

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAKSIZ İŞGAL – ECRİMİSİL TAZMİNATI

İREM DURĞUN ŞANLI

2501120677

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : İREM DURĞUN ŞANLI Numarası : 2501120677
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER
Tez Savunma Tarihi : 25.06.2019 Saati : 10.00
Tez Başlığı : HAKSIZ İŞGAL-ECRİMİSİL TAZMİNATI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
2- DOÇ. DR. ZAFER KAHRAMAN		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ EVREN KOÇ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. MESUT ÇEKİN		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL		

ÖZ

HAKSIZ İŞGAL – ECRİMİSİL TAZMİNATI

İREM DURĞUN ŞANLI

Haksız işgal ve buna bağlı olarak haksız işgalin önlenmesi davalarına, teknolojik gelişmeler ve kent nüfusunun artması gibi sebepler dolayısıyla sıkça rastlanılmaktadır. Bu durumda haksız işgale maruz kalan ve haksız işgale konu şeyden dilediği gibi yararlanamayan hak sahibi, söz konusu işgalin önlenmesi noktasında adli ya da idari mercilere başvurabilmektedir. Çalışmamızda haksız işgale konu şeyden dilediği gibi yararlanamayan hak sahibinin söz konusu sorununu adli yargıda nasıl çözüme kavuşturabileceği açıklanmaktadır. Söz konusu açıklamalara yer verilirken ise, doktrinde tartışmalı olan hususlara özellikle değinilmiş ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Yargıtay içtihatlarına sıklıkla yer verilmiştir. Uygulamada haksız işgalin önlenmesi taleplerinin yanında haksız işgal tazminatı olarak da anılan ecrimisil tazminatının talep edildiği görülür. Bu bağlamda çalışmamızda haksız işgalin önlenmesi talepleri ile birlikte ecrimisil taleplerinin de nasıl değerlendirileceği izah edilmeye çalışılmış, özellikle ecrimisilin hukuki niteliğinin tartışmalı olması dolayısıyla bu konuda da doktrin görüşlerine ve Yargıtay kararlarına ağırlık verilmiştir. Haksız işgalin önlenmesine ve ecrimisil tazminatına bir arada yer verilmesinin nedeni ise, konunun bütünlüğü ve konunun anlaşılmasının bu şekilde daha faydalı olacağı inancıdır.

Anahtar Kelimeler : haksız işgal, ecrimisil tazminatı, fiili hakimiyet, haksız işgalin önlenmesi, kötü niyetli zilyet, zilyetlikte iade

ABSTRACT

UNLAWFUL DETAINER INDEMNITY AND MESNE PROFITS

İREM DURĞUN ŞANLI

Unlawful detainer and correspondingly the case of preventing unlawful detainer are frequently encountered due to technological developments and increase in urban population. In this case, right holder who can't benefit from something that is subject of the unlawful detainer and a person who exposed to unlawful detainer can apply to judicial and administrative authority about prevent for unlawful detainer. Our study is explaining that how the beneficiary who can't benefit from the subject of unlawful detainer as he/she wishes can solve the problem in the judicial authority. The mentioned explanations include the issues that are controversial in the doctrine have been particularly touched on and the supreme court practices have been included in order to better understand. In practice, when it is requested for preventing the unlawful detainer, on the other hand as an ejectment, mesne profits is also requested. In this regard in the study, how evaluated that there quest for preventing unlawful detainer and request of mesne profit is examined. Especially, because of the qualification of mesne profit is questionable, the opinions rising in doctrine and Supreme Court practices is predominantly included in the study. The aim of examination about prevention of unlawful detainer and mesne profits jointly is the belief that it is more beneficial to keep integrity of topic and make the topic more understandable.

Keywords: unlawful detainer, mesne profits, dominance, prevention of unlawful detainer, possessor, return of possession.

ÖNSÖZ

Elatma ve buna bağlı elatmanın önlenmesi davalarına uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır. Bir elatma türü olan haksız işgal hali ise kendi içinde ayrıca değerlendirilmesi gereken bir hukuki durumdur. Dolayısıyla çalışmamızda bir elatma türü olan haksız işgal halleri ile böyle bir işgal ile karşılaşan hak sahibinin ikame edebileceği haksız işgalin önlenmesi davalarının özellikleri açıklanmaya çalışılmıştır. Haksız işgalin önlenmesi noktasındaki talepler büyük oranda mülkiyet hakkına dayansa da, malik olmayan hak sahiplerinin de söz konusu haktan ne şekilde yararlanabileceği üzerinde de durulmuştur.

Yine haksız işgalin önlenmesi ile birlikte haksız işgal tazminatı olarak tanımlanan ecrimisil taleplerinin de ileri sürüldüğü görülür. Ecrimisil tazminatının yasal mevzuatta açıkça düzenlenmemiş olmaması sebebi ile bu boşluk doktrin yazarları ve yargı kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla çalışmamızda tartışmalı olarak görünen kısımlara özelliklere yer verilmiş ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi için yargı kararlarından yardım alınmıştır. Bu bağlamda hem haksız işgalin önlenmesi hem de haksız işgal ile birlikte hak sahibinin talep edebileceği ecrimisil tazminatının esasları açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Öncelikle gerek lisans gerekse yüksek lisans eğitimim sırasında mesleki bilgi ve birikimi ile her daim örnek aldığım tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER'e değerli katkıları ve tavsiyeleri için teşekkürlerimi sunarım. Yine tüm yaşamım boyunca desteklerini benden hiçbir zaman esirgemeyen ve mesleğim ile ilgili her zaman doğru tercihlerde bulunmamı sağlayan babam Üstün DURĞUN, annem Taliha DURĞUN ve abim Av. Berk DURĞUN'a, tez yazım sürecindeki sabrı ve yardımları ile verimli bir dönem geçirmemi sağlayan ve her anımda yanımda olan eşim Hüseyin Bilgehan ŞANLI'ya teşekkürü bir borç bilirim.

İstanbul- 2019

İrem DURĞUN ŞANLI

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR ELATMA TÜRÜ OLARAK HAKSIZ İŞGAL

1. Elatma Kavramı.....	3
1.1. Elatmanın Tanımı.....	3
1.2. Elatmanın Türleri.....	6
1.2.1. Elatmanın Oluş Biçimine Göre.....	6
1.2.1.1. Doğrudan Elatma.....	6
1.2.1.2. Doğrudan Olmayan (Dolaylı) Elatma.....	8
1.2.1.3. Soyut Elatma.....	10
1.2.1.4. Olumsuz Elatma.....	12
1.2.2. Elatmanın Yöneldiği Hakkın ya da Fiili Durumun Türüne Göre.....	13
2. Bir Elatma Türü Olan Haksız İşgal Halinin Değerlendirilmesi.....	14
3. Haksız İşgalin Önlenmesi ve Buna İlişkin Açılacak Olan Davalar.....	16
3.1. Genel Olarak.....	16
3.2. Haksız İşgalin Önlenmesi Davasının Özellikleri.....	18
3.2.1. Haksız İşgalin Varlığı.....	18

3.2.2. Haksız İşgal Halinde Zilyetliğin Tamamen Kaybedilmemesi.....	22
3.2.3. Kusur.....	29
3.2.4. Zarar.....	30

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ İŞGALİN ÖNLENMESİ DAVALARININ USUL HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Davanın Tarafları	33
1.1. Davacı.....	33
1.1.1. Malik.....	33
1.1.1.1. Kayden Malik Olmayanların Durumu	35
1.1.1.2. Paylı (Müşterek) Mülkiyet Durumu.....	38
1.1.1.3. Elbirliği Halinde (İştirak Halinde) Mülkiyet Durumu	43
1.1.1.4. Paydaşların Birbirine Haksız İşgalin Önlenmesine Yönelik Talepleri	46
1.1.2. Malik Dışında Dava Açabilecek Olanlar	47
1.2. Davalı	53
2. Davanın Niteliği	65
3. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	69
3.1. Görevli Mahkeme	69
3.2. Yetkili Mahkeme	75
4. Zamanaşımı- Hak Düşürücü Süre	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ İŞGALE DAYALI OLARAK TALEP EDİLEBİLEN ECRİMİSİL TAZMİNATI VE ÖZELLİKLERİ

1. Genel Olarak	81
2. Ecrimisil Kavramı ve Hukuki Niteliği	82
2.1. Ecrimisil Kavramı	82
2.2. Ecrimisilin Hukuki Niteliği	85
2.2.1. Ecrimisilin Hukuki Niteliği Hakkındaki Öğretideki Görüşleri	86
2.2.2. Ecrimisilin Hukuki Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Görüşü.....	90
2.2.3. Ecrimisilin Hukuki Niteliği Hakkındaki Değerlendirmemiz.....	92
3. Ecrimisil Talebi İçin Aranan Şartlar	95
3.1. Kötü Niyetli Haksız Zilyedin İşgali	96
3.1.1. Haksız İşgal.....	96
3.1.2. Haksız İşgalin Kötü Niyetli Haksız Zilyet Tarafından Gerçekleştirilmesi99	
3.2. Zarar	103
4. Ecrimisil Talebinde Faiz, Zamanaşımı ve Kazandırıcı Zamanaşımı	107
4.1. Faiz	107
4.2. Zamanaşımı	109
4.3. Kazandırıcı Zamanaşımı.....	113
5. Birlikte Mülkiyet Halinde Ecrimisil.....	116
5.1. Birlikte Mülkiyet İlişkisi Dışında Kalan Üçüncü Kişiyeye Yönelik Ecrimisil Talepleri.....	116

