stadler, §985, s. 5 vd, kn. 5.

³¹² Staudinger/Gursky, §985, s. 27, kn. 33.

³¹³ Türk Medenî Kanunu'ndan farklı olarak Alman Medenî Kanunu §987'de, kendisine iade davası açılan zilyedin dava devam ederkenki mala yönelik muamelelerine ilişkin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Alman Hukuku öğretisinde bu hususun özel olarak belirtilmesinin sebebi buna dayanmaktadır. Bu hususta daha ayrıntılı açıklama ve Türk Hukuku bakımından uygulanabileceğini savunduğumuz ağırlaştırılmış iyi niyet görüşü hakkında bkz. 4.1.1.1.2. (Zilyede Dava Açılmasının İyi Niyete Etkisi).

haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre talepte bulunduğu andan itibaren kısıtlanmalıdır³¹⁴. Bu yöndeki görüş, ödünç verenin, sadece ödünç alanın malike karşı iade yükümlülüğü sebebiyle tazminatla yükümlü olmayacağı durumlarda malın kendisine iadesini talep edebileceğini öne sürmektedir³¹⁵. Buna karşı çıkan bir görüş ise zilyede dava açılmış olmasının malike karşı sorumluluğu artırmadığını³¹⁶ ve aynî hakların genel itibarıyla üstünlüğünü savunmaktadır³¹⁷.

İki görüş arasındaki farklılıklar; haksız zilyet olan H'nin, M'nin mülkiyetindeki malı Ü'ye kiraladığı ve zilyetliği devrettiği bir örnek üzerinden açıklanabilir. Birinci görüşe göre, kira süresinin bitmesiyle birlikte H'nin iade talebi ancak Ü'nün M'ye karşı kötü niyetli olması veya M'nin derdest bir istihkak talebinin bulunması halinde devre dışı kalır. Öte yandan, Ü'nün, M'nin üstün istihkak talebini yerine getirmesi gerektiğini H'ye karşı öne sürmesi halinde kötü niyetin pratik bir etkisi bulunmamaktadır. Zira Ü, bu itirazı ancak M'nin mülkiyetiyle ilgili kötü niyetli olması veya dava edilmesi halinde ileri sürebilir. Bununla beraber Ü, tam da bu itirazı ileri sürerek M'nin mülkiyeti hakkında bilgi sahibi olduğunu ve dolayısıyla haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında kötü niyetli olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, bu kötü niyetin itirazı oluşturmak için gerekli olup olmadığı veya itirazın kötü niyetten bağımsız olarak var olup olmadığının pratik sonuçları bakımından bir önemi yoktur. Buna karşılık, Alman Hukuku'nda iyi niyetli zilyede sözleşme alacaklısı tarafından dava açılması ve zilyedin karardan itibaren kötü niyetli hal gelmesi durumunda önemli pratik sonuçların ortaya çıkacağı öne sürülmektedir. Mesela kiralayan H, iyi niyetli kiracı Ü'ye malın iadesine karar verilmesi için dava açsa ve Ü, aleyhine çıkan kararlar birlikte kötü niyetli iade yükümlüsü haline gelecek olsa, ortaya daha farklı sonuçlar çıkar. Sadece Ü'nün kötü niyetinin istihkakın üstünlüğüne ve H'nin iade talebinin sınırlandırılmasına yol açan birinci görüşe göre, kararda belirtilen talebe karşı itirazlar karardan sonra ortaya çıkar. Bu sebeple Ü, (ZPO 767 gereği) itirazlarını³¹⁸ öne sürerek iade yükümlülüğünden kurtulabilir. Nihayetinde, iade yükümlülüğünün doğup doğmayacağı kararın akıbetine bağlı olduğundan, kararın yanlışlığını

³¹⁴ Raape, s. 472 vd.

³¹⁵ Bkz. Raape, s. 473.

³¹⁶ Staudinger/Thole, §985, s. 99, kn. 341.

³¹⁷ Staudinger/Thole, §985, s. 99, kn. 344.

³¹⁸ Yazar, burada Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki (ZPO) 767'nci maddeye takılmaksızın taleplerin ileri sürülebileceğinden bahsetmektedir. Hükmün birinci fıkrasında, mahkeme kararıyla tespit edilen alacağın kendisine ilişkin itirazların borçlu tarafından asliye hukuk mahkemesinde dava yoluyla ileri sürülebileceği düzenlenmektedir. Bu itirazlar, ikinci fıkraya göre ancak sözlü yargılamanın sonuçlanmasından sonra itiraz sebeplerinin ortaya çıkması halinde ileri sürülebilir. Böyle bir durumda borçlu, kendisine açılan davada hangi itirazları ileri sürebilecek idiye aynılarına yeni davada dayanabilir.

öne sürüp ispat etmek kötü niyetin ve iade yükümlülüğünün ortadan kalkmasını sağlayabilir. Öte yandan, ZPO 767’de belirtilen itiraz hakkının İcra ve İflâs Kanunu’nda karşılığı bulunmamaktadır. Türk Hukuku’nda (kesinleşen) ilâmın icrasına içerik olarak itiraz edilemez. Dolayısıyla bu tartışmanın Türk Hukuku’nda karşılığının bulunmadığı söylenebilir.

İstihkakın genel olarak üstünlüğünü savunan diğer görüş ise yukarıda açıklananın tam tersi bir sonuca yol açmaktadır. Buna göre, haksız zilyetlikte iade hükümlerinin şartlarına bakılmaksızın istihkak her halükârda öncelikli olduğundan, borçlar hukukundan doğan zilyetliğin devri talepleri sınırlandırılmaktadır. Bu görüşe göre istihkakın üstünlüğü itirazı, Ü hakkında verilen karar sırasında zaten mevcuttur. Dolayısıyla, Ü’nün H’ye yönelteceği (ZPO 767 kapsamındaki) itirazların reddedilmesi gerekir³¹⁹. Zira Ü, her halükârda kötü niyetlidir ve malı elinde bulundurmaya zaten hakkı olmadığı için, icra yoluna başvuran B bile olsa malın M’ye iade edilmesi gerekir.

Bu görüşe itiraz olarak getirilen bir başka görüşe göre, sonraki kötü niyete dayalı bir mahkeme kararı verildikten sonra söz konusu karara itiraz davası açma hakkı vermekten kaçınmak gerekir. Bunun yerine zilyet, karardan sonra malı sözleşme alacaklısına iade edebilir. Mesela Ü’nün, karardan sonra mevcut hale gelen kötü niyete rağmen malı kiralayan H’ye iadesi mümkündür. Malın H’ye verilmesi sebebiyle M’ye karşı tazminat sorumluluğu kusur eksikliği sebebiyle uygulanmamalıdır. Zira Ü, karara uygun hareket etmiş ve sadece H’nin icra takibini engellemiştir. Kaldı ki söz konusu icra takibi de zaten temsil edilen görüşe göre icraya itiraz davasıyla engellenemez. Ayrıca malik M savunmasız da değildir, zira H’nin icra takibine karşı icra hukuku kapsamında (İİK m. 96, ZPO m. 771) üçüncü kişinin istihkakını öne sürerek müdahale edebilir³²⁰. Eğer bunun aksi düşünülerek Ü’ye icraya itiraz davası açma hakkı tanınabileceği farz edilirse, kabul edilemez sonuçlarla karşılaşılır: Ü, dava açma imkânı olmasına rağmen açmayıp da malı sözleşme alacaklısı H’ye iade etmişse, malike karşı kusurlu bir davranış içinde bulunmuş demektir. Diğer bir deyişle, iade yükümlüsüne icraya itiraz davası açma imkânı tanınması, sözleşme alacaklısına iadenin kusur olarak görülmemesinin yolunu kapatır. Bu durum, yargılama giderlerini karşılama yükümlülüğü ve malik tarafından davaya maruz kalma tehlikesi altında bulunan zilyedi, henüz iyi niyetli olduğu dönemde aleyhine verilmiş kötü niyetlilik ithafına karşı savunma davası açmaya zorlar. Öte yandan bu durum, iyi niyetli zilyedin mala verilen zarardan sorumlu olmayacağına yönelik kanun hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Nasıl ki iyi niyetliken mala zarar veren haksız zilyetten kötü niyetin ortaya çıkmasından sonra tazminat veya

³¹⁹ Bkz. **Staudinger/Gursky**, §985, s. 98 vd, kn. 168.

³²⁰ **Oppermann**, s. 107 vd.

onarım talep edilemiyorsa, kötü niyetin ortaya çıkmasından sonra da iyi niyet sırasında üçüncü kişi tarafından başlatılan iadeye yönelik icra takibinin etkisinin icraya itiraz davası yoluyla ortadan kaldırılması zilyetten talep edilemez. Daha kısa ifade etmek gerekirse, iyi niyetli sıfatıyla üçüncü kişiye gerçekleştirilen iade yükümlülüğü, kötü niyetten sonra gerçekleşen bir zarara göre daha ağır sonuçlara sebebiyet vermemelidir³²¹. Sonuçlara ilişkin bu değerlendirme, istihkakın üstünlüğünün kabul edilmesi halinde, bu üstünlüğün sadece zilyedin kötü niyetli olması veya istihkakın derdestliği durumunda değil, genel olarak kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir. Böylece zilyet, sonraki kötü niyet durumunda ilk görüşe göre mümkün kabul edilen dava ile makul olmayan bir şekilde yük altına girmek zorunda bırakılmamış olur. Bu durum, yukarıda da açıklandığı üzere, usulî bir işlemin -burada malikin açtığı davanın- talepler arasındaki üstünlük ilişkisini değiştirmesinin usul hukuku ile maddi hukuk arasındaki temel ilişkiye aykırı olmasıyla da desteklenmektedir. Öncelikle, kötü niyet gibi sübjektif bir unsurun üstünlük ilişkisi üzerinde etkisinin olduğu fikri terk edilmelidir³²².

Öğretide kötü niyet ayırımına göre öne sürülen görüşlerin dışında bir başka görüş³²³ ise istihkakın üstünlüğünü, taleplerin denkliği görüşünün sonuçlarının reddedilmesi gerektiğine bağlamaktadır. Buna göre eğer taleplerin denkliği görüşü kabul edilecek olsaydı, borçlunun iadeyi kime gerçekleştireceğine dair bir seçme hakkına sahip olduğunun kabulü gerekirdi. Öte yandan, haksız zilyedin üçüncü kişilerle olan borçlar hukuku temelli ilişkilerinin, genel olarak, istihkakı ne bertaraf edebileceği ne de zayıflatabileceği ilkesine sadık kalınmalıdır. Zira bu tür bir zayıflatma, aynî hakka dayalı talepte bulunan malikin, bir tür gerçek olmayan müteselsil alacaklılığa zorlanmasına yol açar³²⁴. Buna karşılık, denkliği savunan bir diğer görüş ise söz konusu iddianın, aynî hakkın üstünlüğünü sadece görünüşte ortaya koyduğunu öne sürmektedir. İstihkakın borç ilişkileriyle sınırlandırılmayacağı ilkesine sadık kalınması gerektiği ifadesi, sadece boş bir iddiadan ibarettir. Ona kalırsa, borçlar hukuku kapsamında taahhüt edilen bir edimin, üçüncü kişilerin aynî haklarıyla sınırlandırılmayacağı da aynı şekilde ileri sürülebilir. Taleplerin çatışmasının özelliği, eğer bir talebin diğerine üstünlüğü belirlenemiyorsa, taleplerin birbirinden bağımsız konumda olmasına rağmen birbirini karşılıklı olarak etkilemesidir. Bununla beraber söz konusu bakış açısından hareket ederek ne aynî hakkın ne de borçlar hukuku kapsamındaki talebin üstünlüğü sonucuna varılabilir³²⁵.

³²¹ Oppermann, s. 108.

³²² Oppermann, s. 108 vd.

³²³ Staudinger/Thole, §989, kn. 42.

³²⁴ Staudinger/Thole, §989, kn. 42.

³²⁵ Oppermann, s. 109.

İstihkakın genel üstünlüğünü savunan görüş, malikin aynî iade talebinin, muhtevasından kaynaklanan sebeplerle borçlar hukuku kapsamındaki üçüncü kişilerin zilyetlik taleplerine göre açıkça üstünlüğe sahip olduğunu öne sürmektedir. Buna göre bir malın zilyetliği malike aynî olarak devredilir. Bu sebeple, borçlar hukuku kapsamında malın alacaklıya teslim edilmesi, borçlunun kendi malvarlığından yapılan bir ifa değil, başkasının zararına bir menfaatin temin edilmesi anlamına gelir. Hukuk sisteminin, bunun yaptırım olmaksızın gerçekleşmemesini sağlaması gerekmektedir. Dolayısıyla zilyet, sözleşme alacaklısına bir malı teslim etmesi halinde malike karşı bir tazminat sorumluluğu üstlenmelidir³²⁶.

Bu görüşe karşı öne sürülen ilk eleştiri, zilyetliğin mülkiyete aynî olarak atfedilmesi halinde (zilyetlik haksız olsa bile) üçüncü kişideki zilyetliğin bir malvarlığı teşkil ettiği gerçeğini değiştirmedeği şeklindedir. Söz konusu görüş, malın sözleşme alacaklısına iadesini “başkasının zararına” bir menfaatin temini olarak gördüğünden, bu malvarlığı değerinin varlığını reddetmektedir. Oysa borçlar hukuku kapsamındaki zilyetliğin devri talebini yerine getiren zilyedin, üçüncü kişi aleyhine menfaat temin etmesi söz konusu değildir. Zira malın sözleşme alacaklısına iade edilmesi, zilyedi, iade taleplerinin denkliği görüşünün benimsenmesi halinde malike iade edilmesinden daha iyi bir konuma getirmemektedir. Her iki durumda da malın alacaklıya teslimiyle zilyet, her iki alacaklıya karşı olan iade yükümlülüğünden de kurtulmaktadır. Dolayısıyla burada başkası zararına menfaat temini söz konusu olmadığından, bunun engellenmesine ilişkin görüş de ikna edici bulunmamaktadır³²⁷.

İstihkak talebinin genel üstünlüğünü savunan görüşün bir diğer argümanı ise icra hukukundan kaynaklanmaktadır. Malın iadesi için alacaklının açmış olduğu icra takibine karşı üçüncü kişinin istihkak iddiası (İİK m. 96 vd, ZPO Art. 771), sadece aynî hak sahibi tarafından ileri sürülebilir. Sözleşme alacaklısının ise böyle bir imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iade yükümlüsünün malı kime iade edeceği hususunda bir seçme imkânının olması, bu durumla uyumlu değildir³²⁸. Taleplerin denkliğini savunan görüş ise bu iddiaya hak vermekle beraber, bu durumun

³²⁶ Bkz. **Staudinger/Gursky, §985**, kn. 168. Öte yandan, **Oppermann**’ın eleştirdiği **Gurksy**’e ait olan “aynî hakların yapısal sebeplerden ötürü açıkça üstün olduğu” görüşü, içinde bulunduğu **Staudinger BGB** şerhinin yeni baskısının yazarı **Thole** tarafından benimsenmemiş ve bunun yerine, “istihkakın, üçüncü kişilerin borçlar hukuku kapsamındaki zilyetlik talepleri üzerindeki yapısal önceliğinden ziyade, talep ilişkilerinin temel bağımsızlığının söz konusu olduğu” öne sürülmüştür. Karş. **Staudinger/Gursky, §985**, kn. 168 ve **Staudinger/Thole, §985**, kn. 344.

³²⁷ **Oppermann**, s. 110.

³²⁸ **Staudinger/Gursky, §985**, kn. 168.

sadece üstünlük ilişkisinin sonuçlarına ilişkin olduğunu ve diğer üstünlük ilişkisi argümanlarına karşıt görüş olarak değerlendirilecek bir yönünün bulunmadığını öne sürmektedir³²⁹.

2.1.4.1.3. İki Talebin Denkliğini Savunan Görüş

Borçlar hukuku talepleriyle istihkak talebinin denkliği görüşünün anlamı, iade yükümlüsü zilyedin, malı alacaklılardan (malikten ve sözleşme alacaklısından) istediğine iade etmesi halinde sorumluluktan kurtulmasıdır. Bu konuda zilyedin seçme hakkı olduğundan, iadenin bir alacaklıya gerçekleştirilmiş olması sebebiyle diğer alacaklıya karşı yeni bir iade veya tazminat yükümlülüğü doğmaz.

Bu görüşü savunan yazarlar, talepler arasındaki çatışma sorununu, zilyetliğin devri taleplerinin denkliği ve bağımsızlığı bakış açısıyla ele almaktadır³³⁰. İstihkakın üstünlüğünün kabul edilmesi halinde her ne kadar ilk bakışta zilyet, malike her halükârda boyun eğmek zorunda olduğu için üstünlük ilişkisinden etkilenmiyormuş gibi görünse de bu doğru değildir. Daha yakından incelendiğinde üstünlük ilkesinin terk edilmesini zorunlu kılan sebepler, özellikle borçlu zilyet açısından ortaya çıkmaktadır. Malın malike iade edilmesi gerektiğinin kabulü, bunun konuya ilişkin bir yasal düzenlemeyle desteklenmesi gerektiği anlamına da gelir. Buna karşılık, istihkakın üstünlüğüne rağmen malın sözleşme alacaklısına iade edilmiş olması, hak sahibi olmayan kişiye teslim anlamına gelir ve borçluyu sorumluluktan kurtarmaz. Öte yandan böyle bir durum, alacağın devrini düzenleyen kanun hükümlerindeki (TBK m. 186, BGB §407) önceki alacaklıya iyi niyetle yapılan ifada borçlunun korunması anlayışıyla çelişmektedir. Sözleşme alacaklısının üstünlüğünün kabulü halinde ise haksız zilyetlikte iade hükümleri gereği (TMK m. 993-995, BGB §989-990) malike tazminat ödeme ihtimali söz konusu olur. Bunun yanı sıra, istihkakın üstünlüğü halinde zilyet, malı ancak gerçek sahibine iade etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Dolayısıyla zilyet, malı iade etmeden önce talepte bulunan kişinin gerçekten zilyet olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmalıdır³³¹.

Denklik görüşüne göre üçüncü kişinin mülkiyet hakkını sözleşme alacaklısına ispat etme yükümlülüğünün zilyede kabul edilemez bir yük getireceği sebebiyle istihkakın üstünlüğü söz konusu olamaz. Üstünlük ilkesinden ayrılmayı gerekli kılan belirleyici husus bu olmalıdır. Malın iadesinin alacaklılardan birine gerçekleştirilmiş olması, diğerine karşı objektif bir yükümlülük ihlaline sebep olmamalıdır. Ne malikin ne de sözleşme alacaklısının birbirine karşı üstünlüğü söz konusu olabilir. Malikin üstünlüğünün kabul edilerek sözleşmeden doğan talep hakkının

³²⁹ Bkz. **Oppermann**, s. 110 vd.

³³⁰ Bkz. **Müller-Laube**, s. 223 vd; **Berg**, s. 524; **Erman/Ebbing**, §985, s. 4504, kn. 27 vd.

³³¹ **Müller-Laube**, s. 223.

engellenmesi kabul edilemez bir sonuç ortaya koyar³³². O halde taleplerin birbirine üstünlüğü söz konusu değildir.

Taleplerin denkleğinin bir sonucu, zilyedin malı alacaklılardan birine teslim edip etmeme konusunda karar verme özgürlüğüne sahip olmasıdır. Bu durum, alacaklılardan birinin zilyede dava açması veya elinde halihazırda bir mahkeme kararının olması halinde de geçerlidir. Öte yandan, sözleşme alacaklısının menfaatleri, zilyedin elinde bulundurduğu malı malik zannettiği yanlış kişiye teslim etmesi halinde doğacak olan sorumluluğu da ele almayı gerektirmektedir. Zilyet, aslında hak sahibi olmayan görünürdeki malike ilişkin hataya düşmüş olsa bile, sözleşme alacaklısının hakları makul olmayan bir şekilde kısıtlanmış olur. Dolayısıyla, zarara yol açan teslim fiili zilyedin yanlış bir kararına dayandığından, oluşan zarar bakımından alacaklıya karşı sorumlu tutulması gerekir³³³.

Taleplerin denkleğini savunan bir başka yazar ise sorunun iade konusu malın borçlu zilyet tarafından tevdi edimesiyle çözüme kavuşturulması gerektiğini öne sürmektedir. Bu çözüm yolu, sadece iade konusu malın tevdiye uygun olduğu hallerde mümkündür. Tevdi edilemeyen bir şeyin iadesi söz konusu olduğunda ise mahkemeye müracaat ederek ne yapılması gerektiği hususunda hâkim tarafından (TBK m. 107 gereği) tespitte bulunulmasının sağlanması gerekmektedir. Tevdii mümkün olan mallarda zilyedin malı tevdi etmesi, istihkakın üstünlüğü ve müteselsil alacaklılık gibi hususların belirlenmesi gerekliliğini de ortadan kaldırır. Yazara göre istihkakın üstünlüğünün reddedilmesi gerekliliğinin sebebi, üstünlüğün kabulü halinde her zaman istenen sonuca ulaşılamamasıdır. Özellikle sözleşme alacaklısının malike karşı haklı zilyetliğinin olduğu (veya devam ettiği) durumlarda böyledir³³⁴. Öte yandan bu gerekçe, malike karşı haklı zilyetliğin olduğu hallerde malikin zaten istihkak talebini öne süremeyeceği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir³³⁵.

Yazar, burada esasen alacaklının kimliğiyle ilgili oluşan tereddüt halinde borçluya tanınan tevdi hakkını düzenleyen kanun hükmünden (BGB §372) hareket etmektedir. Nitekim TBK m. 111'de de paralel olarak *"borçlunun kusuru olmaksızın, alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse borçlu, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir."* düzenlemesine yer verilmiştir. Söz

³³² Müller-Laube, s. 223 vd.

³³³ Müller-Laube, s. 245.

³³⁴ Loewe, Josef, *"Unechte Gesamtgläubigerschaft?"*, in: Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts Y. 1911, S. 22, s. 29 vd.

³³⁵ Oppermann, s. 136.

konusu hüküm, taleplerin çatışması sorununa kıyasen uygulanmak istenmektedir. Bunun kabulü halinde, edimi kime karşı ifa etmesi gerektiğini bilmeyen iade yükümlüsü borçlu, kendi kusuru olmaksızın bir hata sonucu birden fazla kez ifada bulunmak yerine, edimin tek bir yere ifası (tevdii) halinde sorumluluktan kurtulmalıdır³³⁶. Buna ilişkin olarak öne sürülen bir görüşe göre, taleplerin denkliğinin kabul edilmesi halinde borçlu, malı tevdi etme hususunda ne hakka ne de yükümlülüğe sahip olur³³⁷. Kanaatimizce malikin mülkiyet iddasında bulunmakla beraber bunu kesin olarak ispat edemediği durumlarda oluşan şüphe sebebiyle böyle bir çözüm yolu kabul edilebilir. Öte yandan, eğer malik mülkiyet hakkını açıkça ispat etmiş ve buna karşılık sözleşme alacaklısı (dolaylı) zilyetliğinin haklılığını ispat edememişse, ifanın kime gerçekleştirilmesi gerektiği açıklığa kavuşmuş demektir. Böyle bir ihtimalde istihkakın üstünlüğünü reddetmek için bir sebep bulunmamaktadır.

Öğretide bir başka yazar ise borçlar hukukundan doğan zilyetliğin devri taleplerinin tasnifine göre üstünlük ilişkisinin belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, borçlar hukukundan doğan zilyetliğin devri talepleri üç gruba ayrılmaktadır. Birinci talep grubu, talep sahibinin dolaylı zilyetlikle ilişkili olan iade taleplerinden oluşmaktadır. Bu kapsamda oluşabilecek iki ihtimalden birincisine göre talep sahibi, önceden doğrudan zilyet olmakla birlikte bunu başkasına devrederek dolaylı zilyet haline gelmiştir. Diğer ihtimalde ise zilyetliğin devrini talep eden borç ilişkisinin alacaklısı dolaylı zilyettir. Taraflar arasında mevcut olan ilişki, ileriki bir tarihte dolaylı zilyedin zilyetliği devralarak doğrudan zilyet haline gelmesini sağlar. O halde dolaylı zilyedin zilyetliği devralması zaman itibarıyla kısıtlanmıştır. Dolayısıyla birinci gruptaki talepler, doğrudan zilyetliğin borçluya sadece sınırlı bir süre için devredilmiş olması sebebiyle dolaylı zilyetlikle ilişkilendirilen iade talepleri olarak görülmektedir. Birinci grup ise kendi içinde iki alt gruba daha ayrılmaktadır. Birinci alt grupta, doğrudan zilyedin kendisine yöneltilen iade talebine karşı öne sürebileceği herhangi bir karşı hakkının bulunmadığı durumlar yer almaktadır. Bu kapsama kira, leasing, ödünç gibi sözleşmeler girer³³⁸. İkinci alt grup ise zilyedin, karşı âkidin iade talebine riayet etmesi gerektiği, bununla birlikte kendisinin de öne sürebileceği taleplerin bulunduğu durumlardır. Rehin, eser ve ivazlı saklama sözleşmeleri bu alt gruba örnek gösterilmektedir. Öte yandan, belirli sözleşme türlerini bu alt gruplara açıkça tahsis etmek mümkün olmayıp, somut olaya göre farklı durumlar ortaya çıkabilir. Mesela M'ye ait olan bir aracın, haksız zilyet H tarafından tamir için E'ye bırakılması halinde, E'nin iade talebine karşılık

³³⁶ Loewe, s. 30.

³³⁷ Oppermann, s. 137.

³³⁸ Yazarın, ücretin baştan ödendiği durumları göz önünde bulundurarak bu sözleşmeleri saydığı anlaşılmaktadır.

ücretin ödenmesini isteme hakkı vardır. Bu durumda sözleşme ikinci alt grupta yer alır. Bununla birlikte, eğer H anlaşma gereği ücreti baştan ödemişse, E'nin öne sürebileceği bir talep bulunmadığı için sözleşme ilk alt gruba dâhil olur³³⁹.

Alt grupları oluşturma amacı, ortaya çıkabilecek olan farklı menfaatleri anlaşılır hale getirmektir. Eğer doğrudan zilyet, aynı hakkın önceliği sebebiyle malı malike iade etmek zorunda kalırsa, menfaatleri özellikle ikinci alt gruptaki durumlarda etkilenir. Zira bu durumda alacağını elde edememesi durumunda sahip olması gereken hapis hakkı imkânını kaybetmektedir. Borçlar hukukundan doğan talep hakkının istihkaka üstünlüğünün kabul edilmesi ihtimalinde ise ikinci alt grupta doğrudan zilyet için daha avantajlı bir durum ortaya çıkmaktadır. Öyle ki bu durumda hapis hakkının sınırlandırılmaksızın bir tazyik aracı olarak kullanılması mümkündür³⁴⁰.

İlk alt grupta karşılaşılması mümkün olan kira, leasing ve ödünç sözleşmelerinde ise malı sözleşme kapsamında devreden tarafın, malik olmadığı ve malike karşı zilyetlik hakkının da bulunmadığı durumlarda taleplerin çatışması söz konusu olur. Mesela haksız zilyet H'nin, M'ye ait olan malı K'ye kiraya vermesi halinde, sözleşme süresi dolduğunda H'nin sözleşme gereği iade talep hakkı, M'nin malik olması sebebiyle sahip olduğu istihkak talep etme hakkıyla çatışmaktadır³⁴¹.

Borçlar hukukundan doğan iade taleplerinin ikinci grubu ise “diğer” iade talepleri olarak ifade edilmektedir. Burada da birinci grupta olduğu gibi borç ilişkisinin alacaklısı önceki doğrudan zilyettir. Farklı olan durum ise zilyetliğin karşı tarafa kalıcı olarak devredilmiş olmasıdır. Dolayısıyla zilyetliği devreden, dolaylı zilyet konumunda değildir. O halde birinci ve ikinci gruptaki talepler arasındaki ayrım, zilyetliğin devrinin en başından beri iade amaçlı gerçekleşip gerçekleşmediğine göre yapılmaktadır. Ayrımın bir diğer dayanağı ise cebrî icra sırasında üçüncü kişinin istihkak iddiası bakımından kendini göstermektedir. İlk gruptaki taleplerde üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması mümkünken, ikinci grupta değildir. İkinci gruptaki diğer iade talepleri, bir iade yükümlülüğü doğuran borç ilişkilerinin yanı sıra, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hukuku kapsamındaki iade taleplerini de içermektedir. Şartlar oluştuğunda bu talepler de istihkak talebiyle çatışmaktadır³⁴².

Borçlar hukukundan doğan iade taleplerinin üçüncü grubu, salt elde etme talepleri (*bloße Verschaffungsansprüche*) şeklinde belirtilmektedir. Birinci ve ikinci gruptaki taleplerden farklı

³³⁹ Oppermann, s. 29.

³⁴⁰ Oppermann, s. 30 vd.

³⁴¹ Oppermann, s. 31.

³⁴² Oppermann, s. 33 vd.

olarak, burada öne sürülen talebin içeriği iade değil, doğrudan zilyetliğin ilk elde edilmesine ilişkindir. Burada istihkak talebiyle çatışma sorunu, malik olmayan haksız zilyedin, taraf olduğu borç ilişkisi sebebiyle malın zilyetliğini üçüncü kişiye devretme yükümlülüğü altına girdiğinde karşımıza çıkmaktadır. Önceki talep gruplarının aksine, burada mal henüz üçüncü kişiye teslim edilmiş değildir. Mesela iyi niyetli haksız zilyet H, istihkaka konu olan malı A'ya satmış ama henüz teslim etmemişse, malik M'nin H'ye karşı istihkak talebini öne sürmesine rağmen A da istihkak baskısı altında olan H'den edimin ifasını talep ettiğinde durum böyledir. Bu gruba ise satış, trampa, bağış, parça tedariki³⁴³ sözleşmeleri örnek gösterilmektedir³⁴⁴.

Borçlar hukukundan doğan zilyetliğin devri taleplerinin bu şekilde ayrıma tâbi tutulmasının sebebi, her grubun üstünlük ilişkisinde farklı bir konuma sahip olduğunun öne sürülmesidir³⁴⁵. Üstünlük ilişkisi bu gruplara göre çözüme kavuşturulurken göz önünde bulundurulması gereken husus, üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunup bulunamayacağıdır. Buna göre üçüncü kişinin icra hukukundan doğan istihkak iddiası (ZPO 771, İİK 96), borçlar hukukundan doğan zilyetliğin devri taleplerini; iade talepleri (*Herausgabeansprüche*) ve elde etme talepleri (*Verschaffungsansprüche*) şeklinde ayrıma tâbi tutmaktadır. İade talepleri için üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması mümkün olup, elde etme talebinin yerine getirilmesi için ise böyle bir iddiada bulunulamayacağı öne sürülmektedir. Cebrî icraya konu edilebilen iade talepleri için; ödünç veya kullanım ödünçü veren, kiraya veren, rehin veren gibi kişilerin talep hakları örnek gösterilmektedir. Elde etme talepleri için ise istihkak meselesi bakımından fazla anlam ifade etmemekle beraber, daha ziyade sözleşmenin dönüştüğü tasfiye ilişkisini ilgilendiren satış, trampa, bağış gibi durumlar sayılmaktadır. İlk gruptaki talepler mülkiyete benzer şekilde üçüncü kişinin istihkak iddiasına konu olabildiğinden, istihkakla denk tutulmalıdır. Bu grubun dışında kalan talepler ise para alacağından daha iyi bir tatmin yolu sağlamaması sebebiyle³⁴⁶ üçüncü kişinin istihkak iddiasına tâbi olamayacağından, istihkakın üstünlüğüne boyun eğmek durumundadır³⁴⁷.

Üçüncü gruba dâhil olan taleplerde (salt elde etme taleplerinde) istihkakın üstünlüğü söz konusudur. Zira burada iade yükümlüsü zilyedin ve sözleşme alacaklısının korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır. Öyle ki malın sözleşme alacaklısına teslim edilmesi, hak

³⁴³ Parça tedariki sözleşmeleri için bkz. **Akıncı**, Hakan Burak, Parça Tedariki Sözleşmelerinde Tedarikçinin Sorumluluğu, Konya 2021, s. 15 vd.

³⁴⁴ **Oppermann**, s. 37.

³⁴⁵ **Oppermann**, s. 37.

³⁴⁶ **Oppermann**, s. 159.

³⁴⁷ **Oppermann**, s. 142 vd.

eksikliğinden doğan sorumluluk sebebiyle zilyedi korumaz ve malikin istihkak talebinin varlığı sebebiyle sözleşme alacaklısına herhangi bir fayda sağlamaz³⁴⁸.

Malikin zilyede karşı elde ettiği kesinleşmiş bir mahkeme kararının olması halinde, mal sözleşme alacaklısına teslim edildiğinde alacaklıyı da kapsar. Böylece alacaklı, malike karşı herhangi bir karşı talepte bulunamaz ve bu durum, üçüncü grubun yanı sıra ikinci gruptaki talepler bakımından da istihkakın önceliğini ortaya koymaktadır. Öte yandan kesin hüküm, birinci gruptaki devir talebinin alacaklısını kapsamamaktadır. Birinci gruptaki talepler söz konusu olduğunda, diğer gruplardan farklı olarak, iade yükümlüsü zilyedin sözleşme alacaklısı tarafından yapılan masraflara dayanarak malike karşı bir alıkoyma hakkı ileri sürmesi de mümkün değildir³⁴⁹.

Sadece birinci talep grubunda mevcut olan dolaylı zilyetliğin, bu taleplerin özel gücünün yansıması olduğu ifade edilmektedir. Öyle ki doğrudan zilyede karşı gerçekleştirilen zilyetliğe saldırı durumunda, sadece birinci gruptaki talep sahibi zilyetlik davalarını açabilmektedir. Dolayısıyla, birinci gruptaki bu taleplerin istihkakla denk üstünlüğe sahip olduğu kabul edilmelidir³⁵⁰.

2.1.4.2. Değerlendirme

Yukarıda açıklanan görüşler göz önünde bulundurulduğunda, savunulan görüşlerden hiçbirinin tamamıyla desteklenmeye uygun olmadığı kanaatindeyiz. Öncelikle borçlar hukukundan doğan taleplerin üstünlüğünü savunan görüş, mülkiyet hakkının mutlak olma özelliğini bir kenara atarak nispî nitelikteki borç ilişkisinin etki alanını makul olmayan bir şekilde genişletmektedir. Mülkiyet hakkının mutlak olması sebebiyle herkese karşı öne sürülebilmesi demek, diğer taraftan bakıldığında herkesin mülkiyet hakkı sebebiyle malike karşı sorumlu olabilmesi anlamına gelir. Nispî nitelikte olan sözleşme ilişkisinde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Borç ilişkisinden doğan talebin mülkiyet hakkına üstün tutulmasının yolu, sözleşme alacaklısının malike karşı devam eden bir zilyetlik hakkının bulunmasıdır. Böyle bir durumda ise zaten malik iade talebinde bulunamayacağından, taleplerin çatışması mümkün değildir.

Borçlar hukuku taleplerinin üstünlüğü görüşünü savunan yazarların desteklediği Alman Federal Mahkemesi kararında, malik olmadığı halde başkasının malını rehin veren kişinin neden korunmaya değer görüldüğüne anlam verememekteyiz. Rehlin veren, mal kendisine ait olmadığı halde onu rehin verdiğine göre başkasına ait malın satılmasını göze almış demektir. Bu ise bir kötü niyet göstergesidir. Eğer malı rehin verirken malik olmadığını bilmiyor idiyse dahi, gerçek malik

³⁴⁸ Oppermann, s. 172.

³⁴⁹ Oppermann, s. 172.

³⁵⁰ Oppermann, s. 172.

ortaya çıkıp istihkak talebinde bulunduğu andan itibaren bunu öğrenmiş veya öğrenebilecek hale gelmiş olur. Federal Mahkeme'nin kararını destekleyen görüş, bu durumda borçlar hukukundan doğan talebin aynî haklara üstün tutulmasının alacaklının menfaatine uygun olduğunu öne sürmektedir. Öte yandan malikin menfaati için aynısını söylemek mümkün değildir.

Öğretide yapılan değerlendirmeler, genellikle iade yükümlüsü zilyedin malı yanlış kişiye teslim etmesi sebebiyle sorumluluğunun doğup doğmayacağından hareket etmektedir. Buna göre eğer iade yükümlüsü malı sözleşme alacaklısına iade etmişse, malike karşı haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında sorumlu olmamalıdır. Burada iade yükümlüsü, iyi niyetli kazanan olarak değerlendirilmektedir. Görüşe göre malı iyi niyetle elde eden kimse daha sonra gerçek maliki öğrendiği için malı iade etmek veya tazminatla sorumlu olmak zorunda kalsaydı, iyi niyetle iktisap anlamını yitirirdi. Öte yandan, kanaatimizce meselenin iyi niyetle iktisap sorumluluğuyla tam anlamıyla ilgisi bulunmamaktadır. Mal rehin verilmek yerine satılmış olsaydı dahi, ilk olarak malı satan kişinin emin sıfatıyla zilyet olup olmadığına bakılırdı (TMK m. 988). Satıcının emin sıfatıyla zilyet olmaması halinde alıcı, yine malike iadeyle yükümlü olurdu ve uğradığı zararı ise satıcıdan talep ederdi. Aynı durum sınırlı aynî haklar bakımından da geçerlidir. Eğer rehin veren emin sıfatıyla zilyet değilse, rehin alanın gerçek maliki öğrendiğinde iadeyi ona gerçekleştirmesi gerekir. Rehlin verenin emin sıfatıyla zilyet olması halinde ise malik, malı iade almak için sözleşme alacaklısını beklemelidir. Diğer bir deyişle, iyi niyetli olması halinde rehin alanın, emin sıfatıyla önceki zilyet olan rehin verene malı iade etmesi sebebiyle malike karşı sorumluluğu olmayacağı görüşü kabul edilebilir. Burada ispat yükü malik açısından mülkiyet hakkına yönelik, rehin veren açısından ise emin sıfatıyla zilyetliğe (zilyetliğin haklılığına) yönelik olmalıdır. Ayrıca, borçlunun iadeyi kime gerçekleştireceğine dair şüpheye düşmesi halinde TBK m. 107 gereği malı tevdi edebileceği görüşünün de isabetli sayılabileceği kanaatindeyiz. Rehlin verenin rehin alana borcunu ödememesi halinde ise yine rehin verenin emin sıfatıyla zilyet olması halinde rehin alanın malı satarak kendini tatmin edebileceği kabul edilebilir. Öte yandan böyle bir durumda malikin rüçhan hakkı olmalıdır. Taleplerin çatışacak duruma gelmesi demek, malikin malın rehin alanda olduğunu biliyor olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla malik, böyle bir ihtimalde rehin bedelini ödeyerek malı aldıktan sonra zararın tazmini için rehin verene başvurabilir. Rehlin verenin emin sıfatıyla zilyet olmaması halinde ise rehin alan, malı malike iade ettikten sonra uğradığı zararın tazminini rehin verenden talep edebilir.

Borçlar hukukundan doğan taleplerin üstün tutulmasının dayanağı olarak zilyetlik hakkının kapsamını genişletmekten ziyade mülkiyetin sınırlandırılması görüşü de kanaatimizce kabul edilemez. Anlaşıldığı kadarıyla yazar, hukukun gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla mülkiyet hakkını daha esnek ve daraltılabilir görmek istemektedir. Öte yandan böyle bir anlayış mülkiyet

hukukunun temellerine aykırıdır. Söz konusu görüş, mülkiyet hakkının iç muhtevasının dış muhtevayı dışladığı gibi bir izlenime sebep olmaktadır. Diğer bir deyişle, malikin -iç muhtevanın tanıdığı yetkiye dayanarak- mal üzerinde bir tasarrufta bulunmuş olması, dış muhtevanın tanıdığı koruma yetkisini sınırlandırıyormuş gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa iç ve dış muhtevalar birbirini tamamlar nitelikte olup, malikin mal üzerinde bir tasarrufta bulunmuş olması dış muhtevayı daraltmaz. Aksine bu durum, dış muhtevanın kullanımına sıra gelmesinin bir nevi ön şartıdır. Öyle ki mal üzerinde tasarrufta bulunmak, mala malik olmanın doğal sonucudur. Zilyetliğin sözleşmeyle başkasına devredilmiş olması sebebiyle bu doğal sonucun ortaya çıkması, mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamına gelmemelidir. Bunun kabulü, mülkiyetin korunması (dış muhteva) müessesesinin anlamını yitirmesine sebep olur.

Rehin hukukunda olduğu gibi iade yükümlüsünün malı satarak alacağını tatmin etme hakkının bulunmadığı kira veya ödünç sözleşmesi gibi durumlarda istihkakın (aynî hakkın) üstünlüğü görüşünün daha tercihe şayan olduğu kanaatindeyiz. Yine de sözleşme alacaklısının zilyetlik hakkının devam edip etmediği göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer sözleşme alacaklısının zilyetlik hakkı da devam ediyorsa, o bunu ispat ettiği takdirde malikin iade talep etme hakkı bulunmuyor demektir. Böyle bir durumda talepler çatışmayacağından, malın sözleşme alacaklısına iadesi icap eder. Zilyetlik hakkının devam ettiğini ispat edemeyen sözleşme alacaklısı, malikin malı iade almasına göz yummak zorundadır. Sözleşme alacaklısı buna rağmen malın kendisine teslim edilmesi için borçluya başvurmuş ve talepler çatışmışsa, iade yükümlüsü, mülkiyet hakkını ispat eden malike malı iade ettiği için sözleşme alacaklısına karşı sorumlu olmamalıdır. Alacaklının devam eden bir zilyetlik hakkının bulunmaması halinde, zaten bunu öğrendiği veya öğrenmesinin mümkün olduğu andan itibaren malı derhal malike iade etmesi gerekir. Dolayısıyla iade yükümlüsünün malı sözleşme alacaklısına malike verilmek üzere iade etmesinin pratikte bir anlamı yoktur. Sözleşme alacaklısı, zaten malı borçludan iade alır almaz malike iade etmek zorundadır. Dolayısıyla gerek usul ekonomisi gerekse hayatın olağan akışına uygun olması bakımından, malın doğrudan malike iade edilmesinin en doğru çözüm olduğu kanaatindeyiz.

Eğer alacaklı haklı zilyetliğini ispat etmiş ve borçlu da buna güvenerek ve fakat alacaklının haklı zilyetliğinin sona erdiğini ya da zilyetliğin kendisine devrinde yetkisinin bulunmadığını bilmeden malı alacaklıya iade etmişse, malike karşı sorumlu tutulmamalıdır. Artık malın doğrudan zilyedi yeniden sözleşme alacaklısı olduğundan, malikin istihkak ve varsa zararın tazmini taleplerini ona yöneltmesi icap eder. Öte yandan böyle bir ihtimalin gerçekleşmesinin zor olduğu kanaatindeyiz. Zira taleplerin çatışması demek, hem malikin hem de sözleşme alacaklısının iadeye ilişkin taleplerini borçluya bildirmeleri anlamına gelir. O andan itibaren sözleşme alacaklısı, emin

sıfatıyla zilyet olduğunu borçluya bildirmiş olsa bile, malikin de büyük ihtimalle buna karşılık olarak sözleşme alacaklısının zilyetlik hakkının sona erdiğini veya zilyetliği devir yetkisinin bulunmadığını borçluya ispat etme imkânı olur. Bir şekilde malikin bu hususu ispat etmesine fırsat tanımayarak iadenin sözleşme alacaklısına gerçekleştirilmesinin sağlandığı bir ihtimalde sözleşme alacaklısının (ve kusuru varsa iade yükümlüsünün) malike karşı sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

İade yükümlüsü, alacaklının haklı zilyetliğini öğrenmekle beraber bunun sona erdiğini veya zilyetliği devir yetkisinin bulunmadığını ve malikin iade talep hakkının doğduğunu da öğrenmişse, artık onun kötü niyetli haksız zilyet durumuna düştüğünün kabul edilmesi gerekir. Sözleşme alacaklısına, malike karşı sorumlu olmamak için malı ona iade ettiğini ileri sürerek, sözleşme sorumluluğundan da kurtulmalıdır.

İstihkakın üstünlüğünde kötü niyet ve davaya maruz kalmaya göre yapılan ayırımın pratikte bir anlam ifade etmediği görüşüne katılıyoruz. Zira talepler çatışacak hale geldiğinde (yani hem sözleşme alacaklısı hem malik taleplerini öne sürdüğünde) iade yükümlüsü borçlu, zaten mülkiyet hakkını ve varsa sözleşme alacaklısının devam eden zilyetlik hakkını öğrenmiş veya en azından öğrenebilecek hale gelmiş demektir. Daha önce belirtildiği üzere, iade yükümlüsünün iadeyi kime gerçekleştireceği hususunda şüpheyi düşmesi halinde tevdi imkânının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla kötü niyetin varlığını özellikle belirtmenin veya buna ilişkin davanın sonucunu beklemenin pratikte bir önemi bulunmamaktadır.

Taleplerin denkliliğini savunan görüşün de pratikte bir anlam ifade etmediği kanaatindeyiz. İade yükümlüsünün, iadeyi kime gerçekleştireceği hususunda seçme hakkına sahip olması gerçekten de maliki bir tür gerçek olmayan müteselsil alacaklı durumuna sokmaktadır. Her halükârda malikin iade talep hakkı doğmuş olduktan sonra, onu önce malın sözleşme alacaklısına iade edilmesini beklemeye zorlamak, zaten malı teslim aldığı andan itibaren haksız zilyet sıfatını yüklenecek olan sözleşme alacaklısını gereksiz yere kayırmak anlamına gelir. Böyle bir anlayış hakkaniyete aykırı düşer.

Kanaatimizce, mesele aynî haklarla borçlar hukukundan doğan talep hakkının birbirine nitelik bakımından üstün olup olmadığına gelene kadar, söz konusu çatışmayı hakların talep edilebilirlik ânına göre çözüme kavuşturmak mümkündür. Şöyle ki; malik tarafından malın zilyetliği bilerek ve isteyerek (sözleşme alacaklısına) devredilmişse, zilyetliği sözleşmeyle başkasına devreden alacaklının, kendisine daha önce malik tarafından tanınmış olan zilyetlik hakkının süresi sona erene kadar malı borçludan talep etmesi mümkündür. Zira zaten kendi zilyetliği hakka dayanıyor demektir ve bu hak devam ettiği sürece malik, malın kendisine iade edilmesini sözleşmenin ne alacaklısından ne de borçlusundan talep edebilir. Nitekim bu hususta tereddüt bulunmamaktadır. Sözleşme alacaklısının malikten aldığı zilyetlik hakkının sona erdiği

andan itibaren ise malikin iade talep hakkı doğmuş demektir. Bu andan itibaren alacaklı, mal kendisinde de başkasında da olsa mala zilyet olma hakkına sahip değildir. Dolayısıyla iade talebinde bulunma hakkına da sahip değildir. Aynî hakkın üstünlüğüne karşı çıkararak taleplerin denkliğini savunan görüş, aynî hakların üstünlüğünün sadece görünüşte ortaya konulduğunu öne sürmektedir. Buna karşılık olarak, borçlar hukuku kapsamında taahhüt edilen edimlerin de pekâlâ üçüncü kişilerin aynî haklarına üstün tutulabileceği iddia edilmektedir. Diğer bir deyişle, söz konusu tartışma aynî haklarla şahsî hakların hangisinin diğerinden daha önemli olduğu gibi bir zeminde ilerlemektedir. Oysa mesele hakların başlaması ve sona ermesi bakımından (hakların talep edilebilirlik ânına göre) ele alındığında, sırf taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli olmasının arkasına saklanarak üçüncü bir kişinin (malikin) hakkını zedelemek, hukuk düzenince korunmamalıdır. Zira hukukun temel ilkelerinden birinin de söylediği gibi, bir kimsenin sahip olduğu hak, başkasının başladığı yerde biter. O halde mesele, aynî ve şahsî haklardan hangisinin daha büyük bir öneme sahip olduğunu ispat etmekten ziyade, hakların talep edilebilirlik ânının doğurduğu sonuçlar sebebiyle istihkaka üstünlük tanınması şeklinde çözüme kavuşturulmalıdır.

Açıklananlardan hareketle iade yükümlüsü, kendisinden iade konusu malı talep eden iki muhatapla karşılaştığında, sözleşme alacaklısının malike karşı zilyetlik hakkının sona erdiğini anlaması sebebiyle malı malike iade etmelidir. Bu durumda sanki malı sözleşme kapsamında alacaklıya (zaten malı aldığı gibi malike iade etmekle yükümlü olan alacaklıya) iade etmiş gibi sorumluluktan kurtulur. Malın alacaklıya değil de başka birine ait olduğunu ve alacaklının zilyetliğinin hakka dayanmadığını öğrendiği andan itibaren kendisi de kötü niyetli haksız zilyet durumuna düşeceğinden, malı yine de alacaklıya iade etmesi halinde malike karşı sorumlu olur.

Taleplerin denkliğini savunan görüşlerden birinin kendi içinde çeliştiğini de burada belirtmek gerekmektedir. Söz konusu görüş, bir yandan istihkakın üstünlüğünün zilyedi mülkiyet hakkını araştırmaya mecbur bırakacağını ve bunun kabul edilemez olduğunu öne sürmektedir. Diğer yandan ise taleplerin denkliği halinde, zilyet malı malike teslim etmeyi seçerse ve fakat görünürdeki malik aslında gerçek malik değilse bundan ötürü zilyedin sözleşme alacaklısına karşı sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır. İkinci durumda da görünürdeki malikin mülkiyet hakkını araştırma yükümlülüğü olduğunu öne sürüyorsa, ilk durumdaki araştırma yükümlülüğünü eleştirmenin bir anlamı kalmamaktadır. Kaldı ki daha önce de belirtildiği üzere, mülkiyeti ispat yükümlülüğü malike, devam eden zilyetlik hakkını ispat yükümlülüğü ise sözleşme alacaklısına düşer. Her şeye rağmen iade yükümlüsünün şüpheyne düşmesi halinde ise malın tevdi edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla iade yükümlüsünün araştırma yükümlülüğünden yola çıkarak değerlendirme yapmaya lüzum bulunmadığı kanaatindeyiz.

Borçlar hukukundan doğan iade taleplerinin alt gruplara ayrılarak istihkakın üstünlüğü ve taleplerin denkliği arasında tercihte bulunulması gerektiğini savunan görüş, sonuçları bakımından doğru olsa da kanaatimizce böyle bir ayrıma gidilmesine gerek bulunmamaktadır. Üçüncü alt grupta bulunan salt elde etme talepleri, malı malikten alan zilyedin daha sonra zilyetliği sözleşmeyle üçüncü kişiye devretmeyi üstlendiği fakat bunu henüz gerçekleştirmediği durumlar olarak belirtilmektedir. Bu ihtimal, kanaatimizce gerçek bir taleplerin çatışması değildir. Bir kimse belli bir konuda dilediği sayıda borçlandırıcı işlemde bulunabilir. Bunları imkânsızlık vb. sebeplerle gerçekleştirememesi halinde ise alacaklıya karşı tazminatla sorumlu olur³⁵¹. Dolayısıyla malın zilyetliğini malikten devralan zilyedin, sadece malike karşı iade yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sebeple, salt elde etme talepleri olarak belirtilen grubu bu başlık altında tartışmaya lüzum yoktur. İkinci grup olarak belirtilen “diğer” iade taleplerinde ise zilyetlik üçüncü kişiye kalıcı olarak devredilmiştir. Böyle bir durumda, devredeninin emin sıfatıyla zilyet ve devralanın iyi niyetli olup olmadığına göre karar verilir. Eğer iki şart da gerçekleşmişse, zaten malik mülkiyet hakkını kaybetmiş demektir ve devredenden zararın tazmini ister. Şartlardan en az birinin gerçekleşmemesi halinde ise istihkak davası açılarak malın iade alınması mümkündür. Nitekim talepleri gruplara ayıran yazar da her iki durumda istihkakın üstünlüğünün kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Birinci gruptaki dolaylı zilyetliği esas alan ihtimalde ise ilgili yazar tarafından taleplerin denkliği görüşü savunulmakla beraber, şu ana kadar açıkladığımız sebeplerden ötürü taleplerin denkliğinin kabulünün uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zilyetlik hakkı bulunmamasına rağmen iade talebinde bulunan sözleşme alacaklısına karşı borçlunun iade yükümlülüğü bulunmayıp, iadenin malike gerçekleştirilmesi gerekmektedir. O halde istihkakın üstünlüğünün kabul edilmesi en doğru çözüm yoludur.

2.1.5. İstihkak Talebinin Devri

İstihkak talebinin devri ile kastedilen, mülkiyet hakkı malikte kalmaya devam etmekle birlikte malın iadesi talebinin üçüncü kişiye devredilip devredilemeyeceğidir. Öğretide böyle bir devrin geçerli olup olmayacağı hususunda geçmişte tartışmalar çıkmıştır³⁵². Alman Hukuku'nda

³⁵¹ Sözleşmenin geçerli şekilde kurulabilmesi için, sözleşmeye konu olan edimin ifa edilebilir nitelikte olması gerekir. Bkz. **Altunkaya**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 197. Parça borcu niteliğindeki bir malın tasarruf yetkisi bulunmaması sebebiyle devredilememesi halinde imkânsızlık mevcuttur. **Altunkaya**, s. 180. Dolayısıyla, başkasına ait malın malike iade edilmek zorunda kalınması sebebiyle zilyetliğinin alacaklıya devredilememesi halinde, edimin başlangıçtaki imkânsızlığı söz konusudur. Bu durumda zilyetliği devretmekle yükümlü olan taraf, alacaklıya karşı tazminatla yükümlü olur. Bkz. **Altunkaya**, s. 244 vd, 260.

³⁵² Bu hususta verilmiş olan farklı görüşlerdeki kararlar için bkz. **Einsele-Wili**, Felicitas, Die Vindikationszession, Juris Druck + Verlag, Zürich 1975, s. 69; ayrıca bkz. **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 555, kn. 132.

eski ağırlıklı görüş, bunun mümkün olduğu yönündeydi³⁵³. Esasen bu tartışmanın, Alman Medenî Kanunu'ndaki konuya ilişkin bir düzenlemeden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. BGB §931 hükmünde, üçüncü kişinin mala zilyet olması halinde, malikin alıcıya malın iadesi talebini devretmesiyle devir işleminin geçeceği düzenlenmektedir. Bu hükümden, sanki istihkak talebinde bulunma hakkı malik tarafından başka birine devrediliyormuş anlamı çıkmaktadır. Söz konusu hükme rağmen, istihkakın sadece mülkiyet hakkının bir parçası olduğu ve kendi hukukî kaderine sahip bulunmadığı belirtilmekte³⁵⁴ ve istihkak talebinin devredilebileceği fikri modern Alman Hukuku'nda ağırlıklı olarak reddedilmektedir³⁵⁵. Zira böyle bir devrin mümkün olmasının kabulü halinde, aynî hakla hak sahibi arasındaki sıkı ilişki zedelenmekte ve devir gerçekleşikten sonra malikin mülkiyeti bir başkasına devretme ihtimali gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Hatta bugünkü BGB §931'in görüşüldüğü tasarı komisyonları sırasında dahi istihkakın devrindeki saikin belirsiz olduğu tartışılmış, nihayetinde çoğunluk olarak, mülkiyetin malikte kalmakla beraber iade talebinde bulunma hakkının alıcıya devredilmesi ve alıcının da bu hakkı devralmakla birlikte mülkiyet hakkını kazanamamasının pratikte tercihe şayan bir sonuç doğurmayacağı fikrine ulaşılmıştır. Bu sebeple, iade talebinin devredilmesinin hemen ardından mülkiyetin alıcıya geçmesi gerektiği belirtilmiştir³⁵⁶.

İstihkak talebinin devri fikrinin reddedilmesi halinde, Alman Hukuku'nda BGB §931 hükmünün nasıl bir anlam ifade edeceğini anlamak için BGB §929 hükmünü de ele almak gerekir. Söz konusu hükümde malikin, taşınırın zilyetliğini alıcıya devrettiği ve her iki tarafın da mülkiyetin geçeceği hususunda anlaştığı durumda malın mülkiyetinin devredilmiş olacağı ve alıcının mala zilyet olması halinde sadece mülkiyetin geçişine ilişkin bir anlaşmanın yeterli sayılacağı düzenlenmiştir³⁵⁷. BGB §931'deki durum ise malın, doğrudan alıcının değil de üçüncü kişinin zilyetliğinde olması halinde taraflar arasında yapılan aynî anlaşmanın, mülkiyetin geçişi için yeterli olacağı yönünde §929'un özel bir durumu olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, BGB §931'in doğurması beklenen etkinin, zaten mülkiyetin geçişine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Alman Hukuku'nda taşınırlarda mülkiyetin devri, bazı durumlarda tasarruf işleminden bağımsız biçimde, "aynî anlaşma" şeklinde adlandırılan soyut bir aynî

³⁵³ Einsele-Wili, s. 68.

³⁵⁴ Bkz. Einsele-Wili, s. 68 vd.

³⁵⁵ Görüşler için bkz. Einsele-Wili, s. 48.

³⁵⁶ Einsele-Wili, s. 50 vd. Burada bahsedilen tasarı, 1880 tarihli Alman Eşya Hukuku Kısmî Tasarısıdır (Teilentwurf des deutschen Sachenrechts von 1880).

³⁵⁷ Bu durum, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte öğretide kısa elden teslim olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Ünal/Başpınar, s. 151.

sözleşme olarak görülmektedir. BGB §931 de bunlardan bir tanesidir. Bunun temeli ise esasen, (Roma Hukuku'ndaki) *traditio* (devir) ikamesine dayanmaktadır (*Traditionssurrogat*). *Traditio* ikamesi ise, Alman Hukuku'nda "aynî anlaşmayla" bağlantılı olarak sonuçlanan devre ilişkin kanun hükmünün, doğrudan doğruya malın devriyle aynı etkiyi doğurması olarak görülmektedir. BGB §931 gereği mülkiyet, aynî anlaşma yoluyla ve iade talebinin ayrılmasıyla (devredilmesiyle) birlikte, derhal etkili olarak (alıcıya) devredilebilir³⁵⁸. O halde Alman Hukuku'nda mülkiyet hakkından bağımsız olarak gerçekleşen bir istihkakın devri gibi görünen BGB §931 hükmünün, aslında mülkiyet hakkının devrini de içine alan farklı bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Türk-İsviçre hukukunda istihkakın devrine ilişkin bir kanun hükmü bulunmamakta olup, bunun mümkün olup olmadığı burada da tartışma konusu olmuştur³⁵⁹. İsviçre Hukuku'nda önceden hâkim olan görüşe göre istihkakın devri sırasında mülkiyet hemen devredilemez, bunun yerine istihkakı devralan, talebin devri sırasında malın zilyetliğini elde ettiğinde mülkiyeti kazanırdı. Dolayısıyla istihkakın devri, mülkiyetten ve mülkiyetin korunmasından ayrılan başlı başına bir müessese olarak geçerli kabul edilmekteydi³⁶⁰. Bununla birlikte, daha sonraları bu görüş terk edilerek istihkakın başlı başına bir müessese olamayacağı ve aynî hakka bağlı kalması gerektiği kabul edilmiş, istihkak talebinin devri fikri ise reddedilmiştir³⁶¹. Bir görüş ise, istihkak talebinin devredilmesinin yerine, devir yapılmak istenen kişiye temsil yetkisi verilerek aynı sonuca ulaşılabileceğini belirtmektedir³⁶². İsviçre Federal Mahkemesi de istihkak talebinin bölünemeyeceğine ve devrinin mümkün olmadığına karar vermiştir³⁶³.

Türk hukuk öğretisinde de istihkak talebinin gerek doğuşu gerekse varlığını devam ettirmesi bakımından mülkiyet hakkına bağlı olduğu ve ondan ayrılarak devredilemeyeceği belirtilmektedir. Buna göre istihkak talebinin devri, çekişme konusu malın da devredilmesiyle

³⁵⁸ Einsele-Wili, s. 52.

³⁵⁹ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 555, kn. 132.

³⁶⁰ Bkz. Einsele-Wili, s. 80 vd.

³⁶¹ Einsele-Wili, s. 102; Meier-Hayoz, Art. 641, s. 333, kn. 73; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 549, kn. 120, s. 556 vd, kn. 132; CHK- Arnet, ZGB 641, s. 14, kn. 33; Caspar von der Crone, Hans/ Hoffmann-Nowotny, Urs H., Die Vindikationszession, SZW/RSDA 3/2006, s. 243 vd.

³⁶² Meier-Hayoz, Art. 641, s. 334, kn. 73.

³⁶³ BGE 132 III 155, s. 164 vd.

mümkün olur³⁶⁴. Öte yandan bir diğer görüş ise mülkiyet hakkının korunma yollarının genişletilebilmesi amacıyla böyle bir devre izin verilmesi gerektiğini öne sürmektedir³⁶⁵.

Bize göre de istihkak talebinin devredilebileceğinin kabulü halinde bazı sorunların ortaya çıkacağı görülmektedir. Mesela istihkak talebini devralan kişi, bu yetkiyi sadece hâlihazırdaki haksız zilyede karşı mı yoksa ileride mülkiyet hakkına yönelebilecek tüm saldırı tehditlerine karşı mı kullanabilecektir? Eğer ileride karşılaşılabilecek tehditleri de içeren bir yetki devrinin varlığı kabul edilirse, mülkiyet hakkının kendisi ve korunması arasında anlamsız bir ikiliğin ortaya çıkması sonucu doğar. Bunun yanı sıra, mülkiyet hakkını koruma yetkisini devralarak istihkak davası açan kişinin, daha sonra davadan feragat etmesinin mümkün olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Eğer istihkak talebini devralan davacının davadan feragat edebileceği kabul edilirse -ki usul hukukuna göre feragat edebilecek olan da davacı veya vekilidir- mülkiyet hakkının akıbetinin ne olacağı düşündürücüdür³⁶⁶. Dolayısıyla hem usul hukuku hem de maddî hukuk bakımından sakıncalı sonuçlara yol açması sebebiyle, istihkak talebinin devredilmesinin mümkün olmadığı görüşü bize göre de yerindedir.

³⁶⁴ Eren, s. 42; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 322; Antalya, s. 506; Ertaş, s. 219; Serozan, s. 124, kn. 499; Ergüne, s. 69.

³⁶⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 447; Çetiner, Bilgehan, "*İstihkak Talebi Temlik Edilebilir mi?*", Prof. Dr. Fevzi Necmeddin Feyzioğlu'na Armağan, İstanbul 2019, s. 140 vd.

³⁶⁶ Aynı yönde bkz. Postacioğlu, İlhan E., "*(Zilyedliğin) Teslimsiz Edinimi, İstihkak İddiasının Aktarılması*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2011, C. 48, S. 1-4, s. 405-413, s. 410 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİHKAK DAVASI VE BU DAVANIN BENZER DAVALARLA KARŞILAŞTIRILMASI

3.1. İstihkak Davası

Bu bölüm, istihkak müessesesinin iki ayağından biri olarak ele aldığımız istihkak "*davasını*" ilgilendirmektedir. İstihkak talebinin varlığı ve öne sürülmesi için dava açmak zorunlu olmamakla birlikte, pek çok durumda bu talebin dava yoluyla kullanıldığı kuşkusuzdur. Bu sebeple; davanın hukukî niteliğinin ne olduğu, amacı, konusu, tarafları, ispat yükü, süresi, görevli ve yetkili mahkemenin neler olduğu hususlarına burada özel olarak yer verilmiştir.

3.1.1. Hukukî Niteliği

İstihkak davası, mülkiyet hakkına dayanması sebebiyle aynî nitelikte bir davadır³⁶⁷. Burada borçlar hukukundan doğan bir yükümlülük olmadığından, temerrüt ya da gereği gibi ifa etmemeden doğan zararın tazmininin talep edilmesi söz konusu değildir³⁶⁸.

İstihkak davasının davacı tarafından kazanılması halinde, davalının müspet bir davranışta bulunması sağlanır. Bu davranış; taşınırlarda taşınırın malike teslimi şeklindedir. Böylece malik tarafından vasıtasız zilyetlik tesis edilmiş olur. Taşınmazlarda ise davalının taşınmazı boşaltması icap eder³⁶⁹. Burada taşınmazın malik tarafından teslim alınmasını beklemek tek başına yeterli olmayıp, haksız zilyedin iade için bilfiil çaba sarf etmesi gerekir (anahtarların teslimi gibi)³⁷⁰. O halde istihkak davası, sadece mülkiyet hakkının tespitine ilişkin değildir. Mülkiyete konu olan eşyanın haksız zilyetten alınarak malike verilmesini sağladığından, bir eda davasıdır³⁷¹. İstihkak davasıyla birlikte veya ondan önce bir tespit davası açılması da mümkündür³⁷².

İstihkak davasının hangi mallara ilişkin olarak açıldığı belirli olmalıdır. Bütün bir malvarlığının geri verilmesi istenemez³⁷³. Davalı, istihkak davasını kaybetmesi halinde malı TMK

³⁶⁷ Roman, s. 171; Eren, s. 34; Akıntürk, s. 448; Akipek, s. 82; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 359; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 279; Sirmen, s. 253; Ertaş, s. 215; Nomer/Ergüne, s. 193; Akçaal, s. 318.

³⁶⁸ BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 958, kn. 53.

³⁶⁹ Eren, s. a35; Sirmen, s. 253.

³⁷⁰ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 551, kn. 127; Dannemann/Schulze, §985, s. 1855, kn. 7.

³⁷¹ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 552, kn. 128; Eren, s. 35; Akıntürk, s. 448; Akipek, s. 83; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 279; Sirmen, s. 253; Nomer/Ergüne, s. 190; Akçaal, s. 318; Ertaş, s. 215; Ergüne, s. 32.

³⁷² BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 552, kn. 128; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 360; Eren, s. 35; Ergüne, s. 32 vd.

³⁷³ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 359; Eren, s. 35.

m. 993 ve devamında düzenlenen haksız zilyedin iade yükümlülüğü hükümleri gereğince iade eder³⁷⁴.

3.1.2. Amacı ve Konusu

İstihkak davasının amacı, haksız zilyedin elinde bulundurduğu malın malik tarafından geri alınmasını sağlamaktır³⁷⁵. Malikin mülkiyet hakkının var olup olmadığının tespiti değildir³⁷⁶. O halde davanın konusu, zilyedin haksız olarak elinde bulundurduğu maldır. Malın, malikin elinden ne şekilde çıktığının istihkak davasının açılabilmesi bakımından bir önemi yoktur³⁷⁷. Hatta malik, mal üzerinde hiçbir zaman doğrudan zilyetlik tesis etmemiş de olabilir³⁷⁸. Mesela bir tavuğun, başkasının taşınmazında yumurtlaması halinde, yumurtanın doğal ürün olması sebebiyle mülkiyeti tavuğun malikine aittir. Dolayısıyla yumurta, tavuğun maliki tarafından üzerinde doğrudan zilyetlik tesis edilmemiş olmasına rağmen istihkak davasına konu olabilir³⁷⁹. Bunun yanı sıra, TMK m. 599/II'ye göre *“kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.”* Görüldüğü üzere kanun koyucu, bir kimsenin ölmesi halinde mirasçılarının, mirası ve dolayısıyla zilyetliği fiilî hâkimiyet ve zilyetlik iradesi aranmaksızın malvarlığı değerlerini aktif ve pasifleriyle birlikte doğrudan doğruya³⁸⁰ kazanacağını öngörmüştür³⁸¹. O halde bir mirasçı, miras payı olarak alacağı maldan başlangıçta haberi bile olmamasına

³⁷⁴ Akıntürk, s. 446; Eren, s. 35; Uzun Kazmacı, Özge/Şenol, Ayşe Nilay, Gayrimenkul Davaları, Cilt 1, Seçkin Yayınları, Ankara 2019 (Editörler: Ayşe Havutçu, Müslüm Akıncı, Mutlu Dinç), s. 491; Nomer/Ergüne, s. 193; Akçaal, s. 318.

³⁷⁵ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 551, kn. 127.

³⁷⁶ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 552, kn. 128; Akıntürk, s. 446.

³⁷⁷ Sutter-Somm, s. 36.

³⁷⁸ Nomer/Ergüne, s. 190.

³⁷⁹ Eren, s. 35 vd; Sirmen, s. 250; Serozan, s. 157.

³⁸⁰ Doğrudan doğruya kazanım ifadesiyle; taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil, borçlarda borcun nakli ve alacaklarda alacağın devri hükümlerinin uygulanmasına gerek olmaması kastedilmektedir. Bkz. Eren/Yücer Aktürk, s. 446.

³⁸¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 445; Ünal/Başpınar, s. 145. Söz konusu karine, mirasbırakanın ödemedi aczi sebebiyle hükmî ret (TMK m. 605), mirasın sonradan gelen mirasçılar lehine reddi (TMK m. 614) ve mirasçıların resmî defter tutulmasından sonra seçim hakkı kullanmaları (TMK m. 627) ihtimallerinde uygulanmaz. Bkz. Eren/Yücer Aktürk, s. 445.

rağmen, ilgili malı haksız olarak elinde bulunduran kişiye karşı istihkak davasına³⁸² konu edebilir³⁸³.

Aynî hakların konusunu maddî mallar, diğer bir deyişle eşyalar oluşturmaktadır³⁸⁴. Bu sebeple aynî haklar, taşınır (TMK m. 762-778, 939-972) ve taşınmaz (TMK m. 704-761, 762-778) ayrımı esasına göre değerlendirilmektedir³⁸⁵. Bununla birlikte, aynî bir dava olan istihkak davasının, taşınırların yanı sıra taşınmazlar için de açılıp açılmayacağı hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur³⁸⁶.