5.2. Paydaş ya da Ortakların Birbirlerine Yönelik Ecrimisil Talepleri	118
5.2.1. Paylı (Müşterek) Mülkiyet Halinde Ecrimisil Talepleri	119
5.2.2. Elbirliği (İştirak Halinde) Mülkiyet Halinde Ecrimisil Talepleri	121
5.2.3. İntifadan Men Şartının İstisnaları	122
5.2.3.1. Ortaklık Konusu Maldan Semere Elde Edilmesi	122
5.2.3.2. Bazı Kamu Kurumlarının Birlikte Mülkiyete Konu Taşınmazları ..	123
5.2.3.3. Taksim Ya da Fiili Kullanım Anlaşmasının Varlığı	124
5.2.3.4. Diğer Paydaşlar Ya Da Ortaklar Aleyhine Önceden Hukuki İşlem Yapılmış Olması	125
6. Ecrimisil Hesabında Dikkat Edilecek Hususlar	127
7. Ecrimisil Tazminatı Talebinin Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	130
7.1. Davacı	131
7.2. Davalı	133
7.3. Görevli Mahkeme	135
7.4. Yetkili Mahkeme	137
7.5. Zamanaşımı	138
SONUÇ	139
KAYNAKÇA	144

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
bkz.	: bakınız
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Bir hakkın mevcut olmasının yanı sıra, o hakkın muhafazası ve hukuk sınırları içerisinde kullanılması gerekmektedir. Kanun, sözleşme ya da başkaca bir biçimde fiili hâkimiyet kurduğu şeyden dilediği gibi yararlanamayan ya da yararlanması güçleşen hak sahibinin söz konusu durumu ortadan kaldırmaya yönelik hukuki çarelere başvurabilmesi gerekmektedir. Hak sahibinin fiili hâkimiyetine konu şeyden dilediği gibi yararlanmasına engel olan ya da yararlanmasını güçleştiren durumlar hukukumuzda elatma ya da müdahale olarak nitelendirilmiştir. Nitekim bunların bertaraf edilmesine yönelik davalar da “elatmanın önlenmesi” ya da “müdahalenin men’i” olarak isimlendirilmiştir. Elatma ya da müdahalenin konusu taşınır ya da taşınmaz mal olabilir ancak çalışmamızın konusunu taşınmazlara yönelik elatma halleri oluşturmaktadır.

İşte söz konusu elatma ya da müdahale taşınmazın haksız işgali şeklinde vuku bulabilir. Hak sahibinin fiili hâkimiyetinde bulunan taşınmazını çeşitli şekillerde işgal eden ve taşınmazdan yararlanmasına engel olan kimseler “fuzuli şağil” olarak isimlendirilmekte ve hak sahiplerince fuzuli şağillere yönelik haksız işgalin önlenmesi davaları ikame edilebilmektedir. Söz konusu taleplerin temelinde çoğunlukla mülkiyet hakkının yattığı ve malik tarafından bu davaların açıldığı görülmekte ise de, taşınmaza başkaca şekillerde zilyet olmuş sınırlı aynı hak sahibinin, kişisel hak sahibinin ya da herhangi bir hakka dayanmaksızın sadece zilyetlik sebebine dayanan kişilerin de bu davaları ikame edildiği görülmektedir. Söz konusu haksız işgalin önlenmesi taleplerinin yanında ise, varsa fuzuli şağil tarafından inşa edilmiş yapıların yıkımı ve ecrimisil tazminatı gibi taleplerin de ileri sürülmesi mümkündür. Haksız işgal tazminatı olarak isimlendirilen ecrimisil tazminatına ise oldukça sık rastlanılmaktadır. Zira taşınmazdan dilediği gibi yararlanamayan hak sahibinin, söz konusu haksız yararlanma dolayısıyla menfaat elde etmiş olan fuzuli şağilden bunu talep etmesi, haksız işgalin önlenmesi talebi kadar olağandır.

Dolayısıyla çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak elatma halleri değerlendirilecek, hak sahiplerinin maruz kalabileceği müdahale halleri örneklerle ve Yargıtay kararları ile açıklanacaktır. Söz konusu bölümde elatma halinin özel bir türü

olan haksız işgalin değerlendirilmesi ayrı bir başlık altında yapılacak ve haksız işgalin önlenmesi davası için gerekli olan şartlar üzerinde durulacaktır. Özellikle söz konusu davaların ikamesinde fiili hâkimiyetin bir başka deyişle zilyetliğinin tamamen kaybedilmemesi gerekliliği izah edilecektir. Yine işgalin haksızlığını ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebeplerine değinilecek, bu bağlamda komşuluk hukukundan kaynaklı yasal kısıtlamalara özellikle yer verilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise; haksız işgalin önlenmesi davalarının usul hukuku bakımından incelemesi yapılacak, haksız işgalin önlenmesi davasında kimlerin davacı olabileceği, birlikte mülkiyet hali ya da kayden malik olmayan kişilerin söz konusu davayı ikame edip edemeyeceği ve davalının kimler olabileceği üzerinde durulacaktır. Çalışmamızın genelinde özel mülkiyete tabi taşınmazlara ilişkin açıklamalara yer verilecek olsa da; Hazine'nin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin bu davalardaki taraf sıfatına da kısaca değinilecektir. Yine söz konusu davalarda görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin özellikli durumlara ve davanın ikamesi için gözetilen sürenin ne olacağına ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Çalışmanın son kısmı olan üçüncü bölümde ise; haksız işgal tazminatı olan ecrimisilin hukuki niteliği ve talep edilme şartları açıklanmaya çalışılacaktır. Esasen Mecelle'den günümüze kadar uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan bu kavram ile ilgili özellikle özel hukuk mevzuatı çerçevesinde bir düzenleme yapılmamış, bu boşluk doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ile yasal bir zemine otutturulmaya çalışılmıştır. Ancak günümüzde halen ecrimisilin hukuki niteliği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Kamu hukukunda bu hususa ilişkin bazı yasal düzenlemeler bulunsa da, çalışmamızın konusunu özel hukuka ilişkin ecrimisil talepleri oluşturmaktadır. Çalışmada yine ecrimisil açısından özelliklik arz eden, faiz, zamanaşımı ve kazandırıcı zamanaşımı kavramları üzerinde durulacak, birlikte mülkiyet halinde paydaş ya da ortakların birbirlerine ya da dışarıdan bir üçüncü kişiye yönelik ecrimisil tazminatı taleplerini ne şekilde ileri sürebileceği izah edilecektir. Bu kısımda yine intifadan men şartı ve intifadan men şartının istisnaları üzerinde durulacaktır. Bu bölümün sonunda ise ecrimisil taleplerinin nasıl ileri sürüleceği tekrara mahal vermeyecek şekilde usul hükümleri açısından değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR ELATMA TÜRÜ OLARAK HAKSIZ İŞGAL

1. Elatma Kavramı

1.1. Elatmanın Tanımı

Hukukumuzda elatma genel itibariyle mülkiyet hakkına yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Ancak, çalışmamızda detaylı olarak izah edileceği gibi el atma eyleminin sadece mülkiyet hakkına yönelik değil, başkaca haklara ya da fiili durumlara yönelik müdahale olarak da ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda el atmanın ortadan kaldırılmasına ve önlenmesine yönelik hukuki çareler farklılık arz edebileceği gibi, elatma sebebi ile istenebilecek taleplerde de değişiklik olabilecektir. Bu sebeple elatma hallerinin mülkiyet hakkı dışındaki hakların kullanılmasına ne şekilde engel olacağı ya da kullanılmasını ne şekilde zorlaştıracağı ayrıca ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

El atmanın çoğunlukla mülkiyet hakkına yönelik olması dolayısıyla en geniş aynı hak olan mülkiyet hakkının kapsamı belirlenmesi önem arz etmektedir. Mülkiyet hakkı; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹ 683. maddesi ve devamında düzenlenmektedir. Ancak mülkiyet hakkı Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamış, ilgili Kanun'da sadece mülkiyet hakkının içeriğinin düzenlenmesi şeklinde bir yöntem belirlenmiştir². TMK'nın 683. maddesine göre; *“bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”* *“Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”* Dolayısıyla mülkiyet hakkı, çeşitli yasal

¹ RG., 08.12.2001, 24607.

² M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay – Özdemir, **Eşya Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2018, s. 273- 274 (bundan sonra “Eşya” olarak anılacaktır.); Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.13 (bundan sonra “Mülkiyet” olarak anılacaktır.)

düzenlemeler ile hak sahibine kullanma, yararlanma, faydalanma gibi birden fazla imkân sunan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir hak çeşididir³. Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, bir şeye malik olan kimse söz konusu mülkiyet hakkını ancak hukuk düzeninin kuralları çerçevesinde kullanabileceği gibi⁴, gerektiğinde hakkının korunmasına yönelik hukuki çarelere de başvurabilecektir⁵.

Tüm bunların yanı sıra, mülkiyet hakkı dışında hak sahibine çeşitli imkân ve yetkiler sunan bazı zilyetlik hallerine yönelik olarak da elatmanın gerçekleştirildiği görülmektedir. Bilindiği üzere zilyetlik, bir şey üzerindeki fiili hâkimiyeti ifade eder⁶. Bu bağlamda sınırlı ayni hak sahibi olan kişinin sahip olduğu zilyetliğe yönelik elatma olabileceği gibi, herhangi bir hukuki ilişki sebebi ile zilyetliğe sahip olan kişinin söz konusu fiili hâkimiyetine de müdahale söz konusu olabilir⁷. Nitekim

³ Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 285 vd.; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 4; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1989, s. 467; Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 179; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, 11. Basım, İzmir, Fakülteler Barış Kitabevi, 2014, s. 211 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, Birinci Cilt, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007, s. 58 vd. (bundan sonra “**Cilt I**” olarak anılacaktır.); Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1984, s. 359 vd.

⁴ Mülkiyet hakkının kullanımı çeşitli kısıtlamalara tabidir. Bu kısıtlamalar malikin kendi işlemlerinden kaynaklanabileceği gibi, çeşitli kanunlardan da kaynaklanabilir. Çalışmamız açısından komşuluk ilişkisinden kaynaklanan kısıtlamalar ve malikin buna katlanma yükümlülüğü Türk Medeni Kanunu'nun 737- 750. maddelerinde yer almakta olup, genel olarak el atma halleri söz konusu komşuluk ilişkisinden kaynaklanan kısıtlamaların aşılması sebebi ile karşımıza çıkmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Nejla Giritlioğlu, **Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, Doçentlik Tezi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 86 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 275; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 344 vd.

⁵ Söz konusu hukuki çarelerden “el atmanın önlenmesi” davaları çalışmamızın devamında detaylı olarak açıklanacaktır.

⁶ Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku: Zilyetlik- Tapu Sicili- Rehin Hakları- Paylı Mülkiyet**, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 4 vd.; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.68 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 47 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, İkinci Cilt, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007, s.58 vd. (bundan sonra “**Cilt II**” olarak anılacaktır.); s. 312 vd.; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 67 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 36 vd.; Ertaş, **a.g.e.**, s. 27 vd.

⁷ “*Dava, intifa hakkına dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir. Türk Medeni Kanunu'nun 795 maddesi uyarınca intifa hakları tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Aynı yasanın 803 maddesi uyarınca da intifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma hakkına sahip olup, bu haklarını akdine karşı ileri sürebileceği gibi*

taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimsenin, TMK'nın 992/2. maddesi gereğince gasp veya saldırı sebebiyle dava açabilecek olması, söz konusu fiili hâkimiyet hallerine müdahale olabileceğini göstermektedir⁸.

Toplumsal ve teknolojik gelişmeler, şehirleşme oranının artması, yaşam alanlarının daralması, yoğun nüfus sebebi ile çarpık kentleşmenin çoğalması gibi sebeplerle zilyetliğe olan müdahalenin arttığı gözlemlenmektedir⁹. Yine zamanla zilyetliğin kullanımının ve içeriğinin değişmesi ile zilyetlikten yararlanmanın ve zilyetliği koruyan sùjelerin değiştiğı söylenebilir.

Bütün bu açıklamalar ışığında; *“zilyetliğe bir başka deyişle fiili hâkimiyete sahip olan kişinin, zilyetliğine sahip olduğı şey üzerinde, dışarıdan bir müdahale ile söz konusu fiili durumu kullanılmasına ya da söz konusu fiili durumdan yararlanmasına tamamen ya da kısmen engel olunması hali elatma olarak adlandırılabilir¹⁰.”* Burada dikkat edilmesi gereken husus, el atma halinde zilyetlik tamamen kaybedilmemekte, zilyet olunan şey üzerinde fiili hâkimiyet tamamen elden çıkmamakta, sadece söz konusu fiili hâkimiyete bir müdahale söz konusu

üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir. (...Dava dışı Öz Polatlar Petrol Ltd. Şti.'nin maliki olduğı dava konusu taşınmazda davacı şirket yararına tesis edilmiş intifa hakkı tapu kütüğüne tescil edilmiş ve davacı sınırlı aynı hak kazanmış bulunduğundan bu hakkını Türk medeni Kanununun 803 maddesi uyarınca üçüncü kişi durumunda olan davacıya karşı ileri sürebilir.” (Y. 14.HD, 6.12.2005, E. 2005/9293, K. 2005/10983, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 05.03.2018), *“Bilindiğı üzere ve kural olarak, taşınmaza zilyet olanlar tapu kaydı veya bir hakka dayandığı takdirde TMK'nun 683. maddesindeki mülkiyet hakkının korunmasından yararlanarak istihkak davası veya elatmanın önlenmesi davası açabileceğı gibi, salt zilyetliğe dayanan kişiler ise TMK'nun 981 vd. maddeleri uyarınca zilyetliğin korunması hükümlerinden yararlanarak zilyetliğin korunması davası açabilirler. Kişilerin, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki üstün zilyetlik iddiasına veya taraflar dışında başkası adına tapuda kayıtlı bir taşınmazdaki tapu kaydına ya da gayri menkul satış vaadi sözleşmesine dayanmayan, kişisel hakka dayalı üstün zilyetlik iddiası durumunda, davanın 4721 Sayılı TMK'nun 974 vd. maddelerine dayalı zilyetliğin korunması davası olacağı kuşkusuzdur.”* (Y. 8.HD, 26.09.2017, E. 2015/10394, K. 2017/11552, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 05.03.2018).

⁸ Adli Kısagün, **İstihkak Meni Müdahale Zilyetlik Ecrimisil Davaları**, Ankara, Pratik Hukuk Kitapları Serisi IV, 1961, S.120-122; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.83.

⁹ Sadık Artukmaç, **Bizde Gayrimenkule Tecavüzün Def'i ve Zilyetlik**, 2. Bası, Doğış Ltd. Şirketi Matbaası, 1959, s.67

¹⁰ Artukmaç, **a.g.e.**, s. 66; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 328; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 489; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 14.

olmaktadır¹¹. Fiili hâkimiyetin tamamen elden çıkması hali, zilyetliğe el atma değil, *zilyetliğin gaspı* olarak adlandırılmaktadır¹².

Hem taşınır hem de taşınmaz mallara ilişkin elatmadan söz edilebilse de, taşınırlarda elatmanın önlenmesine sıklıkla rastlanılmamaktadır. Bunun nedeni taşınırlardaki müdahalenin genellikle o şeye “elatma” şeklinde değil, “el koyma” şeklinde gerçekleşmesidir¹³.

1.2. Elatmanın Türleri

Elatmanın genel bir kavram ve müdahale hali olduğu düşünüldüğünde, söz konusu durumun çeşitli şekillerde vuku bulması mümkündür. Gerçekten kentleşme oranının ve nüfusun artması sebebi ile kişilerin birbirlerine yönelik müdahaleleri yaygınlaşmakta ve müdahale farklı haklara etki edecek şekillerde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla yukarıdaki açıklamalarımızda da izah edildiği gibi elatma sebebiyle malik, sınırlı aynı hak sahibi, kişisel hak sahibi ya da herhangi bir sıfatla taşınmaza zilyet olan kişi de söz konusu müdahaleye maruz kalabilmektedir.

Bu bağlamda elatma, doğrudan ya da dolaylı olabileceği gibi soyut ya da olumsuz şekilde de gerçekleştirilebilecektir¹⁴.

1.2.1. Elatmanın Oluş Biçimine Göre

1.2.1.1. Doğrudan Elatma

Bu şekilde gerçekleşen elatmalarda, hak sahibinin malını kullanmasına doğrudan müdahale edilmektedir. Bir başka deyişle müdahalede bulunan kişi, fiili

¹¹ Eren, **Mülkiyet**, s. 42.

¹² Eren, **Mülkiyet**, s. 42; Karahasan, **Cilt II**, s. 358-360; Kısagün, **a.g.e.**, s. 243.

¹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 491; Eren, **Mülkiyet**, s. 47; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 47; Karahasan, **Cilt II**, s. 1455.

¹⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 16; Eren, **Mülkiyet**, s. 44.

olarak eşyaya yönelmekte, taşınır ya da taşınmaz mala dolaysız şekilde el atmaktadır¹⁵.

Taşınmazın kapısı önüne engel koymak, taşınmaza girmeye engel olmak, taşınmazı herhangi bir rıza olmaksızın ekip sürmek, taşınmaz üzerinde muhdesat yapmak doğrudan doğruya el atmaya örnek olarak gösterilebilir. Kendi arazisine gitmek için başkasının arazinin geçmek zorunda kalan eylemi ise elatma olarak sayılmamaktadır¹⁶. Bir taşınmaz malı, fiili hâkimiyet sahibinin rızası hilafına ele geçirmek ya da taşınmazdan talep edildiği halde ayırlamamak hali olan ve haksız işgal olarak adlandırılan elatma halinin de doğrudan gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin; taşınmazı herhangi bir rıza olmaksızın ekip sürmek, doğrudan elatma şeklinde gerçekleşen bir haksız işgaldir.

Fiilen ve doğrudan bir müdahale olmaksızın şey üzerinde hak sahibi olduğunu iddia etmenin (sataşmanın) el atma olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği ise doktrinde özel olarak tartışılmıştır. Giritlioğlu, hak iddia etmenin bir el atma hali olarak değerlendirilmesi gerektiğini ancak fiilen bir müdahale olmaksızın gerçekleştirilen hak iddialarında (sataşmalarda) başvurulacak hukuki çarelerin farklılık arz edeceğini ifade etmiştir¹⁷. Karahasan'a göre, TMK 683'de yer alan "*her türlü haksız el atma*" deyişi geniş bir şekilde yorumlanmalı, hak iddia etmek, haksız olduğu ve bir hakka dayanmadığı sürece el atma olarak değerlendirilmelidir¹⁸. Eren ve Özkaya'ya göre ise hak iddia etmek, hak sahibinin hakkının tanınmaması olarak sayıldığı müddetçe elatma olarak

¹⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁶ Y. 4. HD, 05.06.1957, E. 1957/ 7335, K. 1957/ 7926 (Artukmaç, **a.g.e.**, s. 91).

¹⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 16. (Yazar burada diğer elatma hallerinden farklı olacak şekilde, hak iddia eden kişiye karşı ileride özelliklerini açıklayacağımız elatmanın önlenmesi davasının değil, hak sahipliğinin tespitinin yapılacağı tespit davasının açılması gerektiğini savunmaktadır.)