Bir görüşe göre, taşınmazların tapu kütüğüne tescil ediliyor olması sebebiyle zilyetliğinin kaybedilebileceği ihtimaller sınırlıdır. Yine de taşınmazlar için de istihkak davası açılabilir³⁸⁷. Mesela bir arazinin etrafının çitle çevrilmesi veya bir binanın işgal edilerek kilitlenmesi hallerinde istihkak davası açmak mümkündür. Zira bu ihtimallerde malikin fiilî hâkimiyeti ortadan kalkmaktadır. Fiilî hâkimiyetin bulunmaması halinde ise zilyetlik sona erer. Başka birine ait bir tarlanın ekilmesi gibi fiilî hâkimiyetin tamamen ortadan kalkmadığı ve zilyetliğin kaybedilmiş olmadığı hallerde ise istihkak değil, elatmanın önlenmesi davası açmak gerekir³⁸⁸. Yolsuz tescil sebebiyle tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açıldığı durumlarda ise aynı zamanda fiilî hâkimiyeti sağlamak için, aynı anda veya sonradan istihkak davasının da açılması gerekir. Zira

³⁸² Bu ihtimalde istihkak davası açma hakkı, mirasçılara mirasbırakanın hakkının geçmesi sebebiyle tanınmaktadır. Ancak yukarıda İstihkak Davasının Hukukî Niteliği (3.1.1.) başlığı kapsamında da belirtildiği üzere, istihkak davasına konu edilen mal belirli olmalıdır. Bütün bir malvarlığının istihkak davasıyla istenmesi mümkün değildir. Öte yandan, terekedeki malların tamamı veya bir kısmını talep etme imkânı tanıyan ve mirasbırakanın hakkına dayanmaktan ziyade doğrudan mirasçıların şahsında doğan bir dava hakkı da mevcuttur. Bkz. **Eren/Yücer Aktürk**, s. 455. Miras sebebiyle istihkak davası adı verilen bu dava türüne, aşağıda istihkak davasının Miras Sebebiyle İstihkak Davasıyla Karşılaştırılması (3.2.1.7.) başlığı altında yer verildiğinden, burada ayrıntıya girilmemiştir. Yine de kısaca belirtmek gerekirse mirasçı, miras sebebiyle istihkak davasını mı yoksa TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davasını mı açacağı hususunda seçimlik hakka sahiptir. **Eren/Yücer Aktürk**, s. 455.

³⁸³ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 453 vd.

³⁸⁴ **Akıntürk**, s. 21.

³⁸⁵ **Ünal/Başpınar**, s. 31 vd.

³⁸⁶ Her ne kadar yukarıda istihkak müessesesi bölümü altında nelerin istihkak talebine konu edilebileceğine yer verilmiş olsa da Türk Hukuku'nda istihkak davası kapsamında tartışılmış olması sebebiyle bu husus burada ele alınmıştır. İstihkak müessesesine konu edilebilecek diğer durumlar için bkz. 2.1.3.1. (İstihkak Müessesesinin Konusu).

³⁸⁷ **Eren**, s. 32 vd; **Sirmen**, s. 250 vd; **Nomer/Ergüne**, s. 193.

³⁸⁸ **Sirmen**, s. 250 vd; **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 563, kn. 155.

tapu kütüğünün düzeltilmesi eda değil, tespit davası niteliğindedir. Taşınmaz zilyetliğinin hak sahibine iadesini tek başına sağlamaz³⁸⁹.

Yukarıdaki görüşü destekleyen başka bir yazar ise, istihkak davasının düzenlendiği maddenin hem taşınır hem de taşınmazlar için genel nitelikteki hükümleri kapsayan bölümde incelenmiş olması sebebiyle taşınır-taşınmaz ayrımı gözetmeksizin açılabileceğini öne sürmüştür³⁹⁰.

Bir diğer görüşe göre, malikin adı tapuda hak sahibi olarak bulunduğu sürece doğrudan zilyetlik devam eder. Bu sebeple, söz konusu durumda zilyetlik kaybedilmemiş, sadece saldırıya uğramış kabul edilmelidir. Dolayısıyla malikin, taşınmazına yapılan müdahaleyi bertaraf edebilmek için elatmanın önlenmesi davası açması gerekir. Bu durumda istihkak davası açılamaz. Öte yandan, tapudaki kaydın yolsuz olması halinde ise açılacak olan tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının, istihkak davası niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir³⁹¹. Bu ihtimalde adı tapuda yolsuz olarak tescil edilmiş olan kişi aynı zamanda doğrudan zilyetse, dava eda işlevi de görerek taşınmazın doğrudan zilyetliğinin gerçek hak sahibine aktarılmasını sağlar³⁹². Uygulamada da bir taşınmaz tümüyle işgal edilmiş olsa dahi elatmanın önlenmesi davası açılmakta ve Yargıtay da açılan davaları bu kapsamda değerlendirmektedir³⁹³. Öte yandan bu görüş, istihkak davasının amacının sicil zilyetliğini değil, doğrudan eşya üzerindeki zilyetliği (fiilî hâkimiyeti) koruma amacı taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁹⁴. Biz de bu eleştiriyi yerinde buluyoruz³⁹⁵. Zira tapu kütüğündeki yanlışlıkların giderilmesi, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla sağlanmaktadır. İstihkak davası ise doğrudan fiilî hâkimiyeti sağlamaya ilişkindir. Dolayısıyla, malikin taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyetini sağlamasına engel olan haksız zilyede karşı istihkak davası açılabilceğini kabul etmek gerekir. Nitekim, İsviçre Hukuku'nda da taşınmazın yolsuz tescile dayanarak devredilmesi halinde asıl hak sahibinin fiilî hâkimiyeti istihkak davasıyla yeniden

³⁸⁹ Akıntürk, s. 446; Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Eşya Hukuku, 1. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul 1991, s. 66; Esener/Güven, s. 186; Kılıç, Halil, Gayrimenkul Davaları, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 94; BK-Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 562 vd, kn. 154.

³⁹⁰ Karahasan, s. 66.

³⁹¹ Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K., Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Hak Kitabevi, İstanbul 1954, s. 224; Kılıç, s. 94; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 319 vd; Nomer/Ergüne, s. 205; Kılıçoğlu, s. 222.

³⁹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 278; Ertaş, s. 2015; Nomer/Ergüne, s. 193; Akçaal, s. 319.

³⁹³ YHGK T. 23.05.1970, E. 1966/1542, K. 1966/267.

³⁹⁴ Sirmen, s. 350; Uzun Kazmacı/Şenol, s. 489.

³⁹⁵ Bu hususla ilgili ayrıca bkz. 3.2.1.1. (Elatmanın Önlenmesi Davası).

sağlayabileceği belirtilmektedir. Böyle bir ihtimalde, istihkak ve tapu kütüğünün düzeltilmesi davaları birlikte açılır³⁹⁶.

Yukarıda yapılan değerlendirmeden hareketle, istihkak davasına taşınır – taşınmaz ayrımı fark etmeksizin her türlü eşyanın konu olabileceğini söylemek mümkündür³⁹⁷. Önemli olan, eşyanın ferdiyle belirli ve aynı türdeki diğer eşyalardan ayırt edilmiş olmasıdır³⁹⁸.

Öğretide bir görüş³⁹⁹, istihkak davasının işlevinin taşınırlar açısından daha fazla olduğunu savunmaktadır. Zira, emin sıfatıyla zilyetten iktisap (TMK m. 988) ile kazandırıcı zamanaşımıyla iktisabın (TMK m. 777) dışındaki hallerde, mülkiyetin geçmesinin altında yatan hukukî sebebin geçersiz olması durumunda istihkak davası açılmaktadır. Bunun yanı sıra, malın çalınması, kaybedilmesi veya irade dışında herhangi bir sebeple elden çıkması halinde, mal açık artırmadan veya pazar ya da benzeri eşya satan bir yerden iyi niyetli edinilmişse dahi, bedelin ödenmesi şartıyla istihkak davası açmak mümkündür⁴⁰⁰.

Diğer bir görüş⁴⁰¹ ise, davanın taşınmazlar için taşınırlara göre daha fazla önem arz ettiğini belirtmektedir. Bunun sebebi, taşınırlar için istihkak davası açmanın mümkün olduğu durumlarda, genellikle taşınır ve zilyetlik davalarına başvurma da mümkün olmasıdır. İstihkak davasında mülkiyet hakkının varlığını ispat etmek gerekirken, taşınır davasında sadece zilyetliğin ispatı yeterlidir. Dolayısıyla, taşınır veya zilyetlik davalarına başvurma da avantajlı olduğu söylenebilir. Ancak bunun için hak düşürücü sürelerin kaçırılmamış olması gerekir. İstihkak davası ise herhangi bir süreye tâbi olmadığından⁴⁰², ispatı daha kolay olan diğer davalara ilişkin sürelerin kaçırılması halinde önem arz eder. Bunun yanı sıra, malikin malı üzerinde hiç doğrudan zilyetlik tesis etmemiş olması da mümkündür. Bu ihtimalde de taşınır davası açılmayacağından, istihkak davası devreye girer. Yine, zilyedin malı sözleşme ilişkisi gibi bir sebeple malikin iradesine dayanarak elde etmesine rağmen mülkiyetin geçmemiş olması halinde, hukukî sebep

³⁹⁶ **Sutter-Somm**, s. 36. Yazara göre, zorunluluk bulunmamakla birlikte her iki dava da aynı mahkemede ve (Türk Hukuku'nda HMK m. 110'a karşılık gelen) davaların yığılması müessesesi kapsamında açılmalıdır. Ayrıca bkz. **BK-Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 564, kn. 157.

³⁹⁷ **Staudinger/Thole**, §985, s. 49, kn. 142; **Soergel/Stadler**, §985, s. 3, kn. 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 481; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 446; **Serozan**, s. 212; **Eren**, s. 34 vd; **Esener/Güven**, s. 234; **Sirmen**, s. 350 vd; **Akçaal**, s. 419 vd.

³⁹⁸ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 446.

³⁹⁹ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 446; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 279; **Esener/Güven**, s. 186; **Akçaal**, s. 319.

⁴⁰⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 279.

⁴⁰¹ **Sirmen**, s. 252; **Kılıç**, s. 94; **Akçaal**, s. 319 vd.

⁴⁰² Bkz. 3.1.5. (Süresi).

sona erdikten sonra taşınır davası⁴⁰³ açılmaz⁴⁰⁴. Böyle bir durumda, sözleşmeden doğan iade talebi ile mülkiyet hakkına dayanan istihkak talebinin yarışması söz konusudur⁴⁰⁵. Öte yandan sözleşmeden doğan iade davasının da taşınır ve zilyetlik davalarında olduğu gibi süresi içinde açılması gerekir. Sürenin kaçırılması halinde istihkak davası her halükârda açılabilir⁴⁰⁶. Zira, sözgelimi taraflar arasında kira sözleşmesi yapıldıktan sonra sürenin sona ermesi halinde, iade yükümlülüğünü yerine getirmeyen kiracı, haksız zilyet durumuna düşer. Dolayısıyla sözleşmeye konu edilmiş olan mal, sözleşmenin sona ermesinden itibaren istihkak davasına konu edilebilir⁴⁰⁷.

Kanaatimizce, örnek olarak sayılan bu tür durumlarla uygulamada karşılaşmak pek muhtemel olmadığından, istihkak davasının taşınır ve zilyetlik açısından kullanım alanının daraldığı söylenebilir. Öte yandan, taşınmazlar açısından da fiili hâkimiyetin engellendiği sınırlı hallerin dışında elatmanın önlenmesi ve tapu kütüğünün düzeltilmesi davalarının, istihkak davasının uygulama alanını sınırlandırdığı görülmektedir. Diğer bir deyişle hem taşınır ve zilyetlik hem de taşınmazlar açısından istihkak davasının açılma ihtimali diğer dava türleri tarafından azaltılmaktadır. Bununla beraber, istihkak davasının taşınır ve taşınmazlar bakımından uygulama alanının hangi alanda daha az veya çok kullanıldığının pek de önem arz etmediği kanaatindeyiz. Bizce burada önemli olan, uygulama alanları sınırlı kalabilse de gerek taşınır ve zilyetlik gerekse taşınmazlar için istihkak davası açılabilmesidir.

İstihkak davasının konusuna ilişkin tartışılması gereken bir diğer husus ise tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlara ilişkindir. TMK m. 713'e göre tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların, belli şartların gerçekleşmesi halinde zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılması mümkündür. Burada bir tescilsiz (tescilden önce) kazanma hali söz konusudur. İlgili maddenin beşinci fıkrasının son cümlesinde "*mülkiyet, birinci fıkrafta öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur*" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, bir kimsenin tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl boyunca malik sıfatıyla zilyet olması halinde, sürenin dolduğu anda mülkiyet hakkı kazanılmış olur. Daha sonra yapılacak olan tescil,

⁴⁰³ İstihkak davasıyla zilyetlik ve taşınır davalarının karşılaştırılması hakkında daha geniş değerlendirme için sırasıyla bkz. 3.2.1.3 ve 3.2.1.4.

⁴⁰⁴ **Sirmen**, s. 252.

⁴⁰⁵ İstihkak davasıyla sözleşmeden doğan iade davasının karşılaştırılması hakkında daha geniş değerlendirme için bkz. 3.2.1.5.

⁴⁰⁶ **Uzun Kazmacı/Şenol**, s. 490 vd.

⁴⁰⁷ **Eren**, s. 36 vd.

bildirici niteliktedir. O halde mülkiyeti kazanılmış ve fakat tescili gerçekleşmemiş olan taşınmazlar açısından da istihkak davasının açılabilirliğini söylemek mümkündür⁴⁰⁸.

İstihkak talebinin konusunu ilgilendiren bazı durumlara, davanın ötesinde geniş anlamda istihkak müessesesini ilgilendirdiği için yukarıda⁴⁰⁹ ayrıca yer verilmiştir. Bu sebeple burada tekrara girilmemektedir.

3.1.3. Tarafları

3.1.3.1. Davacı

İstihkak davasında davacı kural olarak maliktir⁴¹⁰. Bu davanın açılabilmesi için, üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu taşınır veya taşınmaz mal ele geçirilerek ya da alıkonularak, malikin doğrudan zilyetliğinin engellenmiş olması gerekir. Malikin, doğrudan zilyetliği ne şekilde kaybettiğinin bir önemi yoktur. Kira ilişkisindeki gibi dolaylı zilyetlik söz konusu olabileceği gibi doğrudan zilyetlik hiç kurulmamış da olabilir⁴¹¹. Bunun yanı sıra, davacının malik sıfatının dava açıldığı sırada mevcut olması gerekir. Malın yok olması veya mülkiyetinin davalı ya da başka birine geçmesi halinde istihkak davası açılmaz⁴¹². Mülkiyet hakkının devri halinde ise istihkak davasını açma hakkı, mülkiyeti devralana geçer. Dava açıldıktan sonra mülkiyetin devri gerçekleşmişse, devreden açısından istihkak davası sona erer. Bu durumda davaya malı devralan yeni malik devam edebilir⁴¹³.

Her ne kadar istihkak davasının davacısı kural olarak malik olsa da şartlara göre, sınırlı aynî hak ve intifa hakkı sahiplerinin de bu davayı açabileceği kabul edilmektedir⁴¹⁴. Buna göre mesela rehin alacaklısı veya intifa hakkı sahibi de istihkak davası açabilir⁴¹⁵. İntifa hakkı sahibinin istihkak talebinde bulunabileceği de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında kabul edilmiştir⁴¹⁶.

⁴⁰⁸ Akıntürk, s. 446; Eren, s. 37; Sirmen, s. 252; Uzun Kazmacı/Şenol, 491.

⁴⁰⁹ Bkz. 2.1.3.1. (İstihkak Müessesesinin Konusu); 1.2.1.2. ("İade" Kavramının Kapsamı).

⁴¹⁰ Wellenhofer, s. 320, kn. 10.

⁴¹¹ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 548, kn. 117; Akıntürk, s. 447; Eren, s. 320; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 281; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 362; Sirmen, s. 253; Esener/Güven, s. 186. Ayrıca bkz. 3.1.2. (İstihkak Davasının Amacı ve Konusu).

⁴¹² Eren, s. 39; Sirmen, s. 253; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 363; Karahasan, s. 67; Esener/Güven, s. 186; Kılıç, s. 98.

⁴¹³ Kılıç, s. 98.

⁴¹⁴ Eren, s. 39; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 281; Nomer/Ergüne, s. 194. İsviçre Hukuku'nda aynı yönde bkz. BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 549, kn. 120. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Wellenhofer, s. 320, kn. 10; Soergel/Stadler, §985, s. 3, kn. 1.

⁴¹⁵ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 549, kn. 120; Wellenhofer, s. 320, kn. 10; Eren, s. 39; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 281.

⁴¹⁶ Bkz. YHGK T. 12.01.1976, E. 76/D (Gürsoy/Eren/Cansel, s. 362).

Alman Medenî Kanunu'nda intifa ve rehin hakkı sahiplerinin mülkiyet hakkından doğan dava (dolayısıyla istihkak davası) açma hakkı açıkça düzenlenmiştir (BGB §1065, §1227).

Taşınmazlarda mülkiyet hakkının ispatını tapu kütüğü sağlıyor olmakla birlikte, tescilden önce mülkiyeti kazandıran haller olan işgal, kamulaştırma, miras, cebri icra, mahkeme kararı gibi halleri ispat eden malik de istihkak davası açabilir⁴¹⁷.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ibraz edilse bile, taşınmazın tapuda alıcı adına tescili gerçekleşmediği müddetçe alıcı tarafından istihkak davası açılmaz. Yine, TMK m. 950 kapsamında hapis hakkı bulunan kişilerin de istihkak davası açması mümkün değildir⁴¹⁸.

Kişisel hak sahiplerinin istihkak davası açma imkânı olmamakla beraber, malik tarafından dava açıldıktan sonra iadenin kişisel hak sahibine yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Mesela kiraya verilmiş olan bir malın, kiracı dışında bir kimsenin haksız zilyetliğine geçmesi halinde malikin istihkak davası açması mümkündür. Davanın neticesinde malın tekrar kiracıya verilmesi pratik bir çözüm olacağından, bunun kabulü icap eder. Bu hususta BGB §986'da "*dolaylı zilyet, zilyetliği bir başkasına devretme hususunda malik tarafından yetkilendirilmemişse malik, doğrudan zilyedin malı dolaylı zilyede veya dolaylı zilyet iade alamayacaksa ya da almak istemiyorsa, doğrudan kendisine iade etmesini talep edebilir*" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, haksız zilyede karşı dolaylı zilyet durumuna düşen kişisel hak sahibinin, malikin açacağı istihkak davasıyla malı iade alması sağlanabilmektedir. Onun malı iade alamaması veya almak istememesi halinde ise malik, malın kendisine teslimini talep edebilir. Türk Hukuku'nda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, böyle bir çözüm yoluna başvurmakta bir engel de yoktur⁴¹⁹.

3.1.3.1.1. Paylı Malikler

Tek kişi mülkiyetinin yanı sıra, bir mal üzerinde birden fazla kişinin paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti tesis etmiş olması da mümkündür. Dava; paydaşların birbirlerine karşı veya paydaşlardan birinin kendi payı için üçüncü kişilere karşı açılması şeklinde gerçekleşebilir⁴²⁰. Paylı mülkiyetin söz konusu olduğu hallerde paydaşlardan her birinin, kendi payı için haksız zilyede istihkak davası açması mümkündür. Davanın açılabilmesi için, diğer paydaşların paylarını etkilemediği müddetçe onlarla hareket edilmesi ve onlardan izin alınması gerekmez⁴²¹. Öte

⁴¹⁷ Kılıç, s. 98.

⁴¹⁸ Kılıç, s. 98.

⁴¹⁹ İsviçre Hukuku'nda aynı yönde bkz. **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 548, kn. 117.

⁴²⁰ **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 548, kn. 118.

⁴²¹ **Wellenhofer**, s. 320, kn. 10; **Ağca Toplandı**, Pınar, Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 148; **Kılıç**, s. 149, 150.

yandan, davanın bir paydaş tarafından malın tamamına yönelik olarak açılabilmesi için, paydaşın bölünmesi mümkün olmayan ortak menfaatleri korumak amacıyla hareket ediyor olması gerekir. Diğer bir deyişle davayı açan paydaş, TMK m. 693'te düzenlenen *“paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir”* hükmü kapsamında diğer paydaşları temsil etmiş olur. Bununla birlikte, istihkak davasının sonucunda malın iadesinin sadece davacılara mı yoksa tüm paydaşlara mı yapılacağı sorusu akla gelmektedir. Alman Medenî Kanunu'nda iadenin bütün paydaşlara yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁴²². İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında ise bu hususta düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, davanın amacının bölünemeyen ortak menfaatleri korumak olması sebebiyle malın tamamının tüm paydaşlara iadesinin talep edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴²³. Bir başka görüşe göre ise davayı açan paydaşın, malın yediemine teslim edilmesini talep etmesi uygun düşer. Daha sonra malı yedieminden tüm paydaşlar birlikte teslim alır⁴²⁴.

Paylı mülkiyette bölünemeyen ortak menfaatlerin varlığı halinde paydaş, kendi payı için zilyetlik davalarını açamaz. Zira zilyetliğin, paylı mülkiyete konu olan malın sadece paya ilişkin kısmında kullanılması kural olarak mümkün değildir⁴²⁵. Öte yandan, diğer paydaşların anlaşmış olmaları veya malı almak istememeleri ya da alabilecek durumda olmamaları halinde paydaşlardan biri tek başına dava açarak malın zilyetliğini kendi üzerine alabilir⁴²⁶.

Paylı mülkiyete konu olan mal, paydaşlardan biri tarafından da haksız şekilde alıkonulmuş olabilir. Böyle bir ihtimalde ortak zilyetliği tesis etmek isteyen paydaşın, malı haksız şekilde alıkoyan paydaş aleyhine istihkak davası açması mümkündür⁴²⁷.

3.1.3.1.2. Elbirliği Ortakları

Çekişmeye konu olan mal üzerinde elbirliği mülkiyeti tesis edilmiş olduğu hallerde de haksız zilyet aleyhine istihkak davası açılabilir. Bu durumda, TMK m. 702/II'de düzenlenen *“kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir.”* hükmü gereği ortakların birlikte

⁴²² Bkz. BGB §432.

⁴²³ Wellenhofer, s. 320, kn. 10; Eren, s. 38 vd; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 362; Nomer/Ergüne, s. 192; Akçaal, s. 320; Ağca Toplandı, s. 148; Kılıç, s. 149.

⁴²⁴ Nomer/Ergüne, s. 192.

⁴²⁵ Kılıç, s. 151.

⁴²⁶ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 548, kn. 118.

⁴²⁷ Eren, s. 38; Nomer/Ergüne, s. 192.

dava açmaları gerekir⁴²⁸. Burada zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur⁴²⁹. Bununla birlikte, acil durumlarda hızlı bir şekilde hakkın korunmasını sağlayabilmek adına aynı maddenin dördüncü fıkrasında 743 sayılı eski Türk Kanunu Medenîsinde bulunmayan bir hüküm daha getirilmiştir. Hükme göre, “ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.”⁴³⁰. Yargıtay da Hukuk Genel Kurulu kararlarında ilgili hükmü esas alarak, istihkak davasının tek bir ortak tarafından açılabilceği yönünde görüş belirtmiştir⁴³¹. Buna göre, olağan koruma eylemleri ve buna bağılı olarak onarımlar, ürünlerin toplanması, bozulacak ürünlerin satılması ve aciliyeti olan işlerin yerine getirilmesi için ortaklardan her biri istihkak davası açabilir. Öte yandan öğretide bir görüş⁴³², Yargıtay’ın bu yaklaşımını eleştirmektedir. Zira TMK m. 702/IV’te getirilen hüküm, istisnâî bir düzenlemedir ve hükmün kapsamına girebilecek olan acil işler için zilyetlik davaları gibi hukukî yollara başvurmak gerekir. Mülkiyet hakkının tartışıldığı istihkak davasında ise Yargıtay’ın 11.10.1982 tarih ve 3/2 sayılı içtihadı birleştirme kararındaki uygulamanın devam ettirilmesi yerinde olurdu. Söz konusu karara göre, istihkak davasını açmak için bütün ortakların birlikte hareket etmeleri veya bir temsilci atamaları icap eder. Ortaklardan birinin tek başına hareket ederek davayı açması halinde ise hâkimin vereceği süre içinde diğer ortakların onaylarının alınması ya da miras ortaklığında TMK m. 640/III gereği bir temsilci atanması gerekir. 743 sayılı Medenî Kanun döneminde verilen bu içtihadı birleştirme kararının uygulanmaya devam edilmesi gerektiği yönündeki bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce TMK m. 702/IV’te getirilen düzenlemede ortakların haklarının korunması amaçlanmış olup, bunun hangi yolla gerçekleştirileceğine yönelik bir belirleme yapılmamıştır. Bununla birlikte istihkak davası, zilyetlik davalarına göre ispatı zor olmakla birlikte daha kapsayıcı niteliktedir. Mülkiyet hakkının varlığının ispat edilebiliyor olması şartıyla zilyetlik

⁴²⁸ Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. **Dannemann/Schulze, §985**, s. 1854, kn. 5. İsviçre Hukuku’nda aynı yönde bkz. **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 548, kn. 119.

⁴²⁹ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 362.

⁴³⁰ 743 sayılı kanunda böyle bir hüküm bulunmadığından, istihkak davasını açabilmek için ortakların birlikte karar almaları gerekiyordu. Öte yandan bu durum, uygulamada Yargıtay’ın 11.10.1982 tarih ve 1982/3-2 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla yumuşatılarak bir ortağın tek başına dava açabileceği, bununla birlikte davayı devam ettirebilmek için diğer ortakların onaylarının alınması veya miras ortaklığında temsilci atanması gerektiği kabul edilmiştir.

⁴³¹ “Buna göre olağan koruma eylemleri ve buna bağılı olarak onarımlar, mahsullerin toplanması, bozulacak olanların satılması, acele olarak yapılması zorunlu bulunan işlemin yerine getirilmesi ile istihkak ve elatmanın önlenmesi, tapu sicilinde hak sahipliğinin saptanması gibi taksimi mümkün olmayan talepler ortaklardan her biri tarafından dava yoluyla ileri sürülebilir.” YHGK, T. 12.11.2008, E. 14-676/695. Ayrıca bkz. YHGK, T. 30.12.2009, E. 2009/1-577, K. 2009/608 (K.İ.B., E.T. 13.04.2022).

⁴³² Bkz. **Sirmen**, s. 253.

davalarının açılabilirdiği durumlarda istihkak davası evleviyetle açılabilmelidir. Elbirliği mülkiyetinin dışındaki diğerk durumlarda olduğu gibi burada da malikin hangi davayı açacağı kendi tercihinine bağlıdır. Daha hızlı ve kesin çözüme ulaşacağını düşünerek malik, pekâlâ zilyetlik davalarından yararlanabilir. Bununla beraber, hak düşürücü sürelerin kaçırılması veya malikin (ortakların) mal üzerinde o âna kadar hiç doğrudan zilyetlik tesis etmemiş olması ya da malın sözleşme ilişkisine dayanarak üçüncü kişiye teslim edildikten sonra o kişi tarafından haksız biçimde alıkonulması gibi hallerde istihkak davası öne çıkmaktadır. Tüm bu açıklamalardan hareketle, Yargıtay'ın yeni tarihli Hukuk Genel Kurulu kararlarında belirttiği TMK m. 702/IV gereği ortaklardan birinin acil durumlarda tek başına istihkak davası açabileceği yönündeki görüşünün isabetli olduğu söylenebilir. Nitekim, öğretilde de bir ortağın, diğerk ortakların menfaatine olacak nitelikteki koruyucu davaları tek başına açabileceğinin kabul edilmesi gerektiği öne sürölmektedir⁴³³. Yargıtay da eski Medenî Kanun'da bulunmayan TMK m. 702/IV hükmünün getiriliş sebebinin uygulamada karşılaşılan bazı zorlukların giderilmesi amacını taşıdığını, bu sebeple istihkak davasının tek bir ortak tarafından açılabilirdiğini belirtmiştir⁴³⁴. Davanın, ortaklardan biri tarafından açılması halinde olumlu sonuçlarından tüm ortaklar yararlanır. Olumsuz sonuçlardan ise diğerk ortaklar etkilenmez⁴³⁵.

Elbirliği mülkiyetinin devam ediyor olmasına rağmen ortaklardan birinin, diğerk ortakların doğrudan zilyetliğine engel olması halinde, doğrudan zilyetliği yeniden sağlamak isteyen bir ortağın tek başına istihkak davası açması da mümkündür. Burada ortakların mal üzerinde belirlenmiş payları olmadığından, malın tamamına yönelik olarak dava açılması icap eder⁴³⁶.

3.1.3.2. Davalı

Davalı, çekişmeye konu edilen mala haksız şekilde zilyet olduğu iddia edilen kişidir⁴³⁷. Eğer zilyetlik hakka dayanıyorsa, malike karşı iade yükümlölüğü de söz konusu olmaz⁴³⁸. Dolayısıyla, devam etmekte olan kira, ödünç gibi bir hukukî ilişki sebebiyle malikten mal teslim almış olan kişinin zilyetliği haklı sebebe dayandığı için, istihkak davası açılmaz. Dava açarak istihkak talebinde bulunabilmek için zilyetliğin mutlaka haksız olması gerekir⁴³⁹. Eğer mülkiyet

⁴³³ Ağca Toplandı, s. 148; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 362; Nomer/Ergüne, s. 192.

⁴³⁴ Yarg. 3. HD, T. 23.01.2012, E. 2011/18428, K. 2012/1370 (K.İ.B., E.T. 13.04.2022).

⁴³⁵ Nomer/Ergüne, s. 192.

⁴³⁶ Nomer/Ergüne, s. 192.

⁴³⁷ BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 550, kn. 123; CHK- Arnet, ZGB 641, s. 15, kn 35.

⁴³⁸ CHK- Arnet, ZGB 641, s. 15, kn 35.

⁴³⁹ Eren, s. 40; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 281; Karahasan, s. 68; Ertaş, s. 214; Esener/Güven, s. 187; Akçaal, s. 320.

ilişkinde ve zilyetliğin haklılığına dair ortada bir çekişme varsa, tespit davası açılmalıdır⁴⁴⁰. Zilyet; kiracı gibi sözleşme gereği malı elde ettikten sonra iade yükümlülüğünü ihlâl eden bir kimse olabileceği gibi hırsız da olabilir⁴⁴¹. Davalının, haksız zilyetlikte kusurlu olup olmadığına bakılmaz⁴⁴². Ayrıca davalının mal üzerindeki zilyetliğinin türünün de bir önemi yoktur. Dolaylı ya da doğrudan, aslî ya da ferî zilyetlik söz konusu olabilir. Mesela kişi, malı haksız olarak ele geçirdikten veya alıkoyduktan sonra onu bir başkasına kiralamışsa, kiracı doğrudan, kiralayan ise dolaylı haksız zilyet olur. Malik, istihkak davasını bunlardan herhangi birine veya dava arkadaşlığı kapsamında her ikisine birden açma hakkına sahiptir⁴⁴³. Sadece dolaylı zilyede açılan dava doğrudan zilyede ihbar edilir⁴⁴⁴. Dolaylı zilyede istihkak davası açılabilmesinin bir sebebi, onun zilyetliği (kira sözleşmesi gibi bir sebeple) kime devrettiğinin malik tarafından bilinmiyor ve buna ilişkin bir araştırma yapmak zorunda bırakılmasının beklenemez olmasıdır⁴⁴⁵. Bir diğer sebep ise malike iadeyi gerçekleştirmek istemeyen zilyedin, malı alıkoyabilmek için zilyetliği üçüncü kişiye devretmesi ihtimalidir. Bu tür durumları bertaraf etmek amacıyla malikin dolaylı zilyede de istihkak davası açabileceği kabul edilmektedir⁴⁴⁶. Öte yandan, davanın neticesinde alınacak olan ilâmdaki aynî iade yükümlülüğü sadece doğrudan zilyedi bağlar. Davanın sadece dolaylı zilyede açılması halinde, dava kazanılsa bile mahkeme ilâmının doğrudan zilyede icrasının yapılması mümkün olmaz. Dolayısıyla istihkak davası anlamını yitirir. Davacının yapabileceği, olsa olsa zilyetliğin havalesi yoluyla malın kendisine devredilmesini sağlamaya çalışmaktır⁴⁴⁷. Bu tür

⁴⁴⁰ Esener/Güven, s. 187.

⁴⁴¹ Wellenhofer, s. 317 kn. 4.

⁴⁴² Nomer/Ergüne, s. 190.

⁴⁴³ CHK- Arnet, ZGB 641, s. 15; kn. 34; BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 957, kn. 48; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 550, kn. 123; Erman/Ebbing, BGB §985, s. 4503, kn. 34; Akıntürk, s. 447; Eren, s. 40; Sirmen, s. 254; Karahasan, s. 67; Kılıç, s. 132.

⁴⁴⁴ CHK- Arnet, ZGB 641, s. 15, kn. 34.

⁴⁴⁵ BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 957, kn. 48.

⁴⁴⁶ BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 957, kn. 48.

⁴⁴⁷ Nomer/Ergüne, s. 191. Alman Hukuku'nda BGB §870 gereği dolaylı zilyedin talep muhatabı olması halinde, malikin dolaylı zilyetlik yetkisinin veya doğrudan zilyetliğin (malın kendisinin) iadesini talep etme bakımından seçimlik hakkının olduğu belirtilmektedir. Bkz. Erman/Ebbing, BGB §985, s. 4503, kn. 22. Öyle ki BGB §870'te dolaylı zilyetliğin, malın teslimi talebinin devri yoluyla başkasına devredilebileceği düzenlemesine yer verilmektedir. Dolayısıyla, davanın dolaylı zilyete yöneltilmesi halinde malın onda olmaması sebebiyle iade gerçekleşmiyorsa, ona karşı sadece iade isteme hakkının devri talep edilebilir. Erman/Ebbing, BGB §985, s. 4503, kn. 34. İsviçre hukukunda da benzer şekilde malın doğrudan zilyetten iade alınması için dolaylı zilyetten iade talep hakkının devrinin talep edilebileceği hakkında bkz. BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 957, kn. 48; CHK- Arnet, ZGB 641, s.

güçlüklerle karşılaşmamak için, davanın her iki zilyede birden yöneltilmesi daha doğru olur⁴⁴⁸. Eğer dava ferî zilyede (mesela alt kiracıya) açılmışsa, bunun asli zilyede ihbar edilmesi icap eder⁴⁴⁹. İsviçre Hukuku'nda dolaylı zilyedin zilyetliğinin hakka dayanması halinde haksız doğrudan zilyede malik tarafından istihkak davası açılmayacağı belirtilmektedir. Diğer bir deyişle dava, zilyetliği malikten değil de haklı dolaylı zilyetten alan doğrudan zilyede karşı açılırsa, dolaylı zilyedin zilyetlik hakkı varsa dava sona erer. Eğer haklı dolaylı zilyet malı doğrudan zilyede yetkisi olmadan devretmişse malik, malın sadece dolaylı zilyede iade edilmesini isteyebilir. Malik, ancak dolaylı zilyedin malı iade almaya hazır olmadığı istisna durumlarda malın kendisine teslim edilmesini talep edebilir⁴⁵⁰. Dolaylı zilyet iadeyi kendisi talep edemiyorsa, talep hakkını malike devretmekle yükümlüdür⁴⁵¹.

Öğretide hâkim görüşe göre birden fazla haksız zilyedin mal üzerinde elbirliği halinde veya paylı zilyetliğinin bulunması ihtimalinde zorunlu dava arkadaşlığı gereği bunların tamamına dava açılması gerekir⁴⁵². Diğer bir görüşe göre ise, elbirliği zilyetliğinde zorunlu dava arkadaşlığı sebebiyle zilyetlerin tamamına dava açmak gerekirken, paylı zilyetlikte böyle bir zorunluluk yoktur. Yine de davanın zilyetlerin tamamına yöneltilmesi daha uygun olur⁴⁵³. Kanaatimizce, paylı zilyetlik açısından bir ayırım yapmak gerekir. Eğer bölünmesi mümkün olmayan ortak menfaatler söz konusuysa, davanın tüm paydaşlara yöneltilmesi icap eder. Paydaşların istihkak davasının sonucundan etkilenmeyeceği hallerde ise böyle bir zorunluluğun olmadığı kabul edilmelidir.

Husumetin yöneltildiği kişinin, dava açıldığı sırada mala zilyet olması gerekir⁴⁵⁴. Davanın açılması aşamasında terk veya devir gibi bir sebeple zilyetliği kesin şekilde sona ermiş olan kişi,

15, kn 34. Aslında bu görüş, yukarıda ayrıntılı ele alınan istihkak talebiyle borçlar hukukundan doğan taleplerin çatışması meselesi (bkz. 2.1.4.) bakımından istihkak talebinin üstünlüğünün kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir. Öyle ki doğrudan zilyet, malı iade etmek için dolaylı zilyetle malik arasında kalmakta ve malike, dolaylı zilyedin zilyetliği iade talebini devralma hakkı tanınmaktadır. Böylece sözleşme alacaklısı olan dolaylı zilyedin talep hakkı ortadan kaldırılmakta ve malikin istihkak talebi üstün tutulmaktadır.

⁴⁴⁸ **Nomer/Ergüne**, s. 191; **Sirmen**, s. 254.

⁴⁴⁹ **Eren**, s. 40.

⁴⁵⁰ **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 553, kn. 129.

⁴⁵¹ **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 15, kn 34.

⁴⁵² **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 551, kn. 125; **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 15, kn 34; **Akıntürk**, s. 447; **Akipek**, s. 81; **Eren**, s. 40; **Sirmen**, s. 254; **Karahasan**, s. 67.

⁴⁵³ **Akçaal**, s. 321.

⁴⁵⁴ Alman Hukuku'nda 1970 tarihli bir Yüksek Mahkeme kararına göre eğer istihkak davası dolaylı zilyede yöneltilmişse, davacı malın iadesinin kendisine gerçekleştirilmesini isteyemez. Burada yapılması gereken, (dolaylı zilyedin iade talebini kendi kusuru olmaksızın doğrudan zilyede öne sürmediği durumlarda) malikin, iadenin dolaylı

istihkak davasına taraf olamaz⁴⁵⁵. Böyle bir durumda malikin açması gereken dava, tazminat davasıdır⁴⁵⁶. Zilyet yardımcılarının da zilyet olmamaları sebebiyle istihkak davası açılmaz⁴⁵⁷. Hapis hakkına dayanarak malı elinde bulunduran zilyet de bunu ispat ederek istihkak davasından kurtulabilir⁴⁵⁸.

TMK m. 989/II’de bir taşının, “*açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyi niyetle edinilmiş ise, iyi niyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı ... ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla*” taşınır davası açılabilceği hükmüne yer verilmiştir. Öğretide taşınır davalarına ilişkin getirilen bu hükmün, istihkak davasına da kıyas yoluyla uygulanabileceği belirtilmektedir⁴⁵⁹. Bu durumda taşının mesela bir alışveriş merkezinden iyi niyetle satın alınması halinde malik, bu kişiye dava açarak, bedelini ödemek koşuluyla⁴⁶⁰ taşınırı istihkak davasına konu edebilir. Kanaatimizce bu isabetli bir görüştür. Taşınır davası zilyetliğe bağlı hak karinesine dayandığından, sözgelimi malikin mala hiçbir zaman doğrudan zilyet olmadığı bir ihtimalde taşınır davası açılmaz⁴⁶¹. Böyle bir ihtimalde doğrudan mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası açılabilceğini kabul etmek gerekir⁴⁶².

zilyede yapılmasını talep etmesidir. Bununla birlikte, Alman Medenî Kanunu’nda 2002 yılında yapılan reformdan sonra bu yönde karar vermenin hâlâ yerinde olup olmadığının tartışmalı hale geldiği ifade edilmektedir. Bunun sebebi, borçlar hukukunun genel hükümlerinin (BGB §275) genellikle mülkiyet hukuku taleplerine uygulanmamasıdır. Dolayısıyla, Alman Hukuku öğretisinde de istihkak talebinin her halükârda malikle doğrudan zilyet arasında gerçekleşmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. **Dannemann/Schulze, §985**, s. 1854, kn. 6. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, malın iadesini bizzat talep edemiyor olması halinde dolaylı zilyedin, doğrudan zilyede yöneltilebilmesi için borçlar hukukundan doğan iade talep hakkını malike devretmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bkz. BGE 132 III 155, E. 6.2.

⁴⁵⁵ **Akıntürk**, s. 447; **Eren**, s. 40; **Sirmen**, s. 254.

⁴⁵⁶ **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 551, kn. 126; **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 15, kn 34.

⁴⁵⁷ **Eren**, s. 40. Alman Hukuku’nda ise zilyet yardımcılara dava açılıp açılmayacağı hâlâ tartışma konusudur ve mahkemeler tarafından da bu konuda görüş birliği sağlanamamıştır. Bkz. **Dannemann/Schulze, §985**, s. 1854, kn. 6. İsviçre Hukuku’nda Türk Hukuku’yla paralel olarak zilyet yardımcılara istihkak davası açılmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 551, kn. 124; **BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641**, s. 957, kn. 47; **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 15, kn 34.

⁴⁵⁸ **Karahasan**, s. 68.

⁴⁵⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 279; **Esener/Güven**, s. 187; **Sirmen**, s. 255.

⁴⁶⁰ Bedelin ödenmesi bir dava şartı değildir, zilyedin bunu talep etmesi gerekir. Bu sebeple hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulmaz. Bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 227.

⁴⁶¹ **Ünal/Başpınar**, s. 230.

⁴⁶² İstihkak ve taşınır davalarının karşılaştırması hakkında daha geniş bilgi için bkz. 3.2.1.4.

5543 sayılı İskân Kanunu m. 20/I'de, bu kanuna göre verilmiş olan taşınmazlar için açılacak olan mülkiyet ve bedele ilişkin davaların davalısının, yeni malikle birlikte tapudaki tescil durumuna göre hazine olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bu kanunda istisnai bir duruma yer verilerek, kanun kapsamında iskân edilen kişilere (göçmen ve göçebelere) verilmiş olan taşınmazın aslında başka birine ait çıkması halinde, gerçek hak sahibinin mülkiyete ilişkin açacağı davanın (dolayısıyla istihkak davasının) duruma göre hazineye de yöneltilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

3.1.4. İspat Yükü

İstihkak davasında hem davacının hem davalının ispat edebileceği farklı hususlar bulunmaktadır. Davanın her iki tarafı için ispata ilişkin meseleler burada ayrı ayrı ele alınmıştır.

3.1.4.1. Davacı Bakımından

3.1.4.1.1. Mülkiyet Hakkının Varlığı

TMK m. 6'daki ispat kuralı istihkak davasında da geçerli olduğundan, davayı açarak iade talebinde bulunan davacının, mülkiyete ilişkin iddiasını ispat etmesi gerekir⁴⁶³. Malikin yanı sıra sınırlı ayni hak sahiplerinin de istihkak davası açabileceği kabul edildiğinden⁴⁶⁴, böyle bir davada sınırlı aynî hakkın geçerli bir şekilde kurulduğunu ve bunu tanıyan kişinin malik olduğunu ispat etmek gerekir. Mesela bir kimsenin malını başkasına rehin vermesi halinde rehin alan, malı bir şekilde elde eden üçüncü kişi haksız zilyede istihkak davası açabilir. Bu durumda davacı, kendisi malik olmamakla birlikte rehin hakkı sahibi olduğunu ve rehin hakkını malikten geçerli bir sebebe dayanarak elde ettiğini ispat etmelidir.

Dava konusu malın paylı mülkiyet konusu ve kendisinin de onun belli bir payına malik olduğunu iddia eden davacı, söz konusu payın varlığını ve miktarını ispatla yükümlüdür. Davanın pay sahibi olmayan üçüncü kişiye karşı açılması halinde davacı, malın tüm paydaşlara iadesini talep ediyorsa, diğer paydaşların paylarını da ispat etmelidir⁴⁶⁵.

Hâlihazırdaki zilyedin mülkiyet karinesi olduğundan⁴⁶⁶, istihkak talebinde bulunan kişinin kendi mülkiyet hakkını ispat ederek bu karineyi çürütmesi gerekir⁴⁶⁷. Buna karşılık davacının,

⁴⁶³ Staudinger/Thole, §985, s. 37, kn. 96; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641, s. 557, kn. 135; CHK- Arnet, ZGB 641, s. 15, kn 36; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 321; Eren, s. 42; Esener/Güven, s. 234; Ertaş, s. 218; Akçaal, s. 421.

⁴⁶⁴ Bkz. 3.1.3.1. (Davacı).

⁴⁶⁵ Eren, s. 42 vd.

⁴⁶⁶ Doğrudan zilyet, asli ve dolaylı zilyedin mülkiyet karinesinden yaralanmakla birlikte, bu karineyi ona karşı kullanamaz. Bkz. Sert Sütçü, s. 265.

⁴⁶⁷ Wellenhofer, s. 322, kn. 15.

istihkak davasında zilyetliği irade dışı kaybettiğini ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁶⁸. Burada davacının ispat etmesi gereken husus, mülkiyet hakkının varlığı ve bunun hem kendisi hem de önceki zilyetler tarafından geçerli bir hukukî sebeple kazanıldığıdır⁴⁶⁹. O halde eğer davacı, mülkiyet hakkını başkasından devralarak kazanmışsa, devraldığı kişinin kazanımının geçerli olduğunu da ispat etmesi gerekmektedir. Roma Hukuku'ndan bu yana *probatio diabolica* (şeytan beyyinesi) olarak gelen bu ispat zorluğu, davacının mülkiyet karinelerine dayanması sağlanarak kolaylaştırılmıştır⁴⁷⁰. Mülkiyet karineleri olarak, TMK m. 985 ve devamında taşınır mallar ve TMK m. 992'de taşınmaz mallar hakkında düzenlenen hükümler gösterilmektedir. Öyle ki TMK m. 985'te “*taşınırın zilyedi onun maliki sayılır. Önceki zilyetler de zilyetlikleri süresince o taşınırın maliki sayılırlar.*” hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere zilyetlik, mülkiyet hakkına karine teşkil etmektedir. Dolayısıyla TMK m. 985'e dayalı mülkiyet karinesi, taşınır malların iadesi için açılan istihkak davasında ispat aracı olarak kullanılabilir. 992'nci maddenin ilk fıkrasında ise “*tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ... yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır.*” hükmü yer almaktadır. O halde kişinin adına tapuda tescilli olan bir taşınmaz için açılacak olan davada hak karinesinden yararlanmak mümkündür⁴⁷¹. Bu hükmün devamında⁴⁷² zilyetlik davalarından söz edilse de bir kimsenin adına bir taşınmazın kaydolanması halinde karine, o kişinin malik olduğudur. Dolayısıyla tapu kaydı, istihkak davası için de mülkiyet karinesi olarak kabul edilir.

Taşınır ve taşınmazlarda hak karinesi hükümlerinin yanı sıra, iyi niyetle kazanım kuralı da ispat yükünü kolaylaştırmaktadır. TMK m. 777 gereği, başkasına ait olan taşınır malın davasız ve aralıksız beş yıl süreyle iyi niyetli olarak ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, taşınıra zamanaşımı yoluyla malik olur⁴⁷³. Benzer şekilde, TMK m. 771 gereği bulunan malın malikinin, ilân veya kolluk kuvvetlerine ya da muhtara bildirme yoluyla ortaya çıkmaması halinde, ilân veya bildirmeden itibaren beş yıl sonra bulan kişi, yükümlülüklerini yerine getirmiş olma şartıyla

⁴⁶⁸ Bkz. **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641**, s. 557, kn. 135.

⁴⁶⁹ **Staudinger/Thole, §985**, s. 37, kn. 96; **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 15, kn 36.

⁴⁷⁰ **Staudinger/Thole, §985**, s. 37, kn. 97; **Haab, Art. 641**, s. 51, kn. 35; **Wellenhofer**, s. 322, kn. 15; **Eren**, s. 42 vd; **Esener/Güven**, s. 234. Roma hukukunda *probatio diabolica* hakkında bkz. 1.2.2.1.

⁴⁷¹ **Eren**, s. 42.

⁴⁷² Hükmün tamamı: “*Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır. Bununla birlikte taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse, gasp veya saldırı sebebiyle dava açabilir.*”

⁴⁷³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 878 vd; **Eren**, s. 530; **Esener/Güven**, s. 578 vd; **Nomer/Ergüne**, s. 318; **Ertaş**, s. 521 vd; **Akçaal**, s. 691.

mülkiyet hakkını kazanır⁴⁷⁴. Taşınmazlarda ise olağan zamanaşımını düzenleyen TMK m. 712 ve olağanüstü zamanaşımını düzenleyen TMK m. 713 benzer görevi görmektedir. TMK m. 712'ye göre adı tapuda yolsuz olarak tescil edilen kişi, taşınmaza davasız ve aralıksız olarak on yıl boyunca iyi niyetle zilyet olursa, mülkiyet hakkını kazanır ve bu hakka itiraz edilemez⁴⁷⁵. TMK m. 713'te ise iyi niyet şartı aranmaksızın, taşınmazın tapuda kayıtlı olmaması, malikinin tapu kütüğünden anlaşılamaması ya da hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararı verilmiş olması hallerinde davasız ve aralıksız yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyet olan kişinin taşınmaz mülkiyetini kazanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazanan kimse, taşınmazı henüz adına tescil ettirmemiş olsa bile mülkiyet iddiasında bulunabilir⁴⁷⁶. Aynı şekilde, taşınır bir malı zamanaşımı yoluyla kazanan kimsenin de kendisinden önceki maliklerin mülkiyet hakkınının geçerliliğini ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Taşınmaz mülkiyeti kural olarak tescille kazanılsa da bazı hallerde tescilden önce kazanım da mümkündür. Bunlar, TMK m. 705/II'ye göre miras, kamulaştırma, cebrî icra, mahkeme kararı, işgal yoluyla (ve kanunla görülen diğer hallerde) kazanım halleridir. Dolayısıyla, kanunda belirtilen ihtimallerin gerçekleşmesi halinde taşınmaz tapuda kişi adına (henüz) tescil edilmemiş olmasına rağmen mülkiyet iddiasında bulunmak mümkündür⁴⁷⁷. Söz konusu ihtimaller gerçekleştikten sonra taşınmazı tescil ettirmek daha kolay olduğundan böyle durumlarla karşılaşmak pek olası görünmese de imkânsız değildir. Bu sebeple, tescilden önce kazanılan mülkiyetin istihkak davasında ispat edilebilirliğine değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

Mülkiyetin miras yoluyla kazanılması, TMK m. 599/I gereği mirasbırakanın ölümüyle gerçekleşir. Bu hususta mirasçıların mülkiyeti kazanmaya dair bir irade beyanında bulunmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁷⁸. Öte yandan, mirasçıların bir veya birden fazla kişi olması, istihkak davası bakımından önem arz etmektedir. Zira mirasçının bir kişi olması halinde miras doğrudan o kişiye geçer. Birden fazla mirasçının bulunması halinde ise bunlar arasında miras ortaklığı

⁴⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 874; Eren, s. 519 vd; Esener/Güven, s. 562 vd; Nomer/Ergüne, s. 308; Ertaş, s. 519 vd; Akçaal, s. 686 vd; Yağcıoğlu, Burcu, Kazandırıcı Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 83 vd.

⁴⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 493 vd; Eren, s. 266 vd; Esener/Güven, s. 332 vd; Ertaş, s. 332 vd; Akçaal, s. 529 vd; Yağcıoğlu, s. 48 vd.

⁴⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 499 vd; Eren, s. 279 vd; Esener/Güven, s. 337 vd; Ertaş, s. 336 vd; Akçaal, s. 535 vd.

⁴⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 473 vd; Eren, s. 247 vd; Esener/Güven, s. 313 vd; Ertaş, s. 310 vd; Akçaal, s. 514 vd.

⁴⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 473 vd; Eren, s. 249; Akçaal, s. 515.

(elbirliği mülkiyeti) tesis edilir. Miras ortaklığından tek kişi mülkiyetine geçebilmek için paylaşma sözleşmesi veya taraflar anlaşamamışsa mahkeme kararı gerekmektedir. Paylaşma sözleşmesinin yanı sıra, bütün mirasçılarının tescil talebinde bulunması veya buna onay vermesi gerekir. Söz konusu tescil kurucu niteliktedir⁴⁷⁹. Dolayısıyla tescilin yapıldığı andan itibaren mülkiyet kazanılır ve istihkak iddiası da ancak bu andan itibaren etkili olacak şekilde öne sürülebilir.

Mirasçıların anlaşamaması halinde, mahkemenin paylaşma davasında vereceği karar da kurucu niteliktedir. Karara dayalı olarak yapılan tescil ise bildirici niteliktedir⁴⁸⁰. Buradan hareketle, kararın verildiği andan tescilin yapılacağı âna kadar geçen sürede kişi malik olduğundan, bu zaman aralığını da kapsayacak şekilde istihkak iddiasında bulunmak mümkündür.

Bahsetmiş olduğumuz tescilden önce kazanım, yasal mirasçılar için geçerlidir. Atanmış mirasçılar ise bu kapsama girmez. Atanmış mirasçıların, mirasa yönelik şahsî nitelikte alacak talebinde bulunma hakkı vardır. Dolayısıyla mülkiyet hakkının kazanılması tapuya tescille olur⁴⁸¹. Tescilden önce mülkiyet -ve dolayısıyla istihkak- iddiasında bulunmak mümkün değildir.

Tapuda kayıtlı bir taşınmazın devlet tarafından kamulaştırılması halinde, mülkiyetin kazanılması ya tescil beyanıyla (anlaşma veya ferağ) ya da malikin rızasıyla idare adına tescilin gerçekleştirilmediği durumlarda kesinleşmiş mahkeme kararıyla gerçekleşir⁴⁸². İdarenin mülkiyet iddiasında bulunması bu andan itibaren mümkündür.

Eğer bir kimseye ait olan mal cebrî icra yoluyla satışa çıkarılmışsa, mülkiyet hakkı icra memurunun malı alıcıya ihale ettiği anda geçer. Nitekim İİK m. 134'te "*icra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı o taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olur.*" hükmüne yer verilmiştir. Aynı durum rehinli taşınmazın satılmasında da geçerlidir. Pazarlık yoluyla satışta ise mülkiyetin ihaleyle değil, tescille geçtiği öne sürülmektedir⁴⁸³. O halde, cebrî icra ve rehin yoluyla satışlarda mülkiyet ihaleyle geçtiğinden, bu andan itibaren mülkiyet iddiasına dayanarak istihkak davası açmak mümkündür. Pazarlık yoluyla satışlarda ise ancak tescilden itibaren mülkiyet iddiasında bulunulabilir.

TMK m. 705'e göre tescilden önce mülkiyetin geçmesine sebep olan unsurlardan biri de mahkeme kararıdır. Öte yandan, mülkiyetin karşı tarafa geçebilmesi için ilk önce yenilik doğuran

⁴⁷⁹ Eren, s. 249 vd; Akçaal, s. 515.

⁴⁸⁰ Eren, s. 250; Akçaal, s. 515 vd.

⁴⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 474; Eren, s. 247; Esener/Güven, s. 314; Akçaal, s. 516.

⁴⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 475 vd; Eren, s. 252; Esener/Güven, s. 316; Ertaş, s. 315 vd; Akçaal, s. 516 vd.

⁴⁸³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 477; Eren, s. 254; Akçaal, s. 519 vd.

mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerekir⁴⁸⁴. Dolayısıyla yerel mahkemenin taşınmaz mülkiyetine ilişkin eda veya tespit davalarında vermiş olduğu kesinleşmemiş karar, tescilden önce mülkiyetin kazanılmasına yol açmaz⁴⁸⁵.

TMK m. 716'da *"mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir."* hükmüne yer verilmiştir. Burada kişisel hakka sahip olmaktan kasıt; satış, bağışlama, trampa gibi hukukî işlemlere dayalı olarak kazanılan haklardır. Alacaklının söz konusu hukukî işleme rağmen alacağı olan taşınmazı elde edememesi halinde, bu kanun hükmü gereği mahkemeden mülkiyetin kendisine geçirilmesini talep etmesi mümkündür. Bu hususta mahkemenin alacaklı lehine karar vermesi ve kararın kesinleşmesi halinde mülkiyet alacaklıya geçer. Kesinleşen mahkeme kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Buradan hareketle, mahkeme kararının kesinleşmesiyle tescil arasındaki zaman diliminde istihkak davası açılacak olursa, mülkiyeti ispat için kesinleşen kararın kullanılması mümkündür.

Bir taşınmazın maliki, mülkiyet hakkından vazgeçmek niyetiyle taşınmazını tapu kütüğünden terkin ettirmişse, terkinden sonra taşınmaz üzerinde malik olma niyetiyle zilyetlik tesis eden kimse, zilyetliğin başladığı andan itibaren mülkiyeti de kazanır⁴⁸⁶. Bu durumda zilyetlik tesis eden kişinin, taşınmazı işgal eden kişiye karşı açacağı istihkak davasında, taşınmazın önceki malik tarafından terkin edildiğini ve kendisinin terkinden sonra taşınmaz üzerinde malik olma niyetiyle zilyetlik tesis eden ilk kişi olduğunu ispat etmesi gerekir.

TMK m. 705'te belirtilen kanunda belirtilen diğer hallerden biri, vakfa özgülenen taşınmazların mülkiyetinin kazanılmasıdır. TMK m. 105/I'e göre vakfa özgülenen malların mülkiyeti, vakfa tüzel kişiliğin kazanıldığı anda geçer. Dolayısıyla, mülkiyetin geçtiği andan itibaren, tapuda (bildirici nitelikteki) tescil yapılana kadar açılan istihkak davasında vakfa özgülemenin ve tüzel kişiliğin kazanıldığı ânın ispatı, mülkiyet hakkının ispatını sağlar. Bir diğer durum ise TMK m. 54'te düzenlenmiştir. Buna göre tüzel kişiliğin sona ermesi halinde malvarlığı, mevzuatta veya kuruluş belgesinde aksine hüküm bulunmadıkça ya da yetkili organ tarafından başka yönde karar verilmedikçe en yakın amacı güden kamu tüzel kişiliğine geçer. Burada da tescilden önce kazanım söz konusu olup, taşınmaz mülkiyetinin ispatı mümkündür. Yine, TTK m. 153/I gereği ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde bütün aktif ve pasifler devralan şirkete geçer.

⁴⁸⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 475; Ertaş, s. 323; Akçaal, s. 516.

⁴⁸⁵ Eren, s. 254; Esener/Güven, s. 323 vd.

⁴⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 477 vd; Eren, s. 256; Esener/Güven, s. 327 vd; Akçaal, s. 520 vd.

Devreden şirkete ait olan taşınır ve taşınmazların mülkiyeti, birleşmenin ticaret siciline tescil edildiği anda devralan şirket tarafından kazanılmaktadır. Dolayısıyla, birleşmenin ticaret siciline tescil edildiği andan itibaren etkili olacak şekilde, açılmış olan istihkak davasında mülkiyet hakkını ispat etmek mümkündür.

3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun'un ikinci maddesine göre tespit edilip haritalanan zeytinliklerin⁴⁸⁷ de kanunda belirtilen şartlar altında mülkiyetinin kazanılabileceği düzenlenmiştir. Kanun'un üçüncü maddesine göre, söz konusu yabancı ağaçları aşıl原因arak veya temizleyerek yetiştirmek isteyen kişiler, bu hususta en yakın mülkî amirden yetiştirme belgesi aldıktan sonra, yükümlülüklerini yerine getirmek şartı altında beş yılın tamamlanmasıyla tapuyu devralabilirler⁴⁸⁸. Öte yandan bu durum, mülkiyetin tescilden önce kazanılması olarak yorumlanmamalıdır. Zira mülkiyetin kazanılabilmesi için, ilk önce arazinin amacına uygun olarak kullanıldığıının tespit edilmesi ve tapunun mülkî amir tarafından buna göre devredilmesi gerekmektedir (m. 3/II). Diğer bir deyişle, arazinin beş yıl boyunca amacına uygun olarak kullanılmış olması, mülkiyetin kazanılmasının ön şartıdır.

3573 sayılı Kanun m. 3/III'e göre, beş yılın sonunda tapusu devredilen taşınmazın; daha sonra amacına uygun kullanılmadığının, miras taksimine konu edildiğinin veya veriliş tarihindeki yüz ölçümünün herhangi bir şekilde küçültüldüğünün tespit edilmesi halinde hazinece geri alınacağı düzenlenmiştir. Bunun gerçekleşmesi halinde eğer taşınmazın kendisinden geri alındığı kişi tahliyei gerçekleştiriyorsa, o kişiye karşı istihkak davası açılabilir. Açılacak olan davanın, tapuda düzeltme yapıldıktan sonra güncel tapu kaydına göre ispat edilmesi gerekmektedir. Zira tapu kaydından önce amacına uygun olmayan kullanıma ilişkin yapılacak olan tespit, davaya konu edilebileceğinden kesinlik taşımamaktadır. O halde taraflar arasındaki ihtilaf çözüme kavuşturulduktan sonra taşınmaz tapuda geri alınmalı ve fiilî iade de buna göre gerçekleşmelidir.

3.1.4.1.2. Davalının Mala Haksız Zilyet Olması

İstihkak davasında davacının ispat etmesi gereken bir diğer husus ise davalının mala zilyet olduğudur⁴⁸⁹. Davalının mal üzerinde bir kez zilyetliği kazanması tek başına yeterli olmayıp, bunun devam etmesi de gerekir⁴⁹⁰. Öte yandan, davacının ispat etmesi gereken, davalının dava

⁴⁸⁷ Cümleyi sade tutmak amacıyla kısaca zeytinlik ifadesi kullanılmıştır. Kanun hükmü esasen “*orman sınırları dışında bulunan ve Devletin hüküm ve tasarrufunda olan yabancı zeytinlik, Antep fıstığı ve harnupluklar ve her nevi sakız neveleri ile orman sınırları dışında olup da 17.10.1983 tarih ve 2924 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilikler*” şeklindedir.

⁴⁸⁸ Kanun hükmünün uygulama alanı hakkındaki tereddüt ve tartışmalar hakkında bkz. **Eren**, s. 318 vd.

⁴⁸⁹ **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 15, kn 36; **Eren**, s. 42; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 321; **Akçaal**, s. 421.

⁴⁹⁰ **Staudinger/Thole, §985**, s. 47, kn. 136.

açıldığı anda mala zilyet olduğudur⁴⁹¹. Mal üzerinde davalının fiilî hâkimiyetinin bulunması halinde zilyetlik karine kabul edilir. Zilyet yardımcılığı ise bunun için yeterli değildir⁴⁹².

3.1.4.2. Davalı Bakımından

Kendisine istihkak davası açılmış olan davalının, dava konusu malın iadesine engel olan zilyetlik hakkının varlığını ve bunun halen devam etmekte olduğunu ispat etmesi gerekir⁴⁹³. Davalı zilyedin, zilyetliğinin hakka dayandığını öne sürmesinin def'i niteliğinde olduğu görüşünü savunduğumuzu yukarıda belirtmiştik⁴⁹⁴. Def'i niteliğinde olması sebebiyle zilyetliğin hakka dayandığı iddiası, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulamaz ve davalı zilyet tarafından süresinde öne sürülmelidir. Mesela davacı malikle aralarında geçerli bir şekilde devam etmekte olan kira sözleşmesi gibi bir ilişkinin olduğunu iddia eden davalı, bunu ispat ederek davanın reddedilmesini sağlayabilir. Davalının ispat edebileceği diğer bir husus ise davacının malik olmadığıdır. Eğer davalı başta haksız zilyet olmakla beraber sonradan (malın tamamı için) mülkiyet hakkını kazanmışsa, bu durumda da istihkak davası açılmaz. Mesela iyi niyetle kazanım, tapu kütüğüne güven, işleme, karışma, birleşme gibi durumlarda mülkiyet kazanılacağından, davalının ilgili durumu ispat ederek iadedden kurtulması mümkündür. Böyle durumlarda eski malik (davacı), olsa olsa tazminat veya sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği zararının tazminini talep edebilir⁴⁹⁵. O halde davalının ispat edebileceği bir diğer husus, davacının mal üzerinde mülkiyet hakkının bulunmadığıdır⁴⁹⁶.

Davalı, eğer malın paylı mülkiyet konusu ve kendisinin de davacıyla beraber malın bir kısmına malik olduğunu iddia ediyorsa, bunu mevcudiyet ve pay miktarı bakımından ispat etmesi gerekir⁴⁹⁷.

3.1.5. Süresi

Türk Hukukunda istihkak davası, İsviçre hukukuyla da paralel olarak süreye tâbi değildir⁴⁹⁸. Bu durum, istihkak davasının mutlak hak niteliğindeki mülkiyet hakkına

⁴⁹¹ Staudinger/Thole, §985, s. 47, kn. 137.

⁴⁹² Eren, s. 42.

⁴⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 321; Eren, s. 43; Esener/Güven, s. 235; Nomer/Ergüne, s. 203; Ertaş, s. 219; Akçaal, s. 421 vd.

⁴⁹⁴ Bkz. 2.1.3.4.1. ve 2.1.3.4.5. Bir görüş ise bunun itiraz niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 321.

⁴⁹⁵ Eren, s. 43.

⁴⁹⁶ Eren, s. 42; Nomer/Ergüne, s. 204; Akçaal, s. 422.

⁴⁹⁷ Eren, s. 43.

⁴⁹⁸ Bkz. BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 959, kn. 54; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 579, kn. 198; CHK- Arnet, ZGB 641, s. 13, kn 29.

dayanmasından kaynaklanmaktadır⁴⁹⁹. İyi niyetle kazanım, tapu kütüğüne güven gibi istisnai durumların dışında malikin rızası olmaksızın mülkiyet hakkı sona ermeyeceğinden, istihkak davasıyla malın iadesinin talep edilebilmesi için herhangi bir zamanaşımının işlemediği kabul edilmektedir.

Alman Hukuku'nda ise Roma Hukuku'ndaki uygulamanın bir devamı olarak, istihkak davası için otuz yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması kabul edilmiştir⁵⁰⁰. BGB §986 gereği zilyetliğin hakka dayanması halinde zamanaşımı işlemez⁵⁰¹. İstihkak talebi için kanundan doğan zamanaşımı süresi, hukukî işlemlerde duruma göre kısalabilmektedir. Özellikle borçlar hukuku kapsamındaki yarışan iade taleplerinde zamanaşımı süresinin sözleşmeye dayalı olarak kısaltılması söz konusu olabilir. Bu tür anlaşmaların BGB §985'e (istihkak talebine) uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁵⁰². Taşınır mallarda talep hakkı sahibi, BGB §937 gereği on yılın sonunda mülkiyeti kazandırıcı zamanaşımı yoluyla (önceki) iade yükümlüsüne karşı kaybeder. Bununla birlikte, zilyedin hak sahibi olmadığını bilmesi veya sonradan öğrenmesi halinde, ikinci fıkra gereği kazandırıcı zamanaşımı işlemez. Diğer bir deyişle, TMK m. 777'deki beş yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresinin Alman hukukunda on yıl olarak uygulandığı görülmektedir. BGB §985'teki istihkak talebi; kira veya ürün kirası sözleşmelerinden doğan iade talebiyle bir araya geldiğinde de otuz yıllık zamanaşımı süresine tâbi olmaktadır⁵⁰³.

Her ne kadar hukukumuzda istihkak davası için zamanaşımına yer verilmemiş olsa bile, bazı hallerde malikin mülkiyet hakkı iradesi dışında sona erebildiği için istihkak davasının süresi dolaylı yoldan kısıtlanmış olmaktadır. Taşınır mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılmasında durum böyledir. Öyle ki TMK m. 777'de başkasının malına davasız ve aralıksız beş yıl boyunca iyi niyetle ve malik sıfatıyla zilyet olan kimsenin, sürenin dolmasıyla birlikte mala zamanaşımı yoluyla malik olacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu yolla mülkiyeti kazanan kişiye karşı önceki malik mülkiyet hakkını kaybetmiş olacağından, istihkak davası açma hakkı bu beş yıllık süreyle dolaylı şekilde kısıtlanmaktadır⁵⁰⁴. Buna benzer olarak, taşınmazlarda da TMK m. 712 ve 713'te olağan ve olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı sürelerine yer verilmiştir. 712'nci maddeye göre, taşınmaz adına yolsuz tescil edilen kişinin, on yıl boyunca iyi niyetle davasız ve aralıksız olarak zilyetlik tesis etmesi halinde, sürenin dolmasıyla birlikte mülkiyeti kazanacağı düzenlenmiştir.

⁴⁹⁹ Eren, s. 34; Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 19.

⁵⁰⁰ Plambeck, s. 13; Staudinger/Thole, §985, s. 68, kn. 213.

⁵⁰¹ Plambeck, s. 45; Staudinger/Thole, §985, s. 68 vd, kn. 213.

⁵⁰² Staudinger/Thole, §985, s. 68, kn. 214.

⁵⁰³ Staudinger/Thole, §985, s. 68, kn. 212.

⁵⁰⁴ Serozan, s. 214, kn. 835.

Buradan hareketle, gerekli şartları sağlayan kişinin on yıl sonra mülkiyet hakkını kazanması demek, on yılın dolmasının ardından asıl hak sahibinin önceki malik konumuna düşmesi ve istihkak davası açma hakkını kaybetmesi anlamına gelir. 713'üncü maddede ise tapu kütüğünde kayıtlı olmayan veya kayıtlı olmakla birlikte malikinin kim olduğunun anlaşılamadığı ya da malik hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararı verildiği durumlarda olağanüstü kazandırıcı zamanaşımının işleyeceği düzenlenmiştir. Bu yolla mülkiyetin kazanılabilmesi için taşınmaza davasız ve aralıksız olarak malik sıfatıyla yirmi yıl boyunca zilyet olmak gerekmektedir. Sürenin dolmasıyla birlikte mülkiyet, taşınmaz üzerinde zilyetliği tesis eden kişiye geçer. Mülkiyetin geçmesiyle birlikte, varsa gerçek hak sahibinin artık istihkak davası açarak iade talep etmesi mümkün değildir.

5543 sayılı İskân Kanunu'nda ise istihkak talebinin süresini sınırlayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanun'un 19 ve 20'nci maddesi, bu kanun hükümlerine göre (göçmen ve göçebelere) verilen taşınmazlara ilişkin olarak gerçek hak sahibi (malik) olduğunu iddia eden kişilerin, taşınmazın valilik veya kaymakamlık tarafından ilgili kişilere verildiği tarihten itibaren bir yıl içinde iade talep edebileceğini düzenlemektedir. Bir yıllık sürenin dolmasından itibaren ise sadece el koyma tarihindeki rayiç bedel üzerinden dava açmak mümkündür. Diğer bir deyişle, bir yıllık hak düşürücü sürenin dolmasıyla birlikte istihkak davası açarak taşınmazın aynen iadesi talep edilemez. Kanun koyucu, bu durumda sadece zararın tazmini yolunu açık bırakmış olup, bu da ancak el atma tarihindeki rayiç bedelle sınırlıdır. Talebin muhatabı (davalı) ise m. 20/T'e göre yeni malikle birlikte tapudaki tescil durumuna göre hazinedir.

Malın aynen iadesinin yanı sıra TMK m. 993-995 kapsamında öne sürülen tazminat ve alacak talepleri bakımından kanunda süreye ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, bu kapsamda öne sürülen talepler bakımından TBK m. 72'deki genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır⁵⁰⁵. İsviçre hukukunda da haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki nispî ve mutlak zamanaşımı sürelerinin haksız zilyetlikte iade hükümlerine de kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁰⁶. Bunun sebebi ise İsviçre kanun koyucusunun hukukî ilişkileri açık ve anlaşılır hale getirme eğiliminin haklılığı olarak savunulmaktadır. Buradan hareketle, zararın

⁵⁰⁵ Ünal/Başpınar, s. 250; Özen, s. 93. Bir görüşe göre TMK m. 995 hükmü caiz olmayan vekâletsiz iş görmenin kanunda düzenlenen özel bir tezahürü olduğundan, buna ilişkin talepler için uygulanması icap eden haksız fiil zamanaşımı süresinin burada da geçerli olması gerekir. Bkz. Sungurbey, İsmet, "Kazandırıcı Yıllanma ve Kullanma Karşılığı", Medenî Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963, s. 86 vd, dn. 5. Zamanaşımının işlemeye başlaması için zararın öğrenilmesi gerektiği hakkında bkz. Topuz, Murat, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan "Zararın Öğrenilmesi" Olgusu (TBK m. 72)", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 157, sa. 1774-1782, s. 1776 vd.

⁵⁰⁶ BK – Stark/Lindenmann, Art. 938 ZGB, s. 414 vd, kn. 19, 20.

tazminine ilişkin talepler, (OR m. 60 ve 67'ye göre) zararın ve zarar verenin öğrenildiği tarihten bir yıl, her halükârda zararın meydana gelmesinden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Mala ilişkin yararların tazmini de aynı zamanaşımı süresine tâbidir. O halde süre, talep hakkının ve edim yükümlüsünün öğrenildiği andan itibaren işlemeye başlar ve her halükârda yararların elde edildiği veya edilmesinin ihmal eylendiği andan itibaren on yıl sonra mutlak zamanaşımı söz konusu olur. Buradaki zamanaşımı, malın iadesine ilişkin asıl iade talebinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁰⁷.

Türk Hukuku'nda ise TMK m. 72'ye göre zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden itibaren iki yıl ve her halükârda fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçmekle talep hakkı zamanaşımına uğrar. Dolayısıyla, her ne kadar istihkak talebi bakımından süre sınırlaması bulunmasa da malın aynen iadesinin dışında kalan fer'î talepler⁵⁰⁸ bakımından iki ve on yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olmaktadır.

Alman Hukuku'nda eskiden elde edilen (veya edilmesi ihmal eylenen) yararlar ve zararın tazmini talepleri için de otuz yıllık genel zamanaşımı ile haksız fiilden doğan zararlar için üç yıllık zamanaşımı süresi geçerliydi. 2002 yılındaki borçlar hukuku reformundan itibaren, §987-993'teki haksız zilyetlikte iade hükümleri bakımından, borçlar hukuku karakterinden dolayı §195 ve §199/1,3 ve 4 gereği yeni olağan zamanaşımı süresi kullanılmaya başlanmıştır. Bunun anlamı, talep hakkının doğduktan sonra alacaklı tarafından öğrenilmesinden itibaren üç yılın sonunda veya öğrenilmemesi halinde her halükârda talep hakkının doğmasından itibaren on yılın dolmasıyla zamanaşımı süresinin dolmasıdır⁵⁰⁹. Türk Hukukunda da -TBK m. 72'deki iki ve on yıllık sürelerle göre- sürenin başlangıcı, iki yıllık nispî süre için malın, haksız zilyedin elinde bulunduğu ve haksız zilyedin kim olduğunun öğrenildiği andan itibaren olmalıdır. On yıllık mutlak süre için ise haksız zilyetliğin başladığı andan itibaren olarak kabul edilmelidir.

Zilyedin, zilyetlik hakkı devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeye başlamaz. Dolayısıyla, zilyetliğin zilyet tarafından bir hakka dayanarak devralınması halinde sürenin başlangıcı, zilyetlik hakkının sona erdiği an olarak belirlenir⁵¹⁰.

Buraya kadar açıklananların yanı sıra, malın başkasının haksız zilyetliğinde olduğunu bilmesine rağmen dava açmayan malikin, uzun yıllar geçtikten sonra istihkak davası açarak malın

⁵⁰⁷ BK – Stark/Lindenmann, Art. 938 ZGB, s. 415, kn. 20.

⁵⁰⁸ TMK m. 993-995'te yer alan haksız zilyedin iade yükümlülüğü hükümleri, malın aynen iadesine göre fer'î niteliktedir. Aşağıda bkz. 4.1.

⁵⁰⁹ Staudinger/Thole, §987-993, s. 148, kn. 18; BK – Stark/Lindenmann, Art. 938 ZGB, s. 415, kn. 19; Dannemann/Schulze, §985, s. 1855, kn. 9.

⁵¹⁰ Staudinger/Thole, §985, s. 68, kn. 213.

iadesini talep etmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususa aşağıda Dürüstlük Kuralı başlığı altında yer verildiğinden, burada ayrıntıya girilmemiştir⁵¹¹.

3.1.6. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin genel düzenlemeye HMK m. 2’de yer verilmiş olup, söz konusu hüküm *“dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir”* şeklindedir. İstihkak davası da mülkiyet hakkını koruduğu için malvarlığına ilişkin bir dava türüdür. Dolayısıyla görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir⁵¹².

Yetkili mahkemenin tespiti ise dava konusunun türüne göre değişiklik arz etmektedir. Zira, HMK m. 12’de taşınmaz mallar için düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, *“taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir”*. İstihkak davası da bu hükme dâhil olacak şekilde, aynî hakka ve zilyetlik ya da alıkoyma hakkına ilişkin bir davadır. Dolayısıyla, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu düzenlendiği için davanın bu yerde açılması gerekir⁵¹³. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, davanın birden fazla taşınmaza ilişkin olması halinde taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilceği düzenlenmiştir. Bazı hallerde birden fazla taşınmaz için tek bir istihkak davası açılması ihtimaliyle karşılaşılabılır. Mesela mirasın geçmesinden sonra taşınmazların mülkiyetini kazanan kişi, bunların kendisine iadesi için tek bir istihkak davası açabilir. O halde bu tür durumlarda, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde davanın açılması, diğer taşınmazların başka yerde olması bakımından sorun teşkil etmemektedir.

Taşınır mallar için ise HMK m. 5 ve devamındaki genel yetki kuralları geçerlidir. Buradan hareketle, m. 6’ya göre yetkili mahkeme, davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir⁵¹⁴.

⁵¹¹ Bkz. 4.2.4.

⁵¹² Eren, s. 39; Esener/Güven, s. 238; Sirmen, s. 356; Akçaal, s. 422. Öğretide tüketici uyuşmazlığı şartlarının sağlanması halinde tüketici mahkemelerinin de görevli olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Uzun Kazmacı/Şenol, s. 495.

⁵¹³ Eren, s. 39; Esener/Güven, s. 238; Sirmen, s. 356; Akçaal, s. 422. İsviçre Hukuku’nda taşınmazların bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu hakkında bkz. BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 561, kn. 147.

⁵¹⁴ Sirmen, s. 356; Akçaal, s. 422. İsviçre Hukuku’nda taşınır için davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu hakkında bkz. BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 561, kn. 147.

3.2. İstihkak Davasının Bazı Davalarla Karşılaştırılması

Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında istihkak davasını ilgilendirebilecek pek çok durum bulunmaktadır. Bazı dava türlerinin istihkak davasıyla yarışıp yarışmayacağı veya birlikte açılıp açılmayacağı gibi soruların çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, isim benzerliği ve yapısal sebeplerle İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bazı dava türlerine değinmenin de yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır. İcra ve İflâs Kanunu'nun medenî hukukun dışında kalan bir alan olması sebebiyle, bu kanun kapsamındaki dava türlerine ayrı bir başlık altında yer verilmiştir.

3.2.1. Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında

3.2.1.1. Elatmanın Önlenmesi Davası

Elatmanın önlenmesi davası, TMK m. 683/II'de istihkak davasıyla birlikte düzenlenmiştir. Hükme göre, *“malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”*. O halde, her iki dava türü de farklı müdahale türlerine karşı mülkiyet hakkının korunması amacıyla malike tanınmıştır⁵¹⁵ ve varlıkları mülkiyet hakkına sıkı sıkıya bağlıdır. Dolayısıyla, iki dava hakkının da mülkiyetten bağımsız olarak devredilmesi mümkün değildir⁵¹⁶. Malik, bu davalardan hangisine başvurması gerektiğini ise müdahalenin biçimine göre belirler. Yukarıda da açıklandığı üzere, istihkak davasının açılabilmesi için bir malın malikin iradesi dışında ve haksız olarak ele geçirilmiş veya alıkonulmuş olması gerekir. Elatmanın önlenmesi davasında ise malik, malın aynı zamanda zilyedidir. Bununla birlikte, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini istediği gibi kullanmasına engel teşkil edecek bir dış müdahale mevcut veya ihtimal dâhilindedir. Diğer bir ifadeyle, malikin fiilî hâkimiyetinin ortadan kaldırılmasının dışındaki bütün saldırılar bu kapsama girer. Böyle bir durumda malik, müdahalenin sona ermesini sağlamak için elatmanın önlenmesi davasını açmalıdır⁵¹⁷.

Elatmanın önlenmesi davasında da istihkak davasıyla benzer olarak davacının dolaylı ya da doğrudan zilyet olması mümkündür. Bunun yanı sıra, hem taşınır hem de taşınmazlar davaya konu edilebilir⁵¹⁸. Öte yandan, taşınırların uygulamada bu davaya daha az konu edildiği görülmektedir. Bunun sebebi, taşınırlarda mülkiyetin ihlâlinin genellikle malın ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşmesidir. Böyle bir durumda ise duruma göre zilyetlik, taşınır veya istihkak

⁵¹⁵ Köbl, s. 70.

⁵¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 318; Akçaal, s. 323. Ayrıca bkz. 2.1.5. (İstihkak Talebinin Devri).

⁵¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 323 vd; Akıntürk, s. 451; Eren, s. 30, 42; Nomer/Ergüne, s. 194; Akçaal, s. 322 vd.

⁵¹⁸ Akıntürk, s. 451; Sirmen, s. 257; Akçaal, s. 325.

davalarından birine başvurulmaktadır. Dolayısıyla elatmanın önlenmesi davasının, taşınmazlarda daha çok öne çıktığı söylenebilir⁵¹⁹. Öte yandan öğretide, taşkın inşaatta malzemenin diğer taşınmaza taşması sebebiyle zilyetlik diğer tarafa geçtiğinde, bunun geri alınması için istihkak değil elatmanın önlenmesi davasına başvurulması gerektiği belirtilmektedir⁵²⁰. Bunun sebebi, taşkın inşaat sebebiyle zarar gören ve buna yönelik talepte bulunan tarafın, taşkın inşaatı yapan taraf değil, taşınmazına inşaat yapılan ve bunun kaldırılmasını isteyen taraf olmasıdır.

İstihkak davasında olduğu gibi elatmanın önlenmesi davası da mülkiyet hakkına dayandığı için aynı bir davadır. Aynı zamanda olumlu veya olumsuz bir davranışın yerine getirilmesini içerdiğinden, eda davası niteliğindedir⁵²¹. Bununla birlikte, istihkak davasının aksine bu davada malın malike iade edilmesi beklenmez. Davalının devam etmekte olan elatmasına son verilmesi veya ileride gerçekleştirmesi beklenen elatmasının önlenmesi amaçlanır. İleride gerçekleşmesi beklenen elatma, daha önceki elatmaların tekrarlanması veya yeni bir elatma biçiminde olabilir. Eğer elatma bizzat davacı tarafından gerçekleştirilmiyor olmakla beraber onun iradesinden kaynaklanıyorsa, bu durumun bertaraf edilmesi de elatmanın önlenmesi davasıyla sağlanır⁵²².

İstihkak ve elatmanın önlenmesi davalarının her ikisi de mülkiyet hakkına dayanan mutlak nitelikteki davalardır. Dolayısıyla ikisinde de zamanaşımı söz konusu değildir⁵²³. Haksız elatma devam ettiği sürece elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Elatmanın son bulmasıyla birlikte dava açma hakkı da sona erer⁵²⁴. Bunun yanı sıra, dava hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği hallerde elatmanın önlenmesi davası açılamaz. Mesela, malikin uzun süredir devam etmekte olan elatmaya sessiz kalıp da sonradan dava açması dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilir⁵²⁵.

Elatmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için mala yapılan elatmanın kusura dayanması gerekmez. Elatma sebebiyle herhangi bir zarar meydana gelmemiş de olabilir⁵²⁶. Tıpkı istihkak davasındaki gibi burada da önemli olan, mülkiyet hakkının ihlâlinin haksız olmasıdır. Kişiye geçit

⁵¹⁹ Akıntürk, s. 451; Eren, s. 47; Nomer/Ergüne, s. 195; Akçaal, s. 325.

⁵²⁰ BGH NJW 2011, 1069 (1071), kn. 24; MüKoBGB/Baldus, §985, s. 1297, kn. 73.

⁵²¹ Giritlioğlu, Neclâ, Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1984, s. 103 vd; Nomer/Ergüne, s. 195; Akçaal, s. 323.

⁵²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 326 vd; Eren, s. 43; Kılıçoğlu, s. 224.

⁵²³ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 451; Eren, s. 46 vd; Ertaş, s. 219; Turhan/Esener, s. 190; Akçaal, s. 323.

⁵²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 326; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 451; Eren, s. 46 vd; Turhan/Esener, s. 190; Akçaal, s. 323.

⁵²⁵ Eren, s. 46 vd. İstihkak talebinin öne sürülmesinde dürüstlük kuralının etkisi hakkında bkz. 4.2.4.

⁵²⁶ Akıntürk, s. 451; Nomer/Ergüne, s. 195; Akçaal, s. 325.

irtifakı tanınması veya malın kiraya verilmesi gibi hallerde haksız elatmadan söz edilemez. Bu tür durumlarda malikin katlanma yükümlülüğü vardır⁵²⁷. Davalıda kusur aranmadığından, ayırt etme gücüne sahip olmayan birine de dava açmak mümkündür⁵²⁸.

Elatma; katı, sıvı, gaz, enerji gibi maddî veya iğrenme duyguları vermek gibi maddî olmayan tarzda gerçekleşebilir. Örnek olarak; başkasının taşınmazına izinsiz ağaç dikmek veya taşınmazındaki ağacı kesmek, bir evi yıkmak, yoldan yararlanılmasına engel olmak; mezbaha, fabrika, inşaat gibi yerlerden kötü koku veya gürültüye sebep olmak gibi durumlar sayılabilir. Kamulaştırmasız elatma gibi hukukî yolla elatmada bulunulması da mümkündür⁵²⁹.

Bir görüş, elatmanın önlenmesi davası kapsamında tazminat talebinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir⁵³⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise bu davanın amacı, davalıdan tazminat talep etmek değildir ve tazminat için ayrı bir dava açmak gerekir⁵³¹. TMK m. 983'te zilyede tanınan saldırının önlenmesi davasında tazminat istenebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, TMK m. 683'te malike tanınan elatmanın önlenmesi davasında böyle bir imkândan söz edilmemiştir. Zilyede tanınan saldırının önlenmesi davası, iki aylık ve bir yıllık hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır. Malike tanınan elatmanın önlenmesi davası ise mutlak hakka dayanması sebebiyle süreye tâbi değildir. Bu davada tazminat talep edilebileceğinin kabulü, tazminat talebine ilişkin diğer bütün davalar için öngörülen sürelerin bertaraf edilmesi anlamına gelir. Diğer bir deyişle, tazminat davası için süreyi kaçıran malik, elatmanın önlenmesi davasıyla tazminat talep edebilir. Kanun koyucunun böyle bir iradesinin bulunmadığı kanaatindeyiz.

Eğer haksız elatmanın sonucunda bir zarar meydana gelmiş fakat elatma sona erdiği için elatmanın önlenmesi davası açılmıyorsa, malikin yapması gereken, tazminat davası açmaktır⁵³². İstihkak davasında da malın haksız alıkoyma sebebiyle zarar gördükten sonra malik tarafından geri alınması halinde istihkak davası yerine tazminat davası açılması gerekir.

Alman hukukunda ise tazminat bakımından daha farklı bir yaklaşımda bulunulduğu görülmektedir. Elatmanın önlenmesi davası BGB §1004'te tazminat talebine değinilmeksizin

⁵²⁷ Giritlioğlu, s. 97 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 325; Eren, s. 43; Sirmen, s. 257; Nomer/Ergüne, s. 195; Akçaal, s. 324. Elatmanın önlenmesi davasında malikin katlanma yükümlülüğünün kapsamı hakkında daha geniş bilgi için bkz. Giritlioğlu, s. 74 vd.

⁵²⁸ Eren, s. 43.

⁵²⁹ Giritlioğlu, s. 16 vd; Eren, s. 44 vd; Akçaal, s. 323 vd.

⁵³⁰ Bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 451; Nomer/Ergüne, s. 210

⁵³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 326; Eren, s. 43; Sirmen, s. 356; Akçaal, s. 325.

⁵³² Eren, s. 43; Sirmen, s. 356; Akçaal, s. 325.

düzenlenmiş olmakla beraber, BGB §906'da⁵³³ bahsedilen düşük etkili müdahalelerin aşılması halinde katlanma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu sınırın aşılması halinde ise taşınmaz malikinin tazminat talep edebileceği hükme bağlanmıştır. BGB §1004 kapsamındaki müdahaleler bakımından ise bir ayrıma gidilmiş olup, sadece ileride gerçekleşmesi beklenen veya tekrarlanan müdahalelerin bertaraf edilmesi amacıyla alınan önlemler sebebiyle doğan zararların bu kapsamda tazminata konu olabileceği kabul edilmektedir. Gerçekleşmiş olan müdahaleler sebebiyle doğmuş olan zararlar için ise elatmanın önlenmesi davası kapsamında tazminat talep edilemez⁵³⁴.

Öğretide, istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarındaki müdahalelerin türünün farklı olması sebebiyle bu iki davanın yarışmayacağı belirtilmektedir. Malın, malikin elinden tamamen çekilip alınması halinde istihkak davası uygulanır ve elatmanın önlenmesi davası açılmaz. Mala yönelik sadece belirli bir haksız müdahalenin (saldırının) olması halinde ise elatmanın önlenmesi davası uygulanır ve istihkak davası açılmaz. Dolayısıyla bu iki davanın uygulama alanı birbirinden tamamen farklıdır ve herhangi bir yarışma söz konusu değildir⁵³⁵. Bununla beraber, bir taşınmazın kapısının kilidinin değiştirilmesi veya etrafının çitle çevrilmesi gibi malikin taşınmaza girmesine engel olacak nitelikteki ihtimallerin ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu tür durumlarda elatmanın önlenmesi mi yoksa istihkak davası mı açılması gerektiği hususu öğretilerde tartışmalıdır⁵³⁶. Bir görüş, tapuda gerçek hak sahibinin kayıtlı olması sebebiyle sicil zilyetliğinin devam ettiğini ve istihkak davasının açılmayacağını savunmaktadır. Dolayısıyla burada bir elatmanın söz konusu olduğu ve elatmanın önlenmesi davası açılması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer görüşe göre ise istihkak davasının amacı sicil zilyetliğini değil, fiilî zilyetliği sağlamaktadır. Malikin fiilî zilyetliğine son verildiği için istihkak davası açılması mümkündür.

⁵³³ BGB §906'ya göre bir arsa sahibi, başka bir arsadan kaynaklanan gaz, buhar, koku, duman, is, ısı, gürültü, titreşim ve benzeri etkilerin kendi arsasının kullanımına zarar vermediği veya çok az zarar verdiği sürece, bu etkilerin arsasına girmesini yasaklayamaz. Kural olarak, kanunlarda veya yasal belgelerde belirtilen sınır veya kılavuz değerler, bu hükümlere uygun olarak belirlenen ve değerlendirilen etkiler tarafından aşılmıyorsa, önemsiz bir bozulmanın var olduğu kabul edilir. Aynı durum, Federal Emisyon Kontrol Yasası'nın 48. maddesi uyarınca çıkarılan ve tekniğin son durumunu yansıtan genel idari düzenlemelerdeki değerler için de geçerlidir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre aynı durum, önemli bir tecavüzün diğer mülkün alışlagelmiş kullanımından kaynaklanması ve bu tür kullanıcılar için ekonomik anlamda makul olan tedbirlerle önlenememesi halinde de geçerlidir. Mal sahibi bu hüküm uyarınca bir tecavüze göz yummak zorunda kalırsa, tecavüzün kendi mülkünün mutad kullanımını veya verimini makul olanın ötesinde bozması halinde, diğer mülkün kullanıcılarından uygun bir tazminat talep edebilir.

⁵³⁴ Staudinger/Thole, §1004, s. 440, kn. 18, s. 525, kn. 349.

⁵³⁵ Giritlioğlu, s. 128.

⁵³⁶ Bu husustaki tartışmalara yukarıda davanın amacı ve konusu başlığı altında daha geniş yer verilmiştir. Bkz. 3.1.2.

Bizce de bu tür durumlarda doğrudan zilyetliğe engel olunduğu ve istihkak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan bu durum, elatmanın önlenmesi davasının açılmayacağı anlamına da gelmez. Kanaatimizce, meselenin bir elatmadan mı yoksa doğrudan zilyetliğe son verilerek malın alıkonulmasından mı ibaret olduğu, teorik bir tartışmadan ibarettir. Her iki davanın neticesinde de aynı sonuca ulaşılmaktadır. Davalının kapıya taktığı kilidin veya taşınmazı çevrelediği çitlerin sökülmesi yoluyla taşınmaz üzerindeki müdahalesine son verilerek, malikin taşınmazını özgürce kullanabilmesi sağlanır. Her iki davada da zamanaşımı veya hak düşürücü süre bulunmadığı için, usul hukuku bakımından bu davalardan birinin diğerine tercih edilmesine sebep olacak bir durum da söz konusu değildir. O halde istihkak ve elatmanın önlenmesi davaları birbiriyle yarışmamaktadır ve hatta taşınmazın çitle çevrilmesi, kilidin değiştirilmesi ve benzeri durumlarda iki davanın işlevi de aynıdır. Davacının, davasını elatmanın önlenmesi ve istihkak davalarından hangisiyle adlandıracağı kendi tercihinin kalmıştır. Nitekim öğretide maliki tatmin etmek için her iki hükmün de tek başına anlam ifade etmediği durumlarda birinin diğerinin yerini alabileceği ifade edilmektedir⁵³⁷. Yargıtay ise bu tür uyuşmazlıkları elatmanın önlenmesi davası olarak kabul etmektedir⁵³⁸.

Elatmanın önlenmesini talep edebilecek olan malikin, ayrıca zilyet olmasına gerek yoktur. Zilyet olmayan malikin yanı sıra, tek başına malik veya birlikte malik bu davayı açabilir. Taşınmazlarda kütüğe kayıtlı olmayan malikin, tescilsiz kazanma halinin varlığını ispat etmesi gerekir. Taşınmaz tescil edilmeden önce bir elatma gerçekleşmişse, tescil anından önce mülkiyet kazanılmış olduğundan elatmanın önlenmesini dava etmek mümkündür⁵³⁹. Bu özelliği bakımından da elatmanın önlenmesi, istihkak davasıyla benzerlik arz etmektedir⁵⁴⁰.

Birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu bir mala yönelik elatma söz konusuysa, buna ilişkin olarak da elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Paylı mülkiyette elatmada bulunan kişi aynı zamanda paydaşsa, diğer paydaşlardan her birinin dava açarak elatmanın sonlandırılmasını isteme hakkı vardır⁵⁴¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da buna ilişkin olarak, “*paylı mülkiyette paydaşlardan her biri diğer paydaş ya da paydaşlar aleyhine el atmanın önlenmesi davası*

⁵³⁷ **MüKoBGB/Baldus, §985**, s. 1297, kn. 75.

⁵³⁸ Bkz. YHGK T. 23.05.1970, E. 1966/1542, K. 1966/267.

⁵³⁹ **Giritlioğlu**, s. 28.

⁵⁴⁰ İstihkak davasının tescilden önce açılması hakkında bkz. 3.1.2.

⁵⁴¹ **Giritlioğlu**, s. 36; **Eren**, s. 47 vd. İsviçre öğreti ve uygulamasında da paylı mülkiyet halinde bir paydaşın veya dışarıdan birinin elatmada bulunması halinde bunlara karşı elatmanın önlenmesi davasının açılabileceği kabul edilmektedir. Elbirliği mülkiyetinde ise ortakların birlikte hareket etmesi gerekir. Bkz. **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB**, s. 566 vd, kn. 164; **BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641**, s. 959, kn. 59.

açabilir.” şeklinde görüş belirtmiştir⁵⁴². Öte yandan, dava konusunun bölünemeyen ortak menfaatlere ilişkin olması halinde paydaşların birlikte dava açmaları gerekir⁵⁴³. Bu özelliği bakımından da elatmanın önlenmesi davasının, istihkak davasıyla benzerlik arz ettiği görülmektedir.

Elbirliği mülkiyetinin varlığı halinde ortaklardan biri tarafından mala yönelik elatmada bulunulmuşsa, diğer ortakların birbirinin onayını almaksızın elatmanın önlenmesi davası açmaları mümkündür⁵⁴⁴. Bu hususta Yargıtay da bir Hukuk Genel Kurulu kararında, *“iştirak halindeki hissedarların bu taşınmaz maldan birlikte yararlanmaları ve birbirlerine karşı bu yararlanma hakkını engelleyici davranışlarda bulunmamaları gerekir. Aksi halde taşınmaz maldan yararlanılmasına engel olunan hissedar tarafından yararlanmaya karşı olan hissedar aleyhine muarazanın önlenmesi davası açılabilir ve mahkemece de intifa hakkına vaki muarazanın önlenmesine karar verilebilir.”* şeklinde görüş belirtmiştir⁵⁴⁵. Bu görüş, TMK m. 702/IV’te düzenlenen, ortaklardan her birinin topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceği ve bu korumadan bütün ortakların yararlanacağı hükmüyle uyumaktadır.

Elatmanın önlenmesi davasında da davacı kural olarak maliktir. Ancak, istihkak davasında olduğu gibi burada da sınırlı aynî hak sahiplerinin dava açmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Mesela teslim bağli rehin ve intifa hakkı sahipleri bu kapsamdadır⁵⁴⁶. Kişisel hak sahipleri, mesela kendisine satış vaadinde bulunulmuş olan kimse ise bu davayı açamaz⁵⁴⁷. Yargıtay da bu görüşü savunan kararlar vermiştir⁵⁴⁸.

⁵⁴² YHGK, T. 20.12.2006, E. 2006/18-794, K. 2006/816.

⁵⁴³ *“Dava, elatmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Türk Medeni Kanunu’nun 702/4. Maddesi hükmüne göre paylı mülkiyette paydaşlardan herbirinin (taşınmazın korunması için) tek başına dava açması mümkün ise de; davada (yıkım isteği de bulunduğundan) yapı maliki olan kişilerin tümünün davada yer alması gerekir.”* (Yarg. 1. HD., T. 01.05.2007, E. 2993, K. 4797).

⁵⁴⁴ **Eren**, s. 48; **Sirmen**, s. 257; **Ağca Toplandı**, s. 154 vd.

⁵⁴⁵ YHGK, T. 01.12.1971, E. 968/5-632, K. 737. Ayrıca bkz. YHGK, T. 30.12.2009, E. 1-577/688; Y. 3. HD., T. 6.11.2003, 13090/13274.

⁵⁴⁶ **Giritlioğlu**, s. 30 vd; **Eren**, s. 48; **Sirmen**, s. 257; **Turhan/Esener**, s. 190; **Akçaal**, s. 326. Ayrıca bkz. YHGK, T. 14.07.1971, E. 967/1-442, K. 445.

⁵⁴⁷ **Akçaal**, s. 326. **Giritlioğlu**, bu tür durumlarda TMK m. 983 kapsamındaki zilyede tanınan elatmanın önlenmesi davasının açılmasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. **Giritlioğlu**, s. 29 vd.

⁵⁴⁸ *“Elatmanın önlenmesini malik isteyebilir. Satış vaadi sözleşmesi kişisel hak doğurur. 3. kişiye karşı ileri sürülemez ve buna dayanılarak elatmanın önlenmesi istenemez.”*. Bkz. Yarg. 14. HD., T. 10.11.1975, E. 4645, K. 4974 (**Karahasan**, s. 21).

3.2.1.2. Tapu Kütüğünün Düzeltilmesi Davası

Tapu kütüğünün düzeltilmesi davası TMK m. 1025'te düzenlenmiş olup, hükme göre *“bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir.”*. O halde bu dava, tapudaki kaydın şekil eksikliği, ehliyetsizlik, muvazaa gibi sebeplerle yolsuz olması halinde söz konusu yolsuzluğun düzeltilmesi amacıyla açılmaktadır⁵⁴⁹. Aynî haktan kaynaklanması sebebiyle aynî nitelikte bir davadır ve bu sebeple zamanaşımına uğramaz⁵⁵⁰.

İstihkak davası, nitelik itibarıyla bir eda davası olmakla beraber tapu kütüğünün düzeltilmesi ise genellikle tespit davası olarak kabul edilmektedir⁵⁵¹. Öte yandan, uygulamada mahkemelerin yolsuz tescilin iptaline karar verdikleri de görülmektedir⁵⁵².

Düzeltilme davası, yolsuz kaydı düzelttikten sonra davacıya yönelik bir edimde bulunulmasını sağlama amacı taşımamaktadır. Tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının genellikle tespit davası niteliğinde kabul edilmesinin sebebi budur⁵⁵³. Gerçek hak sahibi, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açarak taşınmazı kendi adına tescil ettirdikten sonra malı fiilen iade alabilmek için genellikle bir de istihkak davası açmaktadır. Diğer bir deyişle tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ve istihkak davası, birbirini tamamlar nitelikte açılabilir.

Bir görüş, tapu kütüğünü düzeltme davasının, mülkiyet hakkı tapuda adına yolsuz tescil edilen kimseye açıldığında istihkak davası işlevi ve sınırlı aynî hak tapuda adına yolsuz tescil edildiğinde ise elatmanın önlenmesi davası işlevi gördüğünü öne sürmektedir⁵⁵⁴.

Tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının davacısı, tapuda bir taşınmaz mevcut ve geçerli bir şekilde adına kayıtlıyken yolsuz tescil sebebiyle haksız yere kaydı silinen aynî hak sahipleridir⁵⁵⁵. İstihkak davasının açılabilmesi için ise malikin, tapu kütüğündeki taşınmazdan haksız yere adının

⁵⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 300 vd.

⁵⁵⁰ Öte yandan belirtmek gerekir ki TMK m. 712 hükmüne uygun biçimde olağan zamanaşımının şartları gerçekleşmişse artık tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılmaz. Benzer şekilde, üçüncü kişinin yolsuz tescile dayanarak aynî hak kazanması halinde de bu davayı açmak mümkün değildir. Ünal/Başpınar, s. 382; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 303; Ertaş, s. 189.

⁵⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 304; Ünal/Başpınar, s. 383; Esener/Güven, s. 237; Ertaş, s. 189.

⁵⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 304.

⁵⁵³ Ünal/Başpınar, s. 383; Esener/Güven, s. 237.

⁵⁵⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 304; Akçaal, s. 304. Ertaş da davanın istihkak davası niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Ertaş, s. 189. İsviçre Hukuku'nda ise istihkak veya elatmanın önlenmesi davası açmanın mümkün olmadığı belirli durumlarda, şartların da elvermesi halinde bunların yerine tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılacağı belirtilmektedir. Bkz. BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 562, kn. 154.

⁵⁵⁵ Akıntürk, s. 349; Akçaal, s. 306.

silinmiş olması gerekmez. Hatta bu davanın açılabilmesi için malikin, önce gerçek hak sahibi olduğunu kanıtlaması icap ettiğinden, eğer taşınmaz tapuda adına tescilli değilse ilk önce tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açması gerekir. Ancak yolsuz tescili düzeltilmesinden sonra istihkak davası açılabilir⁵⁵⁶. Diğer bir deyişle yolsuz tescilin varlığı halinde tapu kütüğünün düzeltilmesi davası, istihkak davasının bir ön şartı olarak kabul edilmelidir.

Malikin yanı sıra kıyasen sınırlı aynî hak sahiplerinin de istihkak davasını açabilecekleri kabul edilmektedir⁵⁵⁷. Tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının da kural olarak aynî hak sahipleri tarafından açılabileceğini söylemek mümkündür⁵⁵⁸. Öte yandan, şahsî hak sahipleriyle aynî hak sahipleri arasındaki durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Şahsî hak sahiplerinin istihkak davası açamayacağı yukarıda belirtilmişti⁵⁵⁹. Tapu kütüğünün düzeltilmesi davası bakımından ise terkin edilen şahsî hakkın düzeltme davasıyla yeniden şerh edilmesine gerek yoktur. Zira şahsî haklar, şerh edildiklerinde kuvvetlendirilmiş olsalar da aynî hak niteliğini kazanmaz. Ayrıca terkin edilmiş olsa dahi varlığını devam ettirmekle beraber “kuvvetlendirilmiş” şahsi hak olma özelliğini kaybeder. Bu sebeple, tapu kütüğündeki durumla fiilî durum arasında bir aykırılık olmadığından düzeltme davası açılmaz. Bu durumda şahsî hak sahibi, gerektiğinde ancak şerhin yeniden yapılması için dava açabilir⁵⁶⁰. Bunun yanı sıra, şahsî hak sahibinin aynî hak sahine karşı düzeltme davası açıp açamayacağı hususunda öncelik ilişkisini göz önünde bulundurmak gerekir. Eğer şahsî hakkın şerh edilmesinin ardından bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmişse, şahsî hakkın zaten önceliği bulunduğundan dava açılmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. Bununla birlikte, şahsî haktan önce yolsuz olarak tescil edilmiş bir aynî hakkın bulunması gibi bir durumda hukukî yararın varlığından söz edilebilir. Mesela önalım hakkının tesisinden önce yolsuz olarak bir rehin hakkının kurulmuş olmasında durum böyledir. Zira cibrî icra ile yapılan satışlarda önalım hakkı öne sürülemez. Bu tür durumlarda tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının şahsî hak sahipleri tarafından da açılabilmesi kabul edilmelidir⁵⁶¹. O halde hukukî yararın varlığı halinde şahsî hak sahipleri de düzeltme davası açabilirler⁵⁶². Bir görüşe göre ise bu dava, istihkak davasında olduğu gibi sadece aynî hak sahibi tarafından açılabilir⁵⁶³.

⁵⁵⁶ **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB**, s. 562 vd, kn. 154.

⁵⁵⁷ Bkz. 3.1.3.1 (Davacı).

⁵⁵⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 303; **Ünal/Başpınar**, s. 380.

⁵⁵⁹ Bkz. 3.1.3.1 (Davacı).

⁵⁶⁰ **Akıntürk**, s. 350.

⁵⁶¹ **Ünal/Başpınar**, s. 380 vd; **Akıntürk**, s. 351.

⁵⁶² Aynı yönde bkz. **Ertaş**, s. 190.

⁵⁶³ **Akçaal**, s. 303 vd.

İstihkak davası, taşınır veya taşınmaz bir malı haksız olarak zilyetliğinde bulunduran kişiye karşı açılırken; tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ise adı taşınmaz için yolsuz tescil edilen kimselere veya bunların küllî ya da cüzî haleflerine karşı açılır⁵⁶⁴. Diğer bir deyişle düzeltme davasında davalı, yolsuz tescil sebebiyle taşınmaz üzerinde gerçek hak sahibiymiş gibi görünmektedir. Oysa istihkak davası taşınmazların yanı sıra taşınırılar için de açılabilceğı gibi, taşınmazlar bakımından yolsuz tescilin mevcut olması gerekmez. Hatta taşınmazın tapuda kayıtlı olması da gerekmez⁵⁶⁵. Bu davanın davalısı, yukarıda⁵⁶⁶ davalı başlığında da incelendiğı gibi fuzulî şâgil, kiracı, kullanım ödöncü sahibi gibi doğrudan zilyetliğı elinde bulunduran herhangi biri olabilir.

3.2.1.3. Zilyetlik Davaları

İstihkak davasıyla zilyetlik davalarının arasındaki fark, her şeyden önce davaların amacı bakımından kendini gösterir. İstihkak davasının amacı, mutlak olan mülkiyet hakkını koruyarak malın sahibine iadesini sağlamakken; zilyetlik davalarınınki ise ihkak-ı hakka engel olmak ve toplumdaki huzur ve güven ortamının devamlılığını ya da yeniden tesisini sağlamaktır. Bu sebeple, zilyetlik davalarını hırsız gibi haksız zilyetler dahi açabilir. Bu davalarda ispat edilmesi gereken husus, zilyetliğin haklı bir sebebe dayanıp dayanmaması değil, zilyetliğin gasp veya tecavüzden önce davacıda bulunduğudur. Bunun ispatıyla mal davacıya verilerek bir an önce eski halin iadesinin sağlanması amaçlanır⁵⁶⁷. O halde istihkak davasında mülkiyet hakkının varlığının ve dolayısıyla mülkiyete sebep olan bir hukukî işlem varsa bunun geçerliliğinin dahi ispat edilmesi gerekirken, zilyetlik davalarında sadece önceki zilyetliğin ispatıyla mal malikin elinden dahi alınabilir⁵⁶⁸. Öte yandan, bu durum malikin mal üzerinde hakkını iddia ve ispat edemeyeceğı anlamına da gelmez. Gasp veya tecavüzüne zilyetlik davası yoluyla son verilen malik (davalı), var olduğunu öne sürdüğü üstün hakkını TMK m. 982/II'ye göre derhal veya diğer düzenlemelere göre sonradan açacağı davada ispat ederek malın tekrar kendisine verilmesini sağlayabilir⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 303; Akıntürk, s. 348; Ünal/Başpınar, s. 382; Esener/Güven, s. 237; Ertaş, s. 190. Eğer yolsuz tescilden yararlanan kimse yoksa düzeltme davasının tapu idaresine açılması da mümkündür. Bkz. Ertaş, s. 191.

⁵⁶⁵ Eren, s. 38 vd; Esener/Güven, s. 238.

⁵⁶⁶ Bkz. 3.1.3.2.

⁵⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 93; Ünal/Başpınar, s. 197 vd; Sirmen, s. 92; Esener/Güven, s. 86; Nomer/Ergüne, s. 62.

⁵⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 94; Ünal/Başpınar, s. 203; Sirmen, s. 92; Nomer/Ergüne, s. 62.

⁵⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 94; Ünal/Başpınar, s. 198 vd, 202; Sirmen, s. 92; Nomer/Ergüne, s. 62.

Zilyetlik davaları olarak bilinen ve doğrudan doğruya zilyetliğin korunması amacıyla düzenlenmiş olan davalar; yedin iadesi (geri verme) davası ile men'i müdahale (saldırının önlenmesi) davası olmak üzere iki tanedir. Men'i müdahale davası bazı kaynaklarda elatmanın önlenmesi olarak da anılmakla beraber⁵⁷⁰, TMK m. 683'te düzenlenen ve malikin mülkiyet hakkına yönelik saldırının sonlandırılması amacını taşıyan elatmanın önlenmesi davasıyla karışmaya sebep olacağı sebebiyle ayırt edilmeleri gerekmektedir. Bu dava, TMK m. 983'te zilyetliğe saldırıdan dolayı dava hakkı olarak ifade edilmektedir. Yedin iadesi davası ise m. 982'de zilyetliğin gaspında dava hakkı şeklinde düzenlenmiştir.

Zilyetlik davalarında hak düşürücü süreler TMK m. 984'te düzenlenmiştir. Buna göre *“gasp ve saldırıdan dolayı dava hakkı, zilyedin fiili ve failini öğrenmesinden başlayarak iki ay ve her hâlde filin üzerinden bir yıl geçmekle”* düşeceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere zilyetlik davaları için öngörülmüş olan süreler oldukça kısadır. İstihkak davasında ise herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır⁵⁷¹.

Zilyetlik davaları, basit yargılama usulüne tâbidir ve sulh hukuk mahkemelerinde görülmektedir. Bu durum, HMK m. 4/1/c'de *“sulh hukuk mahkemeleri, ... taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları, ... görürler”* ifadesiyle hükme bağlanmıştır. İstihkak davasında ise basit yargılama usulü uygulanmaz ve asliye hukuk mahkemesi görevlidir⁵⁷².

Zilyetlik davalarından ilki olan yedin iadesi davasının davacısı, zilyetliği gasp edilen kişidir. Öte yandan, iadenin dolaylı zilyede mi yoksa (önceki) doğrudan zilyede mi yapılacağı hususunda kanunda bir açıklık yoktur. Bu sebeple, BGB §869'da düzenlenen ve malın iadesinin mümkünse doğrudan zilyede, onun kabul etmemesi halinde dolaylı zilyede yapılması gerektiğini belirten hükmün Türk Hukukunda da uygulanması gerektiği öne sürülmektedir⁵⁷³. Kanaatimizce de iadenin (önceki) doğrudan zilyede veya mümkün olmaması halinde dolaylı zilyede yapılabileceğini söylemek mümkündür. Zira eğer bu davanın amacı hak sahipliğinin yeniden tesisinden ziyade bir an önce eski halin iadesini sağlamaksa, kabul edilebilecek en pratik çözüm budur. Malın zilyetliğinin, sözleşmeyle (mesela kiracıya) devredildikten sonra üçüncü kişi haksız zilyedin eline geçmesi halinde kiracı tarafından iade alınamıyor olması sebebiyle malın, istihkak

⁵⁷⁰ Bkz. 1.1.3 (Konunun Sınırlandırılması).

⁵⁷¹ Bkz. 3.1.5. (Süresi).

⁵⁷² Bkz. 3.1.6. (Görevli ve Yetkili Mahkeme).

⁵⁷³ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 94; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181; Ünal/Başpınar, s. 203; Sirmen, s. 92 vd; Nomer/Ergüne, s. 61.

davasıyla malik tarafından iade alınabileceğinden yukarıda bahsedilmişti⁵⁷⁴. Bu husus BGB §986'da açıkça düzenlenmiş olmakla beraber, Türk Medenî Kanunu'nda bununla ilgili bir hüküm bulunmadığını da hatırlatmak gerekir.

Hem zilyetlik davalarında hem de istihkak davasında dava konusunun taşınır veya taşınmaz mal olması mümkündür⁵⁷⁵. Bunun yanı sıra, istihkak davasını paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti sahiplerinin açabileceği yukarıda belirtilmişti⁵⁷⁶. İade davasında da davacı, birlikte veya paylı zilyet olabilir⁵⁷⁷.

İstihkak davasının davalısı haksız zilyettir. Haksız zilyet, malı çalarak ya da zorla ele geçirmiş veya sözleşme süresinin sona ermesine rağmen vaktinde iade etmek yerine elinde tutmaya devam etmiş olabilir. Diğer bir deyişle, haksız zilyetliğin ne şekilde oluştuğunun bir önemi bulunmamaktadır. İade davasında ise davalı, malı gasp eden ve buna iştirak eden kişiler ile bunların küllî halefleridir. Bu kişilerde kusurun varlığı aranmaz. Cüzî haleflere karşı iade davasının açılıp açılmayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, cüzî haleflere karşı da bu davanın açılabilceğini öne sürmektedir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise iade davasını açma imkânı, sırf gasp olayı sebebiyle toplumdaki güven ortamının korunmasını sağlamak amacıyla getirilmiş olduğundan, sadece gasp edene karşı açılabilmelidir. Cüzî haleflere karşı davanın açılması imkânını tanımak, amacını aşacak şekilde davanın kapsamını genişletir. Bu sebeple, cüzî halef aleyhine şartlar sağlanıyorsa istihkak davası açmak gerekir. Gasp eden aleyhine dava açılmak isteniyorsa da bu dava, tazminat davası olmalıdır⁵⁷⁸.

3.2.1.4. Taşınır Davası

Taşınır davası da istihkak davasında olduğu gibi malın haksız zilyetten alınarak hak sahibine iade edilmesine yöneliktir. Bu özelliği bakımından iki dava, birbiriyle oldukça benzer gibi görünmektedir. Hatta taşınır davası için, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 902'nci maddesinin ilk cümlesinde⁵⁷⁹ yanıltıcı olarak "istihkak davası" ifadesi kullanılmaktaydı⁵⁸⁰. 4721

⁵⁷⁴ Bkz. 3.1.3.1. (Davacı).

⁵⁷⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 180; Ünal/Başpınar, s. 204; Sirmen, s. 91 vd; Nomer/Ergüne, s. 61 vd.

⁵⁷⁶ Bkz. 3.1.3.1. (Davacı).

⁵⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 95; Ünal/Başpınar, s. 204; Sirmen, s. 93; Nomer/Ergüne, s. 61 vd.

⁵⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 95 vd; Ünal/Başpınar, s. 204; Sirmen, s. 94; Nomer/Ergüne, s. 62 vd.

⁵⁷⁹ "Yedinden sirkat olunan veya kendisi tarafından gaip edilen veya rızası olmaksızın diğer her hangi bir suretle elinden alınan bir menkulün zilyedi beş sene müddet zarfında istihkak davası ikame edebilir."

⁵⁸⁰ Bu durum, 743 sayılı Kanun döneminde de iki davanın birbirinden farklı olması sebebiyle yanıltıcı bulunarak eleştirilmiştir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 180; Ünal/Başpınar, s. 212; Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 193.

sayılı Türk Medenî Kanunu'nda bu ifade düzeltilmiş ve dava, “taşınır davası” şeklinde zikredilmiştir⁵⁸¹.

İstihkak ve taşınır davaları arasındaki farklardan biri, ispat yüküne ilişkindir. Yukarıda⁵⁸² da açıklandığı üzere Roma Hukuku döneminde doğrudan doğruya hakkın ispat edilebilmesi için zilyedin, önceki maliklerin haklarını da aslen kazanmanın gerçekleştiği âna kadar eskiye gidilecek şekilde ispat etmesi gerekiyordu. Böyle bir külfetin, ispat edilebilirliği neredeyse imkânsız hale getirmesi sebebiyle dönemin hukukçuları bunu *probatio diabolica* (şeytan beyyinesi) olarak adlandırarak ispat yükünü hafifletmeyi uygun görmüşlerdir. Taşınır davasının da bu ihtiyaçtan doğarak, irade dışı elden çıkan taşınırların geri alınabilmesi için ispat yükünü istihkak davasına göre biraz daha kolaylaştıran bir dava olduğu söylenebilir. Öyle ki taşınır davası, zilyetliğe bağlı hak karinesine dayanmaktadır. Diğer bir deyişle, davacının hak karinesini ispat etmesi yeterlidir⁵⁸³. Söz konusu hak karinesinden çeşitli biçimlerde yararlanılabilir. Bunlar; aynî hakların (mülkiyet, intifa, rehin) yanı sıra kira, eser, vekâlet, hizmet, ödünç gibi kişisel haklar da olabilir⁵⁸⁴. Kanun koyucu, her şeyden önce taşınır zilyetliğini TMK m. 985/I'e göre mülkiyet hakkına karine kabul etmiştir. Buna göre halihazırdaki zilyet, elinde bulundurduğu mal üzerinde malik kabul edilir. Bunun aksini iddia eden, ispatla mükelleftir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise önceki zilyedin de mal üzerinde daha önceden zilyet olduğunu ve malın iradesi dışında elinden çıktığını ispat etmesi, taşınır davası açabilmesi için yeterlidir. Aslî zilyedin mülkiyet karinesinden ferî zilyetler de yararlanabilir (m. 986). Hatta fer'î zilyet, malı üçüncü kişiye vererek dolaylı zilyet haline gelse bile karineden yararlanabilir⁵⁸⁵. İstihkak davasında ise doğrudan doğruya mülkiyet hakkının varlığının ispatı aranmaktadır. Bunun yanı sıra devralınan mülkiyetin geçerli bir hukukî işleme dayanarak gerçekleştiğinin de ispatı aranır. Hatta sınırlı aynî hakka dayanarak istihkak davası açan kimsenin, sadece kendi sınırlı aynî hakkının geçerliliğini değil, aynı zamanda iddiasını dayandırdığı sınırlı aynî hak ilişkisinin diğer ucundaki malikin kendisine geçerli yoldan bu hakkı devretme yetkisinin olduğunu da kanıtlaması gerekir⁵⁸⁶. Yine, mülkiyet hakkının varlığının yanı

⁵⁸¹ Bu dava; öğreti ve uygulamada “menkul davası”, “istirdat davası”, “zilyetliğe haklılık davası”, “zilyetliğin iadesi davası”, “zilyetliğe dayanan istihkak davası” adlarıyla da zikredilmektedir. Bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 221; **Akıntürk/Akipek/Ateş**, s. 193; **Saymen/Elbir**, s. 98 vd; **Gürsoy**, s. 93; **Turhan/Esener**, s. 34.

⁵⁸² Bkz. 1.2.2.1. (Roma Hukuku).

⁵⁸³ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 199; **Esener/Güven**, s. 236 vd.

⁵⁸⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 153; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 106 vd, 108 vd; **Serozan**, s. 153; **Ünal/Başpınar**, s. 214, 231; **Nomer/Ergüne**, s. 69, 71; **Akçaal**, s. 218.

⁵⁸⁵ **Ünal/Başpınar**, s. 214 vd; **Akıntürk/Akipek/Ateş**, s. 199 vd.

⁵⁸⁶ **Akıntürk/Akipek/Ateş**, s. 205.

sıra davalının zilyetliğinin haksız olduğu da ispat edilmelidir⁵⁸⁷. Görüldüğü üzere taşınır davasının, istihkak davasına göre daha kolay ispat edilebilir bir dava olduğu söylenebilir. Bu sebeple taşınır davası açmak genellikle daha tercihe şayandır. Bununla beraber, bazı hallerde taşınır davası açmak mümkün olmayabilir. Mesela satış sözleşmesinin geçersiz olması sebebiyle verilen bir malın iadesi için taşınır davası açılmaz. Çünkü mal, satıcının iradesi dışında elinden çıkmamıştır. Nitekim alıcı da malı kötü niyetle edinmemiştir.⁵⁸⁸ Benzer şekilde, sınırlı ehliyetsizin yaptığı hukukî işleme yasal temsilcisinin icazet vermemesi halinde de mal rıza dâhilinde elden çıkmış olmasına rağmen mülkiyet karşı tarafa geçmediği için taşınır değil, istihkak davası açılabilir⁵⁸⁹.

Kişisel hakka dayanarak iade talebinde bulunmak taşınır davasının aksine istihkak davasında mümkün değildir. Bu durum, iki davanın niteliklerinin de birbirinden farklı olduğunu göstermektedir. Her iki dava da eda niteliğinde olmakla birlikte⁵⁹⁰, istihkak davası aynî dava niteliğindeyken; taşınır davasına dayanak olarak herhangi bir aynî veya kişisel hak gösterilebilir⁵⁹¹.

Taşınır ve istihkak davaları arasındaki bir diğer fark ise davanın konusu bakımından söz konusu olur. İstihkak davası hem taşınır hem de taşınmazlar için açılabilirken taşınır davası, adından da anlaşılacağı üzere sadece taşınırların iadesi için açılmaktadır⁵⁹². Öte yandan, tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların geri alınabilmesi için taşınır davasının açılabileceği Yargıtay⁵⁹³ ve bazı yazarlar⁵⁹⁴ tarafından kabul edilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise tapusuz taşınmazların geri alınması için TMK m. 982'ye göre saldırının önlenmesi ve zilyetliğin sebepsiz kazanılması davası açmak gerekir⁵⁹⁵.

Taşınır davası, malı sadece bir süreliğine de olsa fiilî hakimiyetinde bulundurmuş olan evvelki zilyet tarafından açılabilir. İstihkak davasının açılabilmesi içinse böyle bir şart bulunmamaktadır. Malın define yoluyla bulunması (TMK m. 772), başka malla karışması (m. 776), ürün olarak (m. 685) başkasının zilyetliğinde peyda olması gibi ihtimallerde malik, mal

⁵⁸⁷ Bkz. 3.1.4. (İspat Yüğü).

⁵⁸⁸ Serozan, s. 157; Ünal/Başpınar, s. 230.

⁵⁸⁹ Ünal/Başpınar, s. 230.

⁵⁹⁰ Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 206; Ünal/Başpınar, s. 231; Esener/Güven, s. 235.

⁵⁹¹ Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 206; Ünal/Başpınar, s. 231.

⁵⁹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 118; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 205; Ünal/Başpınar, s. 230; Sirmen, s. 117; Ertaş, s. 68.

⁵⁹³ YHGK. T. 12.06.1963, E. 8-30/26 (Karabasan, Gayrimenkul, 309); YHGK. T. 03.06.1964, E. 8-270/396 (Karabasan, Gayrimenkul, 368 vd.).

⁵⁹⁴ Reisoğlu, Safa, la Prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatriculés en droit suisse et en droit turc, Lausanne, 1956, s. 88; Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 193; Esener/Güven, s. 236; Akçaal, s. 205.

⁵⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 105.

üzerinde hiç doğrudan zilyetlik tesis etmiş olmadığı için taşınır davası açamaz. Ancak mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası açabilir⁵⁹⁶.

Taşınır ve istihkak davaları arasındaki bir diğer fark, süreler bakımından ortaya çıkmaktadır. TMK m. 989/I'de taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka bir şekilde elinden çıkan zilyedin, taşınırı elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabileceği hükmüne yer verilmiştir. O halde taşınır davasında beş yıllık hak düşürücü süreye yer verildiği görülmektedir⁵⁹⁷. Belirtmek gerekir ki bu beş yıllık süre, iyi niyetli haksız zilyede karşı geçerlidir. İyiniyetli haksız zilyet, beş yılın sonunda taşınırın mülkiyetini kazanır. Kötü niyetli zilyet ise hiçbir şekilde mülkiyeti kazanamaz. TMK m. 991/I'e göre kötü niyetli haksız zilyede karşı her zaman taşınır davası açılabilir. İstihkak davasında ise iyi niyet ayrımı gözetilmeksizin her zaman dava açmak mümkündür⁵⁹⁸.

Taşınır davası için TMK m. 989/I'de yer verilen beş yıllık hak düşürücü sürenin yanı sıra, TMK m. 777/I'de de beş yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Buna göre, başkasının taşınırına davasız ve aralıksız beş yıl boyunca iyi niyetle ve malik sıfatıyla zilyet olan kimse, zamanaşımı yoluyla taşınırın maliki haline gelir. Buna bağlı olarak, taşınmazlardaki TMK m. 712 hükmüne benzer şekilde, taşınır malı iyi niyetle kazanan birine karşı mülkiyet hakkının kaybedilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum, mülkiyet hakkının mutlak olması sebebiyle aynî davalarda zamanaşımının bulunmadığı kuralının istisnası şeklinde yorumlanabilir. Dolayısıyla, beş yıllık zamanaşımı süresini iyi niyetli, malik sıfatıyla, davasız ve aralıksız biçimde dolduran zilyede karşı açılan dava ister istihkak ister taşınır davası olsun, davacıyı aynı olumsuz sonuca ulaştırmaktadır. Öyle ki eğer istihkak davası açılmışsa, TMK m. 777 gereği davalı, davacının aynî hakkının sona erdiği öne sürebilmektedir. Açılan davanın taşınır davası olması halinde ise davalı, hak düşürücü sürenin dolduğunu öne sürebilmektedir. İki durumda da dava, beş yıllık zamanaşımı veya hak düşürücü süre sebebiyle reddedilmelidir. Buradan hareketle, taşınır davası için düzenlenen TMK m. 989'daki beş yıllık hak düşürücü sürenin istihkak davası için de geçerli kabul edilebileceği veya pratikte ikisinin arasında hiçbir fark olmadığı düşüncesi akla gelebilir. Diğer bir deyişle, iyi niyetli haksız zilyetliğin tesisinden itibaren beş yıl geçtikten sonra, tıpkı taşınır davasına hak düşürücü süre uygulanıyormuşçasına istihkak davası açma imkânı da ortadan kaybolacak mıdır? Bu soruyu cevaplamak için farklı ihtimalleri göz önünde bulundurmak

⁵⁹⁶ Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 205.

⁵⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 119; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 196, 206; Ünal/Başpınar, s. 233; Nomer/Ergüne, s. 80; Esener/Güven, s. 236; Ertaş, s. 69; Akçaal, s. 214, 218.

⁵⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 119; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 206; Ünal/Başpınar, s. 233; Ertaş, s. 69; Sirmen, s. 118; Nomer/Ergüne, s. 81; Akçaal, s. 218.

gerekir. Öncelikle, malikin kamuya açık bir alanda unuttuğu malını terk edilmiş sanarak alan zilyede karşı beş yıl geçtikten sonra herhangi bir talepte bulunulamaz. Zira TMK m. 989 gereği taşınır davasının hak düşürücü süresi dolmuş ve TMK m. 777 gereği aynı hak karşı tarafa geçmiştir. Bu örnek, iki maddeyi birbirine yaklaştıran, meselenin en basit halidir. Buna karşılık, bir kimse, başkasına ait bir malı çaldıktan iki yıl sonra götürüp üçüncü kişiye satarsa ve bunun üzerinden de dört yıl geçerse, malikin fiilî hakimiyeti kaybetmesinin üzerinden altı yıl geçmiş olacağı için mevcut iyi niyetli zilyede karşı TMK m. 989'daki beş yıllık hak düşürücü sürenin dolmuş olması sebebiyle taşınır davası açılmaz. Ancak TMK m. 777'ye göre beş yıl boyunca davasız ve aralıksız, malik sıfatıyla ve iyi niyetle zilyet olma şartı henüz gerçekleşmediği (zilyetliğin tesisinden itibaren dört yıl geçtiği) için, asıl malikin aynı hakkı devam etmektedir. Bu sebeple malik, istihkak davası açarak malını geri alabilir⁵⁹⁹. Görüldüğü üzere TMK m. 777'deki zamanaşımı süresinin başlangıcı, iyi niyetli zilyedin zilyetliğinin başlangıcından itibaren; TMK m. 989'daki hak düşürücü sürenin başlangıcı ise hak sahibi zilyedin fiilî hakimiyetinin son bulunduğu andan itibaren işlemektedir. Aradaki bu fark, taşınır davası ile istihkak davası arasında yapılacak olan tercihte rol oynar. Bu arada ayrıca belirtmek gerekir ki TMK m. 996'da *“kazandırıcı zamanaşımından yararlanma hakkına sahip olan zilyet, zilyetliği kendisine devreden aynı yetkiye sahip idiyse onun zilyetlik süresini kendi süresine ekleyebilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, malı haksız olarak ele geçiren iyi niyetli zilyedin, bunu iki yıl sonra başka bir iyi niyetli zilyede devretmesi ve yeni zilyedin de üç yıl boyunca elinde tutması gibi bir ihtimalde, iki süre birbirine eklenir. Toplamda beş yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresi dolmuş olacağı için aynı hak kazanılır ve bu son zilyede karşı istihkak davası dâhil herhangi bir talepte bulunulamaz.

Taşınır davası neticesinde taraflar arasındaki zilyetliğe bağlı hak karinesi çözüme bağlanır. Diğer bir deyişle, malı kimin elinde bulundurma yetkisinin olup olmadığı mahkeme kararıyla ortaya konulur. Bu sebeple, verilen kararın kesinleşmesi halinde daha sonra istihkak davası açmanın mümkün olmadığı öğretide öne sürülmektedir. Zira burada dava, zilyetlik davalarının aksine kalıcı olarak çözümlenmektedir. Hatta, açılan davanın beş yıllık hak düşürücü sürenin dolması sebebiyle reddedilmesi halinde dahi durum böyledir. Zira iyi niyetli zilyet, beş yıllık sürenin dolmasından sonra mülkiyeti kazanır⁶⁰⁰.

Taşınır davasının dava şartı eksikliği sebebiyle reddedilmesinin üzerine istihkak davasının kural olarak açılabileceği kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, taşınır davasında davacının, malın önceki zilyedi olduğunu veya zilyetliği iradesi hilafına kaybettiğini ispat edememesi halinde de iki

⁵⁹⁹ Serozan, s. 158 vd.

⁶⁰⁰ Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 203.

davanın dayandığı esasların farklı olması sebebiyle istihkak davasının açılabilceğı belirtilmektedir⁶⁰¹. Kanaatimizce bu görüş daha uygundur. Çünkü davacı, her ne kadar taşınır davasında bu iki hususu ispat edemese de hâlâ istihkak davasında ispat edebileceğı bir mülkiyet hakkı bulunmaktadır.

Beş yıllık sürenin dolmasıyla birlikte reddedilen taşınır davasının ardından istihkak davası açılmışsa, davalının mülkiyet hakkına dayanması halinde istihkak davasının da reddedilmesi gerekir⁶⁰².

TMK m. 989/I'de taşınır davasının, malın çalınması, kaybolması veya irade dışında elden çıkması durumlarında açılabilceğı düzenlenmiştir. İrade dışında elden çıkma ifadesine dayalı olarak irade sakatlıklarına ilişkin bazı değerlendirmelere aşağıda⁶⁰³ yer verilmiş olup, burada ayrıntıya girilmemiştir.

Şu âna kadar açıklananlardan hareketle kısaca özetlemek gerekirse, taşınır davasının açılmadığı şu hallerde istihkak davası yoluna başvurmak gerekir:

- Davacının mal üzerinde hiç zilyetlik kurmamış olması,
- Malın, davacının zilyetliğinden iradesi dışında (kötü niyetli olmayan) zilyede geçmiş olması,
- Sürenin dolması sebebiyle taşınır davasının artık açılmıyor olması,
- Mal, malikten kötü niyetle elde edilmiş olmakla birlikte, daha sonraki bir anda malikin zilyetliğe cevaz vermiş olması,
- Malın doğrudan fer'i zilyet tarafından kaybedilmiş olmasına rağmen, sadece dolaylı zilyet olan malik tarafından iade alınmasının gerektiğı bir durumun söz konusu olması⁶⁰⁴.

3.2.1.5. Sözleşmeden Doğan İade Davası

Bir sözleşme ilişkisi gereğı zilyetliği karşı tarafa devredilen bir malın, sözleşmenin gereğı gibi yerine getirilememesi sebebiyle iade edilmesi gerekebilir. Böyle bir durumda malı iade etmeyen kişiye karşı nasıl bir iade talebinde bulunulabileceğinin ele alınması icap etmektedir.

Sözleşmeden doğan iade davası açılabilmesinin bir yolu, sözleşmenin süresinin sona ermesi gibi bir sebeple kendiliğinden ortadan kalkmasıdır. Bu durumda malı elinde bulunduran tarafın iadede bulunması gerekir. İade yükümlülüğünün ihlâl edilmesi halinde ise haksız zilyetlik söz konusu olur. Dolayısıyla malın iadesi için istihkak veya sözleşmeden doğan iade davası açmak

⁶⁰¹ **Boz**, Reyhan Tuhan, Taşınır Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 104 vd.

⁶⁰² **Boz**, s. 105 vd.

⁶⁰³ Bkz. 4.2.1. (Malikin İradesi).

⁶⁰⁴ **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB**, s. 563 vd, kn. 156.

mümkündür⁶⁰⁵. Taraflar arasındaki anlaşmayla bir sınırlı aynı hak tesis edilmesi halinde de benzer bir durum söz konusudur. Mesela üst hakkının sona ermesi halinde malik, üst hakkı sahibine karşı sözleşmeden doğan iade davasının yanı sıra istihkak veya elatmanın önlenmesi davası da açabilir⁶⁰⁶. Zira üst hakkının sona ermesiyle birlikte yapının mülkiyeti tekrar arazinin bir parçası haline gelir⁶⁰⁷.

Bir sözleşmenin sona ermesinin dönme, fesih, iptal gibi farklı yolları da bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, iade talebinin ne şekilde yapılabileceği meselesi, sözleşmenin türüne göre de değişkenlik arz eder. Bunun sebebi, bazı sözleşme türlerinde iadenin ne şekilde yapılabileceğinin kanunda özel olarak düzenlenmiş olabilmesidir. Yine, taraflar bu hususta özel bir sözleşme hükmü kararlaştırmış da olabilirler. Dolayısıyla, iadenin istihkak davası mı yoksa sözleşmeden doğan iade kapsamında mı yapılabileceğinin tespiti yapılırken, öncelikle bu hususların göz önünde bulundurulması gerekir. Bu sebeple sözleşmenin sona erme türleri aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

3.2.1.5.1. Dönme

Dönme, ani edimli sözleşmelerin yenilik doğuran hak olarak tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir⁶⁰⁸. Bu hak, öncelikle borçlunun temerrüdüne yönelik olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 125/II'ye göre alacaklı, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçerek sözleşmeden dönebilir. Bu durumda taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüklerinden kurtularak daha önce ifa ettikleri edimlerin iadesini talep edebilirler (m. 125/III). Bundan başka olarak dönme hakkı, özel hükümler kapsamında da kullanılabilir⁶⁰⁹. Mesela TBK m. 227'de alıcının, ayıp halinde satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönebileceği ve TBK m. 229'da ise dönme hakkının kullanılmasına bağlı olarak elde ettiği yararlarla birlikte malı satıcıya geri vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Benzer şekilde, eser sözleşmesinde ayıp sebebiyle iş sahibinin

⁶⁰⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 401 vd. Sözleşme ilişkisi sebebiyle oluşan haklı zilyetliğin istihkak talebine karşı def'i olarak öne sürülebileceği ve zilyetliğin haksız hale gelmesinden sonra istihkak davası açılabilceği hakkında ayrıca bkz. 2.1.3.4.1 ve 2.1.3.4.5.

⁶⁰⁶ **Karauz**, Ağâh Kürşat, Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 126, dn. 368.

⁶⁰⁷ **Karauz**, s. 126 vd.

⁶⁰⁸ **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 58 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1427 vd; **Seliçi**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 208; **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 3, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 572 vd; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 317; **Seçer**, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484), Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 74.

⁶⁰⁹ Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 461.

dönme hakkı TBK m. 475/I/1'de yer almaktadır. Buna göre iş sahibi, eserin kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı olması halinde sözleşmeden dönebilir. Bunun yanı sıra, başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabileceğinin anlaşılması halinde de iş sahibine dönme hakkı tanınmıştır (m. 482/I). Yine, götürü bedel belirlenen eser sözleşmelerinde sözleşme şartlarının aşırı miktarda değişmesi halinde yüklenici için (uyarlama isteme hakkının akabinde) dönme hakkına yer verilmiştir (m. 480/II). Benzer şekilde; ifa güçsüzlüğüne ilişkin TBK m. 98, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138, satış sözleşmesinde alıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 235, taksitle satışta⁶¹⁰ alıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 259 ve 260, ön ödemeli taksitle satışta alıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 271/I, ayıp sebebiyle tüketiciye tanınan seçimlik haklara ilişkin TKHK m. 11/1/a gibi muhtelif hükümlerde de dönmeye yer verilmektedir. O halde dönme hakkının kullanılmasına bağlı olarak, ilgili kanun hükümleri kapsamında iade talebinde bulunmak gerekir.

Öğretide dönmenin bir yenilik doğuran hak olduğu kabul edilse de hangi türde yenilik doğuran hak olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁶¹¹. Konumuz bakımından dönmenin hukukî niteliği önemlidir. Zira dönme hâlinde istihkak davasının açılıp açılmayacağı benimsenen görüşe göre farklılık arz eder.