¹⁸ Karahasan, **Cilt I**, s.78,79. (Yazar aynı bölümde Giritlioğlu'nun Yargıtay'ın hak iddia etmenin el atma olarak saydığı durumlara örnek gösterdiği Yargıtay kararlarını eleştirerek söz konusu kararlardaki el atma hallerinin hak iddiası olarak değil, doğrudan doğruya el atma olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.)

değerlendirilmelidir¹⁹. Kısağün'e göre de; hak iddia etmenin haksız elatma sayılması ve bunun önlenmesi talep edilebilmelidir²⁰. Yargıtay da fiilen bir müdahale olmasa dahi, şey üzerinde hak sahibi olduğunun iddia edilmesini doğrudan bir elatma olarak kabul etmiştir²¹.

Kanaatimizce fiili bir müdahale olmaksızın hak iddia etmek ya da hak sahibinin hakkının tanınmaması noktasındaki haller de elatma olarak nitelendirilmeli ve hak sahibine bunun önlenmesi yönünde bir talep hakkı sağlanmalıdır²². Zira taşınmaz üzerinde hak iddia etmek ya da hak sahibinin taşınmaz üzerindeki hakkının tanınmaması da, hak sahibinin haktan yararlanmasına engel olabilir, hak sahibinin söz konusu haktan yararlanması bahse konu sataşma nedeni ile güçleşebilir. Dolayısıyla hak iddiasında bulunan, iddia ettiği hakkın varlığını ispat edene kadar taşınmaza elatan konumunda kabul edilmelidir.

1.2.1.2. Doğrudan Olmayan (Dolaylı) Elatma

Doğrudan olmayan elatmada, doğrudan elatmadan farklı olarak, hakka doğrudan ve fiziken bir müdahale söz konusu değildir. Müdahalede bulunan kişi, dolaylı olarak hak sahibinin hakkını kullanmasına ve söz konusu haktan

¹⁹ Eraslan Özkaya, **Açıklamalı- İçtihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları: Tapulu ve Çaplı Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 27; Eren, **Mülkiyet**, s. 44.

²⁰ Kısağün, **a.g.e.**, s. 217.

²¹ “Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir. Mahkemece, tek bir fen bilirkişisinin raporu esas alınmak suretiyle tecavüz bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Teknik bilirkişi her ne kadar tecavüz bulunmadığını bildirmiş ise de davalı, davacıyla aralarındaki sınırın bilirkişinin raporuna dayanak yaptığı üzerinde dut ağacı bulunan sınır değil ilerideki, daha açık bir anlatımla davacının çapı içerisinde bulunan çalılıklar olduğunu iddia etmiştir. Bu durumda davalının fiili bir tecavüzü bulunmasa dahi davacının parselinin bir kısmında hak iddia etmek suretiyle muaraza (sataşma) yarattığı açıktır.” (Y. 1.HD, 29.11.2000, E. 2000/14854, K. 2000/15004, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 06.03.2018), “Dosya kapsamına, toplanan kanıtlara, kal'ine karar verilen binanın 105 sayılı parselde bulunduğu ve 78,82,83,84 104,106 ve 245 sayılı parsellere de sürüp ekmek ve hak iddia etmek suretiyle davalının müdahale ettiğinin sabit bulunmasına göre hükmün infaz olanağı bulunmakla davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.” (Y. 14. HD, 26.5.1998, E. 1998/1220 K. 1998/4178, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 06.03.2018)

²² Hak iddia ederek müdahalede bulunan kişiye karşı açılacak olan dava uygulamada sataşmanın önlenmesi (muazaranın menı) olarak adlandırılmaktadır.

yararlanmasına engel olmaktadır. Bu tip elatmalarda başka bir kişi ya da vasıta kullanılabilir.

Haksız olarak elatanın kendi taşınmazında koku, ses, duman, is çıkarması²³, gürültü yapması, suyun tabii mecrasını değiştirmesi, komşu taşınmaza zarar verecek şekilde inşaat yapması²⁴, önlem alması gereken durumlarda gereken özeni göstermemesi²⁵ gibi durumlar doğrudan olmayan elatma halleri için örnek gösterilebilir.

²³ “Davacı vekili dava dilekçesi ile; müvekkilinin 9 numaralı bağımsız bölümün maliki olduğu ... Mah. ...Cd. 170 kapı numaralı binanın zemin katındaki davalı bankanın split klima montajı yaparak giriş ve kolonları deldiklerini ve tekniğine uygun olarak kapatmadıklarını, yapılan bu tahribat ile kolonların yontulduğunu ve bina statüsünün değiştirilerek dirençsiz hale getirildiğini, binanın dış cephesinde klima montajı sonrası binanın dış cephe boyasına uymayan renkte boya ile boyandığını, davalı bankanın alt katındaki bağımsız bölüme ait mutfak bacasının bankanın dekoratif sebeplerle iptal edildiğini, kat maliklerinin rızası olmaksızın kullanılmaz hale getirildiğini, müvekkilinin dairesine gaz, koku ve duman geldiğini, 2-3 yılda bir tadilat yaptıklarını, 15.01.2005 tarihli genel kurul kararı ile davalı banka şubesinin sadece 2 araçlık park hakkı bulunduğu halde, banka personelinin ve müşterilerin araçlarını bina sakinlerinin araçlarının park yerlerine koyarak bina kat maliklerini mağdur ettiklerini, bu sebeple davalı banka şubesince yapılan müdahalenin men'in ve eski hale getirilmesinde 10.000 TL maddi tazminat talebinde bulunulmuş ise de, bu bedelin eski hale getirme bedeli olarak talep edildiğini bildirmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir... Mahkemece projeye aykırı hususlar belirlenip, eski hale getirilmesine karar verilmesine karar verildiğine göre anılan karar da bir isabetsizlik bulunmadığından yerinden görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile usule ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına...” (Y. 20. HD, 09.10.2017, E. 2017/3966, K. 2017/7455, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 06.03.2018)

²⁴ “Davacı, kayden maliki olduğu 674 parsel sayılı taşınmaza davalı şirketin komşu parselde inşaat ve hafriyat işi yapımı sırasında toprak kaymasına yol açmak ve ağaçların sökülmesine neden olmak suretiyle müdahale ettiğini, işgal sebebiyle taşınmazının kullanılamaz hale geldiğini ileri sürerek elatmanın önlenmesine ve zararının giderilmesi bakımından 10.000,00 TL nin tahsiline karar verilmesini istemiştir. (...)Mahkemece, çekişme konusu taşınmaza davalının komşu parselde yapmış olduğu inşaat hafriyatı sırasında toprak kaymasına neden olmak ve 6 adet zeytin ağacının yıkılmasına yol açmak suretiyle müdahale ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Oysa içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının temyiz itirazı yerinde değildir.” (Y. 1.HD, 19.3.2013, E. 2012/9611, K. 2013/374, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 06.03.2018) .

²⁵ “Davacı, kayden maliki olduğu 354 ada 2 parsel sayılı banka şube binasının komşu 3 ve 4 parsel sayılı davalı İsmet'e ait taşınmazlarda yapılmakta olan inşaat harfiyatı ile ilgili gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle zarar görme ve yıkılma tehlikesine maruz kaldığını ileri sürerek, elatmanın önlenmesi isteğinde bulunmuştur. Mahkemece, bilirkişiler raporları doğrultusunda, davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğine, toplanan delillere hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye; delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, özellikle bilirkişilerin bilim ve tekniğe uygun raporları gözetilerek karar verildiğine göre; davalı Ozan'ın temyiz itirazı yerinde değildir.” (Y. 1.HD, 22.10.2003, E. 2003/10395, K. 2003/11164, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 06.03.2018) .

Doğrudan olmayan el atma hallerinin kaynağını büyük çoğunlukla komşuluk hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmesi oluşturmaktadır²⁶. Bilindiği üzere, komşuluk hukukundan kaynaklanan birtakım sınırlandırmalar ve katlanma yükümlülüğü mevcuttur²⁷. İşte objektif ölçülere göre söz konusu sınırın aşılması durumunda, haksız elatmadan söz edilebilir.

1.2.1.3. Soyut Elatma

Bu tip elatmada, müdahalede bulunan kişinin bir eyleminden ziyade, hak sahibini tedirgin ve rahatsız eden davranışlar bulunmaktadır. Bir başka deyişle söz konusu elatma hallerinde hak sahibi, sahip olduğu hakkını kişilik hakkına yapılan müdahale sebebi ile kullanamamaktadır²⁸.

Müdahalede bulunanın görüntü kirliliğine sebebiyet vermesi²⁹, huzur ve sükûneti bozacak hal ve davranışlarda bulunması, ışığın gelişine engel olması³⁰ gibi

²⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 18-19.

²⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 564- 589; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 273; Karahasan, **Cilt I**, s. 1096-1097, Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 365 – 366.

²⁸ Özkaya, **a.g.e.**, s. 27.

²⁹ “Davacı, kayden maliki olduğu 31 parsel sayılı taşınmazına komşu 10 parsel maliki davalının üç metrelik bahçe boşluğu bırakmadan, avlu duvarını gereğinden fazla yükseltmek suretiyle görüşünü kapatıp, görüntü kirliliğine yol açtığını, davalının binasının ruhsatsız ve sit alanında kaldığını ileri sürüp, elatmanın önlenmesi ve yıkım istemiştir. Davanın reddine ilişkin olarak verilen karar Dairece " konunun uzmanı kişiler aracılığıyla yerinde gerekli inceleme ve araştırmanın yapılması, iddia edildiği şekilde bir zararın doğup doğmadığının belirlenmesi ondan sonra hüküm kurulması" gerektiği gerekçesiyle bozulmuş mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, davalının kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğine, toplanan delillere hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına özellikle davalının mevcut duvar üzerine yaptığı eklentinin komşuluk hukukuna aykırı olduğu anlaşıldığına göre; davalıların temyiz itirazı yerinde değildir.” (Y. 1.HD, 29.6.2005, E. 2005/7879, K. 2005/8082, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 10.03.2018) .

³⁰ “Davacı, çekişme konusu 403 ve 407 parsel sayılı taşınmazların kayden maliki olduğunu, sınır komşusu 404 parsel maliki davalının ortak sınıra kanada kavağı, ceviz ağacı ve çeşitli meyve ağaçları diktiğini, ağaçların uzayan dallarının, 403 ve 407 parsellerde yer alan ürünlerine gölge yaparak zarar verdiğini, güneş ışığı engellendiğinden verimliliklerinin düştüğünü ileri sürerek taşınmazına sarkan ve gölge yapan ağaçların dallarının ve gerekiyorsa gövdelerinin kesilerek elatmanın önlenmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, 403 ve 407 parsel sayılı taşınmazlara davalı tarafından yapılan elatmanın "sınırdaki bulunan ağaçların ilk sırasının kesilerek" önlenmesi yönünde davalının kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğine, toplanan delillere hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, göre, davalının

haller soyut elatmaya örnek verilebilir. Hukukumuzda komşu taşınmaza karşı pencere açılması hali ise özel olarak değerlendirilmiştir. Mecelle döneminde kadınlar açısından karşı cins tarafından görülmeme ve tesettür zorunluluğu bulunduğundan mahremiyeti engellediği düşünülen pencere açılması hali elatma olarak nitelendirilmekte ve gerekli görülmesi halinde pencerenin kapatılmasına karar verilmekteydi³¹. Giritlioğlu'na göre ise eski hukukumuzda bu görüş kabul edilebilirken, günümüz koşullarında pencere kapattırmak laik hukuk ilkeleri bağdaşmayacaktır³². Yargıtay da, çoğunlukla verdiği kararlarda sadece pencere açmanın el atma olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir³³.

Uygulamada soyut elatma hallerine sıkça rastlanılmakta olup, kanaatimizce burada da hâkim tarafından objektif bir ölçüt belirlenmelidir. Gerçekten, elatmaya maruz kaldığını iddia eden kişinin şahsi duygu ve düşüncelerinin korunmasından ziyade, bahse konu el atma halinin objektif olarak kişiyi etkileyip etkilemeyeceğinin

temyiz itirazı yerinde değildir.”, (Y. 1.HD, 3.2.2005, E. 2005/25, K. 2005/843, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.03.2018) .

³¹ F. Necmettin Feyzioğlu, “Komşuluk Hukuku Üzerinde (Zarar Verici Taşkınlıklar, Açılan Pencere Konusunda) Karşılaştırmalı İnceleme”, **Kubalı'ya Armağan- Melenges Kubalı**, İstanbul, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, 1974, s. 563 (bundan sonra “**Komşuluk**” olarak anılacaktır.)

³² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 22.

³³ “*Davacı taraf, 34 parsel sayılı taşınmazda paydaş olduğunu, davalı tarafın, taşınmazına, çit ile çevirmek, zemin kat daireyi çekme mesafesi bırakmadan bitişik yapmak, davacının taşınmazının bulunduğu cephesinden dört adet pencere açmak, binanın ikinci katına 60 cm çıkma yapmak suretiyle tecavüzde bulunduğunu açıklayarak, kal hakkı saklı kalmak kaydı ile davalının çit ile çevirmek ve pencere açmak suretiyle yapmış olduğu müdahalenin önlenmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, "Davanın kabulüyle davalının, 34 parsel sayılı taşınmazın, bilirkişilerin 18/12/2014 tarihli rapor ve krokilerinde belirtilen 12 m²'lik kısmına vaki müdahalesinin önlenmesine, belirtilen bilirkişi rapor ve krokisinde saptandığı biçimde davacının paydaşı olduğu 34 parsel davalının ada 5 parsel üzerine inşaa etmiş olduğu binasının 2.katında 78 cm genişlikteki 5,60 m²'lik çıkma yapmak suretiyle oluşan müdahalesinin önlenmesine, davalının aynı şekilde davacı binasına bakacak şekilde yaptığı 4 adet pencerenin kapatılmasına” karar verilmesi üzerine; hüküm, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir. Komşu parselde bulunan binadaki pencereler sebebiyle davacı taşınmazına fiilen elatma söz konusu olmayıp, davalının kendi mülkiyet alanı içerisinde imar mevzuatına aykırı olarak davacı taşınmazına cepheli pencere açması idari yaptırım gerektirir. Ayrıca, davalı tarafın TMK'nın 737. maddesinde düzenlenen hoşgörü sınırlarını aşacak nitelikte davranışları da davada izah ve ispat edilmiş değildir. Bir kimsenin kendi mülkiyet alanı içindeki binası veya bölümüne pencere açma olgusu TMK'nın 683. maddesi gereğince mülkiyet hakkının bir sonucu olup, pis koku, duman, gürültü vs gibi zarar verici haller dışında, pencere açmanın karşı tarafı olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlık olduğu da kabul edilemez.” (Y. 8.HD, 26.4.2018, E. 2018/8894, K. 2018/11692, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 10.03.2018)*

değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir³⁴. Dolayısıyla hak sahiplerinin huzur ve sükûnetinin söz konusu şekillerde bozulması durumunda hak sahibinin bunun ortadan kaldırılmasını isteme hakkı mevcuttur.

1.2.1.4. Olumsuz Elatma

Elatma olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilir.³⁵ Olumsuz elatma hallerinde genel olarak, müdahalede bulunan kişinin kendi taşınmaz malının taşkın kullanılmasından dolayı hak sahibinin zarar görmesi söz konusudur³⁶. Olumsuz elatma halinde komşu hak sahibinin manzarasına, rüzgârına, ışığına engel olunması hali en sık karşılaşılan durumlardır. Bu durum ise genellikle komşu taşınmazın imara aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında imar mevzuatına aykırı olarak yapılan taşınmazın, her durumda haksız el atmaya konu olmayacağı, zarar ve komşuluk ilişkisi gibi ölçütlerin göz önünde bulundurulması bir değerlendirme yapılması gerektiği benimsemiştir³⁷. Giritlioğlu'na göre de bu durum her somut olaya göre değerlendirilmeli, taşınmazın sadece imara uygunluğu sebebi ile elatmanın doğmayacağından ya da sadece imara aykırılık nedeni ile elatmanın doğacağından söz edilmemelidir³⁸.

Elatmaya ilişkin söz konusu gruplandırmalarda kesin bir sınır bulunmamaktadır. Zira dikkat edilecek olursa, örnek olarak gösterilen bir takım fiiller birden fazla elatma grubunun içine dâhil edilebilmektedir. Büyük çoğunlukla

³⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 19.

³⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 282; Eren, **Mülkiyet**, s. 45.

³⁶ Özkaya, **a.g.e.**, s. 28.

³⁷ “...davalının kendi taşınmazına yaptığı yapının salt ruhsatsız olduğu, imara aykırı bulunduğu ileri sürülüp, TMK'nın 737. maddesi uyarınca yıkım ve eski hale getirme istenemeyeceği göz önünde bulundurulmalı, somut olayın özelliği, komşu taşınmazların yerleri, nitelikleri, konumları, kullanma amaçları göz önünde tutularak, normal bir insanın hoşgörüsü ve tahammül sınırlarını aşan bir elatmanın bulunup bulunmadığı tespit edilmeli(...)” (Y. 16.HD, 6.10.2017, E. 2015/14492, K. 2017/6199. Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y 14.HD, 9.10.2017, E. 2015/5318, K. 2017/7310; Y 14.HD, 12.9.2017, E. 2015/18590, K. 2017/6112; Y. 14.HD, 20.10.2016, E. 2016/2809 K. 2016/8585 çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 11.03.2018).

³⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 25.

soyut elatmalar aynı zamanda olumsuz elatma olarak belirtilebilir³⁹. Komşu taşınmazda bulunan kişinin, hak sahibinin ışığına engel olacak şekilde kendi bahçesine ağaç dikmesi örneğinde, söz konusu elatmanın hem olumsuz hem de soyut elatma olduğu söylenebilir.

Söz konusu ayrımlara konunun daha iyi anlaşılabilmesi için doktrinde yer verilmiş olup, biz de elatma kavramının dolayısıyla haksız işgal kavramının daha iyi şekillenebilmesi açısından kısa örneklerle söz konusu gruplandırmaya değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu ayrımın, müdahaleye maruz kalan hak sahibinin, başvuracağı hukuki çare ve taleplere herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Hak sahibi söz konusu elatma devam ettiği sürece öngörülen hukuki çarelere başvurabilecektir.

1.2.2. Elatmanın Yöneldiği Hakkın ya da Fiili Durumun Türüne Göre

Haksız elatma halinde, el atmaya konu eşya üzerinde hak sahibi olan kişinin söz konusu hakkı kullanması mümkün olmamakta ya da söz konusu hakkı kullanması zorlaşmaktadır. Hukukumuzda çoğunlukla mülkiyet hakkına yönelik el atma hallerine rastlanılsa da eşya üzerinde başkaca bir hukuki sebebe dayalı olarak zilyetliğin iktisabı mümkündür⁴⁰. Hal böyle iken, eşyaya yönelik gerçekleştirilen el atma hallerinde malik dışında taşınmazda fiili hâkimiyeti bulunan kişilerin de maruz kalabileceği kuşkusuzdur.