Dönmeye ilişkin görüşlerden ilki olan klasik dönme görüşüne göre, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte sözleşme sona erer. Bu sebeple, dönme beyanının kullanılması bozucu yenilik doğuran hak olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin sona ermesiyle ise o âna kadar ifa edilmemiş olan edimler için talep hakkı sona ererken, ifa edilmiş olan edimlerin iadesi talep edilebilir⁶¹². Kanaatimizce klasik dönme görüşünün kabul edilmesi halinde artık ortada bir sözleşme kalmadığı için, karşı tarafa bir mal vermiş olan malikin bunu istihkak davası yoluyla talep etmesi mümkün olabilir⁶¹³. Öte

⁶¹⁰ Taksitle satışta iade yükümlülüğü ayrıca TMK m. 765'te düzenlenmiş olup, buna göre taksitle satılan malın iadesi taksitle satış hükümlerine ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine göre geri istenebilir.

⁶¹¹ Görüşler için bkz. **Serozan**, Dönme, s. 59 vd, 73 vd; **Öz**, Dönme, s. 135 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1427 vd; **Seliçi**, s. 209; **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt - I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, ss. 98 vd.

⁶¹² **Oğuzman/Öz**, s. 546 vd, 551; **Öz**, Turgut, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2011, C. 13, S. 16, sa. 131-172, s. 133 vd.

⁶¹³ Bu hususta bazı yazarlar istihkak davasının, bazılarıysa sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olacağını savunmaktadır. Bilgi için bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 138; **Oğuzman/Öz**, s. 546 vd.

yandan, klasik dönme görüşü artık Türk Hukukunda yerini büyük ölçüde yeni dönme görüşüne bırakmıştır⁶¹⁴.

Yeni dönme görüşüne göre ise taraflardan birinin dönme hakkını kullanmasıyla birlikte sözleşme sona ermez, sadece tasfiye ilişkisine girer. Bu tasfiye ilişkisi, ifa edilmemiş olan edimlerin artık talep edilemediği ve tarafların sözleşme ilişkisi sebebiyle karşı taraftan almış oldukları malları iade etmeleriyle son bulacak olan geleceğe etkili bir ilişkidir. Dolayısıyla dönme beyanı bozucu değil, değiştirici yenilik doğuran hak olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin sona ermesinden doğan iade yükümlülüğü hâlâ sözleşme ilişkisinin sınırları dâhilindedir⁶¹⁵. Diğer bir ifadeyle, dönme anından itibaren borç ilişkisi tersine çevirilmekte ve ifa edilmiş olan edimin alacaklısı, onun borçlusu haline gelmektedir⁶¹⁶.

Dönme hakkının kullanılmasının, aynî hakka etki edip etmeyeceği de bir başka tartışma konusudur. Tartışmanın ortaya çıkışı, dönmeye bağlı olarak tasarruf işleminin sebebinin ortadan kalkmasından kaynaklanmaktadır. Türk Hukuku'nda genellikle tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu kabul edilir. Eğer dönme hakkının kullanılmasıyla sebep ortadan kalkarsa, malın devrini konu alan aynî tasarruf işleminin⁶¹⁷ akıbeti ne olmalıdır? Diğer bir deyişle, malın mülkiyeti kendiliğinden devredene geri döner mi? Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, sözleşmeden doğan alacak davasının yanı sıra istihkak davasının da açılabilceği sonucuna ulaşılır. Aksi takdirde ise istihkak değil, sadece sözleşmeden doğan alacak davası açılabilir. Dönme hakkının aynî tasarruf işlemine etkisiyle ilgili öğretide üç farklı görüş öne sürülmüştür. Bunlar; sebepsiz zenginleşme, aynî istihkak (dönmenin aynî etkisi) ve yeni dönme (dönüşüm) görüşleridir⁶¹⁸.

Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin ve edimlerin hukukî sebebi ortadan kalktığı için, iade talebinin sebepsiz zenginleşmeye göre öne sürülmesi gerekir⁶¹⁹.

⁶¹⁴ Yeni dönme görüşünün giderek ağırlık kazandığı hakkında bkz. **Akıncı**, s. 398; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1427.

⁶¹⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1427 vd; **Eren**, Borçlar Özel, s. 138 vd; **Baysal**, Başak /**Sanlı**, Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 320; **Akıncı**, s. 398.

⁶¹⁶ **Seliçi**, s. 209.

⁶¹⁷ Tasarruf işleminin etkisini bir aynî hak üzerinde göstermesi halinde aynî tasarruf işlemi söz konusu olur. Bkz. **Serozan**, Dönme, s. 90; **Öz**, Dönme, s. 132; **Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

⁶¹⁸ Bkz. **Serozan**, Dönme, s. 90 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1267 vd; **Antalya**, Cilt V/1,3, s. 580 vd; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 142 vd.

⁶¹⁹ **Oğuzman**, Kemal /**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 2, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s. 380 vd; **Öz**, Dönme, s. 140. Görüş hakkında bilgi için ayrıca bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1267 vd; **Gümüş**,

Aynî istihkak görüşü, dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırdığını ve tasarruf işleminin de bununla birlikte ortadan kalktığını öne sürer. Dolayısıyla, dönmeyle birlikte sebebe bağlılık ilkesi gereğince malı devralanın mülkiyet hakkı sona ereceği için devreden, mülkiyet hakkını kendiliğinden elde eder⁶²⁰. Daha doğrusu mülkiyet hakkı devralana hiç geçmemiştir. O halde devreden, dilerse alacak dilerse istihkak (ve taşınmazlarda tapu kütüğünün düzeltilmesi) davasıyla verdiğini geri isteyebilir. Bu durumda o, hangi dava menfaatine uygun düşüyorsa onu açmalıdır⁶²¹. Sözleşmeden doğan alacak davasının açılabilmesinin, istihkak davasına bir engel teşkil etmemesi gerekir. Hatta öğretide bir görüş⁶²², istihkak davasının sözleşme ilişkisi sebebiyle açılmayacağını kabul edilmesinin, istihkakın kullanım alanını neredeyse ortadan kaldıracağını öne sürmektedir. Bunun sebebi ise hakka dayanan zilyetliğin mutlaka sözleşmeden kaynaklanan bir hukukî temelinin olmasıdır.

Yeni dönme görüşünün benimsenmesi halinde iade yükümlülüğünün doğduğu anda dahi sözleşme ilişkisinin bir anlamda varlığı kabul edildiği için, karşı tarafa verilenlerin iadesi maksadıyla sözleşmeden doğan alacak davasının açılabilmesi kabul edilmektedir. Öğretide

s. 98 vd. **Koller**, hâkim görüşün ve Federal Mahkeme'nin farklı düşündüğünü kabul etmekle beraber sözleşmeden doğan alacak ve istihkak davalarının yanı sıra sebepsiz zenginleşme davasının da açılabilmesini savunmaktadır. Bkz. **Koller**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2023, s. 209.

⁶²⁰ Bu hususta Yargıtay, vermiş olduğu 2012 tarihli bir kararında "... fesih koşullarının oluştuğu belirlendiği takdirde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacağından adlarına kayıtlı olan tapuların iptali ile payları oranında arsa sahiplerine tesciline karar verilmesi gerekirken tüm yönler gözetilmeksizin yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde davacıların fesih ve tapu iptal tescil taleplerinin reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." görüşüne yer vermiştir. Bkz. Yarg. 15. HD., T. 16.04.2012, E. 2012/2647, K. 2012/4512 (K.İ.B.). Her ne kadar kararda fesih ifadesine yer verilmiş olsa da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçmişe yönelik olarak sona erdirildiği ve bağımsız bölümleri satın alan üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin göz ardı edilerek, mülkiyet hakkının arsa sahiplerine ait olduğuna karar verildiği anlaşılmaktadır. Bir başka uyuşmazlıkta ise Yargıtay, her ne kadar bağımsız bölümler yüklenici tarafından satılsa da arsanın gerçekte ona ait olmadığını, yüklenicinin edimini gereği gibi ifa etmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkın doğmayacağını bildiğini, bu sebeple MK m. 931 (TMK m. 1024) hükmünden yararlanmanın mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir (Yarg. 1. HD., T. 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094).

⁶²¹ **MüKoBGB/Baldus**, §985, s. 1228, kn. 72; **Staudinger/Thole**, §985, s. 33 vd, kn. 82; **Erman/Ebbing**, BGB §985, s. 4504, kn. 27; **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 562, kn. 153. Alman İmparatorluk Mahkemesi, satıcı (ifa etmeme sebebiyle) dönme talebinde bulunmadan zararın giderilmesini talep etse bile, sözleşmeden doğan zilyetlik hakkının sona ermesinin istihkak talebinde bulunabilmek için yeterli olduğunu kabul etmiştir. Karar için bkz. **Raiser**, s. 131. Bozucu şarta bağlı tasarruf işlemlerinde aynî hakkın kendiliğinden devredene döneceği hakkında bkz. **Tokat**, Hüseyin, Aynî Akit, Adalet Yayınları, Ankara 2022, s. 66.

⁶²² **Soergel/Stadler**, §985, s. 5 vd, kn. 5.

dönmenin doğurduğu birinci sonuç “hak sahibini borçtan kurtarma etkisi”, ikinci sonuç ise “teslim alınan edim konusu malı geri verme etkisi” olarak ifade edilmektedir⁶²³. Bu görüşe göre sözleşme dönme ile sona ermeyip, tasfiye ilişkisi altında şekil değiştirdiği için taraflar yine sözleşme kapsamında iadede bulunurlar. Dolayısıyla mülkiyet hakkı kendiliğinden devredene geri dönmez. Başlangıçta geçerli biçimde kurulan sözleşme sebebiyle mülkiyet hakkı zaten devralana geçmiştir⁶²⁴. Mülkiyetin geçişi; taşınmazlarda tapuya tescille, taşınırlarda ise zilyetliğin devriyle olur. O halde sözleşmeden döndüğü için malını geri almak isteyen devreden, tasfiye ilişkisi kapsamında taşınmazlarda adına tescilin yapılmasını ve taşınırlarda zilyetliğin devrini talep edebilir⁶²⁵. Diğer bir deyişle, dönme hakkını kullanan devreden, mülkiyetin tekrar kendisine geçirilmesini talep etme hakkına sahip olur⁶²⁶. Bu aynî değil, sözleşmeden doğan kişisel bir taleptir⁶²⁷. Öğretide bu durum, aynî hakların bağımsızlığı ilkesi olarak ifade edilmektedir⁶²⁸.

Bize göre de gittikçe ağırlık kazanan yeni dönme görüşü desteklenerek sözleşmenin tasfiye ilişkisine girdiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda dönme hakkının kullanılmasıyla mülkiyet hakkı kendiliğinden devredene dönmeyip, tarafları iade talep ve yükümlülüğü altına sokar. Dolayısıyla malın iadesi istihkak davasıyla talep edilemez⁶²⁹. Burada yapılması gereken,

⁶²³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1427 vd; **Antalya**, Cilt V/1,3, s. 585 vd.

⁶²⁴ Tasarruf işlemleri nihaidir. Tasarruf işlemi değiştirilmek istenirse yeni bir tasarruf işleminin yapılması gerekir. Bkz. **Ayiter**, Kudret, "Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri", Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 28-10, Ankara 1953, s. 94. g

⁶²⁵ **Raiser**, s. 131; **Serozan**, s. 90 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1268; **Aral/Ayrancı**, s. 185; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 148 vd. Görüş hakkındaki açıklamalar için ayrıca bkz. **MüKoBGB/Baldus**, §985, s. 1228, kn. 70; **Gümüş**, s. 99. Bozucu şarta bağlı tasarruf işlemlerinde aynî hakkın kendiliğinden devredene dönmeyeceği hakkında bkz. **Tokat**, s. 67.

⁶²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, dönmenin aynî haklara etkisi bakımından net bir tavır sergilememiştir. İadenin kapsamı anlamında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünün ardından (bkz. BGE 60 II 28), dönmenin mülkiyet hakkını malike geri vereceği yönünde de karar vermiştir (bkz. BGE 109 II 30). Daha sonra, dönmenin taraflar arasında tasfiye ilişkisi kurduğunu kabul ederek yeni dönme görüşünü benimsemiştir (bkz. BGE 114 II 152 vd).

⁶²⁷ Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 139 vd.

⁶²⁸ **Serozan**, Dönme, s. 91. Tasarruf işleminin aynî haklarda sebebe bağlılığı ile kişisel haklarda sebebe bağlılığının farklı anlamlar taşıdığı ifade edilmektedir. Buna göre aynî hakların sadece kazanılması sırasında sebebin geçerli olması şartı aranırken; kişisel hakların hem kazanılması hem de bunun devamı sırasında sebebin geçerliliği aranır. Kişisel hakların aksine aynî haklar, bir kere kazanıldıktan sonra sebep geçersiz hale gelse bile geçersizlikten etkilenmemektedir. Bkz. **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 157.

⁶²⁹ Bu görüşün kabulü halinde TMK m. 993 ve devamındaki haksız zilyetlikte iade hükümleri de kullanılamamaktadır. Bkz. **Sirmen**, s. 127; **Antalya/Topuz**, s. 432.

sözleşmeden doğan iade davasıyla malın iadesinin talep edilmesidir. Bu durum, iade talebinin süresi bakımından önem arz eder. Zira istihkak davası süreye bağlı olmamakla beraber, TBK m. 146'da alacak zamanaşımı kural olarak on yıl şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin tasfiye sürecine girmesi sebebiyle öne sürülen iade taleplerinin de belirtilen süreye tâbi olması gerekir.

Satış sözleşmesinin bazı türlerinde ise mülkiyet hakkı alıcıya hemen geçmediği için durum farklıdır. Mesela beğenme koşuluyla satış sözleşmesinde mülkiyet hakkı, TBK m. 250'ye göre zilyetlik alıcıya geçmiş olsa bile beğenme koşulu gerçekleşene kadar satıcıda kalır⁶³⁰. Böyle bir durumda sözleşme sonradan geçersiz hale gelirse satıcının istihkak davası açması mümkündür.

3.2.1.5.2. Fesih

Fesih, sürekli edimli sözleşmelerin geleceğe etkili olarak sona erdirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Dönmede olduğu gibi hak sahibinin varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılan bir yenilik doğuran haktır⁶³¹. Bununla birlikte, dönmenin aksine fesih geleceğe etkili olduğu için, o âna kadar ifa edilmiş olan edimlerin iadesi gerekmez⁶³². Bu sebeple, sözleşme bir tasfiye ilişkisine girmemekte ve süreli fesihlerde sürenin dolmasıyla, (haklı sebeple) süresiz fesihlerde ise fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmasıyla ortadan kalkmaktadır. O halde fesih, süreli veya süresiz olmasına bakılmaksızın bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir ve daima geleceğe etkilidir⁶³³.

Eğer kira veya ödünç sözleşmesi gibi bir malın kullanılması amacını içeren sürekli edimli bir sözleşme kurulmuşsa, sözleşmenin feshi halinde kullandırılan malın iade edilmesi icap eder. Zira mülkiyet hakkı hâlâ kullandırma amacıyla malın doğrudan zilyetliğini devreden kişidedir. Malı iade almak isteyen malik, sözleşme ilişkisi kapsamında talepte bulunabilir. Bu hususta bazı sözleşme türlerine ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Mesela belirsiz süreli kira sözleşmesinin olağan ve olağanüstü feshine ilişkin olarak TBK m. 328 ve devamı hükümleri düzenlenmiş olup, bu kapsamda kiralananın iadesi için TBK m. 334 hükmüne yer verilmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre *“kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir”*. O halde kiralanan malın iadesi için kira sözleşmesi hükümleri kapsamında iade talebinde bulunulabilir⁶³⁴. Konut ve çatılı işyeri kiralalarının feshi için de TBK m. 347 ve devamında

⁶³⁰ Ayiter, s. 99.

⁶³¹ Oğuzman/Öz, s. 462, 554; Seliçi, s. 115; Serozan, Dönme, s. 121; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 316; Seçer, s. 74.

⁶³² Seliçi, s. 119; Serozan, Dönme, s. 115 vd; Seçer, s. 63.

⁶³³ Seliçi, s. 115; Eren, Borçlar Genel, s. 1428; Serozan, Dönme, s. 121; Akıncı, s. 396; Seçer, s. 63.

⁶³⁴ Oğuzman/Öz, s. 555.

düzenlemeler mevcut olup, bu kapsamda kullanılan fesih hakkına bağlı olarak iade talebinde bulunmak da mümkündür⁶³⁵. Benzer şekilde, kullanım ödücü (m. 383/II ve 383), tüketim ödücü (m. 392), hizmet (m. 443), pazarlamacılık (m. 460), saklama (m. 564, 575) sözleşmelerinde de iadeye ilişkin hükümler mevcuttur. Eser sözleşmesinde ise bazı hallerde fesih mümkün olduğundan, iş sahibi TBK m. 482/II ve 484 gereği uygun bir bedel ödeyerek tamamlanan kısmın kendisine teslimini talep edebilir. Diğer bir deyişle, eser sözleşmesinin feshedilmesiyle o âna kadar tamamlanmış olan eserin iş sahibine verilmesi ve tamamlanmayan kısım için sözleşmenin geleceğe etkili olarak sona ermesi söz konusudur⁶³⁶. Dolayısıyla, eser sözleşmesinin feshedilmesi halinde tamamlanan kısmın teslimine ilişkin yükümlülük, doğrudan zilyetliğin iadesi/teslimi anlamı taşımaktadır.

Dönme başlığı altında bahsettiğimiz tasfiye sürecinden farklı olarak, feshedilen sözleşme devam etmemekte ve bozucu yenilik doğuran hak olan fesih beyanının kullanılmasıyla birlikte sona ermektedir⁶³⁷. Bunun yanı sıra, kira vb. sürekli edimli ve feshe tâbi olan sözleşmeler mülkiyetin geçmesini konu edinmediğinden, malın mülkiyeti kiraya veren malikte kalmaktadır. Dolayısıyla malikin, feshin ardından sözleşme ilişkisi kapsamında malın iadesini talep edebiliyor olması, istihkak davası açamayacağı anlamına gelmez. Artık ortada bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, sözleşme haricindeki bir yola müracaat ederek talepte bulunmak da mümkündür. Bu sebeple, mesela kira ilişkisinin sona ermesinden sonra malikin, kiracıya karşı hem istihkak hem de sözleşmeden doğan iade talebinde bulunması mümkündür⁶³⁸. Fesih beyanıyla sözleşmenin sona ermesinden sonra malik, alacak zamanaşımı süresi içinde iadeyi talep etmemişse sözleşme ilişkisi kapsamında talepte bulunma hakkını kaybeder. Ancak mutlak nitelikte olan mülkiyet hakkı hâlâ devam ettiğinden, bu durumda dahi malın iadesi için istihkak davası açmak mümkündür.

TBK m. 642’de adi ortaklığın feshinde katılım payının geri alınması hakkında bir düzenleme olup, buna göre katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetini koyan ortağın, ortaklık sona erdikten sonra yapılan tasfiye sonucunda o şeyi olduğu gibi geri alamayacağı hükme bağlanmıştır. Ortak, sadece koyduğu katılım payına biçilen değeri veya değer biçilmemişse ikinci fıkraya göre

⁶³⁵ Kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı bahsetmiş olduğumuz olağan ve olağanüstü fesih hükümleriyle sınırlı olmayıp, gereksinim, yeniden inşa ve imar, yeni malikin gereksinimi gibi başka hükümler de bulunmaktadır. Öte yandan konumuzu asıl ilgilendiren mesele sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan “iade yükümlülüğü” olduğundan, bunların her birinden ayrıntılı bahsetmeye gerek görmüyoruz.

⁶³⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 696 vd; Seçer, s. 77 vd.

⁶³⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1424 vd; Serozan, Dönme, s. 115; Seçer, s. 63.

⁶³⁸ Bkz. Erman/Ebbing, BGB §985, s. 4504, kn. 28; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 562, kn. 153.

o şeyin katılım payı olarak konduğu zamandaki değeri talep edebilir. Bu hükümden, adi ortaklığa katılım payı olarak bir mal koyan ortağın, artık o malın mülkiyetini kaybettiği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla ortak, gerek sözleşme gerekse istihkak davasıyla malın kendisine iade edilmesini talep edemez.

Kanunda düzenlenmeyen sürekli teslimli satış sözleşmesi (*Dauerlieferungsvertrag*) gibi anî edimlerin peş peşe uygulandığı bazı sözleşme türlerinde de sözleşme süresi veya edim miktarı belli olmadığı için fesih uygulanmaktadır⁶³⁹. Zira bu sözleşmelerde her ne kadar edimlerin konusu satış olsa da geçmişe dönük olarak bunların iadesini talep etmek hakkaniyete aykırı düşmektedir. Dolayısıyla, bu sözleşme kapsamında teslimi gerçekleştirilen malların mülkiyeti alıcıya geçer. Satıcının, sözleşmeden doğan iade veya istihkak talebinde bulunması mümkün değildir.

Çerçeve sözleşmelerde de her ne kadar sözleşmenin muhtevastaki her bir satış anlaşması (münferit sözleşmeler) anî edimli olsa da çerçeve sözleşmenin kendisi sürekli nitelikte olduğundan ileriye dönük şekilde feshedilir⁶⁴⁰. Bu durumda o âna kadar ifa edilmiş olan edimler için gerek sözleşme kapsamında gerekse istihkak davası yoluyla iade talep edilemez. Taraflar, sadece ileriye yönelik yükümlülükleri varsa bunlardan kurtulurlar.

3.2.1.5.3. Sözleşmenin Yokluğu veya Geçersizliği

Hukukî işlem; bazen kurucu unsurları tam olmaksızın, bazen de tam olmakla birlikte geçerliliğine etki eden şartlarda eksiklik bulunmak suretiyle kurulabilmektedir. Kurucu unsurların tam olmaması halinde yokluktan, diğer geçerlilik şartlarının tam olmaması halinde geçersizlikten (hükümsüzlükten) söz edilir. Geçersizlik ise kendi içinde eksiklik, butlan ve iptal olarak türlere ayrılmaktadır⁶⁴¹. Sözleşmenin kurucu unsurlarından en az birinin eksik (yok hükmünde) olması halinde bunun tespiti için tespit davası açılabilir. Öte yandan böyle bir durumda sözleşme hiç kurulmamış sayıldığından, bunun ortadan kaldırılması için dava açmak gerekmez. Mesela satış sözleşmesinde kabul beyanının bulunmaması halinde sözleşme kurulmamış demektir ve bu durumda sözleşmeye dayanan bir dava açılmaz⁶⁴². Diğer bir deyişle, sözleşmeye dayanan bir iade talebinde bulunmak mümkün değildir. Eğer kurulduğu zannedilen bir sözleşme sebebiyle malın doğrudan zilyetliği bir şekilde diğer tarafa geçmişse, malın mülkiyeti hâlâ malikte olduğu için bunun iadesi istihkak davası açılarak talep edilebilir.

⁶³⁹ Akıncı, H. B., s. 54 vd.

⁶⁴⁰ Akıncı, H. B., s. 30 vd.

⁶⁴¹ Borçlar hukukuna dair genel bilgiler olması sebebiyle bunlara ilişkin ayrıntıya girmeye lüzum görmüyoruz. Geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 383 vd; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 134 vd; Akıncı, s. 187 vd. Geçersizliğin farklı bir tasnifi için bkz. Antalya, Cilt V/1,1, s. 185.

⁶⁴² Akıncı, s. 187 vd.

Sözleşmenin geçersizliği hallerinden butlan (kesin hükümsüzlük) ise sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olması hallerinde ortaya çıkmaktadır (TBK m. 27)⁶⁴³. Batıl olan sözleşmeler, başından itibaren geçersiz sayılır ve tarafların iradesi bulunsu bile kural olarak daha sonra da geçerlilik kazanamazlar⁶⁴⁴. Yoklukta olduğu gibi butlanda da sözleşmeyi ortadan kaldırmak için kural olarak dava açmak gerekmez, olsa olsa butlanın tespiti için dava açılabilir⁶⁴⁵ veya hâlihazırda açılmış olan davada butlan itiraz olarak ileri sürülebilir⁶⁴⁶. Dolayısıyla, sözleşmenin butlana tâbi olması durumunda da doğrudan zilyetliği devredilmiş olan malın mülkiyeti geçmemiş olacağından, malikin istihkak talebinde bulunması mümkündür. Butlan halinde sözleşme, dönmenin aksine bir tasfiye ilişkisine girmediğinden, sözleşme ilişkisi kapsamında bir iade talebi söz konusu olmamaktadır. Öte yandan, sözleşmenin imkânsızlık sebebiyle bătıl olacağını bilmesine rağmen sözleşmeyi yapan kimseye karşı ek bir çözüm yolu olarak *culpa in contrahendo* kapsamında sorumluluk yüklenebileceği öğretide ifade edilmektedir⁶⁴⁷. Hukuka ve ahlâka aykırılık hallerini önceden bilen veya bilmesi gereken taraf için de aynı açıklamalar geçerlidir⁶⁴⁸.

Butlan, dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemez⁶⁴⁹. Bu durum, aslında sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş gibi varlığını sürdürmesi anlamına gelir. Böyle bir durumda istihkak talebinde bulunma ihtimali de söz konusu olmaz. Burada sözleşmenin kısmî butlanı ihtimalinin de ele alınması gerekmektedir. TBK m. 27/II'de sözleşme hükümlerinden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin içeriğini etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme, ancak geçersiz hükümler olmadan yapılamayacağı açıkça anlaşılırsa tamamen hükümsüz olur⁶⁵⁰. Dolayısıyla bir malın doğrudan zilyetliğinin devredilmesinin, sözleşmenin geçerli ve bătıl hükümlerinden hangisine dayandığının tespitinin yapılması gerekir. Eğer malın doğrudan zilyetliğinin devrini içeren bir sözleşme hükmü TBK m. 27/I gereği bătılsa, bu hüküm (ve varsa

⁶⁴³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel, s. 383 vd; Oğuzman/Öz, s. 184 vd;

⁶⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel, s. 376; Antalya, Cilt V/1,1, s. 186; Akıncı, s. 190; Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 23.

⁶⁴⁵ Akıncı, s. 192.

⁶⁴⁶ Başpınar, s. 23 vd.

⁶⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel, s. 377. Bu hususta Alman Medenî Kanunu'nda özel düzenlemelere yer verilmiş olduğundan, bu hükümlere göre talepte bulunulabilmektedir. İsviçre ve Türk hukuklarında ise benzer düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu sebeple gerektiğinde kıyas yoluyla boşluğun doldurulması icap eder. Bkz. Başpınar, s. 178.

⁶⁴⁸ Başpınar, s. 179.

⁶⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel, s. 377; Antalya, Cilt V/1,1, s. 193; Akıncı, s. 192.

⁶⁵⁰ Başpınar, s. 30.

diğer bâtil hükümler) çıkarılarak sözleşme ayakta tutulur. Bu durumda doğrudan zilyetliğin devri geçerli bir hukukî sebebe dayanmaksızın gerçekleşmiş demektir. Bu sebeple malın iadesi icap eder. Kanaatimizce her ne kadar sözleşme ayakta kalsa da zilyetliğin devrini gerektiren hüküm bâtil olduğundan, istihkak davasıyla malın iadesini talep etmek mümkündür. Zira bâtil olan hüküm, artık sözleşmeden bağımsızlaşmış demektir.

Sözleşmede aranan bazı etkinlik unsurlarının bulunmaması halinde, bunların tamamlanması gerekmektedir. Tamamlandıktan sonra sözleşme geçerli olarak varlığını sürdürür. Tamamlanamaması halinde ise sözleşme geçersiz hale gelir. Mesela ayırt etme gücü bulunmayan küçüğün veya kısıtlının taraf olduğu borç sözleşmesine yasal temsilcisinin sonradan rıza göstermesinde durum böyledir. Rızanın gösterilmemesi halinde sözleşme kesin hükümsüz olur⁶⁵¹. Eğer sözleşmenin konusu bir malın teslimine ilişkinse, eksikliğin söz konusu olması halinde malın iadesinin istenip istenemeyeceği ya da hangi kapsamda istenebileceği sorusu akla gelmektedir. Malın iadesi istenmişse, eksik unsurun tamamlanarak sözleşmenin geçerli hale getirilmesinin arzu edilmediği zımnen de olsa ortaya konulmuş demektir. Böyle bir durumda sözleşme kesin hükümsüz hale gelir.

Eksik unsurun tamamlanmaması sebebiyle sözleşme kesin hükümsüz hale gelmişse, sözleşme gereği verilenler, istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme davasıyla geri istenebilir⁶⁵². Aşağıda ayrıca açıklandığı üzere, istihkak davasının açılabilirdiği hallerde sebepsiz zenginleşme davası açılmaz. Dolayısıyla iadesi istenen şeyin para değil de muayyen bir mal olması halinde bunun iadesi istihkak davasıyla gerçekleştirilmektedir⁶⁵³. Aynı hakkın söz konusu olduğu hallerde de ifa gerçekleşmiş olsa bile tasarruf işlemi kesin hükümsüz olduğunda istihkak (ve/veya tapu kütüğünün düzeltilmesi) davası açılabilir⁶⁵⁴.

Başlangıçtan itibaren geçerli olup da hüküm ve sonuç doğurmakla birlikte, taraflardan birinin iptal hakkını kullanması sebebiyle sözleşme sonradan hükümsüz hale gelebilir. Mesela irade sakatlığı hallerinde sözleşme iptale tâbi tutulmaktadır⁶⁵⁵. Sözleşmenin bozucu şarta bağlı

⁶⁵¹ **Oğuzman/Öz**, s. 188; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, Borçlar Genel, s. 381; **Hatemi/Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 76; **Eren**, Borçlar Genel, s. 385 vd; **Antalya**, Cilt V/1, 1, s. 157; **Akıncı**, s. 189.

⁶⁵² **Tunçomağ**, s. 172; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, Borçlar Genel, s. 376; **Eren**, Borçlar Genel, s. 387; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 136.

⁶⁵³ Bkz. 3.2.1.6. (Sebepsiz Zenginleşme Davası).

⁶⁵⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 387 vd.

⁶⁵⁵ **Tunçomağ**, s. 179 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 469. İrade bozukluğu hallerinde düzeltilebilir geçersizlik görüşü hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 187; **Antalya**, Cilt V/1,1, s. 206. Öğretide bir görüş, irade bozukluğu hallerinde iptal

olduğu bu iptal durumuna öğretide askıda geçerlilik de denilmektedir⁶⁵⁶. İptal, taraflardan birinin buna yönelik iradesini açıklamasının yanı sıra mahkeme kararıyla da gerçekleşebilir⁶⁵⁷. İptal hakkı kullanıldığında borçlandırıcı işlemle birlikte tasarruf işlemi de geçersiz hale geldiğinden, aynı hak veya kişisel hak karşı tarafa geçmez. Dolayısıyla, eğer sözleşmenin konusu bir malın teslimini gerektirmişse, bunun istihkak davasıyla iadesinin istenmesi mümkündür⁶⁵⁸.

3.2.1.6. Sebepsiz Zenginleşme Davası

Sebepsiz zenginleşme davası da esasen istihkak davasının haksız zilyetliğe dayanmasında olduğu gibi “haksız” bir duruma dayanmaktadır⁶⁵⁹. Hatta bazı kaynaklarda bu kurum “haksız zenginleşme” olarak anılmaktadır⁶⁶⁰.

İstihkak davası, haksız “zilyetlik” sebebiyle açılır. Sebepsiz zenginleşme de bir haksız edinime dayanmakla beraber, bu edinim istihkak davasından daha farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Şu âna kadar açıklandığı üzere istihkak davası, bir mal üzerinde malik olmayan bir kimse tarafından haksız yere doğrudan zilyetlik tesis edilmesi sebebiyle açılır. Sebepsiz zenginleşmede ise bir mal üzerinde zilyetlik tesis edilmesine dahi gerek yoktur. Mesela bir kimsenin yapmakla yükümlü olduğu bir masrafı yapmaması halinde, malvarlığında herhangi bir artış olmamasına rağmen sebepsiz zenginleşmenin varlığından söz edilebilir⁶⁶¹. Esasen sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebebe dayanmaksızın bir kimsenin malvarlığından ve emeğinden zenginleşmeye denir. Mesela bir kimsenin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında telif hakkıyla korunan bir eseri

kabiliyetinden bahsetmenin doğru olmadığını öne sürmektedir. Buna göre hukukî işlem zaten sakat olduğundan, onun hükümsüz hale getirilmesinden ziyade ileride hüküm ifade etmesinin önüne geçilmesi söz konusudur. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, Borçlar Genel, s. 382.

⁶⁵⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 397; **Akıncı**, s. 193.

⁶⁵⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, Borçlar Genel, s. 383; **Eren**, Borçlar Genel, s. 398; **Akıncı**, s. 193.

⁶⁵⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 398; **Akıncı**, s. 194.

⁶⁵⁹ **Koller**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2023, s. 495; **Eren**, Borçlar Genel, s. 958; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 326; **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 690; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 255; **Kaplan**, İbrahim, Türk Borçlar Hukuku, TBK. Madde 1-206 (Genel Hükümler), 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 202.

⁶⁶⁰ Bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 416. İsviçre ve Alman Hukuklarında da gerek kanunda (ZGB Art. 62-67; BGB §812-822) gerekse öğretide *ungerechtfertigte Bereicherung* (haksız zenginleşme) kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Staudinger/Lorenz**, Stephan, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Neubearbeitung von Stephan Lorenz, Sellier - de Gruyter, Berlin 2007, **§812**, s. 1 vd; **Koller**, s. 494 vd.

⁶⁶¹ **Öz**, M. Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61 - 611. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı Kitap Ticaret Aa.Ş., İstanbul 1990, s. 22 vd.

herhangi bir ücret ödemeksizin kullanması ve bundan gelir elde etmesi halinde, telif hakkı sahibi aleyhine sebepsiz zenginleşme söz konusu olur⁶⁶². O halde, istihkak davasının konusunu haksız zilyedin malvarlığının aktiflerinde meydana gelen artış oluştururken; zenginleşenin malvarlığındaki aktifler üzerinde meydana gelen artışın yanı sıra pasiflerde meydana gelen azalmalar da sebepsiz zenginleşmenin konusunu oluşturmaktadır⁶⁶³. İstihkak davasında olduğu gibi sebepsiz zenginleşmede de bir iade yükümlülüğü söz konusu olup; zenginleşen, söz konusu zenginleşmeyi ilgili kişiye (aleyhine zenginleşilene) geri vermekle yükümlüdür. Ancak bu geri vermenin kapsamı aynî bir temele dayanmak zorunda değildir. Hukukî sebebe dayanmaksızın yapılan banka havalesinin iadesinde olduğu gibi, nesneden tamamen soyutlanmış bir iade yükümlülüğü de söz konusu olabilir⁶⁶⁴. İstihkak davası ise sadece muayyen malların iadesini ilgilendirmektedir⁶⁶⁵.

Hem istihkak davası hem de sebepsiz zenginleşme davası, davalının kendine ait olmayan bir malvarlığı değerini davacıya vermesini sağlamayı hedeflediğinden, iki dava işlevsel olarak birbirine benzetilmektedir. Bu özellik, her iki davayı da tazminat davalarından ayırır. Çünkü tazminat davalarında amaç, bir kimsenin (zarar görenin) malvarlığındaki azalmanın giderilmesidir. Bu iki davada ise malvarlığı haksız yere artmış olan kimsenin bu artışı iade etmesi ve hukukî değerler arasında bozulmuş olan dengenin yeniden tesis edilmesi amaçlanır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki istihkak davasında malın mülkiyeti doğrudan zilyet tarafından kazanılmamışken, sebepsiz zenginleşme davasında zenginleşen, zenginleşmeye sebep olan değeri kazanmış haldedir⁶⁶⁶. Burada zenginleşenin iade yükümlülüğü, esas itibarıyla eski halin iadesinin sağlanmasına yöneliktir⁶⁶⁷.

İstihkak davasında davacı, haksız zilyetliğe konu olan malın aynen geri verilmesini talep eder. Eğer haksız zilyet söz konusu malı elden çıkarmışsa veya yok olma gibi bir sebebe dayanarak malın aynen iadesi imkânsız hale gelmişse, artık istihkak davası açılamaz. Sebepsiz zenginleşme davasında ise kişinin malvarlığında meydana gelen zenginleşmenin bir mal olması halinde bunun aynen iadesi mümkün olabileceği gibi, nakden (bir değer üzerinden) geri verme de mümkündür⁶⁶⁸.

⁶⁶² Eren, Borçlar Genel, s. 958, 980.

⁶⁶³ Öz, s. 25 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 979 vd; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 338 vd; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 254; Aydos, Oğuz Sadık, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 119.

⁶⁶⁴ Manzke, s. 24.

⁶⁶⁵ Bkz. 2.1.3.1. (İstihkak Müessesesinin Konusu).

⁶⁶⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 960; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 257 vd.

⁶⁶⁷ Manzke, s. 24.

⁶⁶⁸ Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 330.

Sebepsiz zenginleşme Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler bölümünde düzenlendiğinden, eşya hukuku gibi diğer alanlardaki hükümlerin ihtiyaca cevap vermemesi halinde sebepsiz zenginleşmeye başvurulabilir. Mesela paranın mülkiyeti karışma yoluyla geçebildiği için belli bir miktar paranın haksız yere başkası tarafından alınması halinde istihkak davası açılamaz⁶⁶⁹. Böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme davasına başvurmak icap eder. Bir bankanın, bir kimseye ait olan parayı yanlışlıkla başkasının hesabına kaydetmesi buna örnek gösterilebilir. Böyle bir durumda, adına para kaydedilen kişi sebepsiz zenginleşmiş olur⁶⁷⁰.

İstihkak davasının tarafları malik ve zilyetken; sebepsiz zenginleşme davasının tarafları alacaklı ve borçludur. Ancak istihkak davası gibi sebepsiz zenginleşme davası da kanundan doğan bir davadır. Bu sebeple, mesela bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hallerde bu davalara başvurulmayacağı belirtilmektedir⁶⁷¹. Zira bu tür durumlarda sözleşmeden doğan alacak taleplerini öne sürmek gerekir⁶⁷².

İstihkak davası aynı bir dava olmasına karşın, sebepsiz zenginleşme şahsî niteliktedir⁶⁷³. Çünkü her ne kadar davaya konu olan şeyin, zenginleşenin malvarlığında varlığını sürdürüyor olması halinde bunun aynen iadesi mümkün olsa bile, davanın kapsamı istihkak davasının aksine bununla sınırlı değildir. İstihkak davası, mala haksız zilyet olan herkes aleyhine açılabilirken, sebepsiz zenginleşme davası sadece sebepsiz zenginleşen ve onun mirasçıları aleyhine açılabilir⁶⁷⁴. Karışma veya birleşme gibi bir sebeple zenginleşmeye konu olan değer üçüncü kişiye devredilmesi halinde, devralan kişiye sebepsiz zenginleşme davası açılamaz. Sebepsiz zenginleşen, söz konusu değeri malik sıfatıyla devrettiği için, devralanın kötü niyetli olması dahi durumu değiştirmez. Yine, geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir malı edinmiş olan kimse, daha sonra bunu iyi niyetli üçüncü kişiye devredecek olursa artık mülkiyet bu kişiye geçmiş olduğundan, yeni malike karşı ne istihkak davası ne de sebepsiz zenginleşme davası açılabilir⁶⁷⁵.

⁶⁶⁹ Öz, s. 62.

⁶⁷⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 958.

⁶⁷¹ Sözleşme ilişkisine rağmen istihkak davasının açılıp açılmayacağı hakkındaki değerlendirme ve görüşümüz için bkz. 3.2.1.5.1. (Dönme).

⁶⁷² Eren, Borçlar Genel, s. 960.

⁶⁷³ Tunçomağ, s. 649; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, Borçlar Genel, s. 748; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 330; Eren, Borçlar Genel, s. 961; Antalya, Cilt V/1, 2, s. 691; Akıncı, s. 100; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 256 vd; Kaplan, s. 204.

⁶⁷⁴ Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 332; Eren, Borçlar Genel, s. 961; Akıncı, s. 100; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 256 vd.

⁶⁷⁵ Oğuzman/Öz, s. 332 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 961.

Öğretide bir görüş, alacaklının üzerinde hak iddia ettiği değeri başka bir davayla talep etmesinin mümkün olması halinde ortada bir zenginleşme olmadığını ve sebepsiz zenginleşme davası açılmayacağını, bu sebeple sebepsiz zenginleşme davasının (istihkak davasına göre) tâli nitelikte olduğunu savunmaktadır⁶⁷⁶. Ancak bu görüş, davanın tâliliği kavramına uymaması sebebiyle eleştirilmektedir⁶⁷⁷. Söz konusu eleştiriye göre davacıya aynı konu için birden fazla davayı açma hakkı verilmiş ve bunlar belli bir sıraya konulmuşsa, sonra gelen dava için tâli dava denir. Diğer bir deyişle tâli dava, aslî nitelikteki davanın açılmaması halinde açılan (açılması mümkün olan) davadır. Eleştirilen görüş ise sebepsiz zenginleşme davasını “açılmıyor” olması sebebiyle tâli olarak nitelendirmektedir. Oysa aslî davanın açılması gerektiği için sebepsiz zenginleşme davasının açılmıyor olması halinde davanın tâliliğinin değil, böyle bir davanın hiç mevcut olmadığını kabul edilmesi gerekir. Bunu destekler nitelikteki bir diğer görüş ise sebepsiz zenginleşmenin de kanunda bağımsız bir borç kaynağı şeklinde düzenlendiğini ve kanunun diğer hükümleriyle arasında böyle bir ek ilke türetmenin mümkün olmadığını öne sürmektedir⁶⁷⁸. Biz de bu eleştirilere katılıyoruz.

Öğretide bir görüşe göre, borçlar hukuku temelli borçlandırıci işlemin ve aynî temelli tasarruf işleminin batıl olması halinde malikin, malın iadesi için hem istihkak hem de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabileceğini ifade edilmektedir⁶⁷⁹. Öte yandan malikin istihkak davasını tercih etmesinin, gerek daha güçlü bir ispat imkânı gerekse zilyedin iflâsı ihtimalinde malı iflâs masasından aynî hakka dayanarak ayırma imkânı sunması sebebiyle daha avantajlı olacağı belirtilmektedir⁶⁸⁰. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise sebepsiz zenginleşme davası, Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümler bölümünde düzenlenmiş olup, somut olaya ilişkin özel bir davaya başvurulabildiği hallerde açılmaz⁶⁸¹. Dolayısıyla istihkak davasının

⁶⁷⁶ Koller, s. 587; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel, s. 735. Mutlak ve nispî ikincillik (tâlilik) görüşleri hakkında bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 355 vd. İstihkak davasının (ifa sebebiyle) sebepsiz zenginleşmeye göre tâliliği görüşü hakkında bkz. Reuter, Dieter/ Martinek, Michael, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband, Mohr Siebeck, Tübingen 2016, s. 511 vd.

⁶⁷⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 962; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 355.

⁶⁷⁸ Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 355; Antalya, Cilt V/1, 2, s. 693.

⁶⁷⁹ Koller, Band II, s. 233; PWW/Englert, K/Englert, F., §985, kn. 21.

⁶⁸⁰ PWW/Englert, K/Englert, F., §985, kn. 21.

⁶⁸¹ “Dördüncü şart; vukubulan iktisabın (çoğalmanın) sebepsiz iktisap kuralları dışında, özel bir hukuk kuralına dayanılarak iadesi mümkün olmamalıdır. Zira böyle bir imkan varsa artık sebepsiz iktisap kuralları değil, sözü edilen özel kurallar uygulanır. İadenin; istihkak davası, haksız inşaat sebebiyle tazminat davası, sözleşmenin ifası davası, sözleşmeden dönme sebebiyle iade davası, vekaletsiz iş görmeye dayanan iade davası gibi yollarla gerçekleştirilmesi

açılabilirdiği hallerde sebepsiz zenginleşme hükümlerine gitmek mümkün değildir⁶⁸². O halde böyle durumlarda davaların yarışması da söz konusu değildir⁶⁸³. Zira mülkiyet hakkının hâlâ varlığını sürdürüyor olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşmenin zenginleşme şartı gerçekleşmemektedir⁶⁸⁴.

Mülkiyet hakkının karşı tarafa (haksız zilyede) geçtiğinin kabul edilebilmesi için buna uygun geçerli bir hukukî sebebin bulunması gerekir. Zira hukukumuzda tasarruf işleminin genellikle sebebe bağlı olduğu kabul edilmektedir. Malın zilyetliğinin geçerli bir hukukî sebep olmadan karşı tarafta bulunması sebebiyle dava açılması halinde ise mülkiyet hakkının devredilmediği anlamı çıkar. Bu durumda istihkak davasının veya taşınmazlarda (tapu yolsuz tescille devredilmişse) tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının açılması gerekir⁶⁸⁵. O halde istihkak davası, özellikle muayyen mallar bakımından sebepsiz zenginleşmenin uygulama alanını hayli daraltmaktadır⁶⁸⁶.

Bazen aynı olay için birden fazla davanın şartları gerçekleşmiş olabilir. Böyle bir durumda ilgili davaların, birbirinin açılabilirliğine etkisinin olup olmadığının ve bunlardan hangilerinin açılabilirliğinin tespitinin yapılması gerekir. Mesela bir olayda hem istihkak davasının hem de sebepsiz zenginleşme veya sözleşmeden doğan alacak ya da haksız fiilden doğan alacak davalarının şartları gerçekleşmiş olabilir. Böyle bir ihtimalin devreye girdiği hallerde davaların (seçimlik) yarışması meselesi söz konusu olur⁶⁸⁷. Başka bir deyişle, hakkının ihlâl edildiğini

mümkünse, artık sebepsiz iktisap kurallarına başvurulamaz (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993, s. 734-738)." (Yarg. HGK. T. 25.03.2010, E. 2013/1018, K. 2014/508. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T: 01.01.2023.)

⁶⁸² **Tunçomağ**, s. 651; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü, İlâveli İkinci Bası, Baha Matbaası, İstanbul 1961, s. 109 vd, 152; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, Borçlar Genel, s. 735; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 357; **Öz**, s. 62; **Eren**, Borçlar Genel, s. 964; **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 417, 436; **Antalya**, Cilt V/1,2, s. 693; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 258; **Özkan**, Faruk, Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2022, s. 35.

⁶⁸³ Yine de öğretide bir görüş, istihkak talebiyle sebepsiz zenginleşmenin hâkim görüşe rağmen yarıştığının kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Buna göre mesela malın çalınması halinde, malikin istihkak veya sebepsiz zenginleşme davaları arasında seçimlik hakkı vardır. Öte yandan burada sadece malın çalınması değil, sebepsiz zenginleşmenin tüm türleri için yarışmanın geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Koller**, s. 587.

⁶⁸⁴ **Öz**, s. 62; **Eren**, Borçlar Genel, s. 964; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 357; **Antalya**, Cilt V/1,2, s. 693; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 258.

⁶⁸⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, Borçlar Genel, s. 733 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 964; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 255.

⁶⁸⁶ **Aydos**, s. 122.

⁶⁸⁷ **Staudinger/Lorenz**, §816, s. 227, kn. 3; **Eren**, Borçlar Genel, s. 963.

düşünen kişi, bu davalardan bir tanesini seçebilir. Seçtiği davayı açmasıyla beraber diğer davaları açma hakkını kaybeder⁶⁸⁸.

Sebepsiz zenginleşme davası, (sebebe bağlı hukukî işlemlerde) malvarlığının muayyen mallar dışında geçerli bir sebep olmaksızın devredildiği durumlarda açılabilir. Mesela talep edilen şeyin bir miktar para⁶⁸⁹ olması halinde, birleşme ve karışma yoluyla mülkiyet geçeceği için istihkak davası açılamaz. Bu durumda sebepsiz zenginleşme davası açmak gerekir⁶⁹⁰. Bunun yanı sıra, (kambyo senedinin devrinin sebebe bağlı olmaması gibi) bazı hallerde işlem sebebi geçersiz olmakla birlikte devir yine de geçerli olabilir. Böyle bir ihtimalde devir işlemi geçerli olarak gerçekleştiği için istihkak davası açılamaz. Buna karşılık, devrin arkasındaki işlem sebebi geçerli olmadığı için ortada bir zenginleşme söz konusudur. O halde istihkak müessesesine değil, sebepsiz zenginleşmeye göre iade hükümlerine başvurulması gerekir⁶⁹¹. Yine, haksız zilyedin malı tüketmesi, yok etmesi, kötü niyetli üçüncü kişiye devrederek bulunamayacak hale getirmesi gibi sebeplerle aynen iadenin imkânsızlaşması gibi durumlarda da istihkak davası açılamayacağından, sebepsiz zenginleşme davasıyla değer ikamesi söz konusu olur⁶⁹². Bunun yanı sıra, bir taşınmazın yolsuz tescilinden sonra iyi niyetli üçüncü kişiye devredilmesi halinde TMK m. 1023 gereği mülkiyet hakkı kazanılmış olacağından, devredene karşı sebepsiz zenginleşme kapsamında talepte bulunulması gerekir⁶⁹³. Aynı durum, taşınır malı emin sıfatıyla teslim alan haksız zilyedin, daha sonra iyi niyetli üçüncü kişiye devretmesi halinde de geçerlidir. Bu durumda mülkiyet artık üçüncü kişi tarafından kazanıldığından, üçüncü kişiye devreden (önceki) zilyede karşı sebepsiz zenginleşmeye başvurmak icap eder.

Karışan şeyin para olmaması ihtimalini de ele almak gerekmektedir. Mesela bir kimsenin, başkasına ait olan zeytinyağını kendinin sanarak aynı tenekede birleştirmesi halinde de karışma ve

⁶⁸⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 963.

⁶⁸⁹ Paranın kilitli bir sandığın içindeyken başkasının eline geçmesi gibi bir durumda karışma ve birleşmeden söz edilemeyeceği için, para dolu sandığın istihkak davasıyla iadesinin talep edilmesi mümkündür. Ancak buna benzer istisnai örneklerin dışındaki karışma ve birleşmeye sebep olan tüm durumlarda istihkak davası açma imkânı ortadan kalkar. Parayla ilgili ayrıca bkz. 2.1.3.1. (İstihkak Müessesesinin Tanımı, Unsurları ve Konusu).

⁶⁹⁰ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Genel, s. 749; **Eren**, Borçlar Genel, s. 964 vd; **Öz**, s. 62; **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 436.

⁶⁹¹ **Staudinger/S Lorenz § 812 ff**, s. 50, kn. 39.

⁶⁹² **Staudinger/S Lorenz § 812 ff**, s. 49 vd, kn. 39; **Özkan**, s. 36. Malikin geçersiz bir kira sözleşmesi sebebiyle malın zilyetliğini kiracıya bırakması halinde sebepsiz zenginleşmeye göre kullanım ücreti talep edeceği hakkında bkz. **Reuter/Martinek**, s. 511.

⁶⁹³ **Serozan**, Rona, “*TBK m. 77-82*” İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2017, s. 804; **Özkan**, s. 35.

birleşme yoluyla mülkiyet kazanılmış demektir⁶⁹⁴. Ancak eğer karışmaya maruz kalan herhangi bir zeytinyağı ise cins borcu söz konusu olduğu için sebepsiz zenginleşme davası kapsamında misliyle iade talep edilebilir. Özel bir zeytinyağının karışmaya maruz kalması ve aynen iadenin imkânsız olması halinde ise bunun değerinin sebepsiz zenginleşme davasıyla talep edilmesi gerekir⁶⁹⁵.

Sebepsiz zenginleşme, bir kimsenin başkasına ait olan bir mal üzerinde harcamada bulunması veya emek harcaması⁶⁹⁶ şeklinde ortaya çıkabilir. Harcamadan doğan zenginleşmede zenginleşen, malın kendisine ait olduğunu zannettiği için iyi niyetli olabileceği gibi, hırsızlık ve benzeri sebeplerle malın başkasına ait olduğunu bile bile masraf yapmış da olabilir. Bu ihtimalde kötü niyetlidir. Öte yandan, harcamada bulunan kimse mülkiyet hakkını haiz olmadığı için sebepsiz zenginleşme söz konusu olmaz⁶⁹⁷. Bu durumda malın istihkak davasıyla iadesi talep edilmelidir⁶⁹⁸. İade gerçekleştikten sonra iyi niyet durumuna göre yapılan harcamaların iadesinin malikten istenip istenemeyeceği meselesi ise sebepsiz zenginleşmede iade hükümlerine göre çözümlenir⁶⁹⁹.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da TBK m. 79-80’de düzenlenen sebepsiz zenginleşmede iade ve TMK 993-995’te düzenlenen haksız zilyetlikte iade hükümleri arasındaki farktır. Her iki kanunun ilgili maddelerinde de benzer hükümler sevk edilmiş olmakla beraber, uygulama alanları farklıdır⁷⁰⁰. Eğer zilyetlik başkasına (haksız zilyede) geçmiş olmakla beraber mülkiyet hakkı hâlâ fiilî hâkimiyeti kaybeden kişide devam ediyorsa sebepsiz zenginleşme davası açılmayacağı için TBK m. 79-80 hükümleri uygulanmaz. Bu takdirde TMK m. 993-995’te düzenlenen haksız zilyetlikte iade hükümlerini uygulamak icap eder. Mülkiyet hakkının ortadan kalktığı veya söz konusu olmadığı hallerde ise istihkak davası açılmayacağı için sebepsiz

⁶⁹⁴ Karışmadan söz edebilmek için başka birine ait olan farklı mahiyetteki bir malın karıştırılarak yeni bir şeyin meydana getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aynı mahiyetteki şeylerin karışması halinde bunların miktarlarına göre ayırt edilmeleri genellikle fazla güçlüğü yol açmaz. Bkz. **Tekinay**, s. 22. Dolayısıyla, bir kimsenin başkasına ait zeytinyağını yanlışlıkla kendisinininkiyle birleştirmesi halinde en azından bunların türlerinin veya kalitelerinin farklı olması gerekir.

⁶⁹⁵ Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1002 vd.

⁶⁹⁶ **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 397; **Öz**, s. 129; **Antalya**, Cilt V/1, 2, s. 684.

⁶⁹⁷ **Tunçomağ**, s. 651; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Genel, s. 729, 733 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 973 vd; **Öz**, s. 129; **Antalya**, Cilt V/1, 2, s. 684.

⁶⁹⁸ **Tunçomağ**, s. 651; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Genel, s. 729, 733 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 973 vd; **Öz**, s. 129.

⁶⁹⁹ **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 397; **Öz**, s. 129 vd.

⁷⁰⁰ **Feyzioğlu**, s. 112.

zenginleşme davasına başvurmak gerekir. Bu durumda da doğal olarak sebepsiz zenginleşmede iade hükümleri uygulanır⁷⁰¹. Son olarak, istihkak davasının açılabilmesi için bir süre sınırlaması olmamasına karşın, sebepsiz zenginleşme iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir⁷⁰².

3.2.1.7. Miras Sebebiyle İstihkak Davası

TMK m. 637-639'da miras sebebiyle istihkak davasına yer verilmiş olup, m. 637/I'de yasal veya atanmış mirasçıların, terekeyi ya da bazı tereke mallarını elinde bulunduran kişiye karşı mirasçılıktaki üstün hakkını öne sürerek miras sebebiyle istihkak davası açabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Gerek kanun hükmünün lafzında doğrudan istihkak davası adının geçiyor olması gerekse aralarındaki benzerlikler sebebiyle, bu davanın TMK m. 683'teki istihkak davasıyla karşılaştırılması ve bunların birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu karşılaştırmaya geçmeden önce kavram meselesine ilişkin bir değerlendirme yapmakta yarar görüyoruz. Miras sebebiyle istihkak davasının kökeni, Roma Hukuku'nda *-rei vindicatio*'nun (istihkak davasının) konusunu oluşturan mallar gibi değerlendirilmesinden dolayı- *vindicatio hereditatis* veya *hereditatis petitio* olarak adlandırılan müesseseye dayanmaktadır⁷⁰³. Buradan hareketle İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninde *Erbschaftsklage* ve Fransızca metninde *action en pétition d'hérédité* olarak adlandırılan dava, Türk Hukuku'na da miras sebebiyle istihkak davası olarak çevrilmiştir. Bu adlandırma miras hukukunun kendi içinde sorun teşkil etmese de diğer alanlarla (özellikle eşya hukukundaki istihkak davasıyla) birlikte değerlendirildiğinde karışıklığa sebep olabilmektedir. Bu sebeple, öğretilde "mirasçılık davası"⁷⁰⁴, "tereke davası"⁷⁰⁵, "miras davası" ve "mirasın geri verilmesi davası" gibi farklı kavramlar da öne sürülmüştür. Yine de bu davanın, eşya hukukundaki istihkak davasının kolaylaştırılmış bir türü olduğunu öne süren ve kavramda sorun bulunmadığını savunan bir görüş de mevcuttur⁷⁰⁶. Kanaatimizce, her ne kadar bu dava terekeye dâhil olan malların mirasçıya teslimini konu alsada aşağıda daha ayrıntılı

⁷⁰¹ Öz, s. 63; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 437. Alman Hukuku'nda sebepsiz zenginleşmenin haksız zilyetlikte iade hükümlerini dışladığı hakkındaki görüşler için bkz. Staudinger/Thole, §987-993, s. 179, kn. 135; Reuter/Martinek, s. 505. Haksız zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamı, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bkz. 4.1.1.

⁷⁰² Oğuzman/Öz, s. 357; Erdem, s. 149 vd.

⁷⁰³ Gürsoy, Kemal Tahir, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası ve Bu Davanın Türk Hukukundaki Tatbik Şekli", İÜMHAD, Y. 2011, C. 2, S. 2, sa. 271-297, s. 271; Akbıyık, Cem, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003, s. 149 vd; Güvenç, Selvi Nazlı, Miras Sebebiyle İstihkak (Mirasçılık) Davası, İstanbul 2021, s. 5.

⁷⁰⁴ Bu kavramı savunan görüş, Alman Hukuku'ndaki *Erbschaftsklage*'nin Türkçeye çevrilmesinden hareket etmektedir. Görüş için bkz. Hatemi, Hüseyin, Miras Sebebiyle İstihkak Davası Hakkında Düşünceler, YÜHFD, Y. 2021, C. XVIII, S. 2, sa. 577-582, s. 578; Güvenç, 3 vd.

⁷⁰⁵ Bkz. Tandoğan, Haluk, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, AÜHFD, Y. 1995, C. 12, S. 1, ss. 268-284, s. 269.

⁷⁰⁶ Kavram meselesi ve bu husustaki tartışmalar için bkz. Akbıyık, s. 149 vd; Güvenç, s. 3 vd.

açıklandığı üzere basit bir istihkak talebinden ibaret değildir. Gerek mirasçılıktan doğan üstün hak iddiası gerek aynî ikame ilkesi gibi özellikleri bakımından, miras hukuku yönünün mülkiyet (istihkak, iade) talebi özelliğine ağır bastığını belirtmek yanlış olmaz. Hatta bize göre burada bir "iade" bile söz konusu değildir. Aşağıda belirtildiği üzere, TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davasının aksine miras sebebiyle istihkak davasında davacı (mirasçı), mirasbırakanın ölümünden itibaren mala hiç doğrudan zilyet olmayan kişidir. Bu sebeple malın davacıya "iadesi" veya "geri verilmesi" gibi ifadeleri Türkçedeki anlamları bakımından doğru bulmadığımızdan, "teslim etme" ifadesinin kullanılmasını daha doğru buluyoruz. Tüm bunlardan hareketle, miras sebebiyle istihkak kavramının yerinde olmadığı görüşüne katılmakla beraber, öğretilde öne sürülen "mirasın geri verilmesi davası"⁷⁰⁷ kavramındaki "geri verme" ifadesinin "teslim" olarak değiştirilmesinin daha uygun olacağı fikrini taşımaktayız. Sonuç olarak, "miras davası" veya "terekenin teslimi davası" gibi bir kavramın kabulü düşünülebilir. Yine de kanundaki düzenlemelere miras sebebiyle istihkak davası adı altında yer verildiğinden, aşağıdaki açıklamalara bu ad altında yer verilmiştir.

Miras sebebiyle istihkak davası, adından da anlaşılacağı üzere mirasçılığa dayalı olarak açılan bir davadır. Buna göre mirasçılar, mirasbırakanın ölümünün ardından kendilerine geçmesi gereken tereke veya tereke malları üzerinde fiilî hâkimiyet tesis edememeleri halinde miras sebebiyle istihkak davası açarak, tereke mallarını elinde bulunduran kişiye karşı iade taleplerini öne sürebilirler. O halde bu davanın davacısı, mirasa dayalı üstün hakka sahip olmakla beraber terekeye veya tereke mallarına (doğrudan) zilyet olamayan mirasçılardır⁷⁰⁸. Terekenin tamamı, bir bölümü veya içinde bulunan herhangi bir malın iadesi için bu davayı açmak mümkündür⁷⁰⁹. Burada mal kavramı geniş anlamda kullanılmakta olup, maddî malların yanı sıra maddî olmayan mallar da bu kapsama dâhil edilmektedir. Dolayısıyla, taşınır ve taşınmazların yanı sıra fikrî ve sınaî haklar kapsamındaki maddî olmayan mallar, zilyetlik, know-how gibi hak sayılmamakla birlikte hukuk düzeninin koruduğu menfaatler de miras sebebiyle istihkak davasının konusunu oluşturabilir. Bunun yanı sıra, tereke mallarının başkasına devredilmesi, yok olması veya hasar görmesi gibi durumlarda malın yerine geçen satış ya da kamulaştırma bedeli, tazminat, sigorta

⁷⁰⁷ Bkz. Akbıyık, s. 143.

⁷⁰⁸ Gürsoy, s. 280; Eren/Yücer Aktürk, s. 491; Tandoğan, s. 274; Antalya, Gökhan, Miras Hukuku, Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 495; Akbıyık, s. 157; Güvenç, s. 74 vd. Vasiyet alacaklıları ise mirasçı olmadıklarından bu davayı açamazlar. Ayrıca miras ortaklığında ortaklar, birbirlerine karşı üstün hakka sahip olmadıkları için bu davaya başvurarak teslim talebinde bulunamazlar. Öte yandan, miras ortaklığının temsilcisi, terekeyi veya tereke malını elinde haksız olarak bulunduran kişiye karşı bu davayı açabilir. Eren/Yücer Aktürk, s. 491 vd.

⁷⁰⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 484; Tandoğan, s. 272; Antalya, Miras, s. 493; Akbıyık, s. 116.

bedeli gibi ikame değerlerin de davanın kapsamına dâhil edilmesi mümkündür⁷¹⁰. Hatta sebepsiz zenginleşme ve tapu kütüğünün düzeltilmesi gibi talepler de bu dava kapsamında öne sürülebilir⁷¹¹. Bu durum, miras sebebiyle istihkak davasının küllî (tümsel) bir dava olmasından kaynaklanmaktadır. Davacı, her bireysel davayı ayrı ayrı açmak zorunda kalmak yerine sadece miras sebebiyle istihkak davasını açarak tüm taleplerini tek seferde ileri sürebilmektedir⁷¹².

Küllî dava olan miras sebebiyle istihkak davası ile bireysel davalar arasında davacının seçimlik hakkı bulunmaktadır. Hakkı bir sebebe dayanmadan mirasçıya ait mal veya hakları ele geçiren kişilere istihkakın yanı sıra sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, haksız fiil, tapu kütüğünün düzeltilmesi veya zilyetlik davası gibi bireysel davaları açmak her zaman mümkündür. Benzer şekilde, mirasbırakanla yapılan sözleşmeye dayanarak ona ait olan malları elinde bulunduran kişilere karşı sözleşmeden doğan iade davası açılabilir. Mirasbırakanın ölmesiyle birlikte söz konusu davaları açma hakkı mirasçılara geçmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu, mirasçıları bu bireysel davalarla tek tek uğraştırmak yerine kolaylık sağlayarak, miras sebebiyle istihkak davası adı altında tek bir tümsel davayla terekenin tamamını veya bazı tereke mallarını geri alma imkânı tanımıştır⁷¹³. O halde, mirasçı olan davacının TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davası ile TMK m. 637'deki miras sebebiyle istihkak davasını açmak arasında da seçimlik hakkı bulunmaktadır.

İstihkak davasıyla benzer olarak, bir şeyin yapılması (malların geri verilmesi) emrini içerdiği için miras sebebiyle istihkak davası da bir eda davasıdır⁷¹⁴. Gerçi TMK m. 637/II'de mirasçılık sıfatına ilişkin uyumsuzlukların da bu dava kapsamında çözüleceği düzenlenmiştir. Bu durum, davanın eda niteliğinden çıkarak tespit davası haline gelmesine sebep olmaz. Hâkim, mirasçılık sıfatını ve davacının gerçekten üstün hak sahibi olup olmadığını bir ön sorun olarak tespit ettikten sonra teslim yönelik karar verir⁷¹⁵. Yine, istihkak davasına benzer olarak miras sebebiyle istihkak davası da mutlak bir davadır⁷¹⁶. Bunun sebebi, davanın mutlak hak niteliğinde

⁷¹⁰ **Eren**, Fikret, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", MÜHFHAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, sa. 1045-1061, s. 1048.

⁷¹¹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 484; **Güvenç**, s. 179.

⁷¹² **Gürsoy**, Kemal Tahir, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası ve Bu Davanın Türk Hukukundaki Tatbik Şekli", İÜMHAD, Y. 2011, C. 2, S. 2, sa. 271-297, s. 274; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 485; **Hatemi**, Miras Sebebiyle, s. 581; **Tandoğan**, s. 271; **Eren**, Miras Sebebiyle, s. 1049; **Antalya**, Miras, s. 493; **Akbıyık**, s. 60 vd; **Sert Sütçü**, Selin, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, sa. 515-535, s. 519 vd; **Güvenç**, s. 55 vd.

⁷¹³ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 481 vd.

⁷¹⁴ **Gürsoy**, s. 276; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 485 vd; **Antalya**, Miras, s. 493; **Sert Sütçü**, Miras Sebebiyle, s. 519.

⁷¹⁵ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 485 vd.

⁷¹⁶ **Sert Sütçü**, Miras Sebebiyle, s. 518.

olan miras hakkına dayanması ve herkese karşı öne sürülebilmesidir. Bununla birlikte, maddî olmayan hakları ve hukuk düzeni tarafından korunan değerleri de konu etmek mümkün olduğundan, TMK m. 683'teki istihkak davasının aksine burada aynı davadan söz edilmez⁷¹⁷.

Ölüme bağlı tasarrufun iptali ve tenkis gibi davalarla birlikte açılması halinde miras sebebiyle istihkak davası tali nitelik taşımaktadır. Zira söz konusu davalar birer yenilik doğuran dava olup, eda niteliği taşımazlar. Diğer bir deyişle, bu davaları açan davacının bir şeyin yapılmasını veya malın geri verilmesini istemesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, edanın gerçekleşmesini sağlamak için miras sebebiyle istihkak davası bunlarla birlikte veya bunlardan sonra açılabilmektedir. Bu tür durumlarda miras sebebiyle istihkak davası, iptal veya tenkis davasının akıbetine bağlı olacak şekilde açıldığından tali niteliktedir. Buna karşılık, tek başına açılması halinde aslî nitelik taşımaktadır⁷¹⁸.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre miras sebebiyle istihkak davasının davalısı, mirasçı olmayan kimsedir⁷¹⁹. Davalı, tereke mallarını miras hakkına ya da sözleşmeye dayandığını ileri sürerek veya hiçbir sebep göstermeden elinde bulunduran bir kimse olabilir⁷²⁰. Kanun koyucu, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki istihkak davasıyla benzer olarak, TMK m. 637'de malları "*...elinde bulunduran kimseye karşı...*" miras sebebiyle istihkak davası açılabileceğini belirterek zilyetlikten daha geniş bir ifadeye yer vermiştir. Dolayısıyla, zilyet yardımcısı dahi bu davanın davalısı olabilmektedir⁷²¹. Nihayetinde söz konusu elde bulundurma haksız olmalıdır. Öğretide bir görüş, elde bulundurmanın satış veya bağışlama gibi sözleşmeye dayalı bir mülkiyet devrinden kaynaklandığı durumlarda miras sebebiyle istihkak davası açılmayacağını ve TMK m. 683'e dayalı adi istihkak davasını açmak gerektiğini öne sürmektedir. Diğer bir görüş ise böyle bir durumda miras sebebiyle istihkak davası açmayı mümkün kabul etmekle birlikte, hâkimin

⁷¹⁷ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 486. Öğretide bir görüş, miras sebebiyle istihkak davasının aynı nitelikte olduğunu belirtmekle beraber, aynı nitelikte olmanın anlamı, herkese karşı açılabilme özelliği (mutlak nitelikte olma) açısından ele alınmaktadır. **Gürsoy**, s. 276; **Tandoğan**, s. 273; **Antalya**, Miras, s. 494.

⁷¹⁸ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 487. Öğretide bir görüş, mirasçılığın tespitinin, miras sebebiyle istihkak davasının bir unsuru olarak görülmesi gerektiğini öne sürmektedir. Bkz. **Gürsoy**, s. 278, 280.

⁷¹⁹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 493; **Tandoğan**, s. 271 vd; **Antalya**, Miras, s. 496 vd; **Akbıyık**, s. 205; **Sert Sütçü**, s. 527 vd. Bir görüş ise mirasçılıktan doğan üstün hakkın ancak yine mirasçılara karşı ileri sürülebileceğini savunmaktadır. Buna göre davalı, mirasçıdan başka biri (mesela hırsız) olacaksa üstün hakkın bir anlamı kalmaz. Dolayısıyla miras sebebiyle istihkak davasının davalısı da mirasçılardır. Bkz. **Hatemi**, Miras Sebebiyle, s. 581; **Güvenç**, s. 118 vd.