Elatmaya konu yerin maliki ya da maliki olmasa da çeşitli yasalarla veya sözleşme ile elatmaya konu yere zilyet olan veya zilyetliği devralmış bulunan şahısların elatmanın önlenmesine (kaldırılmasına) yönelik hukuki çarelere başvurması mümkündür⁴¹. Dolayısıyla haksız elatma, malike, sınırlı ayni hak

³⁹ Özkaya, **a.g.e.**, s. 28.

⁴⁰ Karahasan, **Cilt I**, s. 326 vd.; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 22 vd.; Esener, Güvener, **a.g.e.**, s. 79 vd.

⁴¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 282; Karahasan, **Cilt I**, s. 74; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 11; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 498; Eren, **Mülkiyet**, s. 43.

sahibine, kişisel hak sahibine ya da elatmaya konu şeye zilyet olan kimseye karşı olabilir.

2. Bir Elatma Türü Olan Haksız İşgal Halinin Değerlendirilmesi

Haksız işgal kavramının yasal mevzuat kapsamındaki tanımına “fuzuli işgal” adı altında Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli Ve Esaslarına Dair Yönetmelik’te rastlanılmaktadır⁴². Esasen 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun⁴³ gerçek ve tüzel kişilerin zilyedi olduğu taşınmaz mallara yönelik yapılan tecavüz ve müdahalelerin idari merciler tarafından bertaraf edilmesi usul ve esaslarını düzenlemektedir. Çalışmamızın konusu ise söz konusu haksız işgal halinin adli makamlar nezdinde nasıl çözümleneceğine ilişkindir. Ancak Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli Ve Esaslarına Dair Yönetmelik’in 15/2. maddesinde haksız işgalin tanımı yapılmıştır. Buna göre haksız işgal; *“bir taşınmazı, sahibinin izin ve rızası olmayarak işgal etme, başka bir deyişle bir taşınmazın maliki veya onun yerine bu konuda işlem yapmaya yetkili vekil veya mümessil gibi kimselerle hukuki bir bağlantı kurmadan rıza dışı, henüz boşaltılmamış veya herhangi bir suretle boşalan damlı bir yapıya, eylemli bir durum yaratarak kendiliğinden girme durumudur.”*

Yine 1938 tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında ise haksız işgal; *“Fuzulî işgal denilen şeyin hukukî bakımdan mahiyeti bir hakka, zimnî veya sarîh bir akte müstenit olmaksızın gayrin malını izinsiz ve rızasız işgal veya istimal etmekten veyahut başkasının zilyetliğini gasp ve ona tecavüz eylemekten ibarettir. O gayr veya zilyedin bundan mutazarrır olup olmaması müsavidir. Medenî ve Borçlar Kanunu’nda bu tabir aynen kullanılmamakta ise de diğer bazı kanunlarımızda gayrimenkulun haksız ve sahibinin izni ve rızası olmaksızın işgal ve istimaline istilâh*

⁴² RG., 31.07.1985, 18828.

⁴³ RG., 04.12.1984, 18606.

olarak yer almaktadır, yani (fuzulî işgal) eylem gayrimenkuller hakkında kanunî bir tabirdir.” olarak tanımlanmıştır⁴⁴.

Yine Temizer ” fuzuli işgal denilen şeyin bir gayri menkulü akıdsız ve sahibinin rızası olmaksızın haksız olarak işgal ve istimal ve andan intifada etmekten ibaret olduğu cihetle ...” demek sureti ile haksız işgale ilişkin tanımlamada bulunmuştur⁴⁵.

Dolayısıyla bu tanımlardan yola çıkarak haksız işgalin unsurlarının da belirlenmesi mümkündür. Buna göre bir malın zilyetliğinin tamamen ele geçirilerek malın elde tutulması ve söz konusu malın ele geçirilmesinin hukuka uygun bir nedene dayanmaması durumunda haksız işgalden söz edilebilir. Taşınmazın bir kısmının işgali de söz konusu olabilir. Buradaki haksızlık, ele geçirilme halinin hukuka uygun bir nedene dayanmaması ya da hak sahibinin söz konusu işgale katlanma yükümlülüğünün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Haksız işgali gerçekleştiren kişiye ise uygulamada ve yargı kararlarında “fuzuli şagil” denilmektedir. Fuzuli şagilin gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür. Yine fuzuli şagilin kusurlu olması da işgalin haksızlığı açısından aranmamaktadır. Buna ilişkin detaylı açıklamalar ise haksız işgalin önlenmesi davalarının özellikleri çerçevesinde incelenecektir⁴⁶.

“İşgal” terimi söz konusu yasal düzenlemeler dışında TMK’nın 707. maddesinde de kullanılmıştır. Buradaki işgal Kevork’un da ifade ettiği gibi; “*üzerinde mülkiyet hakkı hiç kurulmamış ya da terkin yolu ile son bulmuş bir gayrimenkulun, malik gibi zilyedliğinin, malik olmak niyetiyle elde edilmesi ile kurulan bir aslen mülkiyet kazanma yoludur*”⁴⁷.” Yani işgal esasen üzerinde başkaca

⁴⁴ YİBK. 25.05.1938, E. 1937/29, K. 1938/10 (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 20.03.2018)

⁴⁵ Şemsettin Temizer, “Fuzuli İşgal ve Ecri misil nedir?” **Adliye Ceridesi**, Sayı: 8, No: 59, 1938, s. 1112.

⁴⁶ Bkz. I. Bölüm, 3.2. Haksız İşgal Nedeniyle Elatmanın Önlenmesi (Müdahalenin Men’i) Davasının Özellikleri, s. 18 - 32.

⁴⁷ Kevork Acemoğlu, “Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Müessesesi Üzerine Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1967, s. 248, dn. 1 (çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/96252>, 20.03.2018) (bundan sonra “**Olağanüstü Zamanaşımı**” olarak anılacaktır.)

bir kişi tarafından mülkiyet hakkı bulunmayan taşınmazlara yönelik olup, işgalcinin şartları sağlaması halinde malik olma arzusu vardır⁴⁸. Bu bağlamda çalışmamızın konusunu oluşturan haksız işgal halinde ise, fuzuli şağilin malik olma niyetinde olma zorunluluğu bulunmadığı gibi, haksız işgal her türlü taşınmaza yönelik olabilecek bir elatma halidir. Bu bağlamda mülkiyetin tescil dışı kazanım hallerinden biri olan “işgal” kurumuna göre çok daha kapsamlıdır.

Bir taşınmaza girerek o taşınmazı fiilen kullanma, taşınmazın kullanımı için başta bir sözleşme ya da rıza olmasına rağmen söz konusu sözleşmenin hitamı ya da rızanın geri alınması ile birlikte taşınmazın tahliye edilmemesi, taşınmazın girişine engel olacak şekilde inşaat yapma ya da buna benzer faaliyetlerde bulunma, başka bir taşınmazın taşkın olarak kullanılması sebebi ile komşu taşınmazın kullanılamaması, başkasına ait araziye ekip biçme, taşınmazın kullanılmasına yarayacak anahtarların alıkonulması gibi haller ise haksız işgale örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla taşınmazın işgali çeşitli şekillerde vuku bulabilmektedir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere; haksız işgalin önlenmesi ve buna bağlı ecrimisil tazminatının talep edilebilmesi için aranan şartların sağlanması yeterli olup, haksız işgalin ne şekilde meydana geldiği uygulama açısından bir farklılık yaratmamaktadır.

3. Haksız İşgalin Önlenmesi ve Buna İlişkin Açılacak Olan Davalar

3.1. Genel Olarak

Mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkı dışında hak sahibine çeşitli imkân ve yetkiler sunan bazı zilyetlik hallerine yönelik olarak haksız işgalin gerçekleşebileceğini ifade etmiştik. Çalışmamızda elatma ve özellikle haksız işgale ilişkin açıklamaların yapılması akabinde söz konusu haksız işgal halinin nasıl önlenebileceği (kaldırılabilirliği) açıklanmaya çalışılacaktır.

⁴⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 410 – 411.

Hukukumuzda hakkın korunması çoğunlukla dava açılması ile sağlanmaktadır⁴⁹. Buna göre; zilyetliğini kaybetmemiş malik ya da herhangi bir sıfatla zilyet olan kimsenin zilyetliğine zarar veren ya da zilyetliğini kullanmasına engel olan kişi ya da kişilere karşı ikame edeceği dava elatmanın önlenmesi davası olacaktır⁵⁰. Hukukumuzda “elatmanın önlenmesi” ismi ile anılan iki tür dava bulunmaktadır. Bunlardan ilki zilyetliğe saldırı halinde açılacak olan TMK madde 983’te düzenlenen “zilyetliğe saldırının önlenmesi” davasıdır⁵¹. Diğer dava türü ise, yukarıda da belirtilen TMK’nın 683/II. maddesinde düzenlenen “mülkiyete dayanan elatmanın önlenmesi” davasıdır. Bu iki dava isim olarak benzese de dayanakları tamamen farklıdır. TMK 683/II uyarınca açılacak davalarda davacı mülkiyet hakkına dayanmaktadır ve malik olduğunu ispatla mükelleftir⁵². TMK 983 uyarınca açılacak davalarda ise zilyet bir hakka dayanabileceği gibi, hiçbir hakka dayanmaksızın da söz konusu davayı ikame edebilecektir⁵³. Burada asıl olan davanın süresinde açıldığının ve fiili hâkimiyete müdahale edildiğinin ispat edilmesidir⁵⁴. Zilyetliğin bir hakka dayanması durumunda ise açılacak olan dava zaten o hak ile anılacaktır⁵⁵. Örneğin haksız işgal sebebi ile intifa hakkını kullanamayan hak sahibinin açacağı dava, “intifa hakkına dayalı haksız işgalin önlenmesi davası” olarak anılacaktır. Ancak az önce de ifade edildiği gibi, zilyedin bir hakka dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır.