⁷²⁰ "*Miras sebebiyle istihkak davası, malı elinde mirasçı sıfatı ile bulundurduğunu iddia eden veyahut malı elinde bulundurması için hiçbir sebep göstermeyen kimseye karşı açılır.*" Bkz. Yarg. 1. HD., T. 02.12.1982, E. 1982/14135, K. 1982/14022 (bkz. **Eren/Yücer Aktürk**, s. 493, dn. 28.).

⁷²¹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 493.

davalının iddiasını bir ön sorun olarak değerlendirmesi gerektiğini savunmaktadır. Eğer ön sorun incelendikten sonra davalının mülkiyet iddiası haklı bulunursa miras sebebiyle istihkak davasının reddedilmesi gerekir⁷²². Biz de ikinci görüşün yerinde olduğu kanaatindeyiz. Mirasçılık sıfatına ilişkin sorunlar TMK m. 637/II gereği bu dava kapsamında ön sorun olarak çözülebilmektedir. Her ne kadar kanunda özellikle düzenlenmemiş olsa da mülkiyet iddiasına ilişkin sorunlar da bu dava kapsamında çözülebilmelidir.

TMK m. 683'teki istihkak davasında davacı, mala kendisinin malik olduğunu ve mülkiyet hakkının dayanağının geçerli olduğunu ispat etmek zorundayken; miras sebebiyle istihkak davasında ise dava konusu malların terekeye dâhil olduğunu ispat etmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra davacı, tereke mallarının davalının elinde haksız olarak bulunduğunu ve miras geçtikten sonra malın zilyetliğini davalı yüzünden elde edemediğini ispat etmelidir⁷²³. Zira mal bir kere mirasçının doğrudan zilyetliğine girdikten sonra miras sebebiyle istihkak değil, TMK m. 683'teki istihkak veya zilyetlik ya da taşınır davalarını açmak icap eder. Davacı, mirasbırakanın mirasçısı olmakla beraber davaya konu olan malın kendisine ait olduğunu iddia ediyorsa, burada miras sebebiyle değil adi istihkak davası söz konusudur. Mesela mirasçının, mirasbırakanın sağlığında malı kendisine bıraktığını iddia etmesinde durum böyledir⁷²⁴. Yine, davacının miras sebebiyle istihkak davasından yararlanabilmek için mirasçılıktan doğan üstün hakkının mevcut olduğunu da ispat etmesi beklenir⁷²⁵.

TMK m. 638/II'ye göre davalı, tereke malını zamanaşımı yoluyla kazandığını öne süremez. Bu özelliği bakımından miras sebebiyle istihkak davasının, TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davasına göre önemli bir avantaj sağladığı söylenebilir. Zira TMK m. 777'ye göre başkasının taşınırına beş yıl boyunca malik sıfatıyla ve iyi niyetle zilyet olan kimsenin mülkiyet hakkını kazanacağı düzenlendiğinden, bu kişiye karşı istihkak davası açılmamaktadır⁷²⁶. Buna karşılık, miras sebebiyle istihkak davası için özel bir düzenleme getirilerek m. 777'deki kazandırıcı

⁷²² Görüşler için bkz. **Gürsoy**, s. 285 vd; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 494; **Antalya**, Miras, s. 497; **Sert Sütçü**, s. 528.

⁷²³ **Antalya**, Miras, s. 498.

⁷²⁴ **Berki**, Ali Himmet, "Veraset ve Miras Sebebiyle İstihkak Davaları", İÜMHAD, Y. 2011, C. 3, S. 5, sa. 216-220, s. 218.

⁷²⁵ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 496; **Sert Sütçü**, Miras Sebebiyle, s. 529. Öğretide bir görüş, miras sebebiyle istihkak davasından söz edebilmek için davalının, davacının mirasçılıktan doğan üstün hakkına itiraz etmesi gerektiğini öne sürmektedir. Eğer böyle bir itiraz öne sürülmeyp de mesela sadece malın terekeye ait olmadığı gibi bir itirazda bulunulmuşsa, miras sebebiyle istihkak davası söz konusu olmaz. Olsa olsa adi istihkak davasından söz edilebilir. **Berki**, Veraset ve Miras, s. 218. Görüş ve eleştirisi hakkında bkz. **Akbıyık**, s. 211.

⁷²⁶ Bkz. 3.1.5. (Süresi).

zamanaşımının bu dava bakımından hüküm ve sonuç doğurmaması sağlanmıştır. O halde taşınır mallar bakımından beş yıllık süre değil, miras sebebiyle istihkak davasının kendi zamanaşımı süreleri uygulanır. Aynı durum, taşınmaz mallar için de geçerlidir. TMK m. 712 ve 713'te yer verilen on yıllık olağan ve yirmi yıllık olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı süreleri de miras sebebiyle istihkak davasında davalı tarafından öne sürülememektedir⁷²⁷. Hatta davalının iyi niyetli olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Gerçi kötü niyetli olması halinde zaten hiçbir şekilde mülkiyeti kazanması mümkün değildir⁷²⁸.

Miras sebebiyle istihkak davası için öngörülen zamanaşımı süreleri, TMK m. 639'da özel olarak düzenlenmiştir. Burada iyi niyete göre bir ayırım yapılmış olup, davacının, kendisinin mirasçı olduğunu ve iyi niyetli davalının terekeyi ya da tereke mallarını elinde bulundurduğunun öğrenilmesinden itibaren bir ve her halükârda mirasbırakanın ölümünden veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren on yıl içinde dava açılabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise malı kötü niyetle elinde bulunduranlara karşı zamanaşımı süresinin yirmi yıl olacağına yer verilmiştir⁷²⁹. Dolayısıyla iyi niyetli elde bulundurana karşı on yıl olarak öngörülen süre, kötü niyetlilere karşı yirmi yıl olup, bir yıllık nispî süre ise kötü niyetlilere karşı söz konusu olmamaktadır. Madde başlığı "zamanaşımı" olarak düzenlendiğinden, bu sürelerin niteliği bakımından tereddüt bulunmamaktadır⁷³⁰. Burada hak düşürücü süre değil, zamanaşımı söz konusudur. Yukarıda⁷³¹ muhtelif yerlerde belirtildiği üzere, TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davası için herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre yoktur. Malikin, ancak istisna olarak dürüstlük kuralı gereği belli bir süre geçtikten sonra istihkak talebinde bulunamayacağı düşünülebilir⁷³². Bu özelliği bakımından da miras sebebiyle istihkak davası ve adi istihkak davası birbirinden ayrılmaktadır⁷³³.

Miras sebebiyle istihkak davasını TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davasından ayıran bir diğer özellik ise yetkiye ilişkindir. Yukarıda⁷³⁴ açıklandığı üzere, TMK m. 683'teki istihkak davası için yetkili mahkemenin tespiti, dava konusunun taşınır veya taşınmaz olmasına göre değişmektedir. Taşınır mallar için HMK m. 5'e göre davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açmak gerekir. Taşınmaz mallar için ise HMK m. 12'ye göre taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi

⁷²⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 489; Tandoğan, s. 283; Antalya, Miras, s. 499; Güvenç, s. 219 vd.

⁷²⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 489.

⁷²⁹ Sert Sütçü, Miras Sebebiyle, s. 530.

⁷³⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 497.

⁷³¹ Bkz. 3.1.5. (Süresi).

⁷³² Bkz. 4.2.4. (Dürüstlük Kuralı).

⁷³³ Akbıyık, s. 121 vd; Güvenç, s. 180.

⁷³⁴ Bkz. 3.1.6. (Görevli ve Yetkili Mahkeme).

yetkilidir. Buna karşılık, miras sebebiyle istihkak davası için yetki bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. TMK m. 576'ya göre, miras sebebiyle istihkak davasında yetkili mahkeme mirasbırakanın ölmeden önceki son yerleşim yeri mahkemesidir. Mirasçı, davayı terekenin tamamı için açıyor olsa bile taşınır veya taşınmaz ayrımına takılmaksızın mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesinde tek bir dava açarak tüm iade taleplerini öne sürebilir. Görevli mahkeme ise burada da asliye hukuk mahkemesidir⁷³⁵.

TMK m. 683'teki istihkak davasında olduğu gibi miras sebebiyle istihkak davasında da davalının, davayı kaybetmesi halinde elindeki malları davacıya teslim etmesi gerekir. Öte yandan, burada aynî ikame ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre davalı, terekeye dâhil olan malları elinden çıkarmış olması halinde bunlara karşılık olarak elde ettiği menfaatleri davacıya teslim etmelidir⁷³⁶. Dolayısıyla, tereke mallarının durum, kapsam ve miktarlarında meydana gelen değişiklikler dikkate alınarak davacıya verilmektedir. Aynî ikame ilkesine göre tereke özel bir malvarlığı olarak kabul edilip, bunu oluşturan değerleri ikame eden değerler sanki başından beri terekenin bir parçasıymış gibi varsayılırlar. O halde TMK m. 683'teki istihkak davasından farklı olarak; malın yerine geçen başka bir mal, satış veya kamulaştırma bedeli, sigorta veya haksız fiil tazminatı gibi ikame değerler teslime konu olabilmektedir⁷³⁷. Davalının iyi niyeti bu sonucu değiştirmez. Doğal ve hukukî ürünler de davalının iyi niyetine rağmen teslime konu edilebilmektedir⁷³⁸. Yine de iyi niyetli davalının, yapmış olduğu zorunlu ve faydalı giderleri talep etme hakkı burada da mevcuttur. Bu bedeller kendisine ödenene kadar malları teslim etmekten kaçınabilir. Kötü niyetli davalı da yaptığı zorunlu giderleri talep edebilir⁷³⁹.

3.2.2. İcra ve İflâs Kanunu Kapsamında

3.2.2.1. İcra ve İflâs Kanunu'ndaki İstihkak Davası

Bu konu, TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davası ile İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen istihkak davası arasındaki isim benzerliği sebebiyle ele alınmıştır. Öyle ki İİK m. 96 ve devamında hacizde istihkak iddiasına itiraz düzenlenmekte olup, m. 97'de üçüncü şahsın istihkak iddiasına ve m. 97/a'da istihkak davalarında mülkiyet karinesine yer verilmiştir. İİK m. 228, 212, 219/2, 230, 235 ve 245'te ise ayrı ayrı iflâsta istihkak davası düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere burada düzenlenen hükümler, isim benzerliği sebebiyle eşya hukukundaki istihkak davasıyla

⁷³⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 490 vd; Sert Sütçü, Miras Sebebiyle, s. 525.

⁷³⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 501 vd; Tandoğan, s. 280 vd; Akbıyık, s. 236 vd; Güvenç, s. 180 vd, 200 vd.

⁷³⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 501 vd; Tandoğan, s. 280 vd; Akbıyık, s. 244 vd; Güvenç, s. 207 vd.

⁷³⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 501 vd. Öğretide, terekeye dâhil vasıtalarla kendi borçlarını ödeyen iyi niyetli zilyedin sorumlu tutulmaması gerektiği de öne sürülmektedir. Bkz. Tandoğan, s. 281 vd.

⁷³⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 502 vd.

kariştirilmaya müsaittir. Her iki kanundaki düzenlemeler de eşya üzerindeki mülkiyet iddiasına dayanmakla birlikte, bunların arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki İİK m. 96 ve devamındaki istihkak iddiası haciz aşamasında gerçekleşmektedir. Borçluya ait olan mallar haczedilirken, gerçekten borçlunun olup olmadığı çekişmeli olan bir malın da haciz yerinde bulunması mümkündür. Her ne kadar borçludan başka birinin söz konusu mal üzerinde mülkiyet iddiası olsa da haciz gerçekleştirilir. Bu tür mallara, üzerinde istihkak iddiası bulunan mallar denmektedir. Dolayısıyla, İcra ve İflâs Kanunu kapsamındaki istihkak iddiası malikle haksız zilyet arasında gerçekleşmemektedir. Burada istihkak iddiasında bulunan taraf, haciz ilişkisindeki üçüncü kişidir⁷⁴⁰.

İİK m. 97/a'da yer verilen mülkiyet karinesi, Türk Medenî Kanunu'ndan daha farklı düzenlenmiştir. TMK m. 985'te taşınırın zilyedinin onun maliki sayılacağına yer verilmişken, İİK m. 97/a'da ise *"bir taşınır malı elinde bulunduran kimsenin onun maliki sayılacağı"* ve *"borçluyla üçüncü şahısların taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi malın borçlu elinde addolunacağı"* öngörülmüştür. Görüldüğü üzere malı elinde bulundurması, borçlunun malik sayılması için yeterli görülmekte ve zilyet olma şartı dahi aranmamaktadır. Bundan da öte, borçluyla üçüncü kişinin malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde mal borçlunun sayılmakta ve haczedilebilmektedir⁷⁴¹. Bunun aksini üçüncü kişinin ispat etmesi gerekir⁷⁴². Üçüncü kişi yedieminliği kabul ederse mal muhafaza altına alınmaz⁷⁴³.

İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hacizde istihkak davasına mal üzerindeki mülkiyet hakkının yanı sıra diğer aynî haklar da dâhildir. Dolayısıyla rehin, intifa, irtifak ve oturma hakları da istihkak iddiasına ve davasına konu edilebilmektedir. Ayrıca, alacaklar hakkında istihkak iddiasında bulunmak da mümkündür⁷⁴⁴.

Öğretide taşınmaz malların İİK m. 96 ve devamındaki istihkak davasına konu edilemeyeceği belirtilmektedir⁷⁴⁵. Kanaatimizce bunun sebebi, taşınmaz malların tapu kütüğüne

⁷⁴⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 360; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 201; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 253 vd.

⁷⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 203; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 255.

⁷⁴² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 203.

⁷⁴³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 204.

⁷⁴⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 360 vd; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 201; Görgün, L. Şanal/ Börü, Levent/ Kodakoğlu, Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 243. İflâsta istihkak davasına ise sadece mülkiyet hakkı konu edilebilir. Bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.254.

⁷⁴⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 361.

kaydedildiği için borçluya mı yoksa üçüncü kişiye mi ait olduğu hususunda ihtilaf oluşmamasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu hususta, İİK m. 96 ve devamındaki istihkak iddiasına ilişkin şartların taşınır mallar için uygulanacağı; taşınmazlar için ise icra memurunun işlemine yönelik şikâyetle bulunulması gerektiğine karar vermiştir⁷⁴⁶. Öte yandan bir diğer görüş ise hem taşınır hem taşınmazlar için hacizde istihkak davası açılabilceğini savunmaktadır⁷⁴⁷.

İİK m. 96 ve devamına göre yapılan istihkak iddiası iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi, borçlunun haciz sırasında mallardan birini başkasına ait olarak göstermesidir. İkinci ihtimal ise doğrudan üçüncü kişinin haczedilen mal üzerinde (öğrendiği andan itibaren yedi gün içinde) mülkiyet veya rehin hakkı iddia etmesidir. İki ihtimalden birinin gerçekleşmesi halinde, haciz memuru istihkak iddiasını tutanağa geçirir. Üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması halinde icra dairesi, itiraz edebilmeleri için alacaklı ve borçluya üç günlük süre verir. Süresinde itiraz edilmeyen istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır⁷⁴⁸. İtiraz edilmesi halinde ise dosya icra dairesinden icra mahkemesine verilir. İcra mahkemesi, takibin devamına veya teminat yatırılarak ertelenmesine dair karar verir. İstihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi, bu kararın kendisine tefhim veya tebliğ edilmesinden itibaren yedi gün içinde istihkak davası açabilir. Belirtilen süre içinde davayı açmaması halinde, çekişmeli mal üzerindeki istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır. Bu durumda alacaklı, malın satılmasını talep edebilir⁷⁴⁹.

Malın değerinin alacaklıya verilmesi halinde söz konusu mal bakımından icra takibi sona ermiş olur. Bu sebeple üçüncü kişinin istihkak davası açma imkânı ortadan kalkar. Bu durumda onun yapması gereken, sebepsiz zenginleşme davası açmaktır. Zira bu durumda borçlunun borcu üçüncü kişinin malvarlığından ödenmiş ve onun aleyhine (borçlunun lehine) bir zenginleşme gerçekleşmiştir⁷⁵⁰.

İİK m. 96 ve devamındaki istihkak davasının icra mahkemesinde açılması gerekir. Yetkili mahkeme ise icra takibinin yapılmakta olduğu ya da hacze konu olan malın bulunduğu yer

⁷⁴⁶ YHGK T. 07.04.2004, E. 12-210, K. 208 (bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 361, dn. 3.).

⁷⁴⁷ Bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 244.

⁷⁴⁸ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 201. İİK m. 97/12'ye göre üçüncü kişinin istihkak iddiasının borçlu tarafından kabul edilmesi, alacaklı açısından hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 204.

⁷⁴⁹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 362 vd; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 256 vd; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 246 vd.

⁷⁵⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 365 vd.

mahkemesidir. Ayrıca burada basit yargılama usulü uygulanır⁷⁵¹. Bu yönleriyle de söz konusu dava, eşya hukukundaki istihkak davasından ayrılmaktadır.

İİK m. 97/a'da malı elinde bulunduran borçlunun malik sayılacağına düzenlenmesi sebebiyle, istihkak davasında ispat yükü davacı üçüncü kişiye aittir⁷⁵².

İİK m. 96 ve devamındaki istihkak davasının mahkemece kabul edilmesi, üçüncü kişinin istihkak iddiasının haklı görülmesi anlamına gelir. Bu durumda malın üzerindeki haciz kalkar ve mal üçüncü kişiye verilir. Bunun yanı sıra, istihkak iddiasına kötü niyetle itiraz edildiğinin anlaşılması halinde malın değerinin %15'inden az olmamak üzere üçüncü kişiye tazminat ödenmesine karar verilir. Davanın reddi halinde ise hacizli malın değerinin %20'sinden az olmamak kaydıyla üçüncü kişinin tazminat ödemesi gerekmektedir⁷⁵³. Eğer dava sebebiyle malla ilgili takip ertelenmemiş ve buna bağlı olarak alacaklı açısından zarar oluşmadığı için tazminata hükmedilmemişse, alacaklı genel mahkemede zararını ispat ederek tazminat talep edebilir. Burada yüzde yirmi oranında tazminata değil, herhangi bir tazminat davasındaki gibi zarar miktarınca tazminata hükmedilir⁷⁵⁴.

Görüldüğü üzere, hacizde istihkak davası ile eşya hukukunda istihkak davası arasında ismin dışında fazla bir benzerlik bulunmamaktadır. İflâs sebebiyle istihkak davası da hacizde istihkak davasına benzemekte olup, malın iflâs masasına girmesi halinde uygulanmaktadır⁷⁵⁵. Eşya hukukundaki istihkak davasının İcra ve İflâs Kanunu'ndan önemli ölçüde ayrılıyor olması sebebiyle bu kadar açıklamayı yeterli görüyoruz.

3.2.2.2. Tasarrufun İptali Davası

Tasarrufun iptali davası, borçlunun alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla malını üçüncü kişiye devrettiği durumlarda söz konusu olmaktadır (İİK m. 277 vd). Haciz veya iflâs tehlikesi altında olan borçlunun, mallarını bağışlamış ya da satmış gibi işlem yaptığı üçüncü kişiye⁷⁵⁶

⁷⁵¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 366 vd; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 203 vd; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 247 vd.

⁷⁵² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 260; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 248.

⁷⁵³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 370 vd; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 206; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 261 vd.

⁷⁵⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 206.

⁷⁵⁵ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 593.

⁷⁵⁶ Bu davada borçlu ve üçüncü kişi zorunlu dava arkadaşısıdır. Bkz. Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2017, s. 261; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 689; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 601; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 698.

alacaklı tarafından geçici veya kesin aciz belgesine⁷⁵⁷ dayalı olarak tasarrufun iptali davası açılır. Davanın kazanılmasıyla birlikte mallar sanki borçluya aitmiş gibi alacaklının tatmin edilmesi sağlanır⁷⁵⁸. Hem taşınır hem taşınmazlar için bu davayı açmak mümkündür⁷⁵⁹.

Yargıtay'ın da katıldığı görüşe göre, tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için iptale tâbi olan tasarrufun, alacaklının alacağının doğmasından sonra yapılması gerekir⁷⁶⁰. Bununla birlikte, öğretide iptale tâbi tasarrufun ne zaman yapıldığının bir öneminin bulunmadığı da öne sürülmektedir. Buna göre alacaklının alacağı doğmadan önce bile mallar üçüncü kişiye bağışlanmış ya da devredilmişse, söz konusu işleme yönelik tasarrufun iptali davası açılabilir⁷⁶¹. Dava, tasarruf işleminin yapıldığı tarihten itibaren beş yıllık hak düşürücü süreye tâbidir⁷⁶².

Tasarrufun iptali davasının özelliklerinden biri, iptale konu tasarruf sebebiyle malın sadece alacaklı bakımından borçlunun malvarlığına dâhil sayılmasıdır. Tasarrufun iptal edilmesi sebebiyle mal tekrar borçlunun malvarlığına dönmemektedir. Alacaklıyı tatmin etmek amacıyla mal satılacak olursa, alacak miktarını aşan kısım borçluya değil üçüncü kişiye iade edilir⁷⁶³.

İptale bağlı tasarruflar, kanunda üç ayrı ihtimal için düzenlenmiştir (İİK m. 278 vd.). Söz konusu ihtimallerin örnek niteliğinde olduğu ve bunların dışında kalan tasarrufların da iptale konu

⁷⁵⁷ Aciz belgesinin alınmış olması tasarrufun iptali davası için özel bir dava şartıdır. Bkz. **Muşul**, s. 195 vd; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 698; **Öztek**, Selçuk, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası (İİK m.143; m.251), İstanbul 1994, s. 65 vd; **Işık**, Melih, İcra Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları (İİK m. 143, 105), İstanbul 2019, s. 160; **Uyar**, Talih, Tasarrufun İptali Davaları (İİK m. 277-284), Ankara 2017, s. 32 vd. Aciz vesikasının aranmasının sebebi, haczedilebilecek veya haczedilmiş başka mallar mevcutsa ve bunlardan elde edilen bedel alacaklının alacağını tahsil etmesi için yetiyorsa, tasarrufun iptaline ihtiyaç kalmamasıdır. Alacaklının elinde aciz vesikasının olup olmadığını mahkeme re'sen araştırır. Bkz. **Öztek**, s. 66; **Işık**, s. 161. Kendisine İİK m. 97'ye göre istihkak davası açılan alacaklının karşı dava olarak tasarrufun iptali davasını açması mümkün olup, bu durumda aciz belgesi şartı aranmamaktadır. Bkz. **Muşul**, s. 535; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 602; **Işık**, s. 174. Tasarrufun iptali davası devam ederken aciz vesikasına bağlı borç ödenecek olursa dava her iki davalı açısından konusuz kalır. Bkz. **Muşul**, s. 196.

⁷⁵⁸ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 682 vd; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 593; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 688; **Işık**, s. 157.

⁷⁵⁹ Hak ve alacaklar da davanın konusuna dâhildir. **Muşul**, s. 38.

⁷⁶⁰ Bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 702.

⁷⁶¹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 683.

⁷⁶² Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 601.

⁷⁶³ **Muşul**, s. 505 vd; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 684.

edilip edilemeyeceğinin hâkim tarafından takdir edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶⁴. İstihkak davasına ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce, hiç değilse kanundaki ihtimallerin ve bunlara ilişkin ispat yükünün ele alınması gerekmektedir.

Kanunda iptale tâbi görülen tasarruflardan ilki, borçlunun üçüncü kişiye karşılıksız olarak kazandırdığı mallara yöneliktir. Alacaklının; haciz, haczedilecek mal bulunamaması sebebiyle aciz veya iflâsın açılmasından önceki son iki yıl içinde alışılmış hediye ve hediyelerin dışında yapmış olduğu bağışlamalar ve karşılıksız kazandırmalar iptale tâbidir (İİK m. 278). Bayram, doğum günü, sünnet gibi sebeplerle verilen hediyeler alışılmış kabul edildiği için iptale konu olmaz. Bunun yanı sıra, kanun koyucu bazı karşılıklı kazandırmaları da karşılıksız gibi kabul etmiştir. İİK m. 278/III'e göre, evlat edinen ve evlatlık arasında yapılan karşılıklı kazandırmalar bağışlama gibi kabul edilir. Yine, karşı âkidin edimine göre borçlunun ifa ettiği edimin değerinin çok yüksek olması halinde de sözleşme karşılıksız kazandırma muamelesi görmektedir (m. 278/III-2). Üçüncü olarak, borçlunun kendisi veya başkası yararına ömür boyu gelir ve intifa hakkı tesis ettiği sözleşmeler ile ölünceye kadar bakma sözleşmeleri karşılıksız kazandırma olarak değerlendirilmektedir (m. 278/III-3).

İptale konu edilen ikinci tasarruf, İİK m. 279'da düzenlenmiştir. Buna göre bazı hallerde haciz, haczedilecek mal bulunamaması sebebiyle aciz veya iflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde yapılan tasarruf işlemleri iptale tâbidir. Söz konusu hallerden ilki, borçlunun teminat göstermeyi önceden taahhüt ettiği durumların haricinde, borçlunun mevcut bir borcu temin amacıyla gösterdiği rehine ilişkindir. İkinci olarak, para ve alışılmış ödeme yollarından başka bir yolla yapılan ödemelerdir. Mesela, borçlunun bir borcunu ödemek için para yerine mal vermesinde durum böyledir⁷⁶⁵. Bunların yanı sıra, vadesi gelmemiş bir borç için yapılan ödemeler ve kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler de söz konusu maddeye göre iptal edilebilir. Bu tür işlemlerde ispat yükü, tasarruftan yararlanan üçüncü kişiye yüklenmiştir. Üçüncü kişi, borçlunun borcunu ödeyemeyecek durumda olduğunu bilmediğini ispat etmesi halinde iptal davası dinlenmez (İİK m. 279/son). İspat edememesi halinde ise tasarruf işlemi iptal edilir.

İİK m. 280'de iptal edilebilecek olan üçüncü tasarruf işlemi yer almaktadır. Buna göre alacaklının, borçluya zarar verme kastıyla yaptığı tasarruflar da iptal edilebilmektedir. İptale karar verilebilmesi için üçüncü kişinin, borçlunun zarar verme kastıyla hareket ettiğini ve içinde

⁷⁶⁴ Muşul, s. 31; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 684 vd; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 691. Uygulamada tasarrufun iptali davası için karşılaşılan bazı durumlar ve bu davanın dışında kalan durumlar hakkında bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 690 vd.

⁷⁶⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 687.

bulunduğu malî durumu biliyor veya bilmesini gerektiren açık belirtiler taşıyor olması gerekir. İptale konu olan tasarruf işlemi, haciz veya iflâs yoluyla takipten geriye beş yıl içinde yapılmış olmalıdır (m. 280/I). Zarar vermenin kapsamına, tüm alacaklılara zarar vermek veya bir alacaklıyla anlaşarak diğer alacaklılara zarar vermek girebilir⁷⁶⁶. Borçlunun zarar verme kastıyla hareket ettiğinin ispatı davacı alacaklıya düşmektedir⁷⁶⁷. Öte yandan, kanun koyucu bazı durumlar için alacaklı lehine karineler getirerek ispatı kolaylaştırmıştır. Bunlardan ilki, borçluyla tasarruf işlemine giren üçüncü kişinin, borçlunun eşi, alt ya da üst soyu, üçüncü dereceye kadar kan ya da kayın hısımları, evlat edineni veya evlatlığı olmasıdır. Bu ihtimallerden birinin sağlanması halinde, üçüncü kişinin durumu bildiği varsayılır. Üçüncü kişi, bunun aksini ispat ederek iptal kararı verilmesinin önüne geçebilir (m. 280/II). Diğer bir karine ise ticarî işletme ve işyerlerine ilişkindir. Bu tür yerlerdeki ticarî malların tamamı ya da önemli bir kısmı devir veya satın alınmış yahut bir kısmı kazanıldıktan sonra işyeri işgal edilmişse, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastı olduğu ve birlikte tasarrufu gerçekleştiren kişinin de durumu bildiği kabul edilir. Üçüncü kişinin bu karineyi çürütebilmesi için, söz konusu satış, devir veya terk işleminin alacaklılara bildirilmek amacıyla en az üç ay öncesinden kanunda belirtilen şartlar dâhilinde ilan edilmesi gerekir (m. 280/III).

Eğer üçüncü kişi de malı elinden çıkarmış ve karşılığında bir bedel elde etmişse, söz konusu bedelin yeter kısmının ondan alınarak alacaklının tatmin edilmesi mümkündür⁷⁶⁸.

Tasarrufun iptali davasının kazanılması halinde alacaklı, tasarruf konusu malı borçlunun malvarlığına dönmemesine rağmen sanki hâlâ borçlununmuş gibi haczettirebilir. Daha sonra mal satışa çıkarılır ve bedeli alacak miktarınca alacaklıya ödenerek geri kalan miktar davalı üçüncü kişiye iade edilir⁷⁶⁹. Öte yandan, alacaklının hacizden beklentisi malın sattırılarak paraya çevrilmesinden ziyade, doğrudan doğruya malın kendisine verilmesine yönelik de olabilir⁷⁷⁰. Dolayısıyla, tasarrufun iptali davasının da malın iadesi için açılıp açılmayacağı akla gelmektedir.

⁷⁶⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 688; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 693.

⁷⁶⁷ Burada tam ispat aranmayıp, zarar verme kastına yönelik yaklaşık bir ispat yeterli görülmektedir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 599.

⁷⁶⁸ Muşul, s. 508; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 689; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 603. Çalışmamızı yakından ilgilendirmemesi sebebiyle tasarrufun iptali davasının diğer özelliklerine burada yer vermiyoruz. Geniş bilgi için bkz. Muşul, s. 17 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 682 vd; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 687 vd.

⁷⁶⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 691 vd; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 704; Işık, s. 157.

⁷⁷⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 501.

Öğretide bu davanın, şahsî bir dava olduğu ve aynî etkisinin bulunmadığı⁷⁷¹ belirtilmektedir⁷⁷². Davanın kazanılması halinde, davanın değeri aciz vesikasında yazan değere göre hesaplanır. Eğer aynî bir dava söz konusu olsaydı, malın değeri üzerinden hesap yapılırdı. Bunun yanı sıra, davanın kazanılması halinde taşınmazların tapu kaydının düzeltilmesi yoluna gidilmemektedir⁷⁷³. Mal satışa çıkarılarak değeri alacaklıya ödenmekte ve artan kısım varsa davalı üçüncü kişiye iade edilmektedir⁷⁷⁴. O halde tasarrufun iptali davası, istihkak davasının aksine malın iadesini sağlamak için açılmamaktadır.

TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davasını tasarrufun iptali davasıyla karşılaştırırken, mal malikin hâkimiyet alanından çıktıktan sonra yapılan tasarruf işleminin geçerli olup olmamasına göre bir ayırım düşünülebilir. Öyle ki şu âna kadar açıklandığı üzere, haksız zilyet mal üzerinde bir tasarruf işleminde bulunsa bile işlemin geçersiz olması halinde mülkiyet hakkı malik üzerinde devam eder ve buna bağlı olarak istihkak iddiasında bulunulabilir. Haksız zilyedin aynı zamanda emin sıfatıyla zilyet olması halinde ise, malı haksız zilyetten iyi niyetle devralan üçüncü kişi TMK m. 988 gereği mülkiyet hakkını kazanacağından dolayı (önceki) malikin, malın iadesini talep etme hakkı ortadan kalkmaktadır. Burada, emin sıfatıyla zilyedin üçüncü kişiye gerçekleştirdiği devir işleminin geçerli olması halinde ikame bir çözüm yolu olarak tasarrufun iptali davasının açılıp açılmayacağı sorusu akla gelmektedir. Belirtmek gerekir ki tasarrufun iptali

⁷⁷¹ Gerçi iptal davasının aynî etkisinin bulunduğunu savunan yazarlar da olmuştur. Mesela bir görüşe göre, borçlunun kendi malvarlığını azalttığı tasarruf işlemi, alacaklısı bakımından da geçerli olmakla birlikte onun sahip olduğu takip hakkı karşısında batıldır. Bu sebeple üçüncü kişi mülkiyet hakkını kazanamaz ve şartın gerçekleşmesiyle birlikte mülkiyet borçluya geri döner. Görüş hakkında bkz. **Yıldırım**, M. Kâmil, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 39 vd. Bir başka görüş, iptali kabil bir kazanımın yaptırımının nispi butlan olduğunu, etkisinin de aynî nitelikte olduğunu öne sürmektedir. Görüş hakkında bkz. **Yıldırım**, s. 44 vd. Bir diğer görüş, iptal davasını açan alacaklıya iade talebi hakkı tanınarak onun dolaylı zilyet haline getirilmesinin ve mal üzerinde hâkimiyet hakkının bulunduğu kabulünün mümkün olduğunu, bu durumun aynî etkili borçlar hukuku talebi olarak açıklanabileceğini savunmuştur. Görüş hakkında bkz. **Yıldırım**, s. 51. Aynî hakka ilişkin diğer görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, s. 27 vd. Ne var ki bu görüşler öğretilerde desteklenmemiştir. Özellikle günümüz Türk Hukuku'nda tasarrufun iptali davasının şahsî nitelikte olduğu görüşü benimsenmektedir.

⁷⁷² **Muşul**, s. 18 vd, 21; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 684; **Uyar**, s. 22; **Umar**, Bilge, Türk İcra - İflâs Hukukunda İptal Dâvası, İstanbul 1963, s. 19. Ayrıca, buradaki "iptal" işleminin Türk Borçlar Kanunu anlamındaki iptalden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Borçlar hukukunda tasarruf işleminin iptal edilmesi, mülkiyetin de geri dönmesine sebep olur. Burada ise mülkiyetin üçüncü kişiden alınması gibi bir durum söz konusu değildir. Bkz. **Umar**, s. 8; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 683; **Işık**, s. 157.

⁷⁷³ **Umar**, s. 19 vd.

⁷⁷⁴ **Muşul**, s. 21.

davası, haciz yoluyla takipte haciz alacaklısı⁷⁷⁵ tarafından, alacağın borçludan alınamamış olması sebebiyle açılır⁷⁷⁶. Diğer davalarda aranan dava şartlarına ilâveten özel bir dava şartı olarak, alacaklının elinde alacağını tamamen ya da kısmen alamadığını gösteren kesin veya geçici borç ödemedi belgesinin bulunması da aranmaktadır (İİK m. 277). Dolayısıyla, bu açıdan değerlendirildiğinde de tasarrufun iptali davasının istihkak davası yerine geçtiği söylenemez. Zira tasarrufun iptali davası aşamasına gelebilmek için, zaten haciz aşamasına geçilmiş ve alacak elde edilememiş olmalıdır. Söz konusu alacağın, bir malın iadesi talebine ilişkin olabilmesi için ise ortada bir ilâmın bulunması gerekir⁷⁷⁷. O halde tasarrufun iptali davası, haksız zilyedin kendisine dava veya icra takibi açılmadan önce malı geçerli bir tasarruf işlemiyle üçüncü kişiye devretmesi halinde istihkak davasına alternatif bir çözüm yolu olarak kullanılamaz. Olsa olsa, malik istihkak davasını kazanıp da ilâmı icraya koyduktan sonra haciz aşamasındayken malın iyi niyetli üçüncü kişiye geçerli olarak devredilmesi halinde tasarrufun iptali davasının açılması düşünülebilir. Öte yandan, bu durumda da iyi niyetli üçüncü kişinin, alacaklı lehine tanınan karinelerde dahi borçlunun mal kaçırma kastını bilmediğini (iyi niyetini) ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkündür. Sadece borçlunun üçüncü kişiye karşılıksız olarak kazandırdığı veya kanunun karşılıksız kazandırma gibi varsaydığı durumlarda tasarruf işleminin iptalinin talep edilmesi düşünülebilir. Bu durumda mal sattırılarak değeri alacaklıya ödenir. Zira bu tür durumlarda (alışılmış hediyeler sayılmazsa) üçüncü kişiye ispat imkânı tanınmamıştır. Malı devralan üçüncü kişinin kötü niyetli olması halinde ise zaten mülkiyet hakkı hâlâ malikte demektir⁷⁷⁸.

Sonuç olarak, istihkak davası açılıp kazanıldıktan sonra ilâmın icraya konulması ve fakat emin sıfatıyla haksız zilyedin malı kaçırmak amacıyla icra takibi sırasında iyi niyetli üçüncü kişiye (alışılmış hediyelerin dışında) karşılıksız kazandırdığının (veya karşılıksız kazandırma gibi kabul edilen bir işlemle devrettiğinin) anlaşılması halinde, aciz vesikasına uygun olarak malın sattırılarak değerinin alınması için tasarrufun iptali davasının açılması düşünülebilir. İİK m. 278 ve

⁷⁷⁵ Dava imkânı iflâs yoluyla takip için de geçerli olmakla beraber, bunun ayrıca ele alınmasına gerek bulunmadığı kanaatindeyiz. İflâsa ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Muşul**, s. 415 vd, 534; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 689 vd; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 602 vd; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 699.

⁷⁷⁶ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 689. Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için kesinleşmiş bir takibin olması gerektiği hakkında bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 701.

⁷⁷⁷ Bir malın teslimine ilişkin taleplerin ancak ilâmlı icra yoluyla olabileceği hakkında bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 501.

⁷⁷⁸ Devir işleminin muvazaalı yapılması halinde terditli dava açılarak, önce devir işleminin muvazaalı olduğunun tespitin ve buna göre hüküm kurulmasının; talebin kabul görmemesi halinde ise İİK m. 227 vd. hükümlerine göre tasarrufun iptaline karar verilmesinin talep edilebileceği de belirtilmektedir. Bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 708.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İSTİHKAK TALEBİNİN SONUÇLARI VE TALEBİN SONA ERMESİ VEYA ŞEKİL DEĞİŞTİRMESİ

4.1. İstihkak Talebinin Sonuçları

4.1.1. Haksız Zilyedin İade Yükümlülüğü

Malikin mülkiyet hakkına dayanan iade talebi, haksız zilyedin iade yükümlülüğüne karşılık gelmektedir⁷⁷⁹. Bu sebeple, iade yükümlülüğünün kapsamının ne olduğunun da ele alınması gerekmektedir. İade yükümlülüğüne ilişkin hükümlere TMK m. 993-995'te yer verilmiş olup, istihkak davasına da bu hükümler uygulanır⁷⁸⁰. Bu hükümler kapsamında doğan sorumluluk, malın iadesine göre fer'î niteliktedir⁷⁸¹. Diğer bir ifadeyle, malik tarafından (istihkaka yönelik) talepte bulunulmadığı sürece, bu hükümler tek başına devreye girmez.

Haksız zilyetlikte iade hükümleri objektif sorumluluk hali olduğundan, haksız zilyedi sorumlu tutmak için kusurlu olması aranmamaktadır. Dolayısıyla, malı haksız olarak alıkoyma davranışı ve oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının kurulması, sorumluluk için yeterli kabul edilmektedir⁷⁸².

Haksız zilyedin, zilyetliği aktarırken malikin sadece fiilî hâkimiyet tesis etmesine göz yumması yeterli olmayıp, malı iade etmek için etkin bir şekilde katkıda bulunması gerekir (taşınmazın anahtarının teslimi gibi). Taşınırların teslimi için de yapılması gerekli olan masraflara

⁷⁷⁹ Esasen TMK m. 993-995'te düzenlenen haksız zilyetlikte iade hükümleri, istihkak talebinin yanı sıra zilyetlik ve taşınır davaları kapsamında öne sürülen iade talepleri için de uygulanır. Hatta bunlardan başka, şekil eksikliği, irade sakatlıkları, ehliyetsizlik gibi durumlar başta olmak üzere geçersiz hukukî işlemler için de (uygun düştüğü ölçüde) bu hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir. Yine, miras sebebiyle istihkak davası ile gaibe ve atanmış mirasçılara hisselerinin verilmesinde de bu hükümler uygulanabilir. Bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 209; **Ünal/Başpınar**, s. 249 vd; **Reisoğlu**, s. 73; **Sirmen**, s. 128; **Nomer/Ergüne**, s. 99, dn. 230; **Ertaş**, s. 73 vd; **Esener/Güven**, s. 112; **Kılıçoğlu**, s. 78; **Akçaal**, s. 223 vd. Dolayısıyla, söz konusu hükümler sadece istihkak davasını ilgilendirmemektedir. Bununla birlikte, istihkak talebine karşılık gelen iade yükümlülüğü, bu hükümler dâhilinde karşımıza çıkmaktadır.

⁷⁸⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 130; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 209; **Nomer/Ergüne**, s. 99; **Sirmen**, s. 127; **Antalya/Topuz**, s. 428.

⁷⁸¹ **Kılıçoğlu**, s. 78; **Antalya/Topuz**, s. 420. TMK m. 993-995 hükümleri, zilyetliğin iadesine bağlı yan sonuçları ele almaktadır. Dolayısıyla bu hükümler kapsamında; değer zararı, değerde azalmaya bağlı zarar, yarardan yoksun kalma zararı, haktan yoksun kalma zararı, çözüm bedeli zararı ve haksız zilyetliğe bağlı diğer zararlar talep edilir. Bkz. **Antalya/Topuz**, s. 420.

⁷⁸² **Ünal/Başpınar**, s. 248; **Kılıçoğlu**, s. 81 vd; **Akçaal**, s. 225.

malikin mi yoksa zilyedin mi katlanması gerektiğiyle ilgili farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre bu masrafa zilyedin katlanması gerekir⁷⁸³. Diğer görüş ise zilyedin sözleşme ihlâlinden doğan zararın tazmini gibi bir yükümlülüğü olmadığı sürece, iade talebinin aynî niteliği gereği iade alma masraflarına malikin katlanması gerektiğini öne sürmektedir⁷⁸⁴.

Malikin; malın zilyedin elinde bulunması sebebiyle iade talebinde bulunma hakkının yanı sıra, haksız zilyedin elinde bulunduğu sırada malda meydana gelen değer artış ve azalmalarının da göz önünde bulundurulması icap eder. Öyle ki istihkak davası neticesinde iade alınan mal, kullanılmış veya zarara uğratılmış olması sebebiyle değer kaybına uğramış olabilir. Bunun tersi olarak, haksız zilyedin malla ilgilenerek ve ona masraf yaparak malın değerini artırmış olması da mümkündür. Dolayısıyla, malın haksız zilyetten alınarak malike iade edilmesi, her zaman hakkaniyetli bir çözüm yolu bulunduğu anlamına gelmez. Söz konusu ihtimallerin değerlendirilerek, iadenin kapsamının her iki taraf için de adil olması sağlanmalıdır⁷⁸⁵. Öte yandan, istihkak davasını ele alan TMK m. 683'te bu husus düzenlenmemiş olup, bununla bağlantılı olarak TMK m. 993-995'te yer verilen haksız zilyedin iade yükümlülüğü hükümlerine başvurmak gerekir⁷⁸⁶. Bu hükümler, malın geri verilmesi bakımından etki doğurmamakla birlikte, giderler ve tazminat gibi talepler bakımından sorumluluğun kapsamını haksız zilyedin iyi veya kötü niyetli olması ihtimallerine göre ayrı ayrı değerlendirmektedir. Aşağıda söz konusu ayrıma göre oluşturulan başlıklar altında bu husus ele alınmıştır. Bununla birlikte, yükümlülüğün kapsamı meselesine girmeden önce, zilyedin iyi niyetli olmasından ne anlaşılması gerektiğine değinmekte fayda görüyoruz.

⁷⁸³ Dannemann/Schulze, §985, s. 1855, kn. 7.

⁷⁸⁴ BSK ZGB II- Wolf/Wiegand, Art. 641, s. 958, kn. 53; CHK- Arnet, ZGB 641, s. 16, kn. 37.

⁷⁸⁵ Wellenhofer, s. 317, kn. 4.

⁷⁸⁶ Burada aynî bir talep söz konusu olduğundan, borçlar hukukuna ilişkin talepler kural olarak uygulanmaz. Bununla birlikte Alman Hukuku'nda Yüksek Mahkeme, 2016 yılında malikin §985'teki istihkak talebini §280'deki ifa yerine zararın tazmini hükmünün uygulanabileceğine hükmetmiştir (bkz. BGH 18.03.2016 - V ZR 89/15, NJW 2016, 3235). Söz konusu seçenekten haksız zilyedin kötü niyetli olması veya §987 gereği istihkak davasının derdest olması [bu hususta bkz. aşağıda 4.1.1.1.2. (Zilyede Dava Açılmasının İyi Niyete Etkisi)] hallerinde yararlanmak mümkün olup, iyi niyetli haksız zilyede karşı bu yola gidilememektedir. Bkz. Dannemann/Schulze, §985, s. 1855, kn. 8. Ayrıca, İsviçre Hukuku'nda malın alıkonulması sebebiyle malikin ek bir zarara uğraması halinde, OR Art. 41 ve devamı (haksız fiil) hükümleri gereği tazminat talep edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 552, kn. 128.

4.1.1.1. Haksız Zilyet Bakımından İyi Niyet Kavramı

4.1.1.1.1. Genel Olarak

Genel bir ifadeyle, iyi niyetten kastedilenin sübjektif iyi niyet olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla eğer zilyet, malı haksız olarak elinde bulundurduğunu ve iade etmesi gerektiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kötü niyetli kabul edilir. Bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda ise iyi niyetlidir⁷⁸⁷.

Haksız zilyedin iyi niyetinin tespitine ilişkin olarak öğretide farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, haksız zilyedin iyi niyetli olduğundan söz edebilmek için onun, malı malikten veya mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan birinden aldığı inancına sahip olması gerekir. Bir diğer görüş, zilyedin malı elinde bulundurarak başka birinin hakkını ihlâl etmediğine inanması gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü bir görüş ise zilyedin, mala yönelik somut olaydaki zarar verici davranışı gerçekleştirme yetkisinin bulunduğunu düşünmesi halinde iyi niyetli kabul edileceğini öne sürmektedir⁷⁸⁸. Öte yandan, bizim de katıldığımız bir eleştiriye göre iyi niyetin varlığı, devreden tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı gibi olgulara bağlı tutulmamalıdır. İyi niyet, kişinin kendini hak sahibi sanması bakımından mazur görülebilir bir hataya düşme halinde söz konusu olur. Zilyetliğin iyi niyetli olması ise zilyedin, elinde bulundurduğu mal üzerinde devam etmekte olan bir hakkının olduğu hususunda mazur görülebilir bir kanaat içinde bulunması anlamına gelir. Söz konusu yanlış kanaat, malın zilyetliğini devraldığı kişinin hukukî durumuna ilişkin olabileceği gibi, kendisinin mal üzerinde hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin de olabilir⁷⁸⁹. Dolayısıyla iyi niyetin varlığını belli bir olguyla sınırlandırmamak gerekmektedir. Önemli olan, zilyedin söz konusu yanlış kanaati bertaraf etmek için kendisinden beklenebilecek özeni göstermiş olmasıdır. Söz konusu özen gösterilmiş olmasına rağmen yine de yanlış kanaat ortadan kalkmamışsa, iyi niyetin var olduğu kabul edilir⁷⁹⁰. Bu husus, dayanağını TMK m. 3/II'den almaktadır. Hükümde, “... durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz.” ifadesine yer verilmiştir. Diğer bir deyişle, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni gösteren kişi iyi niyet iddiasında bulunabilir. “Durumun gereklerine göre” ifadesinden, somut olayda mevcut olan şartların dikkate alınması

⁷⁸⁷ Staudinger/Thole, §990, s. 262, kn 7; BK – Stark/Lindenmann, Art. 938-940, s. 408, kn. 5; Wieland, C., Kanunu Medenî’de Aynî Haklar, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1946 (Tercüme Eden: İ. Hakkı Karafakı), m. 938, s. 834, kn. 1; Belgesay, M. Reşit, Türk Medeni Kanunu Şerhi, 1936, s. 362; Feyzioğlu, s. 126; Ünal/Başpınar, s. 249; Sirmen, s. 128; Nomer/Ergüne, s. 101; Esener/Güven, s. 114; Antalya/Topuz, s. 434; Ertaş, s. 74; Akçaal, s. 226.

⁷⁸⁸ Görüşler için bkz. Özen, s. 100.

⁷⁸⁹ Feyzioğlu, s. 126.

⁷⁹⁰ Feyzioğlu, s. 126 vd; Özen, s. 100 vd.

gerektiği anlaşılmaktadır. O halde mesele, sadece zilyetliği devreden malik veya tasarruf yetkisine sahip olup olmaması ya da haksız zilyedin zarar verici davranışta bulunma yetkisinin olduğuna inanıp inanmamasından ibaret değildir. Her bir somut olay, iyi niyetin tespiti bakımından farklı sonuçların doğmasına yol açabilir. Özensiz davranışın ne olduğu tespit edilemese de herhangi bir seviyedeki özensizliğin sorumluluk bakımından etkili olacağı belirtilmektedir. Bunun belirlenmesinin ise objektif değerlendirmeye göre yapılacağı ifade edilmektedir⁷⁹¹.

Özenli davranışın, zilyetliğin her aşamasında dengeli biçimde devam etmesinin beklenemeyeceği ve farklı anlarda farklı özen seviyelerinin aranması gerektiği ifade edilmektedir. Zira, zilyetliğin ilk kazanıldığı anda bunun bir hakka dayanıp dayanmadığını etraflıca araştırmak gerektiğinden, aranacak olan özen yükümlülüğü en üst seviyede olmalıdır. Zilyetlik kazanıldıktan sonra ise artık malın, hayatın olağan akışına göre kullanılması süreci başlamış demektir. Buna rağmen zilyedin aynı özen seviyesini göstermesini beklemek, onu bir tür paranoya içine itmek anlamına gelir⁷⁹². Böyle bir özen yükümlülüğünün beklenmesi ise doğal değildir⁷⁹³.

Zilyetliğin devamı sırasında, hak sahipliğine ilişkin şüphe uyandıracak bazı olayların yaşanması mümkündür. Böyle bir ihtimalde zilyedin, söz konusu şüpheyi gidermek için tekrar özen seviyesini artırması gerekir. Şüpheyi sebebiyet veren olay ciddiye alınacak seviyede olmasına rağmen kendisinden beklenen özen yükümlülüğüne riayet etmeyen zilyet, iyi niyetli sıfatını kaybeder⁷⁹⁴.

Aynı kişiyle birden çok hukukî ilişki tesis eden zilyedin, bunların her birinde aynı dikkat ve özeni göstermesi beklenmemelidir. İlk hukukî ilişkide karşı tarafın kendisine hak kazandırmaya yetkili olması bakımından yapılacak özenli bir araştırmanın, sonraki ilişkiler bakımından özen yükümlülüğünün azalmasını sağlayacağı belirtilmektedir⁷⁹⁵. Mesela, parça tedariki sözleşmeleri buna örnek gösterilebilir. Bu sözleşmelerde malın tedariki için başlangıçta genel hususları belirleyen bir anlaşma yapılmakta ve tedarik edilecek malın miktarı, özellikleri ve fiyatı gibi hususlar daha sonra münferit olarak belirlenmektedir⁷⁹⁶. Buradan hareketle, genel hususların belirlendiği başlangıçtaki anlaşma ve bunu takiben yapılacak ilk tedarik sırasında hak sahipliğinin

⁷⁹¹ **Özen**, s. 104.

⁷⁹² **Özen**, s. 104 vd.

⁷⁹³ Bir diğer görüş ise zilyetliğin kazanılmasında ve devamında ölçü farklılığı olmaksızın yüksek özen yükümlülüğünün devam etmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Antalya/Topuz**, s. 435.

⁷⁹⁴ **Feyzioğlu**, s. 135; **Özen**, s. 105 vd; **Akçaal**, s. 226.

⁷⁹⁵ **Feyzioğlu**, s. 135; **Özen**, s. 106.

⁷⁹⁶ Bkz. **Akıncı**, H. B., s. 18 vd.

kazanılmasına ilişkin gösterilecek olan yüksek özen, daha sonraki tedarikler bakımından özen yükümlülüğünü azaltabilir.

Öğretide tüzel kişilik veya elbirliği halinde olduğu gibi bir temsilci aracılığıyla kazanımın gerçekleştiği durumlarda kötü niyetin sadece ilgili gerçek kişi açısından söz konusu olacağı öne sürülmektedir. Bu durumda kötü niyetli haksız zilyedin yükümlülüğüne ilişkin kanun hükmü (TMK m. 995) bu kişi için uygulanır⁷⁹⁷. Birden fazla haksız zilyedin bulunması halinde de her birinin iyi niyet durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁹⁸.

Üstünde durulması gereken bir başka husus ise iyi niyetin ispatına ilişkindir. TMK m. 3/I hükmü, kanunun iyi niyete hukukî sonuç bağladığı durumlarda asıl olanın iyi niyetin varlığı olduğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla ispat edilmesi gereken iyi niyet değil, kötü niyettir. Diğer bir deyişle ispat yükü, TMK m. 6 hükmüne de uygun olarak kötü niyet iddiasında bulunan davacıya düşmektedir. Bunun yanı sıra taşınırın zilyedinin, onun maliki sayılacağını düzenleyen TMK m. 985 hükmü de zilyedin iyi niyet savunmasını güçlendirmektedir. Görüldüğü üzere, haksız zilyedin savunma imkânları, talepte bulunan malike göre daha iyi düzeydedir. Bu sebeptendir ki zilyet, zilyetliği devralırken özellikle şüpheyne düşmesine sebep olan (mesela malın çok ucuz olması gibi) durumlarda üzerine düşen araştırmayı yapmalı ve en azından bunu ispat edebilmelidir. Bunun dayanağı ise TMK m. 3/II'deki özenli davranış yükümlülüğüdür⁷⁹⁹. Haksız zilyedin üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ise iyi niyet iddiasında bulunması mümkün değildir. Bu durumda onun, üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmesi kendisinden beklenir. Bu hususta Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararında, kanunen iyi niyet iddiasında bulunamayacak durumda olduğu anlaşılan kişinin kötü niyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesinin beklenemeyeceği gerekçesiyle mahkemenin, zilyedin iyi veya kötü niyetli olduğunu re'sen dikkate alabileceğine hükmedilmiştir⁸⁰⁰.

Üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmakla beraber, getirseydi bile bunun boşa çıkacağını öne süren haksız zilyedin iyi niyetli sayılıp sayılmayacağını da değerlendirmek gerekir. Bu hususta bir görüş, haksız zilyedin zilyetliği elde ederken gerekli özeni gösterip göstermemesinin değerlendirilmesi gerektiğini, bunun sonuçlarının ise önem arz etmediğini savunmaktadır. Diğer bir deyişle, iyi niyetin tespiti için dikkat edilmesi gereken husus, soyut itibarıyla zilyetten beklenen özenin gösterilip gösterilmediğidir. Beklenen özen

⁷⁹⁷ BK – Stark/Lindenmann, Art.938-940, s. 408, kn. 6.

⁷⁹⁸ Antalya/Topuz, s. 436; Akçaal, s. 227. Birlikte zilyetlikte zilyetlerden birinin kötü niyetli olması halinde iyi niyet hükümlerinin uygulanamayacağı hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 133.

⁷⁹⁹ Aynı yönde bkz. Özen, s. 108.

⁸⁰⁰ YİBK T. 14.02.1951, E. 17, K. 17 (bkz. Feyzioğlu, s. 127).

gösterilmemişse, gösterilseydi durum değişmeyecek olsa bile bir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre haksız zilyet, böyle bir durumda iyi niyetli sayılmamalıdır⁸⁰¹. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Kanaatimizce sadece soyut bir değerlendirme yaparak iyi veya kötü niyete dair bir tespitte bulunmak yeterli değildir. Zira bunun tespiti, sorumluluğun kapsamı bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecek bir rol oynamaktadır. Bir örnekle ifade etmek gerekirse, kişi ikinci el kitap satın aldığı anda kitabın ilk sayfasında satıcıdan başka birinin adı yazıyor olsun. Böyle bir durumda kitabı alan kişinin, neden kitapta başka birinin adının yazdığını satıcıya sorarak öğrenmesi gerekir. Bununla beraber, kitabın ikinci el kitaplar satan bir kitapçıdan satın alınmış olması da mümkündür. Bu tür kitapçılardan alınan kitaplar yıpranmış, üzerine notlar alınmış ve başkaca insanların adları yazılmış halde olabilmektedir. Dolayısıyla kitaba üçüncü kişilerin adının yazılması olağandır. Böyle bir durumda alıcı, kitapta neden başkasının adının yazdığını satıcıya sormamışsa, daha sonra çalıntı olduğu anlaşılan kitabın gerçek sahibi ortaya çıktığında alıcıyı hangi kapsamda değerlendirmek gerekir? Eğer ilk görüşe göre sadece özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine göre değerlendirme yapılacak olursa, alıcı kötü niyetli kabul edilmelidir. Bununla beraber, böyle bir ihtimalde araştırma yapması kendisinden beklenmemelidir ve yapsa bile bunun muhtemelen boşa çıkacağı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, alıcıyı yine de kötü niyetli saymak kanaatimizce hakkaniyete uygun düşmemektedir. O halde, eğer zilyet gerekli özeni gösterseydi bile sonuç değişmeyecek idiyse ve bunu ispat edebiliyorsa, bunu bir tür kurtuluş beyyinesi olarak kabul etmek icap eder. Bu durumda kötü niyetli değil, iyi niyetli haksız zilyedin sorumluluğu söz konusu olur⁸⁰².

Zilyedin zilyetliği kazandığı an, bunu öğrendiği andan farklı olabilir. Mesela kişinin masasına habersizce hediye saat bırakılması⁸⁰³, mirasın geçmesi⁸⁰⁴ veya kişiye ısmarlanmamış edimin gönderilmesi gibi durumlarda zilyetlik, kişinin hâkimiyet alanına malın girdiği anda kazanılmış olur. Öte yandan zilyet, bu durumu zilyetliği kazandığı anda değil, malın hâkimiyet alanına girdiğini öğrendiği anda zilyetlik iradesine sahip olur. Böyle durumlarda, zilyetliğin öğrenildiği âna kadar zilyedin kötü niyetli varsayılması beklenemez. Zilyet, öğrenme anından itibaren üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmeli ve malı, devretmeye yetkili kişi tarafından devraldığından emin olmalıdır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya getirmekle

⁸⁰¹ **Özen**, s. 109.

⁸⁰² Aynı yönde bkz. **Edis**, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1987, s. 286; **Alangoya**, Yavuz, "*İspat Yükü Yönünden MK. 3*", *İÜHFM*, Y. 1961, C. 27, S. 1-4, sa. 358-361, s. 360 vd.

⁸⁰³ **Özen**, s. 110.

⁸⁰⁴ **Özen**, s. 110 vd.

beraber malın, devretme yetkisi olmayan kişi tarafından kendisine devredildiğini öğrenen zilyet, öğrendiği veya öğrenmeyi ihmal ettiği andan itibaren kötü niyetlidir⁸⁰⁵.

Bir diğer ihtimal ise zilyetliğin, hak sahibi olmayan kişi tarafından geçerli bir sözleşmeye dayalı olarak kazanılması şeklinde karşımıza çıkabilir. Mesela başkasına ait bir malın, geçerli bir kira sözleşmesiyle üçüncü kişiye devredilmesi mümkündür. Yukarıda⁸⁰⁶ istihkak talebiyle borçlar hukukundan doğan taleplerin çatışması meselesi başlığının altında da değinildiği üzere, böyle bir durumda kural olarak istihkak talebinin üstünlüğü söz konusudur. Dolayısıyla her ne kadar sözleşme geçerli olsa da malın, gerçek hak sahibi olan malike iade edilmesi gerekir. Bununla birlikte, malın (aynen) iadesinin dışında kalan haksız zilyedin sorumluluğunun, iyi niyet kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitinin yapılması da icap eder. Bu hususta, doğrudan zilyet olan kiracının sözleşme yapılırken gerçek hak sahipliğini bilmemesi ve bilecek durumda olmaması halinde, malike karşı sorumluluğun da iyi niyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir. Buna göre doğrudan zilyet, ancak kendisinin hakka sahip olmadığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa kötü niyetlidir⁸⁰⁷. Burada bir ayırım yapmakta fayda görüyoruz. Kanaatimizce söz konusu yaklaşım ilk aşamada doğru olmakla birlikte, malikin istihkak iddiasını öne sürdüğü andan itibaren doğrudan zilyedin gerçek durumu öğrendiğini veya öğrenebilecek duruma geldiğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla zilyedin durumu, bu âna göre ikiye ayrılarak değerlendirilmelidir. Malın zilyetliğinin geçerli olarak kurulan sözleşme gereği devralındığı andan, malikin istihkak iddiasını öne sürdüğü âna kadarki süreç için doğrudan zilyedin iyi niyetli olduğu kabul edilebilir. Buna karşılık, malikin istihkak iddiasını öne sürdüğü andan iadenin gerçekleştiği âna kadar geçen süre için ise kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğuna göre değerlendirme yapmak gerekir.

Başlangıçta kötü niyet olarak kendini gösteren haksız zilyetliğin, daha sonra iyi niyete dönüşüp dönüşmeyeceği hususu öğretide farklı şekillerde ele alınmıştır. Bu durumun, özellikle mirasın geçmesi meselesinde kendini göstermesi muhtemeldir⁸⁰⁸. Mal üzerindeki zilyetliğinin haksız olduğunu bilen kişinin ölmesi halinde, miras geçtiği için malı devralan kişinin de kötü niyetli sayılması mı gerekir? Yoksa bu aşamada iyi niyetin varlığından mı söz edilmelidir? Bu hususta öne sürülen bir görüşe göre, kötü niyetli olarak başlayan haksız zilyetliğin daha sonra iyi niyete dönüşmesi kabul edilemez. Zira kötü niyetli haksız zilyetlik, başkasının malını yöneten bir

⁸⁰⁵ Bkz. **Özen**, s. 110.

⁸⁰⁶ Bkz. 2.1.4.

⁸⁰⁷ **Özen**, s. 112.

⁸⁰⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 134; **Antalya/Topuz**, s. 436.

idareci gibi tasarlanmıştır ve sonradan çıkılabilen bir müessese değildir. Aksine, bunun kalıcı bir müessese olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu durum, borçlunun temerrüdüyle benzer olarak ele alınmalıdır. Mirasbırakanın borcunda temerrüde düşmesi halinde, mirasçının mirası temerrüt şartları dâhilinde devralması gerekir. Temerrüdün şartlarının mutlaka mirasçının şahsında mevcut olması gerekmez. Haksız zilyedin kötü niyeti de bu kapsamda değerlendirilmeli ve sorumluluk da buna göre belirlenmelidir. Eğer mirasbırakan kötü niyetliyse, mirasçı da buna göre sorumludur⁸⁰⁹. Diğer bir görüşe göre ise mirasçının zilyetliğinin iyi niyet bakımından değerlendirilmesi, zilyetliği kazandığını öğrendiği andan itibaren, doğrudan mirasçının şahsı dikkate alınarak yapılmalıdır. Zira, iyi niyet içsel bir kavramdır ve veraset kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla mirasçı, mirasbırakanın kötü niyetinden etkilenmemektedir⁸¹⁰. Kanaatimizce ikinci görüş daha tercihe şayan olup, mirasbırakanla mirasçının iyi niyete ilişkin durumlarını birbirinden ayırmak gerekir. Zira haksız zilyetten beklenen, malın başkasına ait olduğunu bildiği takdirde onu gerçek hak sahibi için korumak, gerekiyorsa ürünlerini toplamak ve olabilecek en iyi haliyle iade etmektir. Zilyedin, bunları gerçekleştirmesinin kendisinden beklenebilmesi için ilk önce hak sahipliğinin kendisine değil de başkasına ait olduğunu bilecek durumda olması gerekir. Zilyet bunu bilmiyor ve bilecek durumda da değilse, malı koruması ve onun ürünlerini toplamayı kendisinden beklenemez. Zira o, kendisini malik zannetmektedir. Malikin ise malını tahrip etme, yok etme veya terk etme gibi hakları vardır. Malı korumak ve onun ürünlerini toplamak gibi bir yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kendisini malik zannederek buna göre davranan kişiyi kötü niyetli varsayarak bu kapsamda sorumlu tutmak kanaatimizce doğru bir yaklaşım olamaz⁸¹¹. Buradan hareketle, mirası kabul eden mirasçı, mirasbırakanın haklarına sahip olmanın yanı sıra borçlarından da sorumlu olduğundan, kötü niyetli haksız zilyet sıfatını haiz olan mirasbırakanın

⁸⁰⁹ Staudinger/Thole, § 990, s. 270, kn. 35.

⁸¹⁰ Feyzioğlu, s. 141 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 13.10.1955 T, 3/112 E, 120 K sayılı kararında buna ilişkin olarak, zilyedin ecrimisille sorumlu tutulabilmesi için kötü niyetinin ortaya konulmasının şart olduğunu, mirasbırakanın iyi niyetli olmamasının, mirasçısı olan davalının da kötü niyetli zilyet sayılması için sebep teşkil etmeyeceğini ve kötü niyetin ayrıca ispatının gerektiğini belirtmektedir. Karar için bkz. Feyzioğlu, s. 142, dn. 93a.

⁸¹¹ Bunun aksini kabul ederek mirasçının haksız zilyet olduğunu bilmemesine rağmen kötü niyetli gibi sorumlu tutulacağını varsayacak olursak, şöyle bir durum ortaya çıkabilir: Haksız zilyetliğe konu olan malın taşınmaz veya lüks otomobil gibi maddi değeri yüksek bir mal olduğunu kabul edelim. Eğer bu mala gelen zarar sebebiyle mirasçı tazminatla sorumlu tutulacaksa, mirasçı durumu bilseydi belki mirası reddedecekti. Bununla birlikte, söz konusu görüşe göre mirasçının, hem haberi olmadığı bir haksız zilyetlik yüzünden sorumlu tutulacağı kabul edilmekte hem de mirası reddetme imkânı elinden alınmış olmaktadır. Dolayısıyla mirasçı açısından tâbiri caizse kaçacak yer bırakılmamaktadır. Böyle bir sonuca engel olabilmek adına söz konusu görüşün reddedilmesi ve en azından mirasın geçtiği andan itibaren iyi niyete göre sorumlu tutulması gerekir.

sorumluluğunu yine kötü niyet kapsamında üstlenmelidir. Buna karşılık, mirasın geçtiği andan itibaren mirasbırakandan kaynaklanan kötü niyetin sonlandığı ve mirasçı için başlı başına bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Mirasçı, üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmiş ve buna rağmen zilyetliğinin haksız olduğunu öğrenebilecek durumda değilse, iyi niyetli haksız zilyedin sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Bir diğer ihtimal ise zilyetliği hakka dayanmaksızın devraldığını öğrenen veya kendisinden öğrenmesi beklenebilen kişinin, aslında kendi adına değil de temsil ettiği sınırlı ehliyetsiz adına işlem yapmış olmasıdır. Böyle bir durumda haksız zilyetlik, kötü niyetli olarak devam etmektedir. Bununla birlikte, sınırlı ehliyetsizin kötü niyetten ne ölçüde sorumlu tutulacağının tespiti yapılması gerekir. Bir görüşe göre, sınırlı ehliyetsizin değil, tek başına yasal temsilcisinin kötü niyetinin esas alınması ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerekir. Bunun aksinin kabulü halinde sınırlı ehliyetsizin korunması ilkesi ihlâl edilmiş olurdu. Diğer bir görüş ise, sınırlı ehliyetsize haksız fiil sorumluluğu isnat edilebiliyorsa, onun kendi kötü niyetinin de sorumluluğun kapsamı bakımından dikkate alınabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğu, vekâletsiz iş görmenin kanunda özel olarak düzenlenmiş bir hali olup⁸¹², haksız fiille paralel olarak değerlendirilmelidir. Üçüncü görüşe göre ise sınırlı ehliyetsiz, yaptığı hukukî işlemin (ehliyetsizliği sebebiyle) geçersiz olmasına bağlı olarak haksız zilyet konumuna düşmüşse ve bunu biliyorsa, kötü niyetli olarak sorumlu tutulmamalıdır. Aksi halde sınırlı ehliyetsizlerin tek başlarına sorumluluk altına sokulamayacakları ilkesine aykırılık söz konusu olur⁸¹³. Biz de bu görüşü mantıklı buluyoruz. Hem sınırlı ehliyetsizin tek başına sorumluluk altına sokulamıyor olması sebebiyle yaptığı hukukî işlemi geçersiz kabul edip hem de bu şekilde geçersiz olan hukukî işlem sebebiyle haksız zilyet konumuna düşen sınırlı ehliyetsizi daha ağır bir sorumluluğa yol açacak biçimde kötü niyetli kabul etmek, kendi içinde çelişmektedir.

Sınırlı ehliyetsizin, muhatabını aldatarak kendisini ehliyetli gibi göstermesi ve sözleşmenin kurulmasını bu şekilde sağlaması halinde ise kötü niyetli kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸¹⁴. Bu görüşü makul buluyoruz. Zira sınırlı ehliyetsiz, böyle bir durumda iyi niyetli haksız zilyet gibi sorumlu tutulacak olsaydı, mala zarar vermiş veya onu yok etmiş olsa dahi bundan sorumlu olmazdı. Dolayısıyla sözleşmenin diğer tarafı açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğardı.

⁸¹² Aynı yönde **Sungurbey**, s. 86 vd, dn. 5.

⁸¹³ Görüşler için bkz. **Özen**, s. 115 vd.

⁸¹⁴ **Özen**, s. 117.