⁴⁹ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.321 vd.

⁵⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 7-8; Eren, **Mülkiyet**, s. 42; Karahasan, **Cilt I**, s. 73; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 281; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 189; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 489.

⁵¹ Ertaş, **a.g.e.**, s. 47- 48; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 47; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 96; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 87 - 88; Kısagün, **a.g.e.**, s. 261; Ayan, **a.g.e.**, s. 115 – 116.

⁵² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 28; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 284; Karahasan, **Cilt I**, s. 74.

⁵³ Ertaş, **a.g.e.**, s. 51; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 47; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 96; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 88; Kısagün, **a.g.e.**, s. 174; Ayan, **a.g.e.**, s. 107.

⁵⁴ Elatmanın önlenmesi davalarında malik mülkiyet hakkını ispatlamak zorunda olduğundan elatmanın önlenmesi davası yerine, zilyetliğe saldırının önlenmesi davasının açılması tercih edilebilir. Zilyetliğe saldırının önlenmesi davasında amaç sadece zilyetliği korumak olduğundan davacının ayrıca bir hakkı ispatlaması gerekmemektedir. bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 489.

⁵⁵ Özkaya, **a.g.e.**, s. 38.

Haksız işgalin (elatmanın) önlenmesine ilişkin davalar, zilyetliğin tamamen kaybedilmesi ile açılan istihkak davalarından farklı özelliktedir⁵⁶. Uygulamada her ne kadar her iki dava türünün isimlendirilmesinde zaman zaman tereddüt yaşansa da, istihkak davası ile haksız işgalin (elatmanın) önlenmesine ilişkin davalar birbirinden farklıdır. Nitekim buna ilişkin açıklamalarımızı aşağıda yapacağız⁵⁷.

Dolayısıyla haksız işgalin önlenmesi davaları, zilyetliğini tam olarak kaybetmemiş hak sahibinin zilyetliğine zarar veren, zilyetliğini kullanmasına engel olan, eşya üzerinde hak iddia eden⁵⁸, zilyetliğin kullanılmasını güçleştiren kişiye karşı açılan davalardır⁵⁹. Haksız işgal sebebi ile açılan elatmanın önlenmesi davası ise, “haksız işgalin önlenmesi” ya da “haksız işgal nedeni ile elatmanın önlenmesi” davası olarak anılmakta olup, çalışmamızda çoğunlukla “haksız işgalin önlenmesi” ifadesi kullanılacaktır.

3.2. Haksız İşgalin Önlenmesi Davasının Özellikleri

3.2.1. Haksız İşgalin Varlığı

Eşya üzerinde hak sahibinin fiili hâkimiyeti ortadan kaldırılmış ise, eşyanın işgali söz konusudur. Bir malın zilyetliğinin fiilen ele geçirilmesi ve elde tutulması durumunda zilyet, zilyedi olduğu taşınmazdan faydalanamayacak, söz konusu taşınmaz üzerinde zilyetlikten doğan yetkilerini kullanamayacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, işgalin haksız olması, bir başka deyişle işgali hukuka uygun hale getiren bir sebebin var olmaması gerekmektedir⁶⁰.

⁵⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 25; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 278; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 186; Eren, **Mülkiyet**, s. 31.

⁵⁷ Bkz. I. Bölüm, 3.2.2. Haksız İşgal Halinde Zilyetliğin Tamamen Kaybedilmemesi, s. 22 - 26.

⁵⁸ Hak iddia etmenin el atma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin açıklamalar için bkz. I. Bölüm, 1.2.1.1. Doğrudan Elatma, s. 7- 8.

⁵⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 25; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 189; Eren, **Mülkiyet**, s. 32; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 282; Özkaya, **a.g.e.**, s. 24; Ertaş, **a.g.e.**, s. 215.

⁶⁰ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Cilt, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 22; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 282.

Kanunda işgalin hangi hallerde haksız olup olmadığının tek tek sayılması mümkün olmadığından, burada genel hükümlerden ve hukuk yaratma ilkesinden yararlanılacaktır⁶¹. Aşağıda da açıklanacağı üzere, haksız işgale neden olan kimsenin kusurlu olup olmaması haksız işgalin önlenmesi talepleri açısından önem taşımamaktadır. Ancak işgal halinde, işgali hukuka uygun hale getiren bir sebebin varlığı halinde işgalin varlığı kabul edilmeyecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁶² 63. maddesi, hukuka aykırılığı kaldıran halleri düzenlemiştir. Buna göre; kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil⁶³, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası⁶⁴, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde⁶⁵ de fiil, hukuka aykırı sayılmaz⁶⁶. Yine işgal, yasa ya da sözleşmeden kaynaklanan ayni ya da şahsi hakka dayanıyorsa haksız işgalden söz edilemeyecek, dolayısıyla haksız işgalin önlenmesi davası mevcut bir işgal varsa dahi kabul edilmeyecektir⁶⁷. Dolayısıyla uygulamada genellikle fuzuli şağil tarafından ileri sürülebilecek, “kiracıyım”, “muvafakat var”,

⁶¹ Eren, **Mülkiyet**, s. 44; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 115.

⁶² RG., 11.01.2011, 27836.

⁶³ Kanunun verdiği yetkiye istinaden mevcut olan yasal düzenlemelerden olan katlanma yükümlülüğü (TMK 744), zorunlu geçit hakkı (TMK 747), başkasının arazisine girme hakkı (TMK 751, 752,753), zorunlu su hakkı (TMK 761) örnek olarak gösterilebilir. Eren, **Mülkiyet**, s. 50; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 282.

⁶⁴ Yargıtay verdiği kararlarda, elatmanın önlenmesi davasının açılmasını rızanın geri alınması olarak kabul etmiştir: YHGK. 5.5.2010, E. 2010/1-218, K. 2010/251; YHGK. 4.11.2009, E. 2009/1-401, K. 2009/473; YHGK. 22.6.1994, E. 1994/1-377, K. 1994/431 (çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 01.04.2018).

⁶⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 86.

⁶⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.22 - 37.

⁶⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 97; Özkaya, **a.g.e.**, s. 22; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 189; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 284.

“tahsis var”, “haricen satın aldım”, “satış vaadi sözleşmesi var”⁶⁸, “zilyedim” gibi savunmaların geçerli olması halinde elatmanın önlenmesine hükmedilemeyecektir⁶⁹.

Daha önce de ifade edildiği gibi; mülkiyet hakkının kullanımı çeşitli kısıtlamalara tabi olup, bu kısıtlamalar hak sahibinin kendi işlemlerinden kaynaklanabileceği gibi, çeşitli kanunlardan da kaynaklanabilir⁷⁰. Nitekim komşuluk ilişkisinden kaynaklanan kısıtlamalar ve malikin buna katlanma yükümlülüğü Türk Medeni Kanunu’nun 737- 750. maddelerinde yer almakta olup, malikin komşuluk hukukundan kaynaklı bazı taşkınlık hallerine katlanması gerekmektedir⁷¹. Söz konusu objektif ölçüt hâkim tarafından belirlenmeli, hâkim müdahalede bulunan kişinin (komşunun) eğitim durumu, karakteri gibi hususları gözetmekten ziyade ortalama bir kişinin durumunu gözeterek karar vermelidir^{72 73}. Objektif ölçütün aşılmadığı, bir başka deyişle komşuluk hukukundan kaynaklanan katlanma

⁶⁸ Yargıtay birden çok kararında, elatmanın önlenmesi davasında, taşınmazın satışının vaat edildiği savunulduğunda, bu vaade dayalı tescil davası açılmış ise, sonucunun beklenmesine veya satış vaadi sözleşmesinden doğan tescil isteyebilme hakkının saklı tutularak elatmanın önlenmesine karar verilmesi gerektiğini ittiha etmiştir. Örnek kararlar için bkz. YHGK. 26.10.1984, E. 1984/1-1056, K. 1984/869; YHGK. 26.01.1978, E. 1984/531, K. 1978/715 (çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 04.04.2018) Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Uğur TURAN, **Tapulu Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 1184 vd.

⁶⁹ Elatmanın önlenmesi davalarında uygulamada en sık karşılaşılan savunmalar bu şekildedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turan, **a.g.e.**, s. 960 vd.

⁷⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 86; Eren, **Mülkiyet**, s. 50; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370, Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 282; İ. Sahir Çörtoğlu, **Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1988, s. 95- 104; Karahasan, **Cilt I**, s. 1093 – 1098.

⁷¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 564; Karahasan, **Cilt I**, s. 1289 – 1349; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 292; Eren, **Mülkiyet**, s. 465; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 129; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 647; Ertaş, **a.g.e.**, s. 409.

⁷² Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 566; Özkaya, **a.g.e.**, s. 27; Eren, **Mülkiyet**, s. 476.

⁷³ “Mahkemece yapılacak araştırmalarda somut olayın özelliği, komşu taşınmazların yerleri, nitelikleri, konuları, kullanma amaçları göz önünde tutularak, normal bir insanın hoşgörüsü ve tahammül sınırlarını aşan bir elatmanın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davacının sübjektif ve aşırı duyarlılığı ile değil, objektif her normal insanın duyarlılığına göre elatmaya katlanıp katlanamayacağı araştırılmalı; hoşgörüsü sınırlarını aşan bir zarar veya elatmanın varlığı tespit edildiği takdirde mülkiyet hakkının taşkın olarak kullanıldığı sonucuna varılmalıdır.” (Y. 14.HD, 22.1.2015, E. 2014/9251, K. 2015/806, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 04.04.2018)

yükümlülüğü içerisinde kalan haller ise, haksız el atma olarak adlandırılmayacaktır⁷⁴.

Haksız işgalin devamı süresince haksız işgalin önlenmesine yönelik hukuki çarelere başvurulabilir⁷⁵. Muhtemel haksız işgal halinde haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesi için ise, dava ile muhtemel haksız işgal hali arasında *illiyet bağının* olması gerekmektedir⁷⁶. Muhtemel haksız işgalin bir öncekinin devamı olduğu hallerde, bir başka deyişle haksız işgalin aynı kişi tarafından ve aynı şekilde tekrarlanması olasılığında bahse konu illiyet bağının var olduğu kabul edilir⁷⁷.

İleride olabilecek muhtemel bir haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesi için, bahse konu tehlikenin ciddi boyutta olması gerekmektedir⁷⁸. Söz konusu durumdaki değerlendirme haksız işgale maruz kalanın subjektif ölçütünden ziyade, objektif ölçütlere göre yapılmalıdır⁷⁹. Haksız işgale maruz kalma tehlikesinde olduğu iddia eden kişi, söz konusu durumun ciddi olduğunu somut delillerle ortaya koymak durumundadır. Haksız işgal tehlikesinin ciddi ya da kaçınılmaz olduğu noktasında objektif ölçüte göre değerlendirme yapan hâkim, dava sonuçlanıncaya kadar bir takım önlemlerin alınmasına karar verebilir^{80 81}.

⁷⁴ “Somut olayda davacı, davalının kendi taşınmazı üzerine imara aykırı olarak yaptığı yapının taşınmazına zarar verdiğini ileri sürerek elatmanın önlenmesi ve kal istemiştir. Mahkemeye, davalı taşınmazındaki bina ve pencerelerinin İmar Kanununa aykırı olması nedeniyle kapatılmasına karar verilmiştir. Ancak davalı tarafın kendi taşınmazı içinde yaptığı bina nedeniyle davacıların zararının bulunup bulunmadığı, zarar mevcut ise hangi bağımsız bölüme ait pencere ve balkonun davacıların zarar verdiği, somut zararın ne olduğu, komşuluk hukuku açısından katlanma yükümlülüğü kapsamında kalıp kalmadığı hususları araştırılmadan salt binanın imara aykırı bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir. “ (Y. 14.HD, 7.1.2014, E. 2013/13044, K. 2014/260, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 04.04.2018)

⁷⁵ Eren, **Mülkiyet**, s. 43, Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 189.

⁷⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 14; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 45.

⁷⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 14; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **Eşya**, s. 284.

⁷⁸ Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 190, Kısagün, **a.g.e.**, s.265

⁷⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 15; Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 439.

⁸⁰ Özkaya, **a.g.e.**, s. 22

Haksız işgalin fuzuli şagilin fiilinden kaynaklanıyor olması gerekmektedir⁸². Haksız işgale doğrudan sebebiyet vermeyip haksız işgalde bulunan kişiyi teşvik eden kişilere karşı da bu davanın açılabilmesi kabul edilmektedir⁸³. Herhangi bir kişinin müdahalesi olmaksızın doğal olayların sebep olduğu işgal hallerinde, işgalin önlenmesi davasının kabulü mümkün değildir⁸⁴. Ancak işgale sebep olan kişinin eylemi haksız olarak değerlendiriliyor ve söz konusu eylemi doğa olayları ile birleşip haksız işgale neden oluyorsa elatmanın önlenmesi davasının kabulü gerekmektedir⁸⁵.

3.2.2. Haksız İşgal Halinde Zilyetliğin Tamamen Kaybedilmemesi

Haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesi için, zilyetliğin kaybedilmemesi, bir başka deyişle taşınmazın tamamen ele geçirilmemesi, taşınmazdaki hâkimiyetin tamamen yitirilmemesi gerekmektedir. Zilyetliğin tamamen kaybedilmesi halinde açılacak olan dava istihkak davasıdır⁸⁶. Bazı ihlal

⁸¹ “Davalı kendi taşınmazı sınırları içerisinde yaptığı hafriyat sebebiyle davacı taşınmazı kaçınılmaz olarak zarara uğrayacak ise konunun uzmanı bilirkişiden zararın kaçınılmazlığının derecesi ve bunu giderici önlem veya önlemler sorulmalı, sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.” Y. 1.HD, 03.03.1999, E. 199/1841, K. 1999/2030 (TURAN, **a.g.e.**, s. 1358 - 1359), “Dava çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ağaçların kesilmesi isteğine ilişkindir. Hükmüne uyulan bozma kararında uyumsuzluğun niteliği vurgulanarak, mahkeme izlenmesi gereken yol hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde işaret edilmiştir. Bozmadan sonra yapılan keşifte bilgisine başvuru ziraat mühendisi bilirkişi fen bilirkişisi krokisinde (...) ağaçların kesilmesine gerek bulunmadığını, (...) numaralar ile gösterilen ağaçların davacı parseline olan uzaklıklarının normal değer altında olduğunu, davacıya ait 161 nolu parselde meyve bahçesi kurulur ise bu ağaçların ileriki yıllarda davacı ağaçlarına zarar verebileceğini, bu nedenle kesilmeleri gerektiğini, davacı taşınmazı meyve bahçesi haline getirilmez ise, kesilmelerine gerek olmadığını rapor etmiştir. Rapordan da anlaşılacağı üzere henüz kesilmeyi gerektirecek biçimde zarar oluşmuş değildir. Bilindiği üzere mahkemeler ileride oluşacak zararlar yönünden önlem alamazlar. Hal böyle olunca, rapor uyarınca bu dava yönünde hüküm kurulması gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ve ağaçların ileride zarar verebileceği ve yeniden uyumsuzluk çıkacağı biçimde yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir.” (Y. 1.HD, 19.10.1998, E. 1998/10319, K. 1998/11185) (TURAN, **a.g.e.**, s. 1361).

⁸² Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 239.

⁸³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 45; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 502; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 285, Eren, **Mülkiyet**, s. 48.

⁸⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 48.

⁸⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 48; Özkaya, **a.g.e.**, s. 42.

⁸⁶ Karahasan, **Cilt I**, s. 65; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 278; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s.79; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 186; Eren, **Mülkiyet**, s. 31; Ertaş, **a.g.e.**, s. 214; Kısagün, **a.g.e.**, s. 131- 132.

hallerinde istihkak davası yerine başvurulabilecek ve daha etkin sonuçlar alınabilecek başkaca hukuki yollar da mevcuttur⁸⁷. Malik istihkak davasının yanı sıra, zilyetliğin kendisine sağlamış olduğu davalardan da yararlanabilecektir⁸⁸. (TMK 992/1) Uygulama ve doktrinde de kabul edildiği üzere, çoğu zaman istihkak davası ile elatmanın önlenmesi davasının açılacağı haller benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla çalışmamızda istihkak davası ile elatmanın önlenmesi davaları arasındaki farklılığa kısaca değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Taşınır malların *gaspi* halinde ikame edilebilecek davalar taşınır davası ve istihkak davası olup, söz konusu davalarda malın iade alınması hedefi bulunmaktadır⁸⁹. Taşınır mallarda mülkiyetin teslim ile gerçekleştiğinin kabulü karşısında, hukuka uygun bir teslimin olmadığı dolayısıyla mülkiyetin karşı tarafa geçmediği iddiası ile açılan istihkak davasında malik, mülkiyet hakkını ve mevcut zilyedin haksızlığını ispatlamak suretiyle malın iadesini tekrar kendisine sağlayabilmektedir⁹⁰. Malik yine daha önce rızası hilafına zilyetliğini kaybettiği taşınır malına ilişkin söz konusu taşınır mala daha önce zilyet olduğunu ve mevcut zilyet bakımından daha üstün bir hakkın varlığına sahip olduğunu ispat etmek suretiyle taşınır davasındaki iddialarını ispatlayabilmiş olacak, böylelikle taşınırın kendisine iadesini sağlayabilecektir⁹¹. (TMK 989- 991) Bu bakımından taşınır mallarda zilyetliğin tamamen kaybedilmesi bir başka deyişle taşınır malın *gaspi* halinde taşınır davasının istihkak davasına göre ispat bakımından sağladığı kolaylıklar dolayısıyla daha çok tercih edildiği söylenebilir⁹². Taşınırlarda zilyetliğe ilişkin davaların zamanaşımına tabi olması dolayısıyla zamanaşımın geçmesi halinde ise taşınır maliki, istihkak davasının aynı bir dava olması ve dolayısıyla

⁸⁷ Eren, **Mülkiyet**, s. 32.

⁸⁸ Eren, **Mülkiyet**, s. 33.

⁸⁹ Eren, **Mülkiyet**, s. 34; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 280; Ayan, **a.g.e.**, s. 118 – 121.

⁹⁰ Esener, Güven, **a.g.e.**, s.186; Eren, **Mülkiyet**, s. 34; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 279; Kısagün, **a.g.e.**, s. 243.

⁹¹ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 57 - 67; Ayan, **a.g.e.**, s. 117 – 118.

⁹² Esener, Güven, **a.g.e.**, s.186; Ertaş, **a.g.e.**, s. 68.

zamanaşımına uğramaması sebebi ile istihkak davasını ikame etmelidir⁹³. Taşınır davası ile istihkak davasının ikame edilebilir şartları büyük oranda aynı olup, zilyet her iki davayı da açabileceği gibi, bazı istisnai durumlarda zilyet sadece taşınır ya da sadece istihkak davası açabilmektedir⁹⁴. Ancak çalışmamızın konusu *taşınmazlara ilişkin haksız işgal hali olduğundan* söz konusu açıklamalarımızın çalışmanın daha iyi anlaşılabilmesi adına yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Taşınmaza ilişkin açılan istihkak davalarında