4.1.1.1.2. Zilyede Dava Açılmasının İyi Niyete Etkisi

Öğretide, zilyede dava açılmasının onu kötü niyetli hale getirmeyeceği belirtilmektedir⁸¹⁵. Bu hususta Türk – İsviçre hukukunda kanunla getirilen bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla meselenin çözümünün, hâkimin takdirine bırakılacağı öne sürülmektedir⁸¹⁶. Yargıtay da sadece dava açılması sebebiyle zilyedin kötü niyetli hale gelmeyeceğini kabul etmektedir⁸¹⁷. Alman Medenî Kanunu’nda ise buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre zilyet, derdestliğin başladığı andan itibaren; malın tahrip edilmesi, yok edilmesi veya başka bir sebeple iade edilememesi gibi sebeplerle mala verilen zararlardan ötürü malike karşı sorumludur (BGB §989). Burada ağırlaştırılmış bir iyi niyet sorumluluğu görülmektedir⁸¹⁸. Avusturya Medenî Kanunu ise daha ileri giderek, iyi niyetli zilyedin, malı iade etmesine yönelik bir hükümle karşılaşması halinde davayı tebliğ aldığı tarihten itibaren kullanım ve zararın tazmini ve masraflar bakımından kötü niyetli haksız zilyet gibi sorumlu tutulacağını düzenlemektedir (ABGB §338). Diğer bir deyişle, davanın derdestliğinden itibaren kötü niyetin varlığı kabul edilmektedir⁸¹⁹.

İsviçre hukukundaki bir görüşe göre BGB §989 hükmünün örnek alınarak, davanın açılmasından sonra mala verilen zararlardan zilyedin sorumlu tutulması gerekmektedir⁸²⁰. Türk Hukuku için de böyle bir anlayışın kabul edilebileceği kanaatindeyiz⁸²¹. Haksız zilyedin, zilyetliğinin hakka dayanıp dayanmadığını öğrenmek için üzerine düşen özen yükümlülüğünü zilyetliğin her ânında eşit şekilde yerine getirmesi gerekmediğinden yukarıda bahsedilmişti⁸²². Buna göre zilyetliğin kurulduğu anda yüksek bir özen göstermek gerekip, daha sonra beklenen özenin seviyesinin azaldığını kabul etmek gerekmektedir. Bununla birlikte, zilyetliğin hakka dayanmadığı hususunda şüpheyne düşülmesi halinde tekrar özen seviyesini artırarak gerekli araştırmayı yapmak icap eder. Dolayısıyla, zilyetliğin hakka dayanmadığı gerekçesiyle zilyede dava açılması halinde zilyedin gerekli araştırmayı yaparak, zilyetliğinin haklılığına yönelik kesin kanaatini koruyabilmesi gerekir. Öte yandan, zilyetliğin hakka dayanmadığı iddiasında bulunulan

⁸¹⁵ Ünal/Başpınar, s. 249; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 211 vd; YHGK T. 15.04.1972, E. 8136, K. 6553.

⁸¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 208 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 212; Akçaal, s. 227.

⁸¹⁷ YHGK T. 07.03.2012, E. 3-834, K. 127; YHGK T. 15.04.1972, E. 4-1293, K. 243.

⁸¹⁸ Bkz. Feyzioğlu, s. 136.

⁸¹⁹ Bkz. Feyzioğlu, s. 136; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 211 vd.

⁸²⁰ Wieland, m. 940, s. 841, kn. 6. b

⁸²¹ Hukuk metodolojisinde yabancı hukuk hükümlerinin yerel hukuk için örnek alınabileceği hakkında bkz. Möllers, Thomas M.J., Juristische Methodenlehre, München 2017, s. 374.

⁸²² Bkz. 4.1.1.1.1.

her dava için aynısını söylemenin mümkün olup olmadığı da somut olaya göre değişebilir. Zira, zilyedin karşısına öyle bir dava dilekçesi gelebilir ki bunun ciddiye alınacak bir tarafı olmayabilir. Mesela bir kimse, sırf hoşlanmadığı birini yıpratmak amacıyla ona peş peşe muhtelif davalar açıyorsa, bunlardan biri olan iade davasının dilekçesinde ciddiye alınacak seviyede bir hak iddiasının bulunmadığına kanaat getiren davalının özen seviyesini artırmaması doğal karşılanabilir. Öte yandan, hayatın olağan akışına göre kimse -kural olarak- boşuna harç ve masraf ödemek istemez. Bu sebeple, verilen örneğe benzer istisna durumların haricinde zilyedin, kendisine açılan dava dolayısıyla şüpheye düşmesi ve gerçekten hak sahibi olup olmadığını gözden geçirmesi beklenir. Kendisine dava açılan zilyet, yine de hak sahibi olduğuna kanaat getirmiş olsa bile, her şeye rağmen davayı kaybetme ihtimalinin bulunması sebebiyle hüküm verilene kadar malı korumalı ve varsa onun ürünlerini toplamalıdır. Diğer bir deyişle, kendisine dava açıldığını öğrenen zilyedin vekâletsiz iş gören gibi hareket etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eğer zilyet davayı kaybetme ihtimaline rağmen bunu göz ardı ederek malı korumamış veya elden çıkarmışsa, davayı kaybettiğinde karşılaşacağı sonuçları da göze almış demektir. Sonuç olarak, iade talebiyle kendisine dava açılan zilyet, bunu öğrendiği andan itibaren iadeyle yükümlü hale gelmiş sayılamayacağı için hemen kötü niyetli kabul edilemez. Öyle ki zilyedin gerçekten hak sahibi olması ve davayı kazanması ihtimali de vardır. Hatta hak sahibi olduğunu düşündüğü için malı iade etmemek veya bunu geciktirmek için itiraz ve temyiz gibi süreçlere de başvurulabilir⁸²³. Bu durum, onun sorumluluğunu tek başına ağırlaştırmaz. Buna karşılık, kendisine dava açıldığını öğrenen zilyedin, iyi niyetli haksız zilyet gibi sadece elinde kalanlarla sorumlu olacağını da kabul etmemek gerekir. Zira, zilyedin davayı kaybetme ihtimali her zaman mevcuttur ve onun bu ihtimali göz önünde bulundurması icap eder⁸²⁴. Bunun aksini kabul etmek, zilyedin dava sürecinde malı elden çıkarabileceği, tahrip edebileceği veya ürünlerinden yararlanmasa bile bundan sorumlu olmayacağı anlamına gelir. Böyle bir yaklaşım ise iade talebinde bulunan malikin hak kaybına uğramasına yol açacağı gibi, istihkak davasının (veya iade talepli diğer davaların) anlamını yitirmesine de sebep olabilir. Tüm bunlardan hareketle, davayı öğrendiği tarihten itibaren malda meydana gelen zararlar ile elde edilen veya edilmesi ihmal eylenen ürünler bakımından, BGB §989

⁸²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 209.

⁸²⁴ Benzer görüş için bkz. **Sirmen**, s. 129. Bu hususta Fransız Hukuku'nda da benzer bir yaklaşım sergilenmiştir. Buna göre, eğer davacının davayı açtığı gün mahkeme derhal hüküm verebilecek olsaydı, davayı kazanan davacı da ürünleri elde etmeye hak kazanacaktı. O halde sırf usuldeki aksaklıklara bağlı olarak aradan geçen süre sebebiyle davacının ürünleri elde etme hakkını reddetmek doğru olmaz. Bkz. **Feyzioğlu**, s. 136.

ile paralel şekilde bir “ağırlaştırılmış iyi niyet sorumluluğu”⁸²⁵ anlayışının benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz⁸²⁶. Zilyet, davayı kaybettikten sonra ise (kararın kesinleşmesinden itibaren) kuşkusuz ki kötü niyetli durumuna düşer.

Alman Hukuku düzenlemelerinden BGB §987’ye göre ise zilyedin, kendisine iade için dava açılmasından itibaren elde ettiği yararları malike iade etmesi gerekir. Hükmün ikinci fıkrası, bu yükümlülüğün zilyede kusur yüklenebildiği sürece söz konusu olduğunu ve zilyedin, davanın derdest olmasından itibaren elde edebileceği yararları ihmal etmesi halinde bunu tazmin etmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu düzenleme, yukarıda bahsettiğimiz ağırlaştırılmış iyi niyet sorumluluğunun, maldan elde edilen veya edilebilecek yararlar bakımından tezahürü şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Davanın derdest olmasından sonra zilyedin malı tahrip etmesi veya ona yok etmesi gibi sebeplerle ortaya çıkan zararlardan ötürü BGB §989’da yer verilen ağırlaştırılmış iyi niyet sorumluluğunun, maldan elde edilen veya edilebilecek olan yararlar bakımından da Türk Hukukunda uygulanmasının uygun olduğu kanaatindeyiz. Zira, davanın derdestliği sırasında mala verilen zararlardan zilyedin sorumlu olacağının kabul edilmesi halinde, elde edilen veya edilmesi ihmal eylenen zararlardan ötürü sorumluluk doğmayacağını kabul etmek kendi içinde çelişkiye yol açar. Diğer bir deyişle, bunlardan birinin kabulü, diğerinin doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

4.1.1.2. İyi Niyetli Zilyet Bakımından İade Yükümlülüğü

4.1.1.2.1. İade ve Tazmin Yükümlülüğü

Buraya kadar bahsedildiği üzere, haksız zilyedin malı elinde bulundururken iyi niyetli olması halinde iade yükümlülüğü, iyi niyetli olmaması halinden ayrılmaktadır. Öyle ki TMK m. 993’te, “*iyi niyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya*

⁸²⁵ Burada iyi niyet ve kötü niyetin dışında üçüncü bir kavram ortaya koyma çabası taşımadığımızı belirtmek gerekir. Haksız zilyetlik iyi niyetli ve kötü niyetli olmak üzere iki türe sahip olup, üçüncü bir türden söz edilmemektedir (bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 257, dn. 534). Ağırlaştırılmış iyi niyette de esasen iyi niyet sorumluluğu kastedilmekte olmakla birlikte, bu sorumluluğun kapsamının ağırlaştırılması ifade edilmektedir.

⁸²⁶ Aynı yönde bkz. **Utku**, Kemalettin, La Restitution de la Possession selon les Articles 938-940 CCS, Geneve 1939, s. 26, dn. 3; **Belgesay**, s. 362; **Feyzioğlu**, 140; **Karahasan**, 178 vd. **Akıntürk/Akipek** de bu görüşü savunan **Wieland**’ın ifadelerinden “belki de haklı olarak” şeklinde bahsederek, görüşün desteklenebileceğini ima etmektedir. Bkz. **Akıntürk/Akipek/Ateş**, s. 212. Türk Hukuku bakımından BGB §989 benzeri bir anlayışın benimsenmesine gerek olmadığı yönündeki karşı görüş için bkz. **Özen**, s. 121 vd. Yargıtay, bu hususta vermiş olduğu bir kararda, “*Alman Medeni Kanunu doğrultusundaki Türk-İsviçre Medeni Kanununda ise, kaideten zilyed, mücerret dava ile iyi niyetini kaybetmiş sayılamaz; fakat, o andan itibaren şeyde (taşınmazda) kusuruyla meydana getirdiği zararlardan sorumlu tutulur.*” ifadesine yer vermiştir. Yarg. 1. HD., T. 13.11.1989, E. 12036, K. 13431 (bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 250, dn. 510). Davacının iddiasını ispat etmesinin ardından zilyedin iyi niyetinin dava anından itibaren kötü niyete dönüşeceği hakkında bkz. **Antalya/Topuz**, s. 436.

ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir.” hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *“iyi niyetli zilyet, şeyin kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu olmaz.”* düzenlemesi yer almaktadır. O halde kanun koyucunun, iyi niyetli haksız zilyedin iade yükümlülüğünü hafiflettiği görülmektedir. Zira iyi niyetli haksız zilyedin sorumluluğu, malı elinde kaldığı haliyle iade etmekten ibarettir⁸²⁷. Bunun yanı sıra, m. 994/I’de ise *“iyi niyetli zilyedin, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebileceği ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabileceği”* hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere zilyet, mal için yaptığı masrafları da geniş imkânlar dâhilinde talep edebilmektedir. Kanun koyucunun, iyi niyetli haksız zilyede böylesine geniş hak ve imkânlar tanınması mantıklı bir yaklaşımdır. Zira haksız zilyedin iyi niyetli olması, kendini mal üzerinde gerçek hak sahibi zannetmesi anlamına gelir. Eğer kişi malik olduğuna inanıyorsa, buna uygun olarak hareket etmesi doğaldır⁸²⁸. Bu durum, kişilerin hukuk düzenine duyduğu güvenin bir gereğidir. Bu sebeple, mülkiyet hakkının beraberinde getirdiği kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamını özgürce kullanabilmesi ve dolayısıyla ürünlerini toplayabilmesi veya toplamayı ihmal edebilmesi, hatta malı tahrip ve imha dahi edebiliyor olması gerekir. Hak sahibi olmadığını bilmeyen ve bilecek durumda olmayan zilyedin, bu yetkileri kullanması sebebiyle sorumluluğunun doğması beklenemez. Aksi takdirde hukuk düzeni bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar söz konusu olurdu⁸²⁹. Kişinin kendini malik değil de sınırlı aynî hak sahibi sanması halinde de bu hakkın tanıdığı yetkiler çerçevesinde özgürce hareket edebilmesi gerekir. Bu sınırların dışına çıkılması halinde ise iade alacaklısına karşı sorumluluk söz konusu olur⁸³⁰. Yine, sözleşme gibi bir kişisel hakka dayanarak malı elinde bulunduran kimsenin de taraflar arasındaki anlaşmanın sağladığı yetkiler dâhilinde hareket edebilmesi icap eder. Mesela, doğrudan zilyedin malı hak sahibi olmayan önceki zilyetten sözleşmeyle devralması halinde, sözleşmenin tanıdığı

⁸²⁷ Feyzioğlu, s. 147; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 134; Ünal/Başpınar, s. 253; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 213; Kılıçoğlu, s. 82 vd; Sirmen, s. 129; Nomer/Ergüne, s. 102 vd; Esener/Güven, s. 115; Ertaş, s. 75; Antalya/Topuz, s. 438; Akçaal, s. 228.

⁸²⁸ Esener/Güven, s. 115; Antalya/Topuz, s. 439.

⁸²⁹ Benzer değerlendirmeler için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 213.

⁸³⁰ Ünal/Başpınar, s. 250 vd; Ertaş, s. 75; Özen, s. 236. Mesela rehin hakkı sahibinin malı kullanma yetkisi bulunmadığından, kullanma sebebiyle mala zarar vermesi halinde kiracı gibi sorumlu olur. Bkz. Ünal/Başpınar, s. 255; Esener/Güven, s. 116; Akçaal, s. 229.

yetkilerin dışına çıkarak mala zarar vermesi sebebiyle her halükârda sorumluluğu doğar⁸³¹. Öyle ki malı kendisine devreden önceki zilyet aslında hak sahibi olsaydı, onun uğradığı zararı tazmin etmesi gerekecekti⁸³². Oysa mevcut örneğe göre önceki zilyet hak sahibi olmadığından, asıl hak sahibi olan malikin zararını tazmin etmesi icap eder⁸³³. İade talebinde bulunan hak sahibinin zarara uğramasına yol açan fiilin sözleşme kapsamında tanınan bir yetkiye dayanması halinde ise iyi niyetin varlığı sebebiyle sorumluluk söz konusu olmaz. İyi niyetli zilyet, TMK m. 993'ten de anlaşılacağı üzere, malı elinde kaldığı haliyle iade etmekle yükümlüdür. Sorumluluğun hafifletilmesi açısından kusurun varlığı göz önünde bulundurulmamaktadır. Mesela iyi niyetli haksız zilyet, malı kasten tahrip ya da imha etmiş veya malı elden çıkarmış olabilir. Önemli olan, zilyedin varlığına kanaat getirdiği hakkının sınırlarını aşmamış olmasıdır. Bunların yanı sıra, mülkiyet hakkının dışında bir hakka dayandığı düşüncesiyle hareket eden kişinin, içinde bulunduğu hukukî ilişki sebebiyle malın ürünlerini elde etmesi gerekiyorken etmemiş olması halinde, asıl hak sahibinin bu ihmal sebebiyle uğramış olduğu zarardan dolayı haksız zilyedin sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir⁸³⁴.

İyiniyetli haksız zilyedin, malı imha etmesi veya elden çıkarması halinde iade yükümlülüğünün ortadan kalmasının yanı sıra, bundan ötürü tazmin yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Burada da yukarıda bahsedilen iade yükümlülüğüyle paralel olarak zilyedin, malı sahip olduğunu sandığı hakkın sınırları dâhilinde kullanmış olması gerekir. Bu durum, m. 993'teki *“karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyet”* ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır⁸³⁵. Gerçi bir görüşe göre kullanma ve yararlanmada taşkın kullanım halinde iyi niyetli zilyedin asıl maldan sorumluluğu olmamakla birlikte, bundan sağlanan ürünler bakımından zenginleşme hükümlerine göre sorumluluk söz konusu olur. Mesela bir ağacın kesilerek bundan kütükler elde edilmesi halinde, söz konusu kütüklerin veya bundan elde edilen gelirin malike verilmesi gerekir⁸³⁶. Kanaatimizce, elinde kalanlarla sorumlu olma kuralı gereği

⁸³¹ Aynı yönde **Ünal/Başpınar**, s. 252 vd; **Akçaal**, s. 229. Tanınan hakkın sınırlarının aşılarak mala zarar verilmesi halinde haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olacağı hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, s. 84.

⁸³² **Nomer/Ergüne**, s. 103.

⁸³³ İstihkak talebiyle sözleşmeden doğan iade talebinin çatışması meselesi hakkında bkz. 2.1.4.

⁸³⁴ Bkz. **Özen**, s. 237.

⁸³⁵ **Ünal/Başpınar**, s. 252; **Ertaş**, s. 75; **Özen**, s. 236.

⁸³⁶ Bkz. **Özen**, s. 245.

kütüklerin malik tarafından talep edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, sebepsiz zenginleşmeye yol açacak bir durum söz konusu değildir⁸³⁷.

Eğer iyi niyetli haksız zilyet, iyi niyetinin devam ettiği süre boyunca haksız zilyetliğe konu olan maldan bir doğal ürün elde etmişse, asıl maldan bağımsızlaşan bu yeni mal üzerinde mülkiyet hakkı doğar. Bu durum, TMK m. 993'ün doğal sonucudur. Zira hükme göre haksız zilyet, karineyle mevcut olan hakkına uygun olarak kullandığı sürece malı istediği gibi kullanma hakkına sahip olduğuna göre, malın doğal ürünlerini elde etmeme hakkına da sahiptir. Doğal ürünleri elde etmeme hakkına sahip olan zilyedin, bunları elde etmiş olması halinde iadeye mecbur bırakılması kendi içinde çelişen bir sonuca yol açardı. Dolayısıyla, gerçek hak sahibinin malın iadesini talep ederken bundan elde edilen doğal ürünlere yönelik ek bir talepte bulunması mümkün değildir. Hatta, doğal ürün asıl maldan bağımsızlaşarak haksız zilyedin mülkiyetine girdikten sonra haksız zilyedin iyi niyeti sona erse dahi bu durum değişmez. Buna karşılık, doğal ürünün iyi niyet sona erdikten sonra maldan bağımsızlaşması halinde durum farklıdır. Böyle bir ihtimalde haksız zilyet, malın kendisine ait olmadığını bildiği için kullanma ve yararlanma hakkı da sona erer ve doğal ürünler üzerinde de hak iddia edemez⁸³⁸. Ürünün olgunlaşma sürecinde iyi niyet devam etmekle birlikte, iyi niyetin sona ermesinin ardından asıl maldan bağımsızlaşan doğal ürünlerle ilgili öğretide farklı görüşler öne sürülmüştür⁸³⁹. Bir görüşe göre, bu ürünlerin de haksız zilyet tarafından talep edilebilmesi gerekir. Diğer görüş ise bunların iadesi gerekmele birlikte, olgunlaşma sürecinde yapılan masrafların asıl hak sahibinden talep edilebileceğini savunmaktadır. Kanaatimizce ikinci görüşün tercih edilmesi gerekir. Zira bu süreçte zilyet hâlâ iyi niyetlidir ve kanunda iyi niyetli zilyede masrafları talep etme hakkı tanınmıştır.

İyi niyetin devamı sırasında elde edilen doğal ürünlere benzer olarak, medenî ürünlerin de haksız zilyet tarafından alıkonulması mümkündür. O halde mesela maldan kira, faiz vb. bir gelir elde edilmişse, bu gelirin iyi niyetli olunan zaman aralığına karşılık gelen kısmı haksız zilyede aittir. Bu zaman aralığında elde edilen kısım, iyi niyet sona erdikten sonra dahi haksız zilyet tarafından talep edilebilir. İyi niyetin sona ermesinin ardından elde edilen kısım ise doğal olarak gerçek hak sahibi olan malike aittir⁸⁴⁰.

Ele alınması gereken bir diğer husus, haksız zilyedin, zilyetliği sırasında malın kullanımını belli bir süreliğine üçüncü kişiye bırakmış olması ihtimalidir. Böyle bir durumda kullanım karşılığı

⁸³⁷ Haksız zilyedin sorumluluğu doğrudan kanun hükümlerine (TMK m. 993 vd.) dayandığı için sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilemez. Bkz. **Akçaal**, s. 229.

⁸³⁸ **Özen**, s. 229 vd.

⁸³⁹ Görüşler için bkz. **Özen**, s. 230 vd.

⁸⁴⁰ **Özen**, s. 232 vd.

elde edilmesi gereken gelir baştan peşin olarak alınmışsa, iyi niyet ortadan kalktıktan sonraki kısma karşılık gelen tutarın kime ait olacağı hususunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, iyi niyet ortadan kalktıktan sonraya tekabül eden tutarın asıl hak sahibi tarafından talep edilmesi mümkündür⁸⁴¹. Diğer bir görüş ise bu tutarın da haksız zilyet tarafından alıkonulabileceğini savunmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, dönemli edimlerin ne şekilde tezahür ettiğine ilişkindir. Eğer borcun kapsamı başlangıçta belirlenmiş olmakla birlikte ifası zamana yayılmışsa, aslında iyi niyetin devam ettiği süreç dâhilinde alacağı hak kazanılmış demektir. Bu sebeple, ifanın iyi niyet sona erdikten sonra gerçekleşmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, eğer sürekli borç ilişkisi kurulmuş olup da edimler dönemsel olarak yeniden doğmaya devam ediyorsa, iyi niyetin varlığı sırasında doğan edimlerin hak sahibi haksız zilyet, sona ermesinden sonra doğanların alacaklısı ise gerçek hak sahibi olmalıdır. Haksız zilyedin sözleşme gereği bu edimleri de iktisap etmiş olması halinde, asıl hak sahibi olan malike aktarması icap eder⁸⁴². Kanaatimizce bu görüş daha makuldür. Öyle ki bunun aksinin kabulü, yukarıda⁸⁴³ taleplerin yarışması meselesinde açıklanan durumla çelişkiye sebep olurdu. İlgili bölümde izah edildiği üzere, malın haksız zilyetle üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme gereği üçüncü kişinin elinde olması halinde malikin, malın iadesi bakımından sözleşme alacaklısı olan haksız zilyede karşı üstün hakkı söz konusudur. Dolayısıyla, malikin iade talebinde bulunduğu andan itibaren malı kullanmakta olan doğrudan zilyet üçüncü kişi de kötü niyetli haksız zilyet konumuna düşer ve doğrudan doğruya malike karşı iadeyle sorumlu olur. Bir yandan gerçek hak sahibinin öğrenildiği andan itibaren sorumluluğun ona karşı olması gerektiğini kabul ederken diğer yandan sözleşme alacaklısı olan haksız zilyedin alacak hakkının devam ettiğini kabul etmek tezata sebep olurdu.

İyi niyetli haksız zilyedin, malı elinden çıkararak bir değer elde etmesi halinde bu değer asıl hak sahibi tarafından istenip istenemeyeceği meselesi öğretide tartışmalıdır⁸⁴⁴. Bir görüşe göre, malın aynen iadesi yerine satış bedelinin istenebilmesi gerekir⁸⁴⁵. İkinci görüş, elde edilen değer seepsiz zenginleşme teşkil etmesi halinde bu kapsamda istenmesi gerektiğini

⁸⁴¹ Bkz. **Staudinger/Gursky**, §987, kn. 5.

⁸⁴² **Özen**, s. 233 vd.

⁸⁴³ Bkz. 2.1.4.

⁸⁴⁴ Bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 254; **Akçaal**, s. 228.

⁸⁴⁵ Görüş hakkında bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 254.

savunmaktadır⁸⁴⁶. Üçüncü görüş, sebepsiz zenginleşmeye göre talepte bulunma imkânının ancak zilyetliğin ivazsız kazanılmış olması şartına bağlı olduğunu öne sürmektedir⁸⁴⁷. Bizim de katıldığımız dördüncü görüşe göre ise malı elinden iyi niyet çerçevesinde çıkarmış olan haksız zilyedin, ikame değer de dâhil olmak üzere TMK m. 993'ten doğan bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁸⁴⁸. Bunun sebebi, TMK m. 993/II'de iyi niyetli haksız zilyedin, malın hasara uğramasından, kaybolmasından veya yok olmasından sorumlu olmayacağını açıkça düzenlemiş olmasıdır. Kanun koyucunun iradesinin, iyi niyetli haksız zilyedi her türlü ihtimale karşı koruma eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, iyi niyetli zilyedin, malın ürünlerinden yararlanması veya onu tüketmesi gibi her türlü yararlanmaya izin verilmektedir⁸⁴⁹. Dolayısıyla, mesela aslında başkasına ait olan bir kilogram limonun limonata yapılarak içilmesi halinde mal tüketildiği için sorumluluğun doğmayacağı kabul edilirken, limonların satılması halinde asıl hak sahibi tarafından bedelinin istenebileceğini düşünmek çelişkili bir yaklaşımdır. Öte yandan, hatırlatmak gerekir ki malın dava sırasında elden çıkarılması halinde ağırlaştırılmış iyi niyet⁸⁵⁰ sorumluluğu gereği tazminat istenebilmelidir. Dolayısıyla, aşağıda⁸⁵¹ ayrıca yer verilen istihkak talebinin dava aşamasında boşa çıkacağının anlaşılması durumundaki haksız zilyedin tazminat sorumluluğu, burada anlatılan bedelin talep edilmesi meselesinden ayrılmaktadır⁸⁵².

4.1.1.2.2. Yapılan Masrafların Talep Edilmesi

İyi niyetli haksız zilyet, kendisine ait zannettiği mal üzerinde birtakım harcamalar yapmış olabilir. Bu masraflar; zorunlu, faydalı ve lüks masraflar olarak üçe ayrılmaktadır. Zorunlu masraflar, malın korunması ve ekonomik işlevinin devamı için yapılan masraflardır. Yapılan masraf, zorunlu olmamakla birlikte malın değerini veya verimini artırıyorsa faydalı masraftan söz edilir. Bunların ikisine de girmeyen ve sadece kişinin zevkine göre yaptığı masraflar ise lüks masraflardır⁸⁵³. Zorunlu, faydalı ve lüks masraflar birbirinden ayırt edilirken, somut olayın

⁸⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 134; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 212; Ertaş, s. 75; Nomer/Ergüne, s. 103; Esener/Güven, s. 114. Zilyedin malı asıl şeyin bütünleyici parçası haline getirmesi ihtimalinde de sebepsiz zenginleşmeye göre sorumluluğu söz konusu olur. Bkz. Sirmen, s. 127.

⁸⁴⁷ Feyzioğlu, s. 154.

⁸⁴⁸ Ünal/Başpınar, s. 252; Akçaal, s. 229.

⁸⁴⁹ Aynı yönde Ünal/Başpınar, s. 252; Akçaal, s. 229.

⁸⁵⁰ Bkz. 4.1.1.1.1.

⁸⁵¹ Bkz. 4.1.2.

⁸⁵² Ayrıca istihkak talebi yerine ikame değer istenip istenemeyeceği hususu hakkında bkz. 4.1.2.

⁸⁵³ Ünal/Başpınar, s. 253; Ertaş, s. 76; Altunkaya, Mehmet/ Sert Sütçü, Selin/ Karauz, Agâh Kürşat/ Demirbaş, Feride/ Özay, Osman Levent, Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 73.

özellikleri ve ilgili yerin örfü göz önünde bulundurulur⁸⁵⁴. Örnek vermek gerekirse; arabanın bozulan motorunu değiştirmek zorunlu, arabaya kasko yaptırmak faydalı, sadece zevk için Şahin markalı arabaya Mercedes amblemi taktırmak lüks masraftır⁸⁵⁵.

TMK m. 994/I'e göre iyi niyetli zilyet, mal için yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları iade isteyen kişiden talep edebilir⁸⁵⁶. Yapılan masraflara karşılık tazminat talebinde bulunabilmek için, asıl hak sahibi tarafından malın iadesinin istenmiş olması gerekir. Henüz malın iadesi talep edilmemişse, yapılan masrafların zilyet tarafından bağımsız olarak talep edilmesi mümkün değildir⁸⁵⁷. Kaybolduğu için iadesi mümkün olmayan bir mal için yapılan masraflar da istenemez⁸⁵⁸. İade gerçekleştikten sonra masrafların bağımsız olarak davayla talep edilip edilemeyeceği ise öğretide tartışmalıdır⁸⁵⁹. Yargıtay⁸⁶⁰ tarafından benimsenen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 82 gereğince iki yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresi içinde dava açarak tazminat talep etmek mümkündür⁸⁶¹. Bunun için, iyi niyetli haksız zilyedin malı iade ederken tazminat talebinden feragat etmemiş olması gerekir⁸⁶².

Zilyet, gerçek hak sahibi olmadığı anlaşıldığı için malı iade etmek zorunda kalırsa, mal için o âna kadar yapmış olduğu masrafların da iadeyle birlikte boşa gitmesi ihtimali ortaya çıkar. Böyle bir durumda bir yandan zilyedin yapmış olduğu masraflar boşa giderken diğer yandan asıl hak sahibi, bu masrafları yapmaktan kurtulacağı için zilyet aleyhine bir haksız menfaat elde etmiş olur. Kanun koyucu, böyle bir sonucun ortaya çıkmasını engellemek için TMK m. 994/I hükmünde iadede kaçınma hakkına yer vermiştir. Söz konusu iadede kaçınma hakkı, bazı yazarlarca hapis hakkı olarak adlandırılmaktadır⁸⁶³. Öte yandan, teknik anlamdaki hapis hakkından farklı olarak malın sattırılıp, masrafların satış bedelinden tahsil edilmesi mümkün olmadığından, esasen burada

⁸⁵⁴ Ünal/Başpınar, s. 253.

⁸⁵⁵ Bkz. Altunkaya/Sert Sütçü/Karauz/Demirbaş/Özay, s. 73.

⁸⁵⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 228; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 136; Ünal/Başpınar, s. 256; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 214; Esener/Güven, 116; Ertaş, s. 76; Antalya/Topuz, s. 452; Akçaal, s. 230.

⁸⁵⁷ Akçaal, s. 231.

⁸⁵⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 214.

⁸⁵⁹ Bkz. Feyzioğlu, s. 223 vd.

⁸⁶⁰ Yarg. 4. HD., T. 03.06.1958, E. 3265, K. 3847 (Adalet Dergisi, Y. 1959, S. 2, sa. 228-230).

⁸⁶¹ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 137; Ünal/Başpınar, s. 257; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 214 vd; Nomer/Ergüne, s. 105; Antalya/Topuz, s. 454; Akçaal, s. 231.

⁸⁶² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 215; Antalya/Topuz, s. 454.

⁸⁶³ İadede kaçınma hakkının hapis hakkı olarak zikredilmesiyle ilgili bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 231 vd; Ertaş, s. 76.

söz konusu olan genel anlamdaki hapis hakkı değildir⁸⁶⁴. Ayrıca, hapis hakkı sadece taşınırlara mahsusken, burada hem taşınır hem taşınmazların alıkonulması mümkündür⁸⁶⁵. Söz konusu yetkinin sadece basit bir iadede kaçınma hakkından ibaret olduğu ve bunun ancak bir eksik hapis hakkı olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir⁸⁶⁶. Kanaatimizce bu müesseseyi alıkoyma hakkı olarak adlandırmak daha uygundur⁸⁶⁷.

Zorunlu ve faydalı masrafların dışında, aynı maddenin ikinci fıkrasında “diğer masraflar” olarak yer verilen lüks masraflar için ise tazminat talep edilemez. Bununla birlikte, aynı fıkra göre malın iadesinden önce bu masraflar için zilyede tazminat önerilmezse zilyedin, iadede önce, mala ilâve etmiş olduğu ve zarar vermeden maldan ayırabileceği eklentileri ayırıp alması mümkündür. Malikin bunları iade etmek istememesi halinde ise bedelinin kendisine ödenmesini kabul etmek zorundadır⁸⁶⁸.

İyi niyetli haksız zilyet bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise mahsup kuralı olarak anılan TMK m. 994/III hükmüdür. Buna göre, *"Zilyedin elde ettiği ürünlerin, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edileceği"* düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, zilyedin bir yandan maldan elde edilen yararları kendisinde tutarken diğer yandan maldan bu yararları elde edebilmek için yapmış olduğu masrafları malikten talep edemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Öyle ki mal gerçekten zilyede ait olsaydı, mal için yapılması gereken masraflara o katlanacaktı. O halde malı kendisinin zannederek bundan yararlanan ve bunun masraflarına katlanan kişinin, malı iade ederken masrafları asıl malikten talep etmesi ve fakat elde ettiği yararları iade etmemesi hakkaniyete uygun düşmezdi. Bu sebeple yapılan masraflarla elde edilen yararlar denkleştirilerek aradaki farka göre iadede bulunmak icap eder⁸⁶⁹. Hatta öğretide mahsup işleminin, tazmini kabul edilen lüks masraflara yönelik olarak da uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁸⁷⁰. Ayrıca, yok olma gibi bir sebeple iadesi imkânsız hale gelen bir mal için de

⁸⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 231 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 136 vd; Ünal/Başpınar, s. 256; Esener/Güven, s. 117; Ertaş, s. 76.

⁸⁶⁵ Ünal/Başpınar, s. 256 vd; Kılıçoğlu, s. 85; Akçaal, s. 231 vd.

⁸⁶⁶ Ünal/Başpınar, s. 254; Esener/Güven, s. 116; Antalya/Topuz, s. 457.

⁸⁶⁷ Alıkoyma hakkı ifadesini kullanan başka yazarlar da mevcuttur. Bkz. Kılıçoğlu, s. 85; Esener/Güven, s. 116; Nomer/Ergüne, s. 106; Antalya/Topuz, s. 457.

⁸⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 137; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 214; Ünal/Başpınar, s. 258; Esener/Güven, s. 117; Nomer/Ergüne, s. 106; Ertaş, s. 76; Akçaal, s. 232.

⁸⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 137; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 215; Ünal/Başpınar, s. 258; Antalya/Topuz, s. 456 vd; Nomer/Ergüne, s. 107 vd; Esener/Güven, s. 118; Akçaal, s. 232 vd.

⁸⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 137; Ünal/Başpınar, s. 258. Söküp alma hakkı kullanılmışsa mahsup kuralı lüks masraflara uygulanmaz. Bkz. Esener/Güven, s. 118.

yapılan masrafların talep edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁸⁷¹. Elde edilen yararın yapılan masrafla mahsup edilmesi, öğretide iyi niyetli haksız zilyedin TMK m. 993 gereği malike karşı sorumsuzluğu kuralının istisnası olarak görülmektedir⁸⁷².

4.1.1.2.3. İyi Niyetli Haksız Zilyedin Sebepsiz Zenginleşmeye Göre Sorumlu Olup Olamayacağı Meselesi

Yukarıda iyi niyetli haksız zilyedin iade ve tazmin yükümlülüğü başlığının altında açıklandığı üzere, TMK m. 993 gereği iyi niyetin devamı sırasında gerçekleşen kullanma ve yararlanmalardan ötürü gerçek hak sahibine karşı sorumluluk doğmamaktadır. Bununla beraber, söz konusu sorumsuzluğun mutlak mı olduğu yoksa sebepsiz zenginleşme talebiyle bertaraf edilmesinin mümkün mü olduğu hususu öğretide ele alınmıştır.

Öğretide bir görüş, iyi niyetli haksız zilyedin kullanma ve yararlanmalar bakımından korunması hükmünün ne ölçüde uygulanacağını tespiti bakımından, normun koruma amacının göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır⁸⁷³. Bu görüşün ulaştığı sonucu baştan belirtmek gerekirse, iyi niyetli haksız zilyedin, zilyetliği ivazlı mı yoksa ivazsız mı elde ettiğine göre bir ayırım yapmak gerekir⁸⁷⁴. Buna yönelik gösterilen gerekçelerden ilki, zilyedin, zilyetliği bir ivaz karşılığı elde etmiş olması halinde, söz konusu ivaz gereği bir güçlüğü katlanma durumunda olması ve bunun yanı sıra elde ettiği malı işletme imkânından da mahrum kalması sebebiyle bir tavizde bulunma zorunluluğunun hissedilmesidir. Bir diğer gerekçe olarak ise iyi niyetli haksız zilyedin, zilyetliği kazandığı andaki iyi niyetinin boşa çıkmış olması gösterilmektedir. Buna göre malın, malikin elinden rızası dışında çıkması sebebiyle iadeyle yükümlü olan iyi niyetli haksız zilyet, eğer malı geçerli bir yolla kazansaydı sağlanacak olan mutlak korumadan yararlanamasa bile, en azından ürünleri elde etmesi sağlanarak daha küçük bir korumadan istifade edebilmelidir. Diğer bir deyişle, malın ürünlerinden yararlanma hakkının iyi niyetli zilyede tanınması, mülkiyetin iyi niyetle kazanılmasının "minimal" bir görünümü olarak kabul edilmektedir. Öte yandan bu görünüm, zilyetlik kazanılırken bir karşılık ödenmiş olması, yani ivazlılık halinde söz konusu olur. Zilyetliğin ivazsız kazanılması halinde ise söz konusu korumaya ihtiyaç kalmamaktadır. Zira haksız zilyedin, zilyetliği elde ederken katlanmak zorunda kaldığı herhangi bir güçlük bulunmamaktadır. Dolayısıyla, diğer çıkarların ivazsız iktisaptan elde edilen çıkara üstün tutulması gerekir. Buradan hareketle, TMK m. 993 hükmünün koruma amacı,

⁸⁷¹ Ertaş, s. 76.

⁸⁷² Feyzioğlu, mahsup müessesesinin, iyi niyetli zilyedin semereleri iktisap hakkını felce uğrattığını belirtmektedir. Bkz. Feyzioğlu, s. 172 vd. Ayrıca bkz. Özen, s. 235.

⁸⁷³ Feyzioğlu, s. 155. Bilgi için ayrıca bkz. Özen, s. 238 vd.

⁸⁷⁴ Feyzioğlu, s. 154 vd.

zilyetliği ivazlı olarak kazanan iyi niyetli haksız zilyedi korumaktır. İvazsız kazanan ise bu korumadan yararlanamamalıdır ve bu görüşe göre ivazsız kazanan iyi niyetli haksız zilyede karşı (sağladığı menfaatlerden elinde kalanlarla sınırlı olmak kaydıyla⁸⁷⁵) sebepsiz zenginleşme yoluna başvurmak mümkündür⁸⁷⁶.

Kanaatimizce, zilyetliğin ivazlı veya ivazsız kazanımına göre yapılan ayırım temellendirilirken sunulan gerekçeler ihtiyaca cevap vermemektedir. Yukarıda iyi niyetli haksız zilyedin iade ve tazmin yükümlülüğü başlığının altında değinildiği üzere, kanun koyucunun iyi niyetli haksız zilyetlik sırasında elde edilen yararları korumasındaki amaç, hukuk düzenine duyulan güveni teminata almaktır. Eğer kişi kendini malik zannediyorsa malik gibi, sınırlı aynî hak sahibi zannediyorsa sınırlı aynî hak sahibi gibi hareket edebilmelidir. Kişinin iyi niyetli olması demek, söz konusu haklara sahip olduğuna mutlak olarak inandığı anlamına gelir. O halde zilyedin, hakka sahip olduğu inancına mutlak şekilde inanmasına rağmen bile bazı haklarının elinden alınma tehlikesinin kanun koyucu tarafından kabul edilmesi, kişileri ticarî veya günlük ilişkileri sebebiyle mal iktisap ederken tekrar tekrar düşünmeye tazyik ederdi. Bu durum ise işlerin aksamasına ve hukuk düzenine duyulan güvenin zayıflamasına sebep olurdu. Dolayısıyla, zilyedin bir malı iyi niyetle kazanımının ivazlı veya ivazsız olmasının, iade yükümlülüğüne bir etkisi olmamalıdır. İvazsız kazanım da hayatın olağan akışının bir parçasıdır ve hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Zilyet, malı ivazsız olarak da kazanmış olsa, buna güvenerek gelir elde etmeyi ve buna dayanarak tasarrufta bulunmayı planlayabilir. Bu seçeneği zilyedin elinden almak, kanaatimizce kanun koyucunun iradesine uygun değildir. Dolayısıyla, zilyetliğin ivazlı veya ivazsız kazanılmış olmasının, maldan elde edilen yararların iadesi bakımından herhangi bir etkisinin olmadığı ve bu sebeple sebepsiz zenginleşme yoluna her halükârda başvurulamayacağı kanaatindeyiz.

4.1.1.3. Kötü Niyetli Zilyet Bakımından İade Yükümlülüğü

Zilyedin malı haksız olarak elinde bulundurduğunu ve iadeyle yükümlü olduğunu bilmediği ve bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda iyi niyetli kabul edildiğinden yukarıda bahsedilmişti⁸⁷⁷. Bunun tersi durumda yani zilyetliğinin haksız olduğunu bildiği veya bilmesinin kendisinden beklenebileceği durumlarda ise kötü niyetli haksız zilyetlik söz konusu

⁸⁷⁵ Feyzioğlu, s. 154.

⁸⁷⁶ Bkz. Feyzioğlu, s. 154 vd; Özen, s. 239; Serozan, Rona, Haksız Zilyetlik Kurallarının Haksız Zenginleşme Kurallarıyla Tamamlanması: Haksız Zilyet Zararına Onun Yararlardan Sorumsuzluk Ayrıcalığının Daraltılması ve Haksız Zilyet Yararına Onun Masraf Alacağının Genişletilmesi., Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 443 vd.

⁸⁷⁷ Bkz. 4.1.1.1.1.

olur. Bu durumda, mesela çalıntı bir mal satın aldığını bilmeyen fakat gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bunu anlayabilecek olan kimsenin zilyetliği kötü niyetli olarak kabul edilir. Bunun yanı sıra, kişinin zilyetliği kazanırken iyi niyetli olmasına rağmen sonradan gerçek durumu öğrenerek kötü niyetli hale gelmesi mümkündür⁸⁷⁸. Bu hususların üzerinde yukarıda⁸⁷⁹ durulduğundan, burada ayrıntılı açıklamalara tekrar yer verilmemiştir.

4.1.1.3.1. İade ve Tazmin Yükümlülüğü

Kötü niyetli haksız zilyedin iade ve tazmin yükümlülüğüne TMK m. 995'te yer verilmektedir. Maddenin ilk fıkrasında, *"iyi niyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır."* hükmüne yer verilmektedir. Görüldüğü üzere kötü niyetli haksız zilyet, asıl şeyi (elde ettiği andaki haliyle) iade yükümlülüğünün yanı sıra⁸⁸⁰ hem zilyetliği sebebiyle gerçek hak sahibine verdiği zararlardan⁸⁸¹ hem de elde ettiği veya etmeyi ihmal eylediği ürünlerden doğan tazminattan sorumlu tutulmaktadır⁸⁸². Bu özelliği bakımından kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğu, iyi niyetli haksız zilyede göre ağırlaştırılmış bir özellik taşımaktadır. Bunun sebebi, zilyetliğinin haksız olduğunu bilen zilyedin, buna rağmen maldan menfaat sağlamaya çalışmasının önüne geçmeye yönelik olarak kanun koyucunun gösterdiği iradedir⁸⁸³.

TMK m. 995/I hükmünün getirdiği yükümlük, öncelikle haksız olarak elde bulundurulan malın bizzat kendisinin iadesine yöneliktir. Bu anlam, hükümde geçen *"geri vermekle yükümlü olduğu şeyi"* ifadesinden⁸⁸⁴ dolaylı olarak çıkarılmakta ve bu sebeple Türk Medenî Kanunu'nun

⁸⁷⁸ Staudinger/Thole, §990, s. 262, kn 7; BK – Stark/Lindenmann, Art. 938-940, s. 408, kn. 5; Wieland, m. 938, s. 834, kn. 1; Belgesay, s. 362; Feyzioğlu, s. 234; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 138; Ünal/Başpınar, s. 259; Sirmen, s. 130 vd; Nomer/Ergüne, s. 108; Esener/Güven, s. 118; Antalya/Topuz, s. 434 vd; Ertaş, s. 77; Akçaal, s. 233.

⁸⁷⁹ Bkz. 4.1.1.1.1.

⁸⁸⁰ Ünal/Başpınar, s. 260; Sirmen, s. 131; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 217; Kılıçoğlu, s. 88; Ertaş, s. 78; Nomer/Ergüne, s. 108; Esener/Güven, s. 119; Akçaal, s. 234.

⁸⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 138; Ünal/Başpınar, s. 260 vd; Sirmen, s. 131; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 217; Kılıçoğlu, s. 88 vd; Ertaş, s. 78; Nomer/Ergüne, s. 108 vd; Esener/Güven, s. 119; Akçaal, s. 235 vd.

⁸⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 140 vd; Ünal/Başpınar, s. 263 vd; Sirmen, s. 132 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 217 vd; Kılıçoğlu, s. 88 vd; Ertaş, s. 78 vd; Nomer/Ergüne, s. 110 vd; Esener/Güven, s. 120 vd; Akçaal, s. 236 vd.

⁸⁸³ Ünal/Başpınar, s. 259 vd.

⁸⁸⁴ Bu yükümlülüğü, yukarıda iade kavramının kapsamı başlığının altında yer verdiğimiz istihkak talebinin tezahürlerinden biri olarak görüyoruz. Bkz. 1.2.1.2.

ifade zaaflarından biri olarak gösterilmektedir⁸⁸⁵. Daha önce muhtelif yerlerde⁸⁸⁶ de ifade edildiği üzere, Alman Medenî Kanunu'nun aksine Türk - İsviçre Medenî Kanunlarında malik-zilyet ilişkisi (istihkak talebi ve zilyedin iade yükümlülüğü) bir bütünlük içerisinde ele alınmış olmayıp, hükümler arasında kopukluk bulunmaktadır. TMK m. 995'te geçen "geri vermekle yükümlü olduğu şeyi" ifadesinin istihkak anlamına geldiği ve söz konusu kopukluğu bertaraf ettiği bir anlığına düşünülecek olsa bile, söz konusu ifade sadece kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğunu kapsamaktadır. İyi niyetli haksız zilyet ise bunun dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu hükmün bir ifade eksikliği teşkil ettiği görüşüne katılıyoruz.

TMK m. 995/I'nin yol açtığı ikinci yükümlülük, *"...hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır"* ifadesinden hareketle, gerçek hak sahibinin zararının tazminine ilişkindir. Söz konusu tazmin yükümlülüğü farklı durumlara göre tezahür etmektedir. Bunlardan birincisi, doğrudan malın uğradığı veya bunun alıkonulmuş olmasına bağlı olarak asıl hak sahibinin uğradığı zararlardır. Eğer mal kötü niyetli zilyet tarafından elden çıkarılmışsa, malın değeri de bu kapsama dâhildir⁸⁸⁷. Kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğu, TBK m. 119'da düzenlenen temerrüt sorumluluğuna da benzemektedir⁸⁸⁸. Öyle ki her iki durumda da beklenmedik hallerden dolayı borçlu veya haksız zilyet sorumlu tutulmaktadır. Haksız zilyedin, mücbir sebeple oluşan zarardan da sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. Öte yandan, her halükârda gerçekleşecek olan zararlardan ötürü haksız zilyet sorumlu tutulamaz. Mesela yaşlılığı sebebiyle ölmüş olan bir hayvan, asıl hak sahibinin zilyetliğinde olsaydı da ölecekti. Bu durumda ölüme bağlı olarak ortaya çıkmış olan zarardan kötü niyetli haksız zilyedi sorumlu tutmak mümkün değildir⁸⁸⁹.

Kanun koyucu, TMK m. 995/III'te zilyetliğinin haksız olduğunu bilen zilyedin, malı kime vermesi gerektiğini bilmediği sürece sadece kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olacağını düzenlemiştir. Böylece, kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğunun bu ayrıma göre hafifletildiği görülmektedir. Bu durumda, mesela üzerinde zilyetlik tesis ettiği malın çalıntı olduğunu anlayan

⁸⁸⁵ Bkz. Ünal/Başpınar, s. 260.

⁸⁸⁶ Bkz. 1.2.3.1. (Alman Hukuku); 2.1.2. (Teorik Yönüyle "Malik-Zilyet İlişkisi").

⁸⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 139; Ünal/Başpınar, s. 260; Sirmen, s. 131; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 217; Kılıçoğlu, s. 88; Ertaş, s. 78; Nomer/Ergüne, s. 108; Esener/Güven, s. 119; Akçaal, s. 234. Malın dava veya icra sırasında elden çıkarılmasından doğan sorumluluk meselesine "İstihkak Talebinin Dava Aşamasındayken Boşa Çıkacağının Anlaşılması veya İcra Aşamasında Boşa Çıkması" başlığının altında yer verildiğinden, burada tekrara girilmemiştir. Bkz. 4.1.2.

⁸⁸⁸ Ünal/Başpınar, s. 261 vd; Özen, s. 224 vd.

⁸⁸⁹ Ünal/Başpınar, s. 261 vd.

fakat kime ait olduğunu bilmeyen zilyet bu kapsamdadır⁸⁹⁰. Yine, eğer haksız zilyet malı kime iade etmesi gerektiğini bilmesine rağmen iadeyi gerçekleştiremeyecek durumdaysa sorumlu tutulmaması gerekir. Mesela yabancı bir ülkede bulunan zilyedin, sınırların kapatılması sebebiyle malı teslim edememesinde durum böyledir⁸⁹¹. Benzer şekilde, TMK m. 769'da yer verilen bulunmuş eşya hükmüne göre, bir malı bulan kimsenin, malın sahibinin kim olduğunu bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine, köylerde muhtara bildirmesi veya araştırma yapması ve gerektiğinde ilân etmesi gerektiği düzenlenmiştir⁸⁹². O halde haksız zilyedin, malı iade edebilmek için üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmesi ve bunu ispat etmesi beklenir⁸⁹³. Malın tevdi edilmesi gerektiğine ilişkin bir ifade ise bulunmamaktadır. Dolayısıyla, malı bulan ve üzerinde zilyetlik tesis eden zilyedin, gerçek hak sahibi ortaya çıkana kadar onu saklaması ve koruması beklenmektedir. Bu süre boyunca zilyet, TMK m. 995/III gereği ancak mala kasten verdiği zararlardan sorumlu tutulur⁸⁹⁴. Dolayısıyla haksız zilyet, malın başkasına ait olduğunu bildiği halde ürünlerini toplamayı ihmal etmişse bunu tazminle yükümlüdür⁸⁹⁵. Malı kime iade edeceğini bilmesiyle birlikte kusur şartı ortadan kalkar⁸⁹⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki başlangıçta malı kime iade etmesi gerektiğini bilmesine rağmen etmeyen haksız zilyet, sonradan bilemez hale geldiğinde kusurlu sayılır ve sorumlu tutulur⁸⁹⁷.

Kötü niyetli haksız zilyetlik sebebiyle ortaya çıkan bir diğer tazmin yükümlülüğü, maldan elde edilen veya edilmesi ihmal eylenen ürünlerden doğan zararlara ilişkindir (TMK m. 995/I). Kanun hükmü, bu tür zararlardan da kötü niyetli haksız zilyedin tazminatla sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Zira haksız zilyet, kötü niyetli olduğu için asıl malın yanı sıra bundan elde edilen ürünleri de mülkiyetine geçirme hakkına sahip değildir. Bunların mülkiyeti, asıl hak sahibine yani malike aittir. Eğer haksız zilyet maldan elde edilebilecek olan ürünleri elde etmemişse, mal eğer malikte olsaydı onun ürünleri elde etmesi imkânını da önlemiş olduğu için bundan da sorumlu

⁸⁹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 140; Ünal/Başpınar, s. 262; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 222; Sirmen, s. 132; Esener/Güven, s. 132 vd; Nomer/Ergüne, s. 109 vd; Özen, s. 220 vd; Akçaal, s. 235 vd.

⁸⁹¹ Bu durumda zilyedin, iadeye muvaffak olamadığını kanıtlaması gerekir. Bkz. Özen, s. 223.

⁸⁹² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 222; Ünal/Başpınar, s. 263; Özen, s. 221; Akçaal, s. 236.

⁸⁹³ Ünal/Başpınar, s. 263; Nomer/Ergüne, s. 110; Esener/Güven, s. 119 vd; Özen, s. 221; Akçaal, s. 236.

⁸⁹⁴ Ünal/Başpınar, s. 262 vd.

⁸⁹⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 222.

⁸⁹⁶ Ünal/Başpınar, s. 262 vd.

⁸⁹⁷ Özen, s. 222.

tutulmaktadır⁸⁹⁸. Burada malikin gerçekten ürünleri elde edip etmeyeceğinin bir önemi yoktur. Bu durum, kanunun lafzında geçen "*elde etmeyi ihmal eylediği ürünler için tazminat ödemek zorundadır*" ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Önemli olan, onun mal üzerindeki yararlanma hakkının kötü niyetli haksız zilyet tarafından kısıtlanmış olmasıdır. Bununla birlikte, Yargıtay 1950 tarihinde vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında, haksız zilyetlik sebebiyle malikin elde edemediği ürünlerin zararını haksız fiile benzetmiş, asıl hak sahibinin de ürünleri elde etmeyi ihmal etmiş olması halinde herhangi bir zararın oluşmamış sayılacağı gerekçesiyle var olmayan zararın tazmin de edilemeyeceğine hükmetmiştir⁸⁹⁹. Kanaatimizce bu karar, TMK m. 995/I hükmüne aykırı düşmektedir. Kaldı ki haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin düzenlenmiş olan böyle bir özel hüküm bulunurken genel hükümlere giderek haksız fiil sorumluluğunu devreye sokmak da doğru değildir. Bu sebeple, söz konusu kararın yerinde olmadığı kanaatindeyiz⁹⁰⁰.

Bir malın kiraya verilerek bundan medenî ürün elde edilmesinin yerine kötü niyetli haksız zilyet tarafından bizzat kullanılması halinde, teknik anlamda ürün elde edilmemiş demektir. Bu durumda, sanki ürün kiraya verilmişçesine kira bedeli hesaplanır ve bu bedel, her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmese de eski hukukumuzdan gelen alışkanlıkla ecrimisil⁹⁰¹ adı altında kötü niyetli haksız zilyetten tahsil edilir⁹⁰². Bu yükümlülük de TMK m. 995/I gereği oluşan tazmin yükümlülüğünün tezahürlerinden bir tanesi sayılmalıdır. Bununla birlikte, gerek ecrimisilin niteliği gerekse Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları bakımından eleştiriye de açık olan bazı görüş farklılıkları bulunmaktadır. Yargıtay'ın ecrimisille ilgili tutumu, önceden bu müessesenin kira bedeline benzetilmesi şeklindeydi⁹⁰³. Bu sebeple, kira sözleşmesindeki beş yıllık zamanaşımı

⁸⁹⁸ Feyzioğlu, s. 257 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 213 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 140 vd; Ünal/Başpınar, s. 263 vd; Sirmen, s. 132 vd; Özen, s. 246 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 217 vd; Kılıçoğlu, s. 88 vd; Ertaş, s. 78 vd; Nomer/Ergüne, s. 110 vd; Esener/Güven, s. 120 vd; Akçaal, s. 236 vd.

⁸⁹⁹ YİBK T. 08.03.1950, E. 22, K. 4. (Ünal/Başpınar, s. 264).

⁹⁰⁰ Benzer yönde; TMK m. 993 vd. hükümlerindeki sorumluluğun basit bir haksız fiil sorumluluğu olarak görülemeyeceği ve kendine özgü (sui generis) bir sorumluluk hali olduğu hakkında bkz. Ünal/Başpınar, s. 264 vd.

⁹⁰¹ Ecrimisil yerine Türkçe kullanım karşılığı denilmesinin daha uygun olduğu görüşü için bkz. Sungurbey, s. 92. Özen de kullanım karşılığı kavramını tercih etmiştir. Bkz. Özen, s. 267 vd. Hukuk dilinde oturmuş olması sebebiyle çalışmamızda ecrimisil kavramını kullanmış olmakla beraber, dilde sadeleşme gereği Türkçe kullanım karşılığı kavramının kullanılmasını destekliyoruz.

⁹⁰² Feyzioğlu, s. 279 vd, 310 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 214 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 142 vd; Ünal/Başpınar, s. 266 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 220 vd; Sirmen, s. 133; Antalya/Topuz, s. 465 vd; Özen, s. 267 vd; Kılıçoğlu, s. 89 vd; Ertaş, s. 79 vd; Nomer/Ergüne, s. 111 vd; Esener/Güven, s. 121 vd; Akçaal, s. 238 vd.

⁹⁰³ YİBK T. 25.05.1938, E. 29, K. 10 (K.İ.B., E.T. 01.03.2024).

süresinin uygulanması gerektiği belirtilmekteydi. Daha sonra görüş değiştiren Yargıtay, bir içtihadı birleştirme kararında ecrimisil bedelinin haksız fiile benzetilmesi gerektiği ve bu sebeple ancak bir zararın meydana gelmesi halinde tazminat talep edilebileceği yönünde karar vermiştir⁹⁰⁴. Buna rağmen, yeni içtihadı birleştirme kararında zamanaşımı meselesi ele alınmadığından, kira sözleşmesinin beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaya devam edilmiştir⁹⁰⁵. Kanaatimizce, gerek süre gerekse müessesenin niteliği bakımından Yargıtay'ın iki görüşünde de isabetsizlikler bulunmaktadır. Öncelikle, haksız zilyedin malı başkasına kiraya vermesi halinde, kira gelirinین medenî ürün kabul edilerek gerçek hak sahibine TMK m. 995/I kapsamında ödenmesi gerektiğini tereddütsüz kabul ederken, malın kiraya verilmek yerine bizzat haksız zilyet tarafından kullanılması halinde başka bir kapsama sokmak anlamsızdır. Yukarıda istihkak davasının süresi başlığının altında ifade edildiği üzere, malın iadesine bağlı olarak TMK m. 993-995 kapsamında öne sürülen tazminat talepleri, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre on yıllık zamanaşımına tâbidir (m. 72). Yargıtay'ın içtihadı ise kötü niyetli haksız zilyedin malı bizzat kullanmış olması sebebiyle bu süreyi anlamsız bir şekilde kısaltarak beş yıla indirmiştir. Bu durum, malik açısından hakkaniyete aykırı bir sonuca yol açmaktadır. Kötü niyetli haksız zilyedin, malı malike iade etmeden önce ne şekilde değerlendirdiğinin; onu bizzat mı kullandığı yoksa başkasına mı kiraladığı meselesinin, malikin talep hakkını sınırlandıramaması gerekir. Kaldı ki Türk Medenî ve Borçlar Kanunlarının başka hükümlerinde de zarar gerçekleşmeksizin tazminat ödenebileceğine yönelik hükümler⁹⁰⁶ mevcut olup, ecrimisil müessesini de mutlaka haksız fiile benzeterek zarar şartına bağlı tutmamak icap eder. Dolayısıyla, kötü niyetli haksız zilyedin tazmin yükümlülüğünü düzenleyen TMK m. 995 hükmü de bu şekilde değerlendirilmeli ve zarar şartı aranmaksızın malikin talepte bulunabileceği kabul edilmelidir⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ YİBK T. 08.03.1950, E. 22, K. 4 (K.İ.B., E.T. 01.03.2024).

⁹⁰⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 145; **Ünal/Başpınar**, s. 265; **Kılıçoğlu**, s. 89 vd; **Sirmen**, s. 133 vd; **Nomer/Ergüne**, s. 115; **Akçaal**, s. 239. Burada, zamanaşımının bir def'i olduğu için hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmayacağını hatırlatmak gerekir. Davalı, zamanaşımı def'ini cevap süresi içerisinde ileri sürmelidir. Cevap süresi geçtikten sonra öne sürülen zamanaşımı def'ine davacı, HMK m. 141 ve 319 gereği muvafakat etmeyebilir. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda, davalının zamanaşımı def'ini cevap süresi geçtikten sonra öne sürmesine rağmen davacının buna muvafakat etmediği şeklinde karşı koymamış olması sebebiyle, zamanaşımı def'i kabul edilmiş ve dava tarihinden geriye doğru beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasına karar verilmiştir. Bkz. YHGK T. 06.02.2008, E. 2008/3-45, K. 2008/103 (K.İ.B., E.T. 01.03.2024).

⁹⁰⁶ Mesela TBK m. 563'teki saklayanın, saklatanın izni olmaksızın malı kullanması halinde uygun bir tazminat ödemesi gerektiği, TBK m. 180'deki cezaî şart hükmü, TBK m. 120'deki temerrüt faizi, TBK m. 530'daki kendi menfaati için vekâletsiz iş görenin elde ettiği menfaati iş sahibinin isteme hakkı buna örnek gösterilebilir.

⁹⁰⁷ Aynı yönde bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 269 vd.

Yargıtay'ın eleştiriye açık içtihatlarının yanı sıra, öğretide de ecrimisilin hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiğiyle ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş bu müesseseyi haksız fiile⁹⁰⁸, bir diğeri sebepsiz zenginleşmeye⁹⁰⁹, üçüncü bir görüş gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye benzetmektedir⁹¹⁰. Dördüncü görüş, eşyanın kiraya verilebilir nitelikte olup olmamasına bakılarak; kiraya verilebilir eşyalarda elde edilmesi ihmal eylenen ürünler çerçevesinde tazminat belirlenip, kiraya verilemeyenlerde tazminata gerek olmadığına kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedir⁹¹¹. Bir başka görüş ise bu görüşlerden bir tanesine sadık kalmanın uygun olmadığını ve bu hususta mevcut olan kanun boşluğunun, somut olaya göre TMK m. 1 çerçevesinde hâkim tarafından doldurulması gerektiğini savunmaktadır⁹¹². Nihayet, bizim de katıldığımız görüş ise haksız zilyedin maldan elde ettiği yararın, haksız zilyetlikle içinde bulunduğu uygun illiyet bağı oranında tazminatla yükümlü olması ve bu yükümlülüğün, zarar şartı aranmaksızın TMK m. 995'in kendisine dayandırılması gerektiğini ileri sürmektedir⁹¹³.

Zararın miktarı belirlenirken hangi ölçütün kullanılması gerektiğiyle ilgili de farklı görüşler mevcuttur. Öyle ki haksız zilyet malı bizzat kullanmış olduğundan, kullanımdan elde etmiş olduğu menfaatin değerini belirlemek kolay olmayabilir. Bir görüşe göre, malın kullanımının objektif değeri belirlenmeli ve haksız zilyetten bu değer tahsil edilmelidir⁹¹⁴. Objektif değer belirlenmesi ise haksız zilyetliğe konu olan malın kullanımının, piyasada ortalama olarak hangi bedele karşılık geldiğinin araştırılması yoluyla yapılır. Diğer bir deyişle tazminat miktarı, kötü niyetli zilyedin malı kullanmak için sözleşme yapmış olsaydı adi kira veya hasılat kirası sözleşmelerine göre ödemesi gereken rayiç bedel üzerinden hesaplanmaktadır. Adi kira ve hasılat kirası sözleşmelerinden hangisinin esas alınacağı ise malın ekonomik olarak tahsis edildiği amaca göre belirlenir⁹¹⁵.

⁹⁰⁸ Bkz. **Feyzioğlu**, s. 299 vd.

⁹⁰⁹ **Serozan**, s. 195.

⁹¹⁰ Görüşler için ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, s. 299 vd; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 145; **Ünal/Başpınar**, s. 269; **Sirmen**, s. 134; **Nomer/Ergüne**, s. 114 vd; **Akçaal**, s. 240.

⁹¹¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 145 vd; **Sirmen**, s. 134 vd; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 220 vd; **Esener/Güven**, s. 124; **Ertaş**, s. 80.

⁹¹² Bkz. **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 12. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 166.

⁹¹³ **Ünal/Başpınar**, s. 269; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 162; **Sungurbey**, s. 89; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 220 vd, 223; **Akçaal**, s. 240.

⁹¹⁴ **Antalya/Topuz**, s. 467.

⁹¹⁵ Bkz. **Özen**, s. 271 vd. Bu görüş, objektif değer mutlak ölçüt olarak kabul edilemeyeceği, sorumluluğun ancak üst sınırı olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu durumda, kötü niyetli haksız zilyedin elde ettiği menfaatin

Objektif değeri reddeden subjektif değer savunucularına göre, kötü niyetli haksız zilyedin maldan elde ettiği menfaatin ne olduğu tespit edilmeli ve bunun bedeli ondan alınarak asıl hak sahibine verilmelidir. Burada kötü niyetli haksız zilyedin somut olarak elde ettiği malvarlığı değerinin ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, mal asıl hak sahibinden kiralanmış olsaydı kira sözleşmesi gereği ona ödenecek olan bedelin de ötesinde, mal üzerinde zilyetlik tesis edilmiş olması sebebiyle elde edilen her türlü zenginleşme asıl hak sahibine ödenir⁹¹⁶.

Her iki görüşü de yeterli kabul etmeyen üçüncü bir görüş, objektif değeri kabul etmekle birlikte, kötü niyetli haksız zilyedin sağladığı menfaatin bundan düşük olması halinde belirlenen tazminat miktarının objektif değeri aşmaması gerektiğini öne sürmektedir. Bunun gerçekleşmesi, kötü niyetli haksız zilyedin sağlamış olduğu menfaatin objektif değerden daha düşük olduğunu ispat etmesine bağlıdır. Bunun yanı sıra, gerçek hak sahibinin haksız zilyetlik sebebiyle hiçbir hak kaybına uğramadığının ispat edilmesi de mümkündür. Bu durumda ecrimisil sorumluluğunun tamamen ortadan kalkması da ihtimal dâhilinde sayılmaktadır. Dolayısıyla ödenmesi gereken tazminat miktarı, haksız zilyedin elde ettiği ve gerçek sahibinin mahrum kaldığı menfaatlerin ölçüsüne indirgenmektedir⁹¹⁷.

Kanaatimizce, subjektif değer görüşüne göre haksız zilyedin sorumluluğunu sınırlandırarak objektif değer altına indirgemek, TMK m. 995'in amacına aykırı düşmektedir. Bunun sebebi, kanun hükmünün, kötü niyetli haksız zilyedin elde etmeyi ihmal eylediği değerleri de tazmin etmesi gerektiğini açıkça belirtmiş olmasıdır. Dolayısıyla subjektif değer görüşünün kabul edilebilir olmadığı kanaatindeyiz. Objektif değer görüşünün genel itibarıyla makul olduğunu kabul etmekle birlikte, kötü niyetli haksız zilyedin elde ettiği veya asıl hak sahibinin yoksun kaldığı menfaatin objektif değeri aşması halinde daha farklı değerlendirmelerin de devreye sokulabileceğini düşünüyoruz. Somut olaya göre hem haksız zilyetliğe konu olan malın hem de tarafların niteliklerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Mesela, haksız zilyet tarafından alıkonulan mal, ticarî meziyetleri üstün bir kimseye ait olabilir. Eğer mal haksız zilyet tarafından alıkonulmamış olsaydı, asıl hak sahibi belki de objektif değer çok daha üstünde bir gelir elde edecekti. O halde farklı ihtimallerin de göz önünde bulundurulması ve duruma göre objektif değer üstüne çıkmanın kapısının aralanabilmesi icap eder. Öğretide bir görüş, objektif değer

bundan daha düşük olması halinde tazminat miktarının da aynı oranda düşük hesaplanması uygun düşer. Bkz. **Soergel/Stadler, § 987**, s. 31, kn. 4.

⁹¹⁶ Bkz. **Antalya/Topuz**, s. 467; **Özen**, s. 272 vd.

⁹¹⁷ Bkz. **Özen**, s. 273 vd.

üstünde bir talepte bulunabilmek için vekâletsiz iş görme hükümlerinin devreye sokulabileceğini ve asıl hak sahibinin, haksız zilyedin özel bir hukuka aykırılık bilinci taşıdığını ispat etmesi gerektiğini öne sürmektedir⁹¹⁸. Buna katılmakla birlikte, asıl hak sahibinin eğer mal kendi zilyetliğinde olsaydı, bundan elde edeceği gelirin objektif değer üstünde olacağını ispat etmesi halinde bunu talep edebileceğinin de kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mesela hak sahibinin, daha önceden benzer yollarla yüksek gelirler elde etmiş olması halinde bu durumun, mal haksız zilyet tarafından alıkonulmamış olsaydı yine böyle bir gelir elde edeceğine karine teşkil ettiği düşünülebilir. Bu durumda objektif değeri aşan söz konusu bedelin talep edilebilmesi gerekir.

Kötü niyetli haksız zilyedin, malı kullanmasının dışında elde ettiği kârları da gerçek hak sahibine vermesi gerektiği öğretide öne sürülmektedir. Mesela kötü niyetli haksız zilyet, malı yüksek bir bedele sattıktan sonra daha ucuza geri satın almışsa, aradaki kazanç da vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında asıl hak sahibine verilmelidir (TMK m. 530)⁹¹⁹.

Ecrimisil talebini paylı mülkiyette paydaşların birbirlerine yöneltip yöneltmeyecekleri hususu öğretide tartışmalıdır. Yargıtay, bazı istisnaların haricinde paydaşların ancak "intifadan men" şartıyla birbirlerinden ecrimisil talep edebileceklerini kabul etmektedir. Söz konusu istisnalar; fabrika, fırın, otel gibi ürün getiren ve ticarî amaç taşıyan ortak yerler ile bağ, bahçe gibi doğal ürün getiren veya bir başkasına kiralanarak hukukî ürün sağlayan taşınmazlardır. Yargıtay; davacının açtığı izale-i şuyu davasında dava dilekçesinin tebliğini, icra takibinde icra emrinin tebliğini, taraflar arasında sonuçlandırılmış olan önceki tarihli el atmanın önlenmesi davasını veya önceden açılmış olan ecrimisil davasını intifadan men olarak kabul etmektedir. Öte yandan, taşınmazın getirdiği ürün itibarıyla da kendiliğinden oluşan ürünler, biçilen ot, toplanan fındık veya muris tarafından kurulan işletmenin ya da başlı başına gelir sağlayan işletmelerin işgali halinde intifadan men şartının bulunmasına gerek görülmemektedir⁹²⁰. Öğretide de bu hususta farklı görüşler mevcuttur⁹²¹. Bir görüşe göre, paydaşlardan biri diğer paydaşların maldan yararlanmalarına engel olmadıkça, o paydaştan tazminat istenemez. Bir diğer görüş, paydaşlardan birinin maldan sağladığı faydaları kendi üzerine alması ve malı tek başına kullanabilmek için diğer paydaşlardan izin almaması halinde tazminatla yükümlü olması gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü görüş ise paydaşlardan birinin diğer paydaşlara tazminat ödemekle yükümlü olması için onların maldan yararlanmalarına engel olmalarını şart kabul etmekle birlikte, yoksun kalınan kâr

⁹¹⁸ Özen, s. 275 vd.

⁹¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 148; Ünal/Başpınar, s. 269; Sirmen, s. 136

⁹²⁰ Yarg. 3. HD., T. 06.03.2008, E. 2008/1871, K. 2008/3679; Yarg. 3. HD., T. 07.04.2008, E. 2008/2879, K. 2008/6059. Ayrıca bkz. Ertaş, s. 81.

⁹²¹ Görüşler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 223 vd.

bakımından böyle bir şart olmadığını öne sürmektedir. Bize göre ikinci görüş daha makuldür. Paydaşlardan birinin, diğerlerinin onayı olmadan malı tek başına kullanıp ürünlerinden yararlanması, şüphesiz ki diğer paydaşların menfaatlerine aykırıdır. O halde maldan tek başına yararlanan paydaşın diğerlerine karşı tazminatla sorumlu olması gerekir⁹²².

Haricen satışlarda taşınmazı tapu kütüğüne kaydettirmeksizin satın alan kişi iyi niyetli sayıldığından, buna ilişkin içtihadı birleştirme kararı gereği zilyetten ecrimisil talep etmek mümkün değildir. Taşınmazı haricen satın alan kişi iyi niyetli kabul edilir⁹²³.

Alman hukukunda, elde edilen veya edilmesi ihmal eylenen ürünler sebebiyle tazminat talebinde bulunmadan önce istihkak davası açılmışsa, tazminata ilişkin verilecek olan karar için istihkak davasında verilmiş olan kararın bağlayıcı bir etkiye sahip olduğu belirtilmektedir⁹²⁴. Türk Hukukunda da bunun geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bu durumda, TMK m. 995 gereği öne sürülen tazminat talebinin akıbeti, daha önce TMK m. 683'e göre öne sürülmüş olan istihkak talebinin akıbetine bağlıdır. Eğer malik, istihkak davası kesin olarak reddedildikten sonra maldan elde edilen (veya edilmesi ihmal eylenen) ürünlere ilişkin yeni bir dava açacak olursa, bu davanın temelsiz kalması sebebiyle reddedilmesi gerekir. İki talebin aynı anda derdest olması halinde, eğer TMK m. 683'e dayalı istihkak talebi kesin olarak reddedilecekse, taraflar arasında istihkak müessesesinin bulunmayışıyla TMK m. 995'e ilişkin taleplerin akıbeti birbirine bağlı olarak son duruşmada birlikte tespit edilebilir.

Dereceli birlikte zilyetlik halinde malikin, doğrudan zilyetten doğal ürünleri ve kullanımdan doğan yararları mı yoksa dolaylı zilyetten onun elde ettiği menfaatleri mi talep edeceği hususunda seçimlik hakkı söz konusudur. Bu durum, borçlar hukukundaki müteselsil borçluluk düzenlemesinin kıyasen uygulanması olarak gösterilmektedir⁹²⁵. Öte yandan, doğrudan ve dolaylı zilyedin iyi niyete ilişkin durumları birbirini etkilemez. Dolaylı zilyedin kötü niyet sebebiyle sorumluluğunun ağırlaştırılmış olması, doğrudan zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamının kötü niyete göre belirlenmesine yol açmaz⁹²⁶. Dolayısıyla malik, cebrî icraya sıra gelmeden önce talep muhatabının kim olduğunu tespit etmek durumundadır⁹²⁷.

⁹²² Bu hususta aynı yönde ve elbirliği mülkiyeti ortakları için de benzer yaklaşımın söz konusu olacağı hakkında bkz.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 225.

⁹²³ **Ayan**, s. 169.

⁹²⁴ **Staudinger/Thole**, § 985, s. 93, kn. 318.

⁹²⁵ **Staudinger/Thole**, § 987, s. 218, kn. 64.

⁹²⁶ **Staudinger/Thole**, § 987, s. 218, kn. 65.

⁹²⁷ **Staudinger/Thole**, § 987, s. 218, kn. 64.

4.1.1.3.2. Yapılan Masrafların Talep Edilmesi

TMK m. 995/II'de kötü niyetli haksız zilyedin, mal için yapmış olduğu masraflardan sadece gerçek hak sahibi için de zorunlu olanları talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, faydalı ve lüks masrafların istenemeyeceği sonucu çıkarılmaktadır. Öte yandan, zorunlu masrafların istenmesiyle ilgili öğretide farklı yorumlar mevcuttur. Bir görüşe göre, malikin mal üzerinde zorunlu bile olsa masraf yapmamak ve hatta dilerse onu tahrip ve yok etmek gibi hakları bulunduğundan, onun adına başkasının karar vererek mal üzerinde masraf yapması ve daha sonra onu aslında yapmayı dilemediği bu masrafı ödemeye zorlaması düşünülemez⁹²⁸. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş⁹²⁹ ise, malın kullanılış tarzına veya maksadına bakılarak bir ayırım yapılması gerektiğini ve malikin, her halükârda yapacak olduğunun anlaşıldığı masrafların ondan talep edilebileceğini öne sürmektedir⁹³⁰. Mesela bir kimsenin özel aracının çalınması halinde, araçtaki bozuk saatin yaptırılması faydalı masraf olarak değerlendirilirken; çalınan aracın taksi olması halinde bozuk saatin yaptırılması zorunlu masraf sayılmalıdır. Zira taksiyi işletmekte olan malik, o saati her halükârda yaptıracaktı. Dolayısıyla haksız zilyetlik müessesesi bir zenginleşme aracı haline dönüşmemeli ve her halükârda yapılacak olan masraflar, haksız zilyet tarafından asıl hak sahibinden talep edilebilmelidir⁹³¹. Bu görüşün temellendirilmesini bir başka yazar ise şu şekilde yapmaktadır: Haksız zilyedin, haksız zilyetlik sırasında mala gelen zararlardan doğan sorumluluktan kurtulabilmek için, zararın oluşmasını veya artmasını önleyici tedbirler alması gerekir. Bir yandan haksız zilyede böyle bir yükümlülük getirirken diğer yandan onun zorunlu masrafları talep edemeyeceğini kabul etmek düşünülemez⁹³². Bizce de bu yerinde bir yaklaşımdır.

Tazmin yükümlülüğü açısından kural olarak benimsenmesi gerektiği öne sürülen objektif değer hesabına, kötü niyetli haksız zilyedin masrafları talebini düzenleyen m. 995/II'deki "hak sahibi tarafından yapılması zorunlu olan" ifadesi sebebiyle istisna getirildiği belirtilmektedir. Zira burada kanun koyucu, gerçek hak sahibinin de bu gideri yapıp yapmayacak olduğunun

⁹²⁸ Feyzioğlu, s. 343 vd.

⁹²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 233 vd; Ünal/Başpınar, s. 270 vd; Serozan, s. 197; Antalya/Topuz, s. 468; Akçaal, s. 243.

⁹³⁰ Değerlendirmenin objektif esaslara göre yapılması gerektiği hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 149; Nomer/Ergüne, s. 116 vd.

⁹³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 233 vd; Ünal/Başpınar, s. 270 vd. Benzer örneklerle aynı yönde bkz. Antalya/Topuz, s. 468; Akçaal, s. 243.

⁹³² Özen, s. 340. Yazarın, bazı yararlı masrafların da zorunlu masraf olarak kabul edilerek kötü niyetli haksız zilyet tarafından istenebileceğinin kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşü için bkz. Özen, s. 363 vd. Benzer yönde bkz. Feyzioğlu, s. 354.

araştırılması gerektiğini düzenleyerek, hesaplama subjektif bir sınırlandırma getirmiştir. Yine de objektif değer hesabının tamamen bir kenara bırakılmayacağı ve yapılan masrafları gerçek hak sahibinin zorunlu kabul edip etmediğinden ziyade, onun malvarlığına ilişkin davranış biçiminin, kurduğu ilişkilerin ve işlerini idare ederken aldığı tedbirlerin göz önünde bulundurulması gerektiği öne sürülmektedir⁹³³. Hatta bu hususta bir görüş, kötü niyetli haksız zilyedin yapmış olduğu masrafların gerçek hak sahibi için de zorunlu olup olmadığını tespit ederken üç hususa dikkat edilmesi gerektiğini söylemektedir: Yapılan masrafın gerçek hak sahibinin menfaatine uygun olması, gerçek hak sahibinin masrafı onaylamış olması ve söz konusu masrafın kanunun emredici bir hükmünden kaynaklanıyor olması halinde yapılan masraf zorunludur ve haksız zilyet bunu talep edebilir⁹³⁴. Yapılan masrafın gerçek hak sahibinin menfaatine uygun olması, yukarıdaki taksi örneğinde belirtilen durumdan farklı değildir. Yani masrafın gerçek hak sahibi tarafından her halükârda yapılması söz konusudur. Kanaatimizce, gerçek hak sahibinin masrafı onaylamış olması ve masrafın emredici hükümden kaynaklanması da haksız zilyedin talepte bulunabilmesi için mantıklı durumlardır. Bu sebeple, sınıflandırmanın yerinde olduğu fikrini taşıyoruz.

Kötü niyetli haksız zilyedin yapmış olduğu faydalı ve lüks masraflar hakkında kanunda düzenlenmiş bir hüküm bulunmasa da bu masrafların asıl mala zarar verilmeden sökülüp alınabileceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bunun sebebi de haksız zilyetliğin malik lehine bir zenginleşme aracına dönüşmemesi olarak gösterilmektedir⁹³⁵.

Kötü niyetli haksız zilyede, yapmış olduğu masraflar için öne sürebileceği alacak sebebiyle kanunda bir alıkoyma hakkı tanınmamıştır. Öğretide de kötü niyetli haksız zilyede bu hakkın tanınması fikri reddedilmektedir⁹³⁶. Buna rağmen, öğretide alıkoyma hakkının hem iyi niyetli hem de kötü niyetli haksız zilyet tarafından talep edilebileceğini öne süren yazarlar da bulunmaktadır⁹³⁷. Bu görüşü savunanlardan bazıları, malın alıkoyma hakkı kullanılmadan iade

⁹³³ Görüş hakkında bkz. **Özen**, s. 339 vd. Ayrıca bkz. **Antalya/Topuz**, s. 468.

⁹³⁴ **Özen**, s. 342.

⁹³⁵ **Feyzioğlu**, s. 354; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 234; **Ünal/Başpınar**, s. 271; **Sirmen**, s. 139; **Antalya/Topuz**, s. 468; **Ertaş**, s. 80; **Akçaal**, s. 243. Söküp alma hakkının tanınmayacağı hakkında bkz. **Feyzioğlu**, s. 347 vd; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 222; **Kılıçoğlu**, s. 93; **Nomer/Ergüne**, s. 116. Bir görüş, söküp alma hakkı bulunmamakla birlikte sebepsiz zenginleşmeye hükümlerine başvurma hakkının saklı olduğunu öne sürmektedir. Bkz. **Esener/Güven**, s. 121.

⁹³⁶ **Feyzioğlu**, s. 353 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 234; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 148 vd; **Ünal/Başpınar**, s. 271; **Akıntürk/Akipek/Ateş**, s. 222; **Serozan**, s. 196; **Sirmen**, s. 139; **Esener/Güven**, s. 121; **Nomer/Ergüne**, s. 117; **Akçaal**, s. 243. Kötü niyetli haksız zilyedin, alacağını olsa olsa eşyaya bağlı borç yapılandırmasıyla güçlendirebileceği hakkında bkz. **Serozan**, s. 196 vd.

⁹³⁷ Görüşler için bkz. **Özen**, s. 376 vd.

edilmesi halinde haksız zilyedin yaptığı masrafların eksik borca dönüşeceğini; bazıları ise tamamen ortadan kalkacağını öne sürmektedir. Bunun gerekçesi ise masraflara yönelik talebin, ancak malın iadesinin talep edilmesiyle iadenin gerçekleştiği an arasındaki süreçte öne sürülebilir olmasıdır. Mal bir kere iade edildikten sonra haksız zilyedin masraflarına yönelik bağımsız bir talep hakkı tanınmaz. Zira gerçek hak sahibi bu giderlerin yapıldığını ve malı iade aldıktan sonra karşılaması gerekeceğini biliyor olsaydı, belki de malı hiç iade almayacaktı. Kötü niyetli haksız zilyedin alıkoyma hakkı olduğunu savunan yazarlardan birine göre ise haksız zilyedin, malı iade ederken masrafları talep etme hakkını saklı tuttuğunu belirtmesi gerekir⁹³⁸. Kötü niyetli haksız zilyedin alıkoyma hakkına sahip olduğunu öne süren bir başka görüş ise, haksız zilyedin bu hakkını kullanmaksızın malı iade etmesi halinde hemen masraflardan feragat etmiş sayılamayacağını öne sürmektedir⁹³⁹. Buna göre, malın iadesi sırasındaki ek olguların göz önünde bulundurulmasıyla haksız zilyedin masraflardan feragat ettiği sonucu çıkarılamıyorsa, sırf malın iadesinin de bu sonuca ulaşmak için tek başına yeterli sayılmaması gerekir⁹⁴⁰. Alıkoyma hakkını kullanmadan malın iade edilmesi halinde masraftan feragat edilmiş olmayacağını savunan bir diğer görüş ise, haksız zilyedin her halükârda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında masrafları talep edebileceğini belirtmektedir⁹⁴¹. Bu durumda malın malike doğrudan iade edilmesi halinde masrafların talep edilemeyeceği fikri boşa çıkmaktadır. Kaldı ki eğer malik malı iade alırken masraf yapıldığını bilseydi iade almaktan vazgeçecek idiyse, masrafların sonradan talep edilmesi halinde malı haksız zilyede vererek masrafları ödemekten kaçınması da her halükârda mümkündür. Dolayısıyla, gerçek hak sahibi malikin iadedden sonra masrafla karşı karşıya kalarak zor durumda bırakılabileceği iddiası da anlamını yitirmektedir⁹⁴². Biz de bu son görüşe katılıyoruz. Eklemek gerekir ki eğer kanunda haksız zilyedin zorunlu masrafları talep edebilmesinin amaçlarından biri de hak sahibinin zenginleşmesinin önüne geçmekse, onun masrafları karşılama yükümlülüğünün de iade anıyla sınırlanmaması gerekir. Sonuç olarak,

⁹³⁸ Görüş için bkz. **Özen**, s. 377.

⁹³⁹ Kötü niyetli haksız zilyedin malı iade ettikten sonra ayrı bir dava açarak masraflarını talep edebileceği hakkında bkz. **Feyzioğlu**, s. 354; **Nomer/Ergüne**, s. 117. **Nomer/Ergüne**, talep hakkının sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tâbi olduğunu belirtmektedir.

⁹⁴⁰ **Hombberger**, Art. 939, s. 128, kn. 17.

⁹⁴¹ TMK m. 995 hükmünün, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kanunda düzenlenen özel bir türü olduğu görüşü hakkında bkz. **Sungurbey**, s. 86 vd, dn. 5.

⁹⁴² **Feyzioğlu**, s. 225; **Sungurbey**, "Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği, Özellikle Borç Görüşünün Eleştirisi", *Medenî Hukuk Sorunları*, C. 1, İstanbul 1973, s. 59 vd; **Özen**, s. 381 vd.

zorunlu masrafların kötü niyetli haksız zilyede alıkoyma hakkı tanımadığı kabul edilmelidir. Eğer kötü niyetli haksız zilyet, yapmış olduğu zorunlu masraflar sebebiyle malı iadede kaçınırsa, bu sebeple doğan veya doğmaya devam eden zararlardan da sorumlu tutulmalıdır. O halde haksız zilyedin yapması gereken, malı bir an önce iade etmek ve yapmış olduğu masrafları gerekirse gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep etmektir.

4.1.2. İstihkak Talebinin Dava Aşamasındayken Boşa Çıkacağı Anlaşılması veya İcra Aşamasında Boşa Çıkması

Malikin istihkak talebine ilişkin çözüme kavuşturulması gereken meselelerden biri, dava aşaması sürerken veya dava kazanıldıktan sonraki iade talepli icra aşamasında malın bulunamaması halinde ne olacağıdır. Öyle ki dava her ne kadar davacı malikin lehine sonuçlanmış olsa bile, istihkak talebi gibi para alacağı dışındaki ilâmların icrasında bu tür güçlüklerle karşılaşmak her zaman ihtimal dâhilindedir⁹⁴³. Gerçekten de davalı zilyet, davayı kaybedeceğini anladığında veya kaybettikten sonra icra aşamasında taşınır malı bir üçüncü kişiye muvazaalı olarak devretmiş, saklamış, yok etmiş veya zarara uğratmış olabilir. Böyle durumlarda malın iade alınması pratikte imkânsız hale gelebilir. Peki bu durumda talep hakkının sona erdiğini mi kabul etmek gerekir yoksa farklı bir çözüm yoluna mı başvurulmalıdır? Mesela icra takibi herhangi bir alacağın icrası gibi farz edilerek başkaca mallar haczedilip satışa çıkarılarak, istihkak talebine konu olan malın değeri talep edilebilir mi? Yoksa böyle bir talebin yeni bir dava yoluyla mı öne sürülmesi icap eder? Eğer iade alınamayan mal için tazminat talep edilecek olursa bu hangi hükümlere dayandırılmalıdır? Bu tür soruların çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Aslında haksız zilyedin, icra aşamasındayken malın zilyetliğini üçüncü kişiye bıraktığının anlaşılması halinde alacaklının (malikin) nasıl bir yol izleyebileceğine yönelik İcra ve İflâs Kanunu'nda bir çözüm imkânı bulunmaktadır⁹⁴⁴. İİK m. 89'a göre, malın üçüncü kişide bulunması halinde icra memuru, ona bir haciz ihbarnamesi göndererek malın bundan sonra sadece icra dairesine teslim edilebileceğini, takip borçlusuna verilmemesi gerektiğini, aksi takdirde icra dairesine malın bedelini ödemek zorunda kalacağını bildirir. Haciz ihbarnamesine yedi güç içinde

⁹⁴³ Para alacağı dışında kalan ilâmların icrasında yaşanan bu güçlük, öğretilde "*Bir kimse atını çeşmeye götürebilir ama ona su içiremez.*" deyişiyle ifade edilmektedir. Bkz. **Özbek**, Mustafa Serdar, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 699, dn. 516. Gerçekten de davalının malı iade etmesine karar verilmiş olsa bile, onun malı elleriyle getirip icra dairesine teslim etmesini sağlamak veya saklamasının önüne geçmek mümkün değildir.

⁹⁴⁴ Bir malın teslimine dair yapılan icra takibinin, para ve teminat alacağının dışında olması sebebiyle bir ilâma dayanması gerekir. Dolayısıyla, malın iadesi için aynı ilâma dayanarak iki kişiye ayrı ayrı icra takibi açmak (icra memurunun gözünden kaçması gibi ihtimallerin dışında) mümkün değildir. Bkz. **Kılınç**, Ayşe, İcra Takibinde Derdestlik, Ankara 2020, s. 118 vd.

itiraz etmeyen üçüncü kişiye ikinci ihbarname gönderilerek, malın onun zilyetliğinde sayıldığı ve yedi gün içinde zilyet olmadığı hususunda itirazda bulunabileceği, bulunmazsa malı icra dairesine teslim etmesi gerektiği bildirilir. Bu ihbarnameye de itiraz etmeyen üçüncü kişiye, üçüncü ve son ihtarname gönderilerek on beş gün içinde ya malı teslim etmesi ya da menfi tespit davası açması, aksi halde malı teslim zorlanacağı bildirilir (m. 89/III). Üçüncü kişinin birinci veya ikinci haciz ihbarnamelerine itiraz etmesi halinde, mal onun zilyetliğinde sayılmaz. Bu durumda alacaklının (malikin), icra mahkemesinde ceza davası açarak; üçüncü kişinin itirazının gerçeğe aykırı olduğunu ispat etmesini, cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini sağlaması mümkündür. Üçüncü kişinin, üçüncü haciz ihbarnamesinden sonra menfi tespit davası açması halinde ise buna ilişkin belgeyi yirmi gün içinde icra dairesine sunması gerekir. Bu durumda dava kesinleşene kadar cebri icra işlemleri durur. Bu davada, malın takip borçlusuna ait olmadığını davayı açan üçüncü kişinin ispat etmesi gerekir. Davayı kaybetmesi halinde ise malın bedelinin en az yüzde onuna tekabül eden bir tazminat ödemek zorunda kalır⁹⁴⁵. Burada açıklananlardan çıkan sonuç, kendisine icra takibi açılan haksız zilyedin malı üçüncü kişiye bıraktığının anlaşılması halinde icra takibinin boşa çıkmış olmadığıdır. O halde takibin boşa çıkması anlamında değerlendirmede bulunabilmek için, malın bulunamadığı durumları ele almak gerekir.

Alman Hukuku'nda bir görüşe göre, malın zilyette bulunamaması halinde önce İngiliz Hukuku'ndaki takip (*following*) ve iz sürme (*tracing*) yöntemleri uygulanabilir. Takip yöntemine göre, eğer mal farklı zilyetler arasında el değiştirmişse, her bir devir işleminin tespit edilerek son zilyedin ortaya çıkarılması ve taleplerin bu zilyede yöneltilmesi gerekir. Eğer mal takip edilemiyorsa, bu durumda iz sürme yöntemine başvurulur. Buna göre, malın mesela bir hukukî işlem sonucu elden çıkarılması halinde, söz konusu hukukî işlem karşılığında menfaat olarak elde edilen bir mal varsa bunun ne olduğu tespit edilir ve bu mal zilyedin elinden alınarak (davacı) malike teslim edilir. Mesela malike ait olan malın 1000 pound karşılığı elden çıkarılması ve karşılığında 1000 pound değerinde bir araba alınması halinde, iz sürme yöntemiyle söz konusu araba tespit edilerek bunun üzerinde hakkaniyet mülkiyeti (*equitable title*) tesis edilir⁹⁴⁶. Takip ve iz sürme yöntemleri, “inşai güven” (*constructive trust*) olarak adlandırılan talep sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu sistem esasen Amerikan hukuk sisteminde sebepsiz zenginleşme için destekleyici vasıta olarak uygulanmaktadır. Buna göre, bir kimsenin hukuka aykırı yollarla başkasının malvarlığı aleyhine zenginleşmesi halinde, zenginleşme konusu mal üzerinde sadece zenginleşilen lehine olacak şekilde mahkeme kararıyla inşa edilen yapay bir

⁹⁴⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 322 vd.

⁹⁴⁶ Finkelmeier, s. 116 vd.

mülkiyet hakkıdır⁹⁴⁷. Dolayısıyla, bir malın zilyetliğini hile vb. yollarla ele geçiren haksız zilyet, bunu başkasına devretmenin karşılığında elde ettiği yeni malı malik lehine korumak ve zamanı geldiğinde ona devretmek ya da değerini ödemek zorundadır. Malın takip edilip bulunarak aynen mi iade edileceği yoksa iz sürme yöntemine göre ikame malın ya da değerinin mi verileceğine malikin iradesine göre karar verilir⁹⁴⁸. Zira malın takip edilmesi imkânsız hale gelmiş veya elden çıkarılmasına karşılık olarak elde edilen menfaatin iadesi imkânsız nitelikte olabilir. Mesela malın yok edilmesinde veya bunun karşılığında elde edilen parayla tatil bileti satın alınmasında durum böyledir⁹⁴⁹. Her ne kadar söz konusu yöntem Alman hukuku için öne sürülmüş olsa da kanaatimizce ne Alman hukukuna ne de Türk-İsviçre hukukuna halihazırda uygulanabilir değildir⁹⁵⁰. Zira bizim hukuk sistemimizde aynî haklar sınırlı sayı ilkesine tâbi olup; mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklardan (irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakkından) ibarettir⁹⁵¹. Dolayısıyla “güven” (*trust*) sistemine dayanan takip ve iz sürme yöntemlerinin ve dolayısıyla hakkaniyet mülkiyeti adı verilen farklı bir mülkiyet türünün de Türk-İsviçre hukuk sistemlerine uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Öyle ki bu sistem, malın değerinin malike ödenmesi bakımından tazminat yükümlülüğüne benzese de hukukî temelinin neye dayandırılacağı hususunda cevapsız kalmaktadır.

Malın bulunamamasına yönelik olarak Alman Hukuku'nda öne sürülen bir diğer görüş, meseleyi aynen ifadan vazgeçilerek zararın tazmininin talep edilmesi kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre haksız zilyet, eğer mahkeme kararı vasıtasıyla mal üzerinde hakkının bulunmadığını ve bunu iade etmesi gerektiğini öğrenmiş olmasına rağmen icra takibinin başarısızlıkla sonuçlanmasına sebep olmuşsa, malike karşı BGB § 990 (TMK m. 995) anlamında kötü niyetli zilyet olarak kabul edilmelidir. Böyle bir durumda haksız zilyet, elde ettiği menfaatleri kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğu kapsamında iade etme yükümlülüğünün yanı sıra, Alman

⁹⁴⁷ **Maher**, F. K. H., "Law in the Making", Melbourne University Law Review, Y. 06/1965, C. 5, S. 1, s. 110. (HeinOnline, E.T. 06.09.2023).

⁹⁴⁸ Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde alacaklının alacağını elde edememesi durumunda zararın nakden tazmini adaletin tesisi bakımından yeterli görülmekteydi. Bu sebeple, mesela satıcının sattığı malı alıcıya teslim etmemesi halinde de aynen ifa değil, tazminat sorumluluğu söz konusu oluyordu. İngiliz Hukuk sistemindeki aynen ifadan kolayca vazgeçerek zararın tazminine yönelen bu anlayış da kaynağını Roma Hukuku'ndan almaktadır. Bkz. **Özbek**, s. 694.

⁹⁴⁹ **Finkelmeier**, s. 118.

⁹⁵⁰ “Güven” (*trust*) sisteminin İsviçre hukukuna uygun olmadığı hakkında ayrıca bkz. **Meyer**, Hermine Herta, “Trusts and Swiss Law”, International and Comparative Law Quarterly, Y. 06/1952, C. 1, S. 1, s. 380 vd (cambridge.org, E.T. 06.09.2023).

⁹⁵¹ **Meyer**, s. 380 vd; **Ünal/Başpınar**, s. 77.

Ceza Kanunu m. 288'deki haczin engellenmesi suçu kapsamında da sorumlu olur⁹⁵². Türk Hukukunda da benzer bir hüküm yine İcra ve İflâs Kanunu m. 331'de düzenlenmiş olup, maddenin ilk fıkrasına göre *“Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığı veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”*. hükmü getirilmiştir. Buradan hareketle, her ne kadar mülkiyet hukukunu ilgilendirmese de borçlunun istihkak talebine konu olan malı icra aşamasında kasten gizlemesi veya muvazaalı olarak başka birine devretmesi halinde hapis ve para cezasıyla karşılaşacağını yeri gelmişken belirtmek gerekir.

Türk Hukuku'nda haksız zilyedin malı aynen iade etmemesi halinde malikin sahip olduğu ikame çözüm yollarına ise İİK m. 24'te yer verilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, *“Bir taşınırın teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde o şeyin teslimini emreder.”* hükmüne yer verilmektedir. Bu hüküm, diğer iade davalarının yanı sıra, istihkak davasının davacı malik lehine sonuçlanması halinde yapılacak olan iadenin icrasını ihtiva etmektedir⁹⁵³. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, borçlunun, hükmolunan taşınırın veya mislinin yedinde bulunması halinde elinden zorla alınıp alacaklıya verileceği; dördüncü fıkra ise yedinde bulunmazsa ilâmda yazılı değer⁹⁵⁴ alınacağı düzenlenmektedir. Vermezse yeni bir icra emri tebliğine gerek olmaksızın haciz yoluyla tahsil edilir⁹⁵⁵. Taşınırın değeri, ilâmda yazılı değilse veya taraflar arasında buna ilişkin bir ihtilaf varsa, haczin yapıldığı tarihteki rayice göre icra memuru tarafından takdir olunur (m. 24/IV). Taşınırın değeri belirlenirken borsa veya ticaret odalarından, bunların olmadığı yerlerde ise icra memuru tarafından seçilecek bilirkişiden sorularak değer takdirinde bulunulur (m. 24/V). Değer takdirine

⁹⁵² Odemer, s. 115.

⁹⁵³ Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 959; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 501.

⁹⁵⁴ İlâma yazılması gereken değer, harca esas teşkil eden miktar değildir. Mahkemenin, davalıyı iadeye veya iade gerçekleşmezse ödemesi gereken meblağın ne olduğuna mahkûm etmek üzere yazdığı kararda yer alan miktardır. Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 502. İlâmda malın değeri yazılı olsa bile, alacaklı sadece malın teslimini isteyebilir. Malın teslimiyle değerinin ödenmesi arasında bir seçimlik hak bulunmamaktadır. Bkz. Kuru, s. 959. İlâmda yazılı değer alınması, ancak malın teslim alınması ihtimali ortadan kalktıktan sonra söz konusu olur.

⁹⁵⁵ Malın bulunamaması halinde bedelinin alınması imkânı tanındığından, alacaklının malın değeri için borçluya alacak davası açmasında hukukî yarar yoktur. Bkz. Kuru, s. 962.

ilişkin olarak tarafların icra mahkemesine şikâyet hakları mevcuttur (m. 24/VI)⁹⁵⁶. Tüm bunlardan hareketle İcra ve İflâs Kanunu'nun, malın aynen iadesinin mümkün olmaması halinde önce mislinin alınacağını belirterek, malikin alacak hakkını cins borcu gibi değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce istihkak davası açısından bu mümkün olmadığından, malın kaybolması halinde istihkak talebine karşı iade yükümlülüğü ortadan kalkmakta ve haksız zilyedin yükümlülüğü para borcuna dönüşmektedir.

Eğer dava açılmış fakat henüz sonuçlanmadan önce haksız zilyedin malı kaybettiği ve bu sebeple davanın boşa çıkacağı anlaşılmışsa, İİK m. 24 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Zira bu durumda ortada henüz bir icra takibi yoktur. Dolayısıyla, meselenin yine Türk Medenî Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. İade yükümlüsünün TMK m. 995 gereği kötü niyetli zilyet sıfatıyla sorumlu olacağını söylemek mümkün olsa da bu sorumluluk, iade edilmesi gereken malın yanı sıra üstlenilecek olan iade yükümlülüğünün kapsamını ifade etmektedir. Mesela haksız zilyet malın değerini azaltmışsa, söz konusu değer azalması için ödemesi gereken tazminat bedeli bu kanun hükmüne dayanır. Öte yandan, iadeye konu olan malın kendisini kasteden bir ifade kanun hükmünün lafzında açıkça zikredilmemektedir. Bu anlam, “*geri vermekle yükümlü olduğu şeyi*” ifadesinden dolayı olarak çıkarılmaktadır⁹⁵⁷. O halde iadeyle yükümlü olunan eşyanın kaybedilmesi, yok edilmesi, saklanması gibi ihtimallerde üstlenilmesi gereken tazminat yükümlülüğü için de kanun hükmünün lafzı yetersiz kalmaktadır. Bununla beraber, öğretide kötü niyetli zilyedin malı elden çıkarması halinde m. 995 kapsamındaki tazminat yükümlülüğüne bizzat malın değerinin de eklenmesi gerektiği belirtilmektedir. Hatta malın birden fazla kötü niyetli zilyedin arasında devredilmiş olması halinde, bu zilyetlerin eşyaya verilen zarardan müteselsilen sorumlu olacakları kabul edilmektedir⁹⁵⁸. Bu durumda tazminat yükümlülüğünü haksız fiile dayandırmak gerekir⁹⁵⁹. TBK m. 49/II’de “*zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” hükmüne yer verilmiştir. Kanaatimizce söz konusu duruma ilişkin olarak kötü niyetli haksız zilyedin ahlâka aykırı davranışı, kast ve zarar şartlarının hepsi sağlanmaktadır. İlgili fıkra haksız zilyedin (zarar verenin), malı iade etmeme sebebiyle yüklenmesi gereken tazminat sorumluluğunda kusur şartı aranmamakta olup, zilyedin kötü niyetli olması yeterlidir. Dolayısıyla, kötü niyetli haksız zilyedin malda oluşan zarardan sorumlu

⁹⁵⁶ Kuru, s. 962; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 502; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 325; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 415 vd.

⁹⁵⁷ Ünal/Başpınar, s. 258.

⁹⁵⁸ Ünal/Başpınar, s. 258 vd.

⁹⁵⁹ Odemer, s. 115; Ünal/Başpınar, s. 258 vd.

tutulmaktan kurtulabilmesi için, mal istihkak talebinde bulunanın elinde olsaydı da aynı zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi gerekir⁹⁶⁰. Kendisine dava açılan iyi niyetli haksız zilyedin dava sırasında malı kaybetmesi halinde ise yukarıda⁹⁶¹ bahsettiğimiz ağırlaştırılmış iyi niyet sorumluluğu kapsamında hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İstihkak davasının devamı sırasında malın kaybolması sebebiyle davanın boşa çıkacağının anlaşılması halinde, usul ekonomisi gereğince yeni bir dava açılmasına gerek kalmaksızın talebin değiştirilerek mevcut davaya tazminat talepli devam edilmelidir⁹⁶². Öğretide davalının, istihkak iddiasına karşı çıkmamakla birlikte malın yerini bilmediğini öne sürmesi halinde de aynen iade talebinden vazgeçip tazminat talep edilebileceği belirtilmektedir⁹⁶³. Kanaatimizce böyle bir durumda ıslah hakkının kullanılmasına gerek olmaksızın talep konusu değiştirilebilmelidir. Nitekim HMK m. 125/1-b'de davanın açılmasından sonra davalının dava konusunu üçüncü kişiye devretmesi halinde davacının, tazminat davası olarak davaya devam edebileceği düzenlenmiştir. Malın üçüncü kişiye devredilmesinin yanı sıra başka sebeplerle kaybolması halinde de bunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz⁹⁶⁴.

4.1.3. Haksız Zilyetliğe Etki Eden Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu

Malın, malikin elinden rızası dışında çıkarak haksız zilyedin eline geçmesine üçüncü bir kişi sebebiyet vermiş olabilir. Mesela, malı elinde bulunduran zilyet yardımcısıyla kötü niyetli haksız zilyet arasındaki aracılık durumu böyledir. Zilyet yardımcısı, zilyetlik sıfatını kazanmamakla birlikte malın bir şekilde haksız zilyedin eline geçmesini sağlamaktadır. Alman hukukunda, bu tür durumlarda haksız zilyetliğe sebep olan üçüncü kişinin haksız fiil hükümlerine göre malikin zararını tazmin etmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁶⁵. Öyle ki zilyet yardımcılarının ve tüzel kişilerde zilyet organlarının⁹⁶⁶, istihkak talebi için muhatap kabul edilmeleri mümkün

⁹⁶⁰ Ünal/Başpınar, s. 259.

⁹⁶¹ Bkz. 4.1.1.1.1.

⁹⁶² Kılınç, s. 118 vd.

⁹⁶³ Odemer, s. 117 vd.

⁹⁶⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş de dava açıldıktan sonra "zilyetlik durumunda değişiklik olursa" davaya HMK m. 125 gereği tazminat talepli devam edilebileceği şeklinde daha geniş bir ifade kullanmaktadır. Bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 446 vd.

⁹⁶⁵ Staudinger/Thole, §987-993, s. 155, kn 44.

⁹⁶⁶ Zilyet organlarının hukukî niteliğiyle ilgili öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bunların istihkak davasına veya haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre iade ve tazmin yükümlülüğüne tâbi tutulup tutulamayacakları, söz konusu görüşlere göre değişmektedir. Burada ilgili yazarın, tıpkı zilyet yardımcıları gibi zilyet organlarını da zilyet olarak kabul etmediği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce zilyet organları, başkası için zilyette olduğu gibi zilyetliği tüzel kişilik

görülmemektedir⁹⁶⁷. Üçüncü kişinin mülkiyet durumunu ihmale dayalı olarak gözden kaçırması ve iyi niyetli haksız zilyedin mala zilyet olmasını sağlaması halinde dahi haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olacağı öne sürülmektedir⁹⁶⁸. Zannımızca bunun sebebi, haksız zilyetliğe etki eden üçüncü kişinin, oluşan zarara ihmale dayalı kusuruyla sebep olmasıdır. Kanaatimizce burada yapılması gereken değerlendirme, haksız zilyedin iyi niyet durumu belirlenirken özen yükümlülüğüne ilişkin bulunulan tespitten daha farklı değildir. Haksız zilyet, mal üzerinde hak sahibi olmadığını bilmesinin kendisinden beklenebilmesi halinde nasıl sorumlu tutulabiliyorsa, haksız zilyetliğe sebep olan üçüncü kişinin de mal üzerindeki gerçek hak sahibini bilmesinin kendisinden beklenebilmesi halinde sorumlu tutulması gerekir. Bununla beraber, burada sorumluluğun dayanağı istihkak ve haksız zilyetlikte iade hükümleri değil, kusur esasına dayalı olan haksız fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, haksız zilyetliğe sebep olan üçüncü kişinin gerçek hak sahipliğini bilme hususunda gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olması, haksız fiilin kusur unsurunun karşılığıdır. Dolayısıyla bu kişinin, kusuru oranında haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması gerekir.

Üçüncü kişinin sorumluluğunu haksız fiil kapsamında değerlendirmek gerektiğinden, aynen iadede ziyade tazminat yükümlülüğü söz konusu olur. Dolayısıyla bu kişiye karşı TBK m. 72'deki genel zamanaşımı süresi uygulanır. Sürenin işlemeye başlaması için ise zarar görenin; zararın varlığı, içeriği, unsurları ve kapsamı gibi hususları öğrenmiş olması gerekir⁹⁶⁹.

için kullanmaktadır. Dolayısıyla bunların, zilyetlikten doğan hak ve yükümlülükleri haiz oldukları kabul edilebilir. Bu sebeple, burada bahsedilen haksız fiile ilişkin durumun, zilyet organı için (en azından Türk Hukuku bakımından) söz konusu olmadığı kanaatindeyiz. Zilyet organının hukukî durumuna ilişkin görüşler hakkında bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 133 vd.

⁹⁶⁷ **Staudinger/Thole**, §987-993, s. 153, kn 40; İsviçre Hukuku'nda zilyet yardımcılara istihkak davası açılmayacağı hakkında bkz. **BK- Graham-Siegenthaler**, Art. 641 ZGB, s. 551, kn. 124; **CHK- Arnet, ZGB 641**, s. 15, kn. 34. Türk Hukukunda da zilyet yardımcıları zilyet sayılmadıklarından, "haksız zilyet" olmaları da mümkün değildir. İstihkak davasının muhatabı ise haksız zilyettir. Dolayısıyla, zilyet yardımcısına istihkak davası açılması veya haksız zilyetlikte iade (TMK m. 993-995) hükümlerine göre iade ve tazminat talebinde bulunulması ihtimali de ortadan kalkmaktadır. **Antalya**, s. 509. Zilyet yardımcılarının hukukî durumuna ilişkin bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 130 vd.

⁹⁶⁸ **Staudinger/Thole**, §987-993, s. 155, kn 44.

⁹⁶⁹ Sürenin işlemeye başlaması için gereken şartlar hakkında bkz. **Topuz**, s. 1776.

4.2. İstihkak Talebinin Sona Ermesi veya Şekil Değiştirmesi

İstihkak talebi mülkiyet hakkının varlığına bağlı olduğundan, mülkiyetin ortadan kalkmasıyla birlikte sona erer⁹⁷⁰. Bu başlık altında mülkiyet hakkını ve dolayısıyla istihkak talebini sona erdirebilecek bazı durumlara yer verilmiştir. Bunların yanı sıra, iade talebini sona erdirmemekle birlikte, malın tahrip olmasına bağlı tazminat talebi gibi farklı sonuçlar doğuran ihtimallerle de karşılaşılabilir. İstihkak talebinin sona ermesinden ziyade şekil değiştirmesine sebep olan söz konusu ihtimaller de burada ele alınmıştır.

4.2.1. Malikin İradesi

İstihkak talep etme hakkının başka birine devredilmesinden ayrı olarak, talep hakkından tamamen feragat edilmesi ihtimalini de göz önünde bulundurmak gerekir. Yukarıda⁹⁷¹ açıklandığı üzere, istihkak talebinin devredilebileceğinin kabulü halinde, devrin sadece malın halihazırdaki haksız zilyetten alınmasına yönelik mi yoksa ileride gerçekleşebilecek tüm haksız zilyetlikleri kapsayacak şekilde mi anlaşılması gerektiği gibi bir sorun oluşmaktaydı. İstihkak talebinden tamamen feragat edilmesi halinde ise ikinci ihtimal söz konusu olamamaktadır. Zira malikin istihkak talep etme hakkından feragat etmesi, doğrudan doğruya halihazırdaki haksız zilyedin kendisi üzerinde olumlu bir sonuç doğurur. Diğer bir deyişle malik, böyle bir durumda mülkiyet hakkından da feragat etmekte ve mülkiyetle birlikte istihkak talep etme hakkını aslında haksız zilyede devretmiş olmaktadır. Öğretide de feragat ile istihkak talep etme hakkının kesin olarak sona ereceği belirtilmektedir⁹⁷².

Malikin iradesinin istihkak talep hakkını sona erdirmesinin ortaya çıkış şekillerinden biri, istihkak talebinin başkasına mülkiyet hakkıyla birlikte devredilmiş olmasıdır. Bu durumda mülkiyet hakkının yeni malike geçmesiyle eski malikin istihkak talebinde bulunma hakkı sona erer. Öte yandan, eski malikin TMK m. 993-995 hükümleri gereği öne sürebileceği taleplere ilişkin hakkı devam eder. Mesela, malın kötü niyetli haksız zilyette olması sebebiyle malikin ürünlerden mahrum kalması halinde, bunların yine ona (eski malike) iadesi veya tazmini icap eder⁹⁷³. Zira eğer mal haksız zilyette olmasaydı, ürünlerden yararlanan eski malik olacaktı. Buna karşılık, mala yapılan zorunlu ve faydalı masraflarla elde edilen ürünlerin mahsup edilmesi halinde, mahsup

⁹⁷⁰ Bkz. 2.1.3.2.1. (Mülkiyet Hakkı).

⁹⁷¹ Bkz. 2.1.5. (İstihkak Talebinin Devri).

⁹⁷² Eren, s. 42.

⁹⁷³ Özen, s. 91. İstihkak talebiyle birlikte mülkiyetin devri halinde TMK m. 993-995'ten doğan yan taleplerin ne olacağı hakkındaki tartışmalar için bkz. Özen, s. 92, dn. 176.

işleminin haksız zilyetle yeni malik arasında yapılması gerekir. Bunun sebebi, maldan ve mal için haksız zilyedin yaptığı masraflardan yeni malikin yararlanacak olmasıdır.

Malın doğrudan zilyetliği haksız zilyetleyken mülkiyetin üçüncü kişiye devredilmesi TMK m. 979/I gereği (dolaylı) zilyetliğin havale yoluyla nakli sonucunu da doğurduğundan, doğrudan zilyede bu hususta ihbarda bulunmak gerekir. Malı ihbardan önce eski malike iade eden doğrudan zilyet, bundan dolayı sorumlu olmaz⁹⁷⁴. İhbardan sonra zilyedin malı yine de eski malike iade etmesi halinde ise TBK m. 49/II gereği haksız fiil sorumluluğu söz konusu olur⁹⁷⁵. Bunun yanı sıra, TMK m. 979/III'te üçüncü kişinin, zilyetliği devredene karşı ileri sürebileceği sebeplerle malı devralana vermekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm, her ne kadar öncelikle doğrudan zilyetliğin hakka dayandığı durumları akla getirirse bile, haksız zilyetlikteki alıkoyma hakkını da gözden kaçırmamak gerekir. Kötü niyetli haksız zilyedin zorunlu masraflar için dahi böyle bir hakkının bulunmadığı görüşünü savunduğumuzu yukarıda belirtmiştik⁹⁷⁶. İyi niyetli haksız zilyedin ise yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masraflar kendisine ödenmezse malı iadedden kaçınma hakkı vardır⁹⁷⁷. Eğer malikin malı üçüncü kişiye devretmesi halinde iyi niyetli haksız zilyet malı yeni malike alıkoyma hakkını kullanamadan iade etmek zorunda kalsaydı, alıkoyma hakkını düzenleyen TMK m. 994/I hükmünün etrafı dolanılmış olurdu. Dolayısıyla, söz konusu hakkın malı devralan yeni malike karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Nitekim, öğretide de doğrudan zilyedin bir aynî hakka dayanması halinde bunu yeni dolaylı zilyede (yeni malike) karşı da ileri sürebileceği belirtilmektedir. İadedden kaçınma da bir aynî hakka dayandığından, bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir⁹⁷⁸.

Malikin iradesi, istihkak talebinden tamamen feragat etmenin yanı sıra bunun belli bir süreliğine ertelenmesi şeklinde de karşımıza çıkabilir. Bu durum, haksız doğrudan zilyede kira, kullanım ödücü gibi bir hukukî işlemle hak tanınarak zilyetliğin haklı hale getirilmesi şeklinde tezahür eder. Böyle bir ihtimalde, kurulan sözleşmenin süresi sona erene kadar malikin istihkak talebinde bulunma imkânı ortadan kalkar⁹⁷⁹. Kanaatimizce burada haksız zilyedin iade ve tazmin yükümlülüğü (TMK m. 993-995) kapsamında bir ayırım yapılmalı ve haksız zilyetliğin başladığı

⁹⁷⁴ Burada kastedilen, sadece malın eski malike iade edilmiş olmasından kaynaklanan sorumluluktur. Haksız zilyetlik sebebiyle doğan zararlar ayrıca değerlendirilmelidir.

⁹⁷⁵ Ünal/Başpınar, s. 160, 162.

⁹⁷⁶ Bkz. 4.1.1.3.2.

⁹⁷⁷ Bkz. 4.1.1.2.2.

⁹⁷⁸ Ünal/Başpınar, s. 162 vd.

⁹⁷⁹ Malikin hukukî işleme bağlı olarak, istihkak talebinde bulunmayacağı hususunda yapmama borcu altına girdiği hakkında bkz. 2.1.3.4.4 ve 2.1.3.4.5.

andan zilyetliğin haklı hale geldiği âna kadarki sürece ait olan ürünlerin iadesi ve tazmin yükümlülükleri korunmalıdır.

Malikin, istihkak talebinden feragat ederken veya doğrudan zilyedin haksızlığını haklı hale getirirkenki beyanıyla iradesinin birbirine uygun olmadığı durumların da ele alınması gerekir. İlk olarak, malik istihkak talebinden tamamen feragat ederek mülkiyet hakkını (o âna kadarki) haksız zilyede devretmiş olabilir. Burada borçlar hukuku kapsamında değerlendirilebilecek bir hukukî işlem söz konusudur. Zira söz konusu işlemin; bağış veya karşılığında herhangi bir menfaat elde edilen bir sözleşme şeklinde meydana geldiği düşünülebilir. Dolayısıyla, eğer malik feragat ettiğini beyan etmesine rağmen onun gerçek iradesi buna uygun değilse hukukî işlemin geçersizliği söz konusu olabilir⁹⁸⁰. Hile ve korkutma hallerinde durum böyledir⁹⁸¹. Hata halinde ise düşülen hatanın esaslı olması gerekir. Mesela malik, belli bir mal için feragat ettiğini sanırken yanlışlıkla başka bir maldan söz etmiş olabilir. Benzer şekilde, lehine feragat ettiği kişinin kimliğinde hataya düşmüş olması da mümkündür. Bu gibi durumlarda hatanın esaslı olduğundan söz edilebiliyorsa, feragat işlemi geçersiz olur⁹⁸². Yine, malikin belli bir miktar malın sadece bir kısmından feragat etmek istediği halde hatayla tamamına yönelik bir beyanda bulunmuş olması da ihtimal dâhilindedir. Bu durumda kanaatimizce kısmî geçersizlik söz konusu olmalı ve feragat edilmek istenen kısım için hukukî işlem ayakta tutulmalıdır⁹⁸³. İkinci ihtimal ise malikin, istihkak talebinden tamamen feragat etmek yerine sadece bir süreliğine haksız doğrudan zilyedin zilyetliğini haklı hale getirmesidir. Kısa elden teslim⁹⁸⁴ şeklinde karşımıza çıkan bu durum,

⁹⁸⁰ İrade ve beyan arasındaki uygunsuzluk halleri hakkında bkz. **Akıncı**, s. 134 vd.

⁹⁸¹ Zilyetliğin devrinde iradenin hata, hile veya korkutma etkisinde oluşması halinde TBK m. 30 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucu devreden tek taraflı irade beyanıyla devir sözleşmesini iptal edebileceği hakkında bkz. **Özer**, Mustafa Tolga, Medeni Hukukta Hata Kavramı, İstanbul 2019, s. 382 vd. İrade sakatlıklarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin eşya hukukuna da uygulanabileceği hakkında bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 34, kn. 172. İrade sakatlığı halinde kullanılan iptal beyanının tasarruf işlemini de hükümsüz hale getireceği hakkında bkz. **Özen**, s. 50, 83.

⁹⁸² Öğretide de aynı hakların devrinin sebebe bağlı olması sebebiyle böyle bir durumda istihkak talebinin öne sürülebileceği belirtilmektedir. Bkz. **BK – Stark/Lindenmann**, Art. 933, s. 313, kn. 7. İsviçre Federal Mahkemesi ise mal satış sözleşmesine dayalı olarak teslim edildikten sonra sözleşmenin hata sebebiyle iptal edilmesi halinde, malın iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Karar için bkz. BGE, 82, II, 411, s. 428.

⁹⁸³ Hatanın türleri ve hukukî sonuçları hakkında bkz. **Özer**, s. 10 vd, 54 vd, 77 vd; **Akıncı**, s. 146.

⁹⁸⁴ Kısa elden teslim ve fiilî hâkimiyet kurmaya yeten anlaşma ile zilyetliğin nakli hakkında bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 149 vd.

doğrudan zilyet açısından emin sıfatıyla zilyetliğin kazanılması sonucunu doğurmaktadır⁹⁸⁵. Meselenin önemi, emin sıfatıyla zilyedin malı iyi niyetli üçüncü kişiye satıp devretmesinde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda devralanın TMK m. 988 kapsamında korunup korunmayacağının belirlenmesi gerekir. İlgili maddede emin sıfatıyla zilyetten mülkiyet veya sınırlı aynî hak kazanan kimsenin, zilyedin tasarruf yetkisi olmasa dahi korunacağı düzenlenmektedir. Oysa malikin iradesinde sakatlık bulunduğundan, malı devreden zilyedin gerçekten emin sıfatıyla zilyet olup olmadığı şüphe uyandırmaktadır. Eğer malikin kendi gerçekleştirdiği zilyetliğin devri işlemini irade sakatlığı sebebiyle tek taraflı irade beyanıyla iptal edebileceği kabul edilirse, emin sıfatıyla zilyetlik de ortadan kalkacağından malı devralan üçüncü kişinin TMK m. 988 kapsamında korunması söz konusu olamaz. Öğretide bu hususta farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, iyi niyetli üçüncü kişinin, malikin irade sakatlığına rağmen korunması gerekir ve ona karşı herhangi bir talepte bulunmak mümkün değildir⁹⁸⁶. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, taşınır davası için zilyetliğin irade dışı kaybedildiği tüm durumların geçerli sayılması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, karara göre irade sakatlığı halleri, ortada sakat da olsa bir iradenin bulunması sebebiyle bu kapsamda değerlendirilmemelidir⁹⁸⁷. Bir diğer görüş ise irade sakatlıklarının ayrılması gerektiğini ve hileyle korkutmaya dayalı olarak gerçekleşen devirlerin, devredenin özgür iradesiyle gerçekleşmemesi sebebiyle hatadan ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu durumda hile veya korkutma sebebiyle yapılan devirlerde emin sıfatıyla zilyetliğin söz konusu olmadığı⁹⁸⁸ ve iptal hakkının kullanılabileceğinin kabul edilmesi gerekir⁹⁸⁹. Buradan çıkan sonuç, malikin TMK m. 988 hükmüne rağmen istihkak iddiasında bulunabileceğidir⁹⁹⁰. Hata halinde ise TMK m. 988'in ruhunun göz önünde bulundurularak, malı üçüncü kişiye devreden kişiyi emin sıfatıyla zilyet kabul etmek⁹⁹¹ ve devralan üçüncü kişinin kazanımını korumak icap eder⁹⁹². Bize göre de hataya düşenin, hatasının sonuçlarına

⁹⁸⁵ Emin sıfatıyla zilyetliğin kazanılması hakkında bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 235 vd.

⁹⁸⁶ **BK – Stark/Lindenmann**, Art. 933, ZGB, s. 313, kn. 7.

⁹⁸⁷ Bkz. BGE 27, II, 150, s. 159.

⁹⁸⁸ **Ünal/Başpınar**, s. 236.

⁹⁸⁹ **Özer**, s. 387. Yazar, burada sadece zilyetliğin devrine temel olan hukukî işlemin hile veya korkutmaya dayalı olarak gerçekleşmesinin yeterli olmadığını, zilyetliğin devrinin de bunların etkisinde gerçekleşmesinin gerektiğini belirtmektedir.

⁹⁹⁰ Devir işleminin irade sakatlığı sebebiyle iptal edilmesi halinde malı elinde bulunduran kişinin zilyetliği aslen kazanacağı ve bu sebeple emin sıfatıyla zilyet sayılamayacağı, iyi niyetli üçüncü kişilerden dahi taşınır veya istihkak davası yoluyla malın iade alınabileceği hakkında bkz. **Özer**, s. 387.

⁹⁹¹ **Ünal/Başpınar**, s. 236.

⁹⁹² **Özer**, s. 387 vd.

katlanmasıyla iyi niyetli üçüncü kişinin iyi niyete dayalı kazanımının korunması arasında bir denge kurulmak istendiğinde, iyi niyetin ağır bastığının kabulü hakkaniyete daha uygundur⁹⁹³. Dolayısıyla, malikin hataya düşerek zilyetliği devretmesi ve devralanın da malı üçüncü kişiye satması gibi bir durumda TMK m. 988 hükmünün uygulanamayacağının kabulü gerekir. Hile veya korkutmaya dayalı olarak zilyetliğin devredilmesi halinde ise malikin korunması ve taşınır veya istihkak davası açma imkânının ona tanınması uygun düşer. Yine de bir başka görüş⁹⁹⁴, irade sakatlığının kimden kaynaklandığının bir önem arz etmediğini öne sürmektedir. Buna göre ister hata ister hile veya ikrah olsun, zilyetliği irade sakatlığına dayalı olarak devralan doğrudan zilyedin malı üçüncü kişiye satması halinde üçüncü kişinin TMK m. 988 kapsamında korunmaması ve malikin iade için dava açabilmesi gerekir.

4.2.2. Geri Verme

Haksız zilyedin, malın iadesi henüz malik tarafından talep edilmeden veya talep edilmekle birlikte dava açılmadan malı geri vermesi mümkündür. Böyle bir durumda istihkak talebi konusuz kalacağından, talep hakkı sona erer.

Her ne kadar haksız zilyet malı iade etmiş olsa da haksız zilyetlik sebebiyle bazı zararlar meydana gelmiş olabilir. Bunlar için istihkak talebinden ayrı olarak TMK m. 993-995 hükümleri kapsamında tazminat talebinde bulunmak icap eder. Bu konuya yukarıda⁹⁹⁵ ayrıntılı yer verildiğinden, burada tekrara girilmemiştir.

4.2.3. Devir, Kayıp, Tahrip veya Telef Olma

Haksız zilyet, istihkak talebinde bulunulan malı üçüncü kişiye devretmiş olabilir. Böyle bir durumda istihkak talebi, devreden haksız zilyet açısından sona erer. Ona karşı artık olsa olsa tazminat talebinde bulunulması düşünülebilir. Malik, malın zilyetliğinin kime devredildiğini biliyorsa, artık istihkak iddiası ona yöneltilebilir. Zira istihkak iddiasının muhatabı haksız doğrudan zilyettir. Bununla birlikte, malı devralan üçüncü kişinin iyi niyet durumunu ve devreden haksız zilyedin emin sıfatıyla zilyet olup olmadığını da göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Zira TMK m. 988'e göre bir malı emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle devralan kimsenin bu edinimi korunmaktadır. Diğer bir deyişle, böyle bir durumda mülkiyet hakkı devralana geçer. Dolayısıyla mülkiyet hakkını kaybeden (önceki) malikin, yeni malike karşı istihkak iddiasında bulunması mümkün değildir. Yine, taşınır malı devraldığı kişi emin sıfatıyla zilyet olmasa bile iyi niyetle devralan, TMK m. 777'ye göre beş yıl boyunca mala zilyet olduktan sonra mülkiyet hakkını

⁹⁹³ Benzer görüş için bkz. Ünal/Başpınar, s. 236.

⁹⁹⁴ Görüş ve buna yönelik eleştiriler için bkz. Özer, s. 388.

⁹⁹⁵ Bkz. 4.1.1. (Haksız Zilyedin İade Yükümlülüğü).

kazanır. Böyle bir durumda da bu kişiye karşı istihkak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmaktadır⁹⁹⁶.

İstihkak talebine konu edilmek istenen malın kaybolması halinde de talep hakkı ortadan kalkar. Zira istihkak talebi, sadece haksız zilyetliğe konu edilen mal bakımından öne sürülebilir⁹⁹⁷. Kaybolan malın tekrar bulunması halinde ise istihkak talep hakkı yeniden doğar. Bulunma, bizzat haksız zilyet tarafından söz konusu olabileceği gibi üçüncü kişiler tarafından da gerçekleşebilir. Malın üçüncü kişi tarafından bulunması halinde söz konusu olan iade yükümlülüğüne yukarıda iade kavramının kapsamı anlatılırken yer verildiğinden, burada ayrıntıya girilmemektedir⁹⁹⁸.

Malın haksız zilyedin zilyetliğindeyken tahrip olması, istihkak talebinin hüküm ve sonuçları bakımından bir fark yaratmamaktadır. Öyle ki her ne kadar tahrip de olsa mal mevcut olduğundan, bunun iadesi mümkündür. Tahrip olma sebebiyle meydana gelen zararların TMK m. 993-995'te düzenlenen haksız zilyetlikte tazmin yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Kanun koyucu, bazı durumlarda malın zarar görmesinden, yok olmasından veya çalınmasından doğan sorumluluğu sınırlandırmıştır. TBK m. 576/I'de *"otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar."* hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *"Bu sorumluluk, işletenlere veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, konaklayanlardan her biri için, günlük konaklama ücretinin üç katını aşamaz."* hükmüyle sorumluluğun kapsamı sınırlandırılmıştır. Bunun yanı sıra, garaj ve otopark işletenlerin sorumluluğunun (m. 579) da otel işleteninkiyle aynı nitelikte olduğu belirtilmektedir⁹⁹⁹. Dolayısıyla, malikin malını otel, garaj, otopark gibi bir yere emanet bırakmasının ardından mal kayıp, tahrip veya telef olursa, söz konusu işletmelerin sınırlı bir sorumluluğu söz konusudur. Bunun yanı sıra, motorlu taşıtı garaj ya da otoparka (veya malı otele) bırakan kişinin malik olmaması halinde de tazminat talep etmek mümkün olup, talep hakkı sadece

⁹⁹⁶ İstihkak talebinin beş yıllık sürenin sonunda öne sürülememesi hakkında bkz. 3.1.5.

⁹⁹⁷ Bkz. 2.1.3.2.2 ve 2.1.3.2.4.

⁹⁹⁸ Bkz. 2.1.3.

⁹⁹⁹ **Doğan**, Murat, *"Garaj veya Otopark İşletenin Sorumluluğu"*, MÜHFHAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, sa. 905-929, s. 911 vd.

bırakana aittir. Malikin mülkiyet hakkına dayanan talepleri ise genel hükümlere göre öne sürülür¹⁰⁰⁰.

Telef olma da kaybolmaya benzer bir durum olmakla beraber, malın telef olması halinde kaybolmanın aksine istihkak talebi kesin olarak sona erer. Zira telef olan malı tekrar var etmek mümkün değildir.

4.2.4. Dürüstlük Kuralı

Her ne kadar malikin istihkak talebinde bulunabilmesi için Türk Hukukunda bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olsa da bunun dürüstlük kuralıyla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı meselesinin ele alınması gerekmektedir. Öyle ki malik, malın haksız zilyette bulunduğunu bilmesine rağmen bunun iadesini istememiş ve zilyedin malı kullanmasına bilerek göz yummuş olabilir. Bu şekilde aradan yıllar geçtikten sonra malik, malın iadesini talep edebilir mi? Belirtmek gerekir ki eğer hak sahibi önceki davranışıyla hakkını kullanmayacağını açıklamış veya davranışından böyle bir sonuç çıkarılabiliyorsa, davranışıyla çelişecek şekilde hakkını kullanması halinde TMK m. 2/II'ye göre hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranmış olur¹⁰⁰¹.

Kanaatimizce burada el atmanın önlenmesi davasındaki süre sınırına benzer bir çözüm yolunun uygulanması icap eder. Yukarıda¹⁰⁰² el atmanın önlenmesi davası başlığının altında bahsedildiği üzere, dava hakkına başvurulmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği hallerde bu davayı açmak mümkün değildir. Mesela, malikin uzun süredir devam etmekte olan el atmaya karşı çıkmayıp da uzun bir zaman geçtikten sonra el atmanın önlenmesi davası açması dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilir. Kanaatimizce benzer bir yaklaşım, istihkak talebinin öne sürülmesi bakımından da söz konusu olmalıdır. Öğretide bu görüşü destekleyen yazarlar mevcuttur¹⁰⁰³. Alman hukukunda ise istihkak talebi otuz yıllık zamanaşımına tâbi tutulmuştur. Kanaatimizce istihkak talebini ve dolayısıyla mülkiyet hakkını sabit bir süreyle sınırlamak doğru değildir. Bununla birlikte, istihkak talebinin dürüstlük kuralı gereği öne sürülemeyeceği durumların, somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından belirlenmesi gerekir. Yine de bu husus dar yorumlanmalı, mülkiyet hakkının korunmasına yönelik irade ağır basmalıdır. Mesela, haksız zilyedin malı kullandığını, yıprattığını ve ürünlerinden yararlandığını bile bile uzun yıllar

¹⁰⁰⁰ Doğan, s. 916.

¹⁰⁰¹ Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 63.

¹⁰⁰² Bkz. 3.2.1.1.

¹⁰⁰³ Aynı yönde Nomer/Ergüne, s. 202. İsviçre Hukuku'nda istihkak iddiasının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği görüşü için bkz. BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, s. 554, kn. 129.

talepte bulunmayan malikin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı düşünülebilir. Eğer böyle bir durumda yine de malın iadesine karar verilecekse bile en azından kötü niyetli haksız zilyedin iade yükümlülüğünün, malikin kusuru oranında azaltılması yoluna gidilebilir. İsviçre Hukuku'nda da istihkak talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak öne sürülemeyeceği belirtilmektedir¹⁰⁰⁴.

Geçerliliği şekle tâbi olan taşınmaz satışında malikin, taşınmazı şekil şartına uymadan devredip bedeli tahsil ettikten sonra şekle aykırılığı öne sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmaktadır¹⁰⁰⁵. Nitekim bu husus, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararıyla desteklenmektedir. Karara göre, tarafların geçerli olmayan sözleşmeyle bağımsız bölüm satımında anlaşmalarının ardından alıcının tüm borçlarını ödemesi ve satıcının da taşınmazı teslim etmesine rağmen tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur. Buna bağlı olarak, hâkimin tescil davasını kabul edebileceği yönünde karar verilmiştir¹⁰⁰⁶. Buradan hareketle söylenebilir ki satıcı, her ne kadar taşınmazı tapuda devretmediği için hâlâ malik görünse de onun bu vasfının bir yaptırım gücü bulunmamaktadır. Bunun sebebi, karşı âkidin korunmaya değer güvenini destekleme gereğidir¹⁰⁰⁷. Fiilen yapılmış olan devri tapuda da gerçekleştirmek zorunda bulunan satıcı, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği için alıcıya istihkak davası açamaz.

4.2.5. Yenileme

TBK m. 133 ve 134'te yer verilen yenileme, bir borcun yerine yeni bir borcun geçerek eskisini sona erdirmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Yenilemeden söz edebilmek için, ortada geçerli bir borcun mevcut olması gerekir¹⁰⁰⁸. Bu borç, sözleşme ilişkilerinin yanı sıra; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya aile ya da miras hukukundan doğan bir borç da olabilir¹⁰⁰⁹. Dolayısıyla, malikin malı kaybettiği, çaldırdığı veya diğer irade dışı yollarla elinden çıkardığı durumlarda da yenilemeden söz etmek mümkündür. Malın zilyetliğini illaki bir sözleşme kapsamında devretmiş ve iade ânı geldiğinde malı geri alamamış olması gerekmez.

Yenileme, alacaklı ve borçlu arasında kurulması gereken bir yenileme sözleşmesiyle gerçekleşir. Bu sözleşmeyle taraflar, eski borcun yerine yenisinin geçmesi yönündeki iradelerini

¹⁰⁰⁴ Bkz. **BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641**, s. 559, kn. 142.

¹⁰⁰⁵ **Akyol**, s. 66, 80 vd.

¹⁰⁰⁶ YİBBGK, T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (Lexpera).

¹⁰⁰⁷ **Akyol**, s. 80.

¹⁰⁰⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1430; **Akıncı**, s. 399; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 322 vd; **Önay**, Işık, Yenileme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 77 vd.

¹⁰⁰⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1430; **Önay**, s. 77.

ortaya koyarlar. Burada eski borcun ortadan kalkması, yeni borcun sebebini oluşturmaktadır¹⁰¹⁰. Dolayısıyla, istihkak talebine sebep olan haksız zilyetlik sözleşme dışı bir yolla gerçekleşmişse, ortada geçerli bir sözleşme bulunmadığı için yenilemeden söz edilemez. Malın zilyetliğinin bir sözleşme kapsamında devredilmiş olması halinde ise malikle haksız zilyet arasında yenileme gerçekleşebilmektedir. Yenilemenin ardından malikin istihkak talebinde bulunabilmesi için, sözleşmenin türüne bakmak gerekir. Eğer yenilenen sözleşme malın bir süreliğine kiraya verilmesine yönelikse, sürenin sona ermesi veya fesih gibi durumlarda malın istihkak talebine konu edilmesi mümkündür¹⁰¹¹. Yenilenen sözleşmeyle malın mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi halinde ise temerrüt gibi bir sebeple devreden sözleşmeden dönmesi halinde istihkak talebi öne sürülemez. Bunun sebebi, (yeni dönme görüşüne göre) sözleşmenin henüz ortadan kalkmayıp tasfiye ilişkisine girmiş olmasıdır. Malın teslimi veya tapuda tesciliyle birlikte devralana geçen mülkiyet hakkı, aynî etkisizlik kuralı gereğince sebebin geçersiz hale gelmesiyle kendiliğinden devredene dönmez. Burada sadece devreden, mülkiyetin iadesine yönelik bir alacak hakkı doğar¹⁰¹². Dolayısıyla, sözleşmenin anî veya sürekli edimli olması, yenilemenin ardından istihkak talebinin öne sürülebilmesi açısından önem arz eder.

İleride başka bir iadenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, malın aynen iadesinden vazgeçilip tazminat mı talep edileceği, TMK m. 993-995 kapsamında haksız zilyetlikten doğan tazmin yükümlülüğünün akıbetinin ne olacağı gibi hususlara yenilenen sözleşmede karar verilebilir. Bununla birlikte, eski borcu sona erdirmek maksadıyla yeni bir borç kurulduğundan yenileme sözleşmesinin konusunun, aynı malın aynı şartlar altında iadesi üzerine olmaması gerekir. Aksi takdirde yenilemeden değil; borç ikrarından veya sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesinden söz edilir¹⁰¹³.

Müteselsil borç ve alacakların yenilenmesi mümkün olmakla birlikte, müteselsil borçlu veya alacaklılardan sadece biri veya bir kısmıyla yapılan yenilemenin diğer alacaklı ve borçlular bakımından etkili olup olmayacağı tartışmalıdır¹⁰¹⁴. Bu durumu istihkak talebi açısından değerlendirecek olursak, birlikte mülkiyete konu olan bir malın haksız zilyet tarafından alıkonulması veya bir malın birden fazla haksız zilyet tarafından alıkonulması ihtimalleri akla

¹⁰¹⁰ Doğan/Şahan/Atamulu, s. 322; Önay, s. 66.

¹⁰¹¹ Bkz. §3.2.1.5.2 (Fesih). Belirtmek gerekir ki kira gibi sürekli borç ilişkileri açısından yenileme kavramı farklı bir anlam ifade etmektedir. Burada amaç, sözleşmenin aynı şartlar dâhilinde bir süre daha devam etmesini sağlamaktır. Bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 350.

¹⁰¹² Bu hususa yukarıda ayrıntılı yer verilmiştir. Bkz. 3.2.1.5.1 (Dönme).

¹⁰¹³ Eren, Borçlar Genel, s. 1431.

¹⁰¹⁴ Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1432.

gelmektedir. Yukarıda istihkak davasının davacısı başlığı¹⁰¹⁵ altında birlikte mülkiyette iade talepleri açıklanırken değinildiği üzere, paydaşların birbirleri adına veya birbirlerine karşı istihkak talebinde bulunmaları mümkündür. Eğer bölünemeyen ortak menfaatleri korumak adına paydaşlardan birinin aldığı yetkiye dayanarak tüm paydaşlar adına hareket etmesi söz konusuysa, bu paydaşın yenileme yoluna gitmesi düşünülebilir. Alacaklı açısından tasarruf yetkisinin varlığı şartı olduğundan¹⁰¹⁶, paydaşın sadece kendi menfaatini korumaya yönelik hareket ettiğinin anlaşıldığı durumlarda ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Burada diğer paydaşların menfaatinin korunabilmesi bakımından sözleşmenin tasarruf yetkisinin eksikliği sebebiyle geçersiz kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İstihkak talebi süreyle sınırlı olmasa da yenileme, bir sözleşme olması sebebiyle on yıllık zamanaşımına tâbidir. Dolayısıyla yenileme yoluna gidildiğinde malik, malın iadesi için süresiz olarak sahip olduğu istihkak talebinde bulunma hakkından vazgeçmekte ve kendisini on yıllık zamanaşımına tâbi olan bir alacakla sınırlamaktadır¹⁰¹⁷.

4.2.6. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi meselesine TBK m. 135'te yer verilmektedir. Buna göre alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Bu durum, genellikle mirasın geçmesi veya bir işletmenin başka bir işletmeyle birleşmesi gibi ihtimallerde gerçekleşmektedir. Bu gibi durumlarda malvarlığı aktif ve pasifleriyle birlikte külliye diğer tarafa geçtiğinden, devralan kişi kendi kendisinin alacaklısı ve borçlusu haline gelmekte ve borç ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkmaktadır¹⁰¹⁸. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle istihkak talep edebilme hakkının ortadan kalkabilmesi için, birleşmenin gerçekleştiği anda malın haksız zilyedin hâkimiyet alanında olması icap eder. Diğer bir deyişle, birleşme haksız zilyedin lehine gerçekleşmekte ve mülkiyet hakkı birleşme sayesinde ona geçmektedir.

TBK m. 135/1'in ikinci cümlesinde, "... üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez." hükmüne yer verilmiştir. Bu ifade, birlikte mülkiyet halinde ne olacağı meselesini akla getirmektedir. Nitekim yukarıda¹⁰¹⁹ açıklandığı gibi, üzerinde birlikte mülkiyet tesis edilen bir malın istihkak talebine konu edilmesi mümkündür. Bu durumda istihkak talebi, paydaşlardan en az biri veya hepsi tarafından, paydaş olmayan haksız zilyede karşı ileri

¹⁰¹⁵ Bkz. 3.1.3.1.

¹⁰¹⁶ Aydos, s. 164.

¹⁰¹⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1434.

¹⁰¹⁸ Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi hakkında bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1434 vd; Hatemi/Gökyayla, s. 354; Akıncı, s. 400; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 320.

¹⁰¹⁹ Bkz. 3.1.3.1.

sürülebileceği gibi; paydaşların birbirlerine karşı istihkak talebinde bulunmaları da mümkündür. Benzer bir durum elbirliği mülkiyeti için de geçerlidir. Dolayısıyla, alacaklı ve borçlu sıfatlarının paydaşlardan bir tanesinde birleşmesi halinde istihkak talebi sona ermeyebilir. Zira diğer paydaşların mal üzerindeki istihkak iddiaları devam etmektedir. Özellikle bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması amacının güdüldüğü hallerde bu durum daha fazla öne çıkmaktadır. Nitekim, öğretide birleşmeden söz edebilmek için borç ve alacağın aynı malvarlığına dâhil olmasının ve alacağın tamamının geçmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰²⁰. Birlikte mülkiyet halinde bu durum sadece kısmen gerçekleşmektedir.

Birleşme halinde asıl alacağın yanı sıra yan haklar da sona erer. Bununla birlikte, bağımsız bir alacak niteliği kazanan veya üçüncü kişiye ait olan alacaklar sona ermemektedir¹⁰²¹. Dolayısıyla, iadesi talep edilen malın tahrip edilmiş veya (kötü niyet halinde) ürünlerin ihmal edilmiş olması halinde, alacağın bağımsızlaşmamış ve üçüncü kişi tarafından talep edilebilir hale gelmemiş olması kaydıyla bunlara ilişkin talepte bulunmak mümkün değildir.

TBK m. 135/II'de birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması halinde borcun varlığını sürdüreceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, birleşmenin etkisi kesin bir sona erme şeklinde tezahür etmemektedir. Mesela, alacaklının (malikin) mirasçısı olan borçlunun (haksız zilyedin) mirası reddetmesinde hal böyledir. Benzer şekilde, alacağın devrinin bozucu şarta bağlı olarak yapılması ve şartın gerçekleşmesi halinde devir; hüküm ve sonuçlarını kaybetmektedir. Bununla birlikte, birleşmenin henüz ortadan kalkmadığı sırada malın üçüncü kişiye devredilmesi halinde, bunun talep edilmesi mümkün değildir¹⁰²².

4.2.7. Dönme

Borcu (iade yükümlülüğünü) sona erdiren sebeplerden bir tanesi olması sebebiyle dönme başlığına yer verilmiş olmakla beraber, yukarıda sözleşmeden doğan iade davası başlığının¹⁰²³ altında bu mesele ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu sebeple burada tekrara girmiyoruz.

4.2.8. Ismarlanmayan Malın Gönderilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 7'nci maddesinde *"ismarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir."* ifadesine yer

¹⁰²⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1435.

¹⁰²¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1435.

¹⁰²² Eren, Borçlar Genel, s. 1436.

¹⁰²³ Bkz. 3.2.1.5.1.

verilmiştir¹⁰²⁴. Görüldüğü üzere ısmarlanmadığı halde kendisine mal gönderilen¹⁰²⁵ kişi (zilyet¹⁰²⁶), bunu saklamakla yükümlü tutulmamaktadır. Buradan, malın zarara uğraması, yok olması, ürünlerin toplanmasının ihmal edilmesi gibi durumlardan zilyedin sorumlu tutulmadığı anlaşılmaktadır. Hatta zilyet, malı iadeyle dahi yükümlü değildir. Dolayısıyla, sadece bu maddenin lafzı gözetildiğinde gönderenin de istihkak talebinde bulunamayacağı¹⁰²⁷ izlenimine ulaşılmaktadır¹⁰²⁸.

Her ne kadar TBK m. 7'de ısmarlanmayan edimi teslim alanın iade ve saklamayla yükümlü olmadığı düzenlenmiş olsa da burada bir hususu ayırt etmek gerekmektedir. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme getirmiş olmasının sebebi, satıcının alıcılar üzerinde kabul veya ret beyanında bulunma hususunda baskı kurmasını önlemek ve ısmarlanmadığı halde kendisine edim gönderilen kişiyi iade masraf ve zahmetinden kurtarmak olmalıdır¹⁰²⁹. Öte yandan, bir malın yanlışlıkla gönderilmiş olması da mümkündür. Mesela gönderenin veya postanenin bir hatası sonucunda mal, asıl gönderilmek istenen kişiden başka birine ulaştırılmış olabilir. Bunun yanı sıra, daha önce kurulmuş olan bir sözleşmenin hâlâ mevcut olduğuna inanarak veya ortada bir sözleşme olmasa bile gönderilen kişinin bir siparişte bulunduğu zannedilerek malın gönderilmesi de ihtimal

¹⁰²⁴ Benzer bir hükme de TKHK m. 7'de yer verilmiştir. Buna göre, "*Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.*".

¹⁰²⁵ Öğretide ısmarlanmayan mal gönderiminin icaba davet sayılacağı, icaba davet bile sayılmayacağı ve böyle bir düzenlemeye gerek dahi olmadığı gibi görüşler mevcuttur. Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şeker**, Muzaffer, "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2013/2, S. 24, ss. 81-98, s. 93 vd.

¹⁰²⁶ Malı teslim alanın zilyet sıfatını haiz olup olmadığı hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüş, teslim alanın zilyetlik iradesinin bulunmayışı sebebiyle zilyetlik unsurlarının eksik olduğunu ve zilyet sayılamayacağını savunmaktadır. Diğer görüş ise kişinin, hâkimiyet alanı üzerinde genel bir zilyetlik iradesinin mevcut olduğunu ve bu yüzden zilyet kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Bkz. **Özlük**, Betül, İsmarlanmamış Edim, Ankara 2018, s. 70.

¹⁰²⁷ Öğretide "zarara kendi rızasıyla girene acınmaz" kuralı gereği gönderenin gönderdiği malın tüm rizikolarına katlanması gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. **Şeker**, s. 94.

¹⁰²⁸ Bir işletmenin tüketiciye ısmarlanmadığı malı göndermesi halinde istihkak talebinin söz konusu olmayacağı hakkında bkz. **Staudinger/Thole**, §985, s. 82, kn. 273.

¹⁰²⁹ Saldırgan ticarî faaliyetler kapsamında "zorlama" ve "dayatma" kavramları için bkz. **Özlük**, s. 84 vd.

dâhilindedir¹⁰³⁰. Bu tür durumlar, TBK m. 7 kapsamının dışında değerlendirilmektedir¹⁰³¹. Öğretide ısmarlanmayan malın yanlışlıkla gönderilmesi halinde dürüstlük kuralı gereği gönderene haber verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰³². Bunun yanı sıra, malı teslim alanın iade yükümlülüğünün, ancak yanlışlığı fark etmesi veya fark etmesinin kendisinden beklenebilmesi halinde söz konusu olacağını da belirtmek gerekir¹⁰³³. Gönderimin bilinçli olmadığını ispata yarayacak bir fatura veya sipariş teyidinin mala iliştilmesi, gönderenin hataya düştüğü hususunda ipucu olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, gönderenin yine de teslimin yanlışlıkla gerçekleştiğini kesin olarak ispat etmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bunun sebebi, aksinin kabulü halinde girişimcilerin TBK m. 7 hükmünün etrafını dolanarak kendini kurtarmanın bir yolunu bulmalarının mümkün hale gelebilecek olmasıdır¹⁰³⁴.

Yanlışlığın fark edilmesi beklenen ânın, malın zilyede ulaştığı an olması gerektiği öne sürülmektedir¹⁰³⁵. Kanaatimizce, malı incelemek için zilyede dürüstlük kuralına uygun bir sürenin tanınması gerekir. Alıcının, malı teslim almaya dair açık bir iradesinin olduğu satış sözleşmesinde dahi (TBK m. 223 gereği) malın muayenesi ve ihbar külfeti için ona uygun bir süre tanınırken¹⁰³⁶; ısmarlamadığı malı teslim alan zilyet açısından böyle bir sürenin tanınmaması tezat teşkil eder.

Öğretide bir görüş, ısmarlamadığı malın kendisine yanlışlıkla gönderildiğini fark eden zilyedin bulunmuş mal (TMK m. 769-771) hükmüne göre hareket edebileceğini öne sürmektedir¹⁰³⁷. Öyle ki yanlışlıkla gönderilmiş olan bir mal da tesadüf sonucu zilyedin hâkimiyet alanına girmiş demektir. Dolayısıyla, bulunmuş mal hükümlerine uygun hareket ederek üzerine düşen yükümlülükleri yerine getiren kişinin kötü niyetli haksız zilyet olarak kabul edilmemesi gerekir. Hatta gönderen kişiye haber vererek malı iade eden zilyet, bunun için TMK m. 771/II kapsamında uygun bir ödül isteyebilir. İlân ve bildirme yükümlüklerinin üzerinden beş yıl geçmesine rağmen malın sahibinin ortaya çıkmaması halinde ise mülkiyet hakkı zilyede geçer. Yine de buluntu hükümlerinin uygulanmasına temkinli yaklaşılması gerektiği belirtilmektedir.

¹⁰³⁰ İlk durum yanlış gönderme, ikinci durum ise yanlış sipariş olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Özlük**, s. 78.

¹⁰³¹ Avrupa Birliği düzenlemelerinde de sadece bilinçli olarak gönderilen mallar ısmarlanmamış edim kapsamında kabul edilmektedir. Bkz. **Özlük**, s. 79.

¹⁰³² **Eren**, Borçlar Genel, s. 296.

¹⁰³³ Mesela, bir yayınevinin Arnold Koller adlı birine göndermek istediği kitabın, yanlışlıkla aynı alanda çalışan Alfred Koller'e ulaşması halinde yanlışlığın gözden kaçması doğal kabul edilebilir. Buna karşılık, erkek alıcıya kadın kol saati gönderilmesi halinde saati alanın bu hatayı açıkça fark edebilmesi beklenir. Bkz. **Özlük**, s. 80 vd.

¹⁰³⁴ **Özlük**, s. 81.

¹⁰³⁵ **Özlük**, s. 82.

¹⁰³⁶ Bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 168 vd.

¹⁰³⁷ **Özlük**, s. 89 vd.

Buna göre malın yanlışlıkla gönderilmesi halinde önce taraflar arasındaki menfaat benzerliğinin¹⁰³⁸, sonra da buluntu hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlayan bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir¹⁰³⁹.

İsmaılanmayan malın gönderilmesi halinde gönderen malikin istihkak talebinde bulunup bulunamayacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, diğer talepler gibi istihkak talebi de ortadan kalkmaktadır. Bir diğer görüş, ismaılanmayan mala ilişkin kanun hükmünün gönderen açısından sınırlandırdığı taleplere istihkak talebinin dâhil edilmemesi gerektiğini öne sürmektedir. Bunun sebebi, bir yandan malı teslim alan zilyedin zilyetliği haklı görülürken diğer yandan malikin mülkiyet hakkının devam etmesinin tezat teşkil etmesidir. Dolayısıyla, ismaılanmayan mala ilişkin kanun hükmü amaçsal sınırlama ile yorumlanmalı ve istihkak talebinin devam edeceği sonucu çıkarılmalıdır¹⁰⁴⁰.

Malik, malını ismaılanmadığı halde bir başkasına yanlışlıkla gönderdiği takdirde malik olma iradesini korumakla birlikte, mesele TBK m. 7 özelinde ele alındığında buna ilişkin talep hakkını kaybetmiş demektir. Diğer bir deyişle, yukarıda¹⁰⁴¹ istihkak talebinin devri meselesi açıklanırken bahsedilen istihkak talebinin mülkiyet hakkından ayrılamaması kuralı delinmiş gibi görünmektedir. Buna karşılık, malı teslim alan malik olmamasına ve bu durumu bilmesine rağmen malı kullanma ve hatta yok etme hakkına sahip olmaktadır. Bu durum, malik açısından malın ekonomik anlamda kaybolması sonucuna yol açmaktadır¹⁰⁴². Söz konusu sonuçlardan ötürü, benzer şartlar altındaki Alman Hukuku öğretisinde, ismaılanmamış mala ilişkin kanun hükmünün (BGB §241a) dogmatik açıdan hatalı olduğu öne sürülmektedir¹⁰⁴³. Türk Hukuku'nda da TBK m. 7'nin lafzından ne mülkiyet hakkının malı teslim alana geçtiği ne de gönderen malikin istihkak talebinde bulunma hakkının ortadan kalktığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Tüketiciler açısından ise TKHK m. 7'de yer verilen "*Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez.*" düzenlemesi tüm talep haklarının tüketicilere karşı ortadan kalktığı izlenimi uyandırmaktadır. Bununla birlikte, tıpkı Alman Hukuku'nda ifade edildiği gibi kanun hükmünün amaçsal yorumlanmasıyla istihkak talebinin diğer taleplerden hariç tutulup tutulamayacağı sorusu akla gelmektedir.

¹⁰³⁸ Taraflar arasındaki menfaat durumu benzerliği hakkında bkz. **Özlük**, s. 91 vd.

¹⁰³⁹ **Özlük**, s. 90 vd.

¹⁰⁴⁰ **Özlük**, s. 235 vd.

¹⁰⁴¹ Bkz. 2.1.5.

¹⁰⁴² **Özlük**, s. 238.

¹⁰⁴³ Bkz. **Özlük**, s. 238.

Kanaatimizce TBK m. 7'deki ısmarlanmamış mal hükmüyle istihkak talebinin çatışması meselesi çözümlenirken, gönderen tarafın bir ticarî işletme olup olmadığı göz önünde bulundurulabilir. Gönderenin ticarî işletme olması halinde basiretli davranma yükümlülüğü gereği malı gönderirken kendisinden beklenen en yüksek özeni göstermesi gerekir. Buna rağmen malı yanlış göndermişse sorumluluğu onun üstlenmesi daha uygun düşer. Bununla birlikte söz konusu sorumluluk, mal üzerindeki iade hakkından tamamen vazgeçmek olarak anlaşılmak zorunda değildir. Gönderen taraf ticarî işletme ve teslim alan tüketici olsa bile, gönderenin durumu fark edip tüketiciye derhal haber vererek malı kendisi gelip iade alacağını (masraflara kendisi katlanacağını) söylemesi halinde tüketici, dürüstlük kuralına uygun davranarak malı saklamalı ve korumalıdır. Zira yukarıda da değinildiği üzere, TBK m. 7 hükmünün anlamı tüketiciyi gereksiz iade masraf ve zahmetinden kurtarmak ve satıcıların saldırgan satış faaliyetlerinin önüne geçmektir. Malı teslim alanın zenginleşmesini sağlamak değildir. Gönderenin derhal gelip malı bizzat alacağını ve diğer tarafı masrafa sokmayacağını söylemesi halinde zilyet açısından iadeye ilişkin bir zahmet veya masraf doğmamaktadır. O halde kanunun ruhu göz önünde bulundurularak buna uygun davranılması hakkaniyetin bir gereğidir.

Yanlış gönderimin taşıyıcı şirketten kaynaklanması halinde oluşan zararın bu şirketten talep edilmesi gerekir. Eğer ısmarlamadığı malı teslim alan taraf da ticarî işletmeyse, taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilmelidir. Teslim alan, gönderimin hatalı olduğunu bilmesi kendisinden beklenebilecek olmasına ve malı saklamak için uygun alanının bulunmasına rağmen göndereni zarara uğratmışsa bundan sorumlu olmalıdır. Gönderilen malın yer kaplaması ve teslim alanın işletmesinde bunu saklayacak uygun alanının bulunmaması halinde ise saklama yükümlülüğünün bulunmadığını iddia ve ispat edebilmelidir. Mesela tam zamanında üretim yapan işletmelerde durum böyledir. Üretici işletme, seri üretim yapabilmek ve saklama masraflarını neredeyse sıfıra indirebilmek için depo kullanmamakta, üretim için gereken parçaları tam zamanında tedarik sözleşmeleriyle tedarik ederek istediği gün ve saatte temin etmektedir. Bu sözleşmelerde erken ifa dahi kabul edilmez. Dolayısıyla, mesela bu usulde çalışan bir firmanın kendisine yanlışlıkla gönderilen bir kamyon dolusu otomobil frenini saklamayı reddetmesi oldukça doğal karşılanabilir¹⁰⁴⁴.

Gönderenin ticarî işletme olmaması halinde gönderim, zilyetliğin herhangi bir irade dışı yolla elden çıkmasında olduğu gibi değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle, malikin malın

¹⁰⁴⁴ Tam zamanında üretim sistemi ve tam zamanında tedarik sözleşmelerindeki ifa şekilleri hakkında bilgi için bkz. **Akıncı**, H. B., s. 23 vd, 76 vd; **Korkmaz**, Yakup, Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi, Ankara 2011, s. 68 vd, 179 vd.

zilyetliğini kaybediş şeklinin taşıma yoluyla veya zilyet yardımcısının hırsızlığı sonucu olmasının arasında sonuçları bakımından bir fark bulunmamalıdır. Zilyetliğin irade dışı kaybının sırf taşıma yoluyla gerçekleşmesi sebebiyle malikin mülkiyet hakkını savunamayacağının kabulü izah edilemez. Öte yandan, ısmarlanmayan malı teslim alanın, gönderenin bir işletme olmadığını anlamasının kendisinden beklenebilir olması gerekir. Sonuç olarak, somut olaya göre tüm bu hususlar ele alınarak hâkim tarafından tespit edilmeli ve ısmarlanmayan edim (TBK m. 7) ile istihkak talebi (TMK m. 683) ve dolayısıyla haksız zilyetlikte iade hükümleri (TMK m. 993-995) arasındaki ihtilaf buna göre çözüme kavuşturulmalıdır. Hukuk dogmatikliği açısından karışıklığa sebep olan TBK m. 7 hükmünün de kanun koyucu tarafından yeniden ele alınarak, açıklanan sorunları giderecek bir hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.



SONUÇ

Malikin malını haksız zilyetten teslim almasına yarayan istihkak meselesine Türk Medenî Kanunu'nun m. 683/II hükmünde bir dava türü şeklinde yer verilmiştir. Bununla beraber, çalışmamızda meseleye daha geniş bir açıdan bakılmış ve hem dava hem de genel anlamda istihkak talebi birlikte değerlendirilmiştir. Bunun sebebi, istihkak talebinde bulunabilmek için malikin mutlaka dava açmasının gerekmemesidir. İstihkak talep etme hakkı, mülkiyet hakkından bağımsız olamaz. Mülkiyet hakkı var oldukça istihkak talebi de onunla varlığını sürdürmeye devam eder. Birinin ortadan kalkmasıyla birlikte diğeri de ortadan kalkar. İstihkak talebinin bir “*davadan*” daha geniş anlam ifade eden bu soyut yönü, konuya ilişkin kavramları buna uygun olacak şekilde seçmeye bizi yöneltmiştir. Çatı kavram olarak belirlenen “*istihkak müessesesi*” adı altında istihkak davasının yanı sıra bundan bağımsız olarak varlığını sürdüren “*istihkak talebi*” ele alınmıştır. Sadece davayı ilgilendiren hususlara ise ayrı bir bölümde özel olarak yer verilmiştir.

İstihkak; kelime kökeni olarak “*hakkı olma*”, “*hak ediş*” anlamlarını taşıyan ve hukuk dilinde de mülkiyet hakkına dayalı iadeyi ilgilendiren bir kavramdır. Bununla birlikte, mülkiyet hakkını ilgilendiren her iade talebinin istihkak müessesesi kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir. Nişanın bozulmasından sonra hediyelerin iadesi, eser sahibinin fikir ve sanat eserlerini iadesi, yapı malzemesinin iadesi, arı oğlunun iadesi ve bunlar gibi muhtelif durumlara özel mevzuat hükümleri düzenlenmiştir. Bunlara ilişkin iade taleplerinin dayanağı TMK m. 683/II anlamındaki istihkak müessesesi değil, ilgili mevzuat hükümleridir.

İstihkak talebinin konusunu eşyalar oluşturur. Eşyadan söz edebilmek için ise maddenin belli bir fizikî varlığa sahip ve hâkimiyet altına alınabiliyor olması gerekir. Öğretide bir görüş, istihkak davasının taşınır mallar için açılmayacağını; bir başka görüş ise taşınmaz mallar için açılmayacağını öne sürmektedir. Bizim katıldığımız görüşe göre ise her ikisi için de istihkak davası açmak mümkündür. Paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti için de istihkak talebinde bulunulabilir. Ayrıca, sınırlı aynî haklara ilişkin istihkak talebinde bulunmanın mümkün olduğu da kabul edilmektedir.

Bütünleyici parça üzerinde asıl maldan bağımsız bir mülkiyet hakkı kurulmadığı için buna yönelik istihkak talebinde bulunulamaz. Bunun asıl maldan bağımsızlaşması halinde ise ayrı bir mülkiyet hakkı kurulabildiği için talepte bulunmak mümkündür. Eklenti için de istihkak talebinde bulunmak mümkündür. Öte yandan, eklenti için mülkiyet hakkının ispatı bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, asıl malın malikine yönelik mülkiyet karinesi olduğunu öne

sürerken diğer görüş ise mülkiyet iddiasının ayrıca incelenmesi gerektiğini savunmaktadır. Biz ikinci görüşe katılıyoruz. Bunun sebebi, eklentiyle asıl eşya arasındaki bağın, bütünleyici parçayla asıl eşyadaki kadar sıkı olmamasıdır. Eklentinin asıl eşyadan ayrılması çok daha kolay olduğundan, mülkiyet hakkının tespiti de ayrıca ele alınmalıdır.

Paranın istihkak talebine konu edilebilmesi için, ayırt edilebilir halde bulunması gerekir. Başka paralarla karışan para ise karışma yoluyla mülkiyete geçeceği için istihkak talebine konu olmaz. Bu durumda sebepsiz zenginleşme davası açmak icap eder.

Dijital veriler, kanaatimizce istihkak talebine konu edilemez. Çünkü katıldığımız görüşe göre dijital verilerin tek başına eşya olarak nitelendirilmemesi gerekir. Öte yandan, dijital verinin haricî bellek gibi fizikî varlığa sahip bir eşyanın içinde depolanması halinde buna yönelik istihkak talebinde bulunmak mümkündür. Bu durumda dijital veriyle haricî belleğin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir.

İstihkak talebinin unsurları; mülkiyet hakkının varlığı, malın başkasının doğrudan zilyetliğinde bulunması, malikin hâkimiyet alanının dışında olması ve talep konusunun eşya olması şeklindedir. Gerçi mala haksız zilyet olan kişi, sonradan malı üçüncü kişiye vererek dolaylı zilyet haline gelmişse bile ona karşı istihkak davası açmak mümkündür. Bunun bir sebebi, malın kimde olduğunun takibini yapmaktaki güçlüktür. Bir diğer sebep ise davalı haksız zilyedin malı başkasına vererek iade yükümlülüğünden kaçmasının önüne geçmektir. Malik, malı kendisinden alarak haksız zilyet haline geldiğini bildiği kişiye dava açarak, davanın o anki doğrudan zilyede ihbar edilmesini sağlar. Öte yandan malın iadesi sadece doğrudan zilyetten istenebilir.

Öğretide istihkak davasının açılabilmesi için malikin mala doğrudan zilyet olmaması unsurunun aranması gerektiği sıklıkla ifade edilse de biz bu ifadeyi tercih etmedik. Bunun sebebi, malikin o âna kadar malda hiç doğrudan zilyetlik kurmamış ve ileriye yönelik de böyle bir irade göstermiyor olması ihtimalidir. Mesela malik, haksız zilyette bulunan malını henüz iade almadan üçüncü kişiye satmak istemiş olabilir. Böyle bir durumda, malın alıcıdan önce malike teslim edilmesini şart koşturmak pratikte bir anlam ifade etmez. Hatta malikin, alıcıya karşı temerrüde düşmesine dahi sebep olabilir. O halde malik, haksız zilyedin malı doğrudan alıcıya teslim etmesini isteyebilmelidir. Bu ihtimal de göz önünde bulundurulduğunda, malikin doğrudan zilyetliği sağlamak amacıyla istihkak talebinde bulunduğu ifadesi anlamını yitirmektedir. Biz de bu sebeple istihkak talebinde bulunabilmek için aranan unsurlardan biri olarak “*malın, malikin hâkimiyet alanının dışında olması*” gerektiğini öne sürüyoruz.

Malın, malikin hâkimiyet alanının dışında olması unsuru, istihkak davası için öğretide yapılan klasik tanımın da dışına çıkmamıza sebep olmuştur. İstihkak davası, öğretide genellikle doğrudan zilyet olmayan malikin, malik olmayan haksız zilyede iade (ya da doğrudan zilyetliği sağlamak için) açtığı dava şeklinde tanımlanır. “Doğrudan zilyet olmayan malik” veya “doğrudan zilyetliği sağlamak için” gibi ifadelerin açıkladığımız gerekçelerden ötürü yetersiz kalabilmesi sebebiyle, daha kapsayıcı bir tanım yapma ihtiyacı doğmuştur. Ayrıca, malikin malda o âna kadar hiç zilyetlik kurmamış olması ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, “geri verme” anlamına gelen “iade” kelimesinden de -en azından tanım yaparken- kaçınmak gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu hususlar bir araya getirildiğinde, şöyle bir tanım yapmanın uygun olduğu kanaatini taşıyoruz:

"İstihkak; malikin, doğrudan zilyet olmadığı bir malının kendi hâkimiyet alanına girmesini sağlamak için haksız zilyede yönelttiği teslim talebidir."

İstihkak talebinde bulunabilmek için doğrudan zilyedin zilyetliğinin haksız olması gerektiği için, zilyetliğin hakka dayanmasına rağmen istihkak talebinde bulunulması durumu da ele alınmıştır. Burada malik-zilyet ilişkisine dair tespit edilmesi gereken iki unsur söz konusudur. Bunlardan ilki, malın zilyetliğini kendi iradesiyle devreden malikin, zilyede karşı girdiği sorumluluğun hukukî niteliğidir. Diğer unsur ise haklı zilyedin, kurduğu hukukî ilişki sebebiyle malikin istihkak talebine karşı koyma hakkının hukukî niteliğidir. Öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte, kanaatimizce burada malikin, zilyede karşı yapmama borcu altına girmesi söz konusudur. Yapmama borcundan kastedilen ise malikin, hukukî ilişki devam ettiği sürece malın iadesini talep etmeyeceğini taahhüt etmesidir. Haklı zilyedin, malikin istihkak talebine karşı koyma hakkının ise def’i niteliğinde olduğu görüşündeyiz. Öncelikle, malikin istihkak talebine haklı zilyedin karşı koyma hakkını itiraz olarak değerlendirmesinin, Alman Medenî Kanunu’nun ilgili hükümlerinin düzenleniş biçiminden kaynaklandığını belirtmek gerekir. Türk Medenî Kanunu’nda ise istihkak ve elatmanın önlenmesi davaları daha farklı bir tarzda ele alınmıştır. İtiraz müessesesinin varlığını akla getirecek bir ifade bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, def’i görüşünü çürütmek için öne sürülen argümanların da yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Def’i hakkının, sözleşme alacaklısı malikin istihkak talebine karşı zayıf kaldığı fikri anlamsızdır. Zira bu durum sadece istihkak talebine karşı çıkma def’i için değil tüm def’iler için geçerlidir. Mesela süresinde öne sürülmeyen tüm def’iler için hak sona erer. Eğer kanun koyucunun def’i hakkı sahibini alacaklıya karşı daha güçlü şekilde korumak gibi bir iradesi olsaydı, bunu tüm def’iler için uygulardı. Yine, malikin istihkak talebinde bulunma hakkını mülkiyetten ayıramaması sebebiyle onun zilyetlik yetkisini hâlâ “doğrudan zilyetlik” olarak görmeye çalışmak, bize göre zorlama bir

düşüncedir. Zira dolaylı zilyetliğin var oluş sebebi zaten bu çelişkiyi bertaraf etmeye yaramaktadır. O halde hem şahsî hak sahibinin sözleşmeden doğan doğrudan zilyetliği elinde bulundurma hakkını kullanırken hukuka uygun davranması hem de malikin mülkiyet hakkından doğan doğrudan zilyetlik yetkisinin hukuka uygun olması sebebiyle çelişki olduğu fikri anlamsız kalmaktadır. Burada artık sadece şahsî hak sahibinin doğrudan zilyetlik hakkı söz konusudur. Ortada bir çelişki olmadığından, haklı zilyetlik malike karşı def'i olarak ileri sürülebilir.

İstihkak müessesesine ilişkin olarak öne çıkan bir diğer husus ise istihkak talebinin borçlar hukukundan taleplerle çatışması meselesidir. Burada üçlü bir ilişki söz konusudur. Malı malikin elinden alan zilyet, daha sonra malı geçerli bir sözleşmeyle üçüncü kişiye devreder. Doğrudan zilyet haline gelen üçüncü kişinin, kendisinden malın iadesini talep eden sözleşme alacaklısı ile malikten hangisine malı teslim etmesi gerektiği tartışmaya konu olmuştur. Birinci görüşe göre sözleşme alacaklısının talep hakkı malikin mülkiyet hakkına üstün tutulmalıdır. Dolayısıyla, malı sözleşme alacaklısı yerine malike teslim eden doğrudan zilyet, sözleşme alacaklısına karşı sorumlu olur. Mülkiyet hakkının üstünlüğünü savunan ikinci görüş ise bunun tam tersini öne sürmektedir. Buna göre malı malike teslim etmek yerine sözleşme alacaklısına iade eden doğrudan zilyet, malike karşı sorumlu tutulmalıdır. Üçüncü görüş ise her iki talebin denkliğini savunmaktadır. Talepler birbirine karşı üstün olmadığından, doğrudan zilyedin teslim bakımından seçimlik hakkı bulunmaktadır. O, malı sözleşme alacaklısına veya malike iade ederek sorumluluktan kurtulur.

Kanaatimizce söz konusu görüşlerin hiçbirisi tamamıyla desteklenmeye uygun değildir. Burada yapılması gereken, meseleyi taleplerin öne sürülebilirlik ânına göre değerlendirmektir. Eğer sözleşme alacaklısının malike karşı haklı zilyetliği devam ediyorsa, zaten malikin teslim talebinde bulunma hakkı henüz doğmamış demektir. Sözleşme alacaklısının bu durumu doğrudan zilyede ispat etmesi halinde malı kendisinin iade alması gerekir. Doğrudan zilyedin, malike karşı sorumluluğu doğmaz. Sözleşme alacaklısının haklı zilyetlik süresi sona ermiş veya hiç oluşmamışsa bu durumda da malikin teslim talep etme hakkı öne çıkmaktadır. Zira sözleşme alacaklısının zaten mala zilyet olma hakkı bulunmamaktadır. Sırf sözleşme ilişkisinin geçerli olması sebebiyle doğrudan zilyedin malı sözleşme alacaklısına iade etmesi gerektiğini öne sürmek, pratikte bir anlam ifade etmez. Bu durum, zaman kaybından başka bir şey değildir ve malikin, mal üzerinde üçüncü kişilerle yaptığı tasarruflarla ilgili temerrüde düşmesine de sebep olabilir. Çünkü böyle bir ihtimalde öne doğrudan zilyedin malı sözleşme alacaklısına iade etmesi ve aslında zilyetlik hakkı bulunmayan sözleşme alacaklısının da malı derhal malike iade etmesi gerekir. Bu dolambaçlı yola başvurmak yerine sözleşme alacaklısının aradan çıkarılarak, malın doğrudan malike teslim edilmesi en doğru yoldur. Malikin ve sözleşme alacaklısının, talep haklarını

doğrudan zilyede ispat edememeleri ve zilyedin malı kime vereceğiyle ilgili şüpheye düşmesi halinde ise tevdi ederek sorumluluktan kurtulması gerekir.

İstihkak davası (mahkemede öne sürülen istihkak talebi), aynî nitelikte bir eda davasıdır. Hangi mallara ilişkin dava açıldığı dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmalıdır. Bu davanın amacı malın kime ait olduğunun tespiti olmayıp, gerektiğinde tespit davasıyla birlikte veya bundan sonra da açılabilir. Davacısı maliktir. Dolayısıyla paylı mülkiyette paydaşların ve elbirliği mülkiyetinde ortakların haksız zilyede istihkak davası açması mümkündür. Bölünemeyen ortak menfaatlerin varlığı halinde paydaş, sadece kendi payı için istihkak davası açamaz. Bu durumda birlikte hareket etmek gerekir. Öte yandan, paydaş veya ortaklardan birinin mala haksız olarak tek başına el koyması halinde, paydaş ve ortakların birbirlerine karşı istihkak davası açmaları da mümkündür. Davanın davalısı ise haksız zilyettir. Birden fazla haksız zilyedin bulunması halinde bir görüş, bunlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olacağını öne sürmektedir. Diğer görüş ise zorunlu dava arkadaşlığının sadece elbirliği halindeki zilyetlik için geçerli olup, paylı zilyetlik için bunun gerekmediğini savunmaktadır. Kanaatimizce burada paylı zilyetlik açısından bir ayırım yapmak gerekir. Eğer paylı zilyetlikte bölünmesi mümkün olmayan ortak menfaatler mevcutsa, paydaşların tamamına davanın yöneltilmesi gerekir. İstihkak davasının sonucundan diğer paydaşların etkilenmeyecek olması halinde ise buna gerek yoktur.

İstihkak davasında davacının ispat etmesi gereken ilk husus, mülkiyet hakkının varlığıdır. Bu ispat edilirken mülkiyet karinelerinden yararlanılabilir. Sınırlı aynî hak sahiplerinin de istihkak davası açması mümkündür. Bir diğer husus ise davalının mala haksız olarak zilyet olduğudur. Davalının mal üzerinde fiilî hâkimiyeti varsa zilyetlik karine kabul edilir. Öte yandan, zilyet yardımcılığı bunun için yeterli değildir. Davalının ispat etmesi beklenen husus ise zilyetliğinin haklı bir sebebe dayandığıdır. Davalının haklı zilyetliğini öne sürmesinin def'i niteliğinde olduğu kanaatini taşıdığımızı hatırlatmak gerekir.

İstihkak davası, Türk Hukuku'nda süreye tâbi değildir. Bu durum, mülkiyet hakkının mutlak olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Yine de bazı hallerde mülkiyet hakkının zamanaşımıyla sona ermesi ve buna bağlı olarak istihkak davasının açılmaması mümkündür. Mesela taşınırılar için TMK m. 777'deki beş yıllık ve taşınmazlar için TMK m. 712, 713'teki on ve yirmi yıllık zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla birlikte şartları sağlayan zilyet mülkiyet hakkını kazanacağı için, ona karşı istihkak davası açılmaz. Yine, istihkak davasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak açılmayacağı kanaatindeyiz. Öte yandan bu durum, somut olayın gerçekten gerektirdiği istisna durumlarla sınırlı tutulmalıdır.

Malik-zilyet ilişkisinde istihkak talebinin diğer ucunda haksız zilyedin iade yükümlülüğü bulunmaktadır. Burada malın aynen iadesinin yanı sıra tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir. Söz konusu sorumluluğa haksız zilyedin iyi niyet durumu da göz önünde bulundurulacak şekilde TMK m. 993-995 hükümlerinde yer verilmiştir. İyi niyetin varlığından söz etmek için zilyedin, zilyetliğinin haklılığına ilişkin mazur görülebilir bir hataya düşmüş olması gerekir. Gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen yine de zilyetliğinin haksız olduğunu anlayamayacak durumda olan zilyet, iyi niyetli kabul edilir. Öte yandan, özenli davranışın zilyetliğin her aşamasında eşit bir şekilde devam etmesinin zilyetten beklenmemesi gerektiği görüşünü taşıyoruz. Zilyetliğin kazanıldığı anda en yüksek özen gösterilmelidir. Daha sonra hayatın olağan akışına uygun olarak özen seviyesi azalabilir. Zilyetliğin haksızlığına dair şüphe uyandıracak olayların gelişmesi halinde ise özen seviyesinin tekrar artırılması gerekir. Bunun yanı sıra, bir görüşe gerekli özenin gösterilmemesine rağmen gösterilseydi bile sonucun değişmeyeceğinin anlaşılması halinde dahi iyi niyet ortadan kalkmalıdır. Biz bu görüşe katılmıyoruz. İyi niyetin varlığını tespit ederken sadece soyut bir değerlendirmeye bağlı kalmak, hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilir. Somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Mesela, ikinci el kitap satan bir sahaftan alınan kitabın kapağında başka birinin adının yazılmış olması halinde alıcının, bu kişinin mülkiyet hakkının devam edip etmediğini araştırması beklenemez. Çünkü kitapta başka birinin adının yazması olağan bir durumdur. Eğer bu kitap çalındıktan sonra sahaf tarafından alıcıya satılmışsa, ilk görüşe göre alıcı kapakta adı yazan kişiyi araştırmadığı için kötü niyetli sayılmalıdır. Böyle bir değerlendirmenin hakkaniyete uygun olmadığı açık olduğu düşüncesindeyiz. O halde özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde iyi niyet değerlendirmesi somut olayın özellikleri de göz önünde tutularak yapılmalıdır.

Ele alınması gereken bir diğer husus ise zilyede dava açılmasının iyi niyete etkisidir. Sadece dava açmış olmak, zilyedi kötü niyetli hale getirmez. Yargıtay da bu görüşü taşımaktadır. Alman Medenî Kanunu'nda ise bu hususta kanun hükmü olup, davanın açılmasından itibaren mala verilen zararlardan sorumlu olunacağı düzenlenmiştir (BGB §989). Bize göre her ne kadar dava açmak haksız zilyedi kötü niyetli hale getirmese de Alman Medenî Kanunu'yla benzer şekilde bir ağırlaştırılmış iyi niyet sorumluluğunun kabulü mümkün olmalıdır. Zira kimse davanın sonucunu baştan bilemez ve davayı kaybetme ihtimali her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Zilyedin, bu ihtimale göre malı koruması gerekir. Koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen zilyet, mala gelen zarardan sorumlu tutulmalıdır. Yine de hâkimin somut olayı da göz önünde bulundurması icap eder. Mesela sırf hoşlanmadığı biriyle uğraşmak için ona peş peşe davalar açan davacının, davalı tarafından ciddiye alınmaması doğal karşılanmalıdır.

İyi niyetli haksız zilyet, TMK m. 993 gereği elinde kalanları malike iade ederek sorumluluktan kurtulur. Elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden de bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bunların yanı sıra, haksız zilyedin de mal için yapmış olduğu bazı masrafları malikten istemesi mümkündür. Zorunlu ve faydalı masrafların tazminini isteyebilir. Masraflar ödenene kadar malı alıkoyabilir. Lüks masrafları ise isteyememekle birlikte, söküp alma hakkı bulunmaktadır. Tazminat miktarı ve yapılan masraflar birbiriyle mahsup edilebilir. İyi niyetli haksız zilyedin sebepsiz zenginleşmeye göre sorumlu olup olmayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, haksız zilyedin malı ivazlı veya ivazsız kazanmasına göre bir ayırım yapmak gerekir. İvazsız kazanan haksız zilyet, sebepsiz zenginleşmeye göre sorumlu olmalıdır. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanun koyucunun iyi niyetli haksız zilyedin kazanımlarını korumasındaki amaç, hukuk düzenine duyulan güveni teminat altına almaktır. Kendini malik zanneden kimse, malik gibi hareket edebilmelidir. Kişi malı ivazsız da kazanmış olsa, bu kazanıma güvenerek hukukî işlemde bulunmuş olabilir. Onun kazandığına inandığı hakkı sırf ivazsız diye elinden almak, kanun koyucunun iradesine aykırıdır. O halde zilyetliğin ivazlı veya ivazsız kazanılmış olmasına bakılmaksızın sebepsiz zenginleşme yoluna başvurma mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

Kötü niyetli haksız zilyet, TMK m. 995 gereği zilyetliği tesis ederken malın durumu ne idiye iadeyi de bu şekilde gerçekleştirmelidir. Bunun yanı sıra, elde ettiği ve etmeyi ihmal eylediği ürünleri de teslim veya tazmin etmekle yükümlüdür. Öte yandan, her halükârda gerçekleşecek olduğu anlaşılan zararlardan kötü niyetli haksız zilyet sorumlu tutulamaz. Eğer haksız zilyet malın başkasına ait olduğunu biliyor fakat kime iade etmesi gerektiğini bilmiyorsa, sadece mala kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur. Yapmış olduğu masraflardan ise sadece malik için de zorunlu olanları talep edebileceği düzenlenmiştir. Öğretide bir görüş, malikin malı tahrip ve yok etmek gibi hakları bulunduğundan, zorunlu masrafların da istenemeyeceğini öne sürmektedir. Bize göre burada malın kullanılış tarzına ve amacına bakarak bir ayırım yapmak gerekir. Malikin o masrafı her halükârda yapacağı anlaşılıyorsa, bu masrafın malikten talep edilmesi mümkün olmalıdır. Faydalı ve lüks masraflarla ilgili kanunda düzenleme olmamakla birlikte, bunların sökülüp alınabileceği kabul edilmelidir. Zorunlu masrafların ödenmemesi, kötü niyetli haksız zilyede alıkoyma hakkı tanımamalıdır. İadeden kaçınan haksız zilyet, devam eden zararlardan da sorumlu tutulmalıdır. İadeden sonra zorunlu masraflar hâlâ kendisine ödenmezse gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talepte bulunabilir.

Önem arz ettiğini düşündüğümüz bir diğer husus ise istihkak talebinin dava aşamasındayken boşa çıkacağının anlaşılması veya icra aşamasındayken boşa çıkması ihtimalidir. Eğer bu ihtimal çözüme kavuşturulmazsa, istihkak müessesesi somut olaya göre anlamını

yitirebilir. Çünkü taşınır malların kaybedilmesi veya saklanması oldukça kolaydır. Davayı kaybedeceğini anlayan haksız zilyedin malı saklaması, başka birine gizlice devretmesi veya imha etmesi pekâlâ ihtimal dâhilindedir. Aynı durum icra aşamasına geçildikten sonra da söz konusu olabilir. Mal bulunamadığı için haciz işlemi sonuçsuz kalabilir. Eğer malın dava aşamasındayken kaybedildiği anlaşılmışsa, ıslaha gerek olmaksızın dava talebinin değiştirilerek TMK m. 993-995 hükümlerine göre davaya malın değeri üzerinden devam edilebilir. İcra aşamasındayken malın kaybedilmesi halinde ise İİK m. 24'e göre yine malın ilâmda yazılı değeri üzerinden para alacağı olarak hacze devam edilmesi mümkündür. İlâmda değer belirtilmemiş olması halinde ise malın değeri bilirkişi yardımıyla takdir edilir.

Haksız zilyetliğe üçüncü kişilerin etki etmesi halinde, haksız fiil hükümlerine göre sorumlulukları söz konusu olur. Dolayısıyla malın iadesinin bu kişilerden talep edilmesi mümkün olmayıp, oluşan zarara göre tazminat talep edilebilir.

İstihkak müessesesiyle ilgili akla gelen bir diğer soru, ısmarlanmayan malın gönderilmesine ilişkindir. TBK m. 7'de buna ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Buna göre ısmarlamadığı malı alan kişi, bunu geri göndermekle veya saklamakla yükümlü değildir. Bu hükme göre, ısmarlamadığı malı teslim alan kişiye karşı istihkak talebinde bulunulamayacakmış gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysaki bu hükmün getirilmesindeki amaç; zorlama ve dayatma gibi saldırgan ticarî faaliyetlerin önüne geçmektir. O halde öncelikle gönderen kişinin ticarî faaliyet içerisinde bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Eğer ticarî faaliyet söz konusu değilse, malı yanlışlıkla gönderen kişinin mülkiyet hakkı devam ediyor demektir ve iade talep etmesi mümkündür. Gönderenin ticarî faaliyette bulunuyor olması halinde ise basiretli davranma yükümlülüğü gereği malın iadesini talep edemeyeceği düşünülebilir. Öte yandan bu durumda dahi hemen gönderenin mülkiyet hakkının sona erdiğini kabul etmek doğru olmaz. Malı yanlışlıkla gönderdiğini fark eden taraf, gönderilenle derhal iletişime geçerek malı gelip bizzat teslim alacağını ve o gelene kadar oluşacak saklama masraflarının da kendisine ait olacağını belirtmişse, gönderilenin de dürüst davranma yükümlülüğü gereği buna uygun hareket etmesi icap eder. Buna rağmen malı iade etmekten kaçınırsa, gönderenin ona karşı istihkak davası açması mümkündür. Yine de TMK m. 7 hükmü yeterince açık olmadığından, bu hükmün kanun koyucu tarafından yeniden ele alınması ve karışıklığın giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA(*)

- Ağca Toplandı, Pınar** : Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Akbıyık, Cem** : Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Der Yayınları, İstanbul 2003.
- Akçaal, Mehmet** : Eşya Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Akıncı, Hakan Burak** : Parça Tedariki Sözleşmelerinde Tedarikçinin Sorumluluğu, Sayram Yayınları, Konya 2021 (Akıncı, H. B.).
- Akıncı, Şahin** : Borçlar Hukuku Bilgisi, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2022.
- : Roma Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2023 (Akıncı, Roma).
- : Roma Hukukunda ve Çağdaş Hukukta Kazandırıcı Zamanaşımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1988 (Akıncı, Zamanaşımı).
- : Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 1996 (Akıncı, İnsan Kökenli).
- Akıntürk, Turgut** : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akıpek, Jale** : Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İkinci Kitap, Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- Akıpek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya** : Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- Aksoy Dursun, Sanem** : Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

(*) Dipnotlarda atıflar, yazarların soyadlarıyla yapılmıştır. Aynı soyada sahip birden fazla yazarın veya aynı yazarın birden fazla eserinin bulunması halinde atıfların ne şekilde ayırt edildiği, kısaltılmış haliyle ayraç içinde gösterilmiştir.

- Akyol, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Alangoya, Yavuz** : "*İspat Yükü Yönünden MK. 3"a*", İÜHFM, Y. 1961, C. 27, S. 1-4, sa. 358-361.
- Altunkaya, Mehmet** : **Altunkaya, Mehmet**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- : "*Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi*", Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Y. 2006/IV, S. 8, sa. 217-235 (Altunkaya, Nişanlanma).
- Altunkaya, Mehmet/ Sert Sütçü, Selin/ Karauz, Agâh Kürşat/ Demirbaş, Feride/ Özay, Osman Levent** : Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Antalya, Gökhan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019 (Antalya, Cilt V/1,1).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019 (Antalya, Cilt V/1,2).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 3, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019 (Antalya, Cilt V/1,3).
- : "*İstihkak Davası*", YÜHFD, Y. 2021/2, C. XVIII, sa. 499-514.
- : "Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya", MÜHFHAD, Y. 2023, C. 29, S. 2, sa. 1208-1222 (Antalya, Dijital Veriler).
- : Miras Hukuku, Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021 (Antalya, Miras).
- Antalya, Gökhan/ Topuz, Murat** : Eşya Hukuku, Cilt IV/1, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

- Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Arnet, Ruth** : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Schultess Juristische Medien, Zürich-Genf 2023 (Hrsg: Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Art. 641-645, 919-941 ZGB (CHK- Arnet, ZGB Art. x).
- Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel** : İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin** : İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Ayan, Mehmet** : Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 12. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015 (Ayan, Zilyetlik).
- : Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015.
- Aydos, Oğuz Sadık** : Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Ayiter, Kudret** : Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 28-10, Ankara 1953.
- Baldus, Christian** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Sachenrecht, §§ 854-1296, München 2017, §§985-1007 BGB (MüKoBGB/Baldus, §x).
- Başpınar, Veysel** : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.
- : Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler, Ankara 2009 (Başpınar, Mülkiyet).
- Baysal, Başak/ Sanlı, Kerem Cem** : Serozan Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- BeckOGK/Klinck** : "Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip", Stand: 01.09.2023, kn. 3-6 (BeckOGK/Klinck, §929).
- Belgesay, M. Reşit** : Türk Medeni Kanunu Şerhi, 1936.

- Berg, Hans** : "Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis", JuS 1971, Heft 10, sa. 522-525.
- Berki, Ali Himmet** (Metni Kontrol Eden ve Lügatçeyi Hazırlayan) : Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1959.
- : "Veraset ve Miras Sebebiyle İstihkak Davaları", İÜMHAD, Y. 2011, C. 3, S. 5, sa. 216-220 (Veraset ve Miras).
- Becker, Eric** : Schadensersatz nach Fristsetzung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2012.
- Boz, Reyhan Tuhan** : Taşınır Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Caspar von der Crone, Hans/ Hoffmann-Nowotny, Urs H.** : Die Vindikationszession, SZW/RSDA 3/2006, sa. 233-244.
- Çukadar, Neslihan** : Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Dannemann, Gerhard/ Schulze, Reiner** : German Civil Code, Volume I, Books 1-3: §§1-1296, Article-by-Article Commentary, München 2020.
- Denck, Johannes** : "Die Relativität im Privatrecht", JuS 1981, Heft 1, sa. 9-14.
- Diederichsen, Uwe** : Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Hamburg 1965.
- Dieter, Münich** : Untersuchungen zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs zu den übrigen Herausgabeansprüchen des bürgerlichen Rechts, München 1964.
- Doğan, Murat** : "Garaj veya Otopark İşletenin Sorumluluğu", MÜHFHAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, sa. 905-929.
- : Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1998, C. 2, S. 1, sa. 199-238 (Doğan, Nişanlanma).
- Doğan, Murat/ Şahan, Gökhan/**

- Atamulu, İsmail** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Domej, Tanja/Schmidt, Celine P.** : Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 641-654a ZGB (KUKO ZGB- Domej/Schmidt, Art. x).
- Ebbing, Frank** : Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 17. neu bearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2023 (Hrsg: Harm Peter Westermann, Georg Maier-Reimer), §§937-1007 BGB, (Erman/Ebbing, §x).
- Edis, Seyfullah** : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1987.
- Einsele-Wili, Felicitas** : Die Vindikationszession, Juris Druck + Verlag, Zürich 1975.
- Englert, K./ Englert, F.** : PWW Prütting – Wegen – Weinrich, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth 2022, §§985-1011 BGB (PWW/Englert, K./Englert, F, §x).
- Erdem, Mehmet** : Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Erdoğan, İhsan** : "*Hukuki Açıdan Define*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 17, S. 1-2, sa. 513-533.
- Erdoğan, Belgin** : Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1994.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023 (Eren, Borçlar Genel).
- : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023 (Eren, Borçlar Özel).
- : "*Miras Sebebiyle İstihkak Davası*", MÜHFHAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, sa. 1045-1061 (Eren, Miras Sebebiyle).
- : Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024.

- Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek** : Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Ergüne, Mehmet Serkan** : Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Ertaş, Şeref** : Eşya Hukuku, 16. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2021.
- Esener, Turhan/ Güven, Kudret** : Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** : Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümülü, İlâveli İkinci Bası, Baha Matbaası, İstanbul 1961.
- Filip-Fröschl, Johanna/ Mader, Peter** : Latein in der Rechtssprache, Wien 1999.
- Finkelmeier, Max** : Qualifikation der Vindikation und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2016.
- Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan** : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Basel 2023, Art. 641-645 ZGB (BSK ZGB II-Geiser/Wolf, Art. x).
- Giritlioğlu, Neclâ** : Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1984.
- Görgün, L. Şanal/ Börü, Levent/ Kodakoğlu, Mehmet** : İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Graham-Siegenthaler, Barbara** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB, Bern 2022 (BK-Graham-Siegenthaler, Art. x ZGB).
- Gursky, Karl-Heinz** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentum 3), Neubearbeitung 2013 von Karl-Heinz Gursky, Berlin 2013 (Staudinger/Gursky, §x).
- Gümüş, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt - I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

- Güneş Ceylan, Seldağ** : Roma Hukuku'ndan Günümüze İstihkak Davası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. III, S. 1-2, sa. 148-163.
- Gürsoy, Kemal Tahir** : "*Miras Sebebiyle İstihkak Davası ve Bu Davanın Türk Hukukundaki Tatbik Şekli*", İÜMHAD, Y. 2011, C. 2, S. 2, sa. 271-297.
- Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/ Cansel, Erol** : Türk Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.
- Güvenç, Selvi Nazlı** : Miras Sebebiyle İstihkak (Mirasçılık) Davası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Haab, Robert** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641 bis 729 (Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1977 (Hrsg: Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer, Dieter Zobl), (Haab, Art. 641).
- Hatemi, Hüseyin** : Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- : "*Miras Sebebiyle İstihkak Davası Hakkında Düşünceler*", YÜHFD, Y. 2021, C. XVIII, S. 2, sa. 577-582 (Hatemi, Miras Sebebiyle).
- Hatemi/ Gökyayla** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir** : Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- Herrler, Sebastian, Grüneberg** Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 83. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2024 (Grüneberg/Herrler, §x).
- Homberger, A.** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz

- und Grundbuch (Art. 919-977), Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1938.
- Işık, Melih** : İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları (İİK m. 143, 105), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Kaplan, İbrahim** : Türk Borçlar Hukuku, TBK. Madde 1-206 (Genel Hükümler), 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan** : Roma Eşya Hukuku, Ankara 2015.
- Karahasan, Mustafa Reşit** : Türk Eşya Hukuku, 1. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul 1991.
- Karakocalı, Ahmet** : Roma Medeni Yargılama Hukuku ve Roma Eşya Hukuku Bakımından İstihkak Davası, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Karauz, Agâh Kürşat** : Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- : *"Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 9, S. 1, sa. 349-370 (Karauz, Ceset).
- : *"Göktaşlarının Mülkiyeti Meselesi"*, AÜHFD, Y. 2019, C. 2, S. 68, sa. 445-478 (Karauz, Göktaş).
- Kaşıkcı, Osman** : İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırma Vakfı, İstanbul 1997, s. 22 (Kaşıkcı, Mecelle).
- : *"Mecelle'de İstihkak Davası"*, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Y. 1996, C. 5, S. 1-2, sa. 481-495.
- Kılıç, Halil** : Gayrimenkul Davaları, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.s
- Kılınç, Ayşe** : İcra Takibinde Derdestlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

- Kindl, Johannes** : "Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Vindikationslage und Herausgabeanspruch", JA 1996, Heft 1, sa. 23-29.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : (Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir), Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Koller, Alfred** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2023.
- : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2023 (Koller, Band II).
- Korkmaz, Yakup** : Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Köbl, Ursula** : Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971.
- Krause, Walter Erich** : Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989-993 BGB, Berlin 1965.
- Kuru, Baki** : İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuşçu, Döndü** : "Hukuki Olarak Define Arayıcılığı", MÜHFDHAD, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Y. 2019, C. 25, S. 2, sa. 1093-1130.
- Loewe, Josef** : "Unechte Gesamtgläubigerschaft?", in: Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, Y. 1911, S. 22.
- Lorenz, Stephan** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Neubearbeitung von Stephan Lorenz,

- Sellier - de Gruyter, Berlin 2007 (Staudinger/Lorenz, §x).
- Maier, F. K. H.** : Law in the Making, Melbourne University Law Review, Y. 06/1965, C. 5, S. 1, sa. 110-111. (HeinOnline, E.T. 06.09.2023).
- Manzke, Simon** : Die Pflicht zur Herausgabe, Baden-Baden 2020.
- Meier-Hayoz, Arthur** : Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981.
- Meyer, Hermine Herta** : Trusts and Swiss Law, International and Comparative Law Quarterly, Y. 06/1952, C. 1, S. 1, sa. 378-381.
- Möllers, Thomas M.J.** : Juristische Methodenlehre, München 2017.
- Muşul, Timuçin** : İcra ve İflâs Hukukunda; Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2017.
- Müller-Laube, Hans Martin** : Herausgabepflicht und Rückgewährschuld — Die Stellung des Besitzers im Verhältnis zum Eigentümer und Obligationsgläubiger, AcP 183, Y. 1983, C. 3, sa. 215-247.
- Nomer, Halûk Nami/Ergüne,**
Mehmet Serkan : Eşya Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Odemer, Hilmar** : Schadensersatz statt der Leistung im Anspruchssystem des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2019.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 1, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 2, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023 (Oğuzman/Öz, Cilt 2).
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe** : Eşya Hukuku, 24. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Oğuzoğlu, H. Cahit** : Roma Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1959.

- Oppermann, Rainer** : Die Kollision der Vindikation mit schuldrechtlichen Besitzübertragungsansprüchen, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2003.
- Öcal, Bahar** : "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", AÜHFD, Y. 2011, C. 60, S. 3, sa. 523 – 570.
- Öz, M. Turgut** : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61 - 611. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1990.
- : "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2011, C. 13, S. 16, sa. 131-172 (Öz, Dönme).
- Özbek, Mustafa Serdar** : Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Özbilen, Arif Barış** : İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Özdağ, Aybüke** : "Roma ve Türk Hukukunda İstihkak Davası", Yaşar Hukuk Dergisi, Y. 2021, C. 3, S. 2, sa. 161-188.
- Özel, Çağlar** : "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, Y. 2002, C. 51, S. 1, sa. 43-77.
- Özen, Burak** : Haksız Zilyetlikte İade, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.
- Özer, Mustafa Tolga** : Medeni Hukukta Hata Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Özkan, Faruk** : Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- Özlük, Betül** : İsmarlanmamış Edim, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

- Öztek, Selçuk** : İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m.143; m.251), Alfa Yayınları, İstanbul 1994.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/
Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes,
Muhammet** : İcra ve İflâs Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- Plambeck, Barbara** : Die Verjährung der Vindikation, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1997.
- Postacıoğlu, İlhan E.** : "*(Zilyedliğin) Teslimsiz Edinimi, İstihkak İddiasının Aktarılması*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2011, C. 48, S. 1-4, sa. 405-413.
- Prütting, Hanns** : Juristische Kurz-Lehrbücher, 34. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- Pulaşlı, Hasan** : Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1979.
- Raape, Leo** : "*Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 7.10.1924*", JW 1925, s. 472 vd.
- Raiser, Ludwig** : Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen: Kritische Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 21.12.1960 - VIII ZR 89/59, Y. 1961, S. 17, s.a. 529-531 (Raiser, Subsidiarität).
- : Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, sa. 123-140.
- Reisoğlu, Safa** : Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, Altıncı Bası, Ankara 1980.
- : La Prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatriculés en droit suisse et en droit turc, Lausanne 1956.
- Reuter, Dieter/ Martinek, Michael** : Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Roman, Schister** : Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht, EXIMIUS - Hervorragende Beiträge zu den

- Rechtswissenschaften, Fünftes Kapitel Einzelfragen /
A. - B., Y. 2021/2, sa. 161-173
(www.swisslex.ch/de).
- Roth, Herbert** : "*Grundfälle zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*",
JuS 1997, Heft 6, sa. 518-522.
- Rousseau, Jean – Jacques** : Toplum Sözleşmesi, Türkiye İş Bankası Kültür
Yayınları, İstanbul 2019.
- Sarıal, M. Enis** : Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal
İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986.
- Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.** : Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Hak Kitabevi,
İstanbul 1954.
- Schanbacher, Dietmar** : Nomos Kommentar, BGB Sachenrecht, Band 3, 5.
Auflage, Deutscher Anwaltverein, Baden-Baden
2022, §§985-1003 BGB (NK-BGB/Schanbacher,
§x).
- Schmid, Dominik/ von Graffenried,
Caroline** : OFK ZGB-Kommentar (Hrsg: Jolanta Kren
Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland
Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli AG, Zürich
2021, Art. 919-941 ZGB (OFK/ZGB- Schmid/ von
Graffenried, Art. x).
- Seçer, Öz** : Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam
Tazminatla Feshi (TBK m. 484), Yetkin Yayınları,
Ankara 2020.
- Seliçi, Özer** : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli
Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi
Yayınları, İstanbul 1976.
- Serdengeçti, Edip** : "*Mülkiyet Nehicinin Tekâmül Vechesi*", İÜHFM Y.
1959, C. 24, S. 1-4, sa. 432 – 460.
- Serozan, Rona** : Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
----- : Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık,
İstanbul 2007 (Serozan, Dönme).
----- : Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002
(Serozan, Taşınır).

- Sert Sütçü, Selin** : "*Dolaylı- Dolaysız Zilyetlik Kavramının Ayırt Edilmesi*", SDÜHFD, Y. 2019, C. 9, S. 1, sa. 259-284.
- : "*Miras Sebebiyle İstihkak Davası*", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, sa. 515-535 (Miras Sebebiyle).
- Siber, Heinrich** : Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
- Sirmen, Lâle** : Eşya Hukuku, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023.
- Söğütlü, Özlem** : Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Stadler, Astrid** : Soergel BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht 2/1, §§985-1017, ErbbauVO, Kohlhammer Verlag, 13. Auflage, Stuttgart 2007, §§985-1003 BGB (Soergel/Stadler, §x).
- Stark, Emil W./ Lindenmann, Barbara** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern 2016 (BK – Stark/Lindenmann, Art. x ZGB).
- Sungurbey, İsmet** : "*Kazandırıcı Yıllanma ve Kullanma Karşılığı*", Medenî Hukuk Eleştirileri, Baha Matbaası, İstanbul 1963.
- Sutter-Somm, Thomas** : Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band: Sachenrecht, Erster Teilband: Eigentum und Besitz, Zweite, vollständig überarbeitete Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- Şeker, Muzaffer** : "*6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)*", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2013/2, S. 24, sa. 81-98.
- Tandoğan, Haluk** : "*Miras Sebebiyle İstihkak Davası*", AÜHFD, Y. 1995, C. 12, S. 1, sa. 268-284.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi** : Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

Tekinay, Selâhatin Sulhi/ Akman,

Sermet/ **Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atillâ** : Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989.

: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel).

Thole, Christoph

: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), Neubearbeitung von Christoph Thole, Berlin 2019 (Staudinger/Thole, §x).

Tokat, Hüseyin

: Aynî Akit, Adalet Yayınları, Ankara 2022.

Topuz, Murat

: *"Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan "Zararın Öğrenilmesi" Olgusu (TBK m. 72)"*, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 157, sa. 1774-1782.

von Tuhr, Andreas

: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin 1957.

Tunçomağ, Kenan

: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976.

Umar, Bilge

: Türk İcra - İflâs Hukukunda İptal Dâvası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1963.

Umur, Ziya

: Roma Hukuku, Ders Notları, Beta Yayınları, İstanbul 1987.

: Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Filiz Kitabevi, İstanbul 1985 (Umur, Eşya).

Uyar, Talih

: Tasarrufun İptali Davaları (İİK m. 277-284), 6. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2017.

Uzun Kazmacı, Özge/ Şenol, Ayşe Nilay : Gayrimenkul Davaları, Cilt 1, Seçkin Yayınları, Ankara 2019 (Editörler: Ayşe Havutçu, Müslüm Akıncı, Mutlu Dinç).

Üçer, Mehmet

: Roma Hukuku'na Giriş, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

- Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel** : Şeklî Eşya Hukuku, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah** : Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Wellenhofer, Marina** : Sachenrecht, 37. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2022.
- Wiegand, Wolfgang** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 1204 – 1296; SchiffsRG (Pfandrecht), Neubearbeitung 2019 von Hans-Heinrich Nöll/ Daniel Wiegand/ Wolfgang Wiegand, Sellier - de Gruyter Verlag, Berlin 2019 (Staudinger/Wiegand, §x).
- Wieland, C.** : Kanunu Medenî'de Aynî Haklar, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1946 (Tercüme Eden: İ. Hakkı Karafakı).
- Wolf, Stephan** : ZGB Kommentar (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli AG, Zürich 2021, Art. 641-645 ZGB (OFK/ZGB- Wolf, ZGB Art. x).
- Wolf, Stephan/ Wiegand, Wolfgang** : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2023, Art. 641-645 ZGB (BSK ZGB II - Wolf/Wiegand, Art. x).
- Yağcıoğlu, Burcu** : Kazandırıcı Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Yıldırım, M. Kâmil** : İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1995.
- Zeytin Çağrı, Gözde** : "Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyelerin Geri Verilmesi", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 10, S. 1, sa. 81-103.

İnternet Kaynakları ve Diğer Kaynaklar:

<https://beck-online.beck.de>

<https://de.pons.com/>

<https://www.etimolojiturkce.com>

<https://etymonline.com/>

<https://heinonline.org/>

<https://islamansiklopedisi.org.tr>

<https://www.jurix.com.tr/>

<https://www.karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.swisslex.ch/de/>

Türkçe Sözlük, Hazırlayan: Mustafa Argunşah (ve başk.), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2023.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Hakan Burak AKINCI
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Dolapoğlu Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Tezli Yüksek Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı
Tez Konusu	Parça Tedariki Sözleşmelerinde Tedarikçinin Sorumluluğu
Doktora Diploması	Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Tez Konusu	Türk Medenî Hukuku’nda İstihkak Davası (TMK m. 683’e Göre)
Yabancı Dil / Diller	İngilizce, Almanca
BİLİMSEL FAALİYETLER	
“Özel Öğrenci Yurtları ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği ve Yurt Sözleşmelerine COVID-19’un Etkisi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Yıl:19 Sayı:38 Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek) s.224-253 – Hakemli Uluslararası Dergi Makalesi). “Covid-19 Salgını Sürecinde Sözlü Vasiyetnameler”, Konya Barosu Dergisi, 2021/1, s. 111-130. ISSN: 2717-7912.	
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Avukatlık Stajı (İstanbul Barosu, 2015)
Çalıştığı Kurumlar	- Avukat, Konya Barosu (2016-2021) - Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Şubat 2021 – Devam Ediyor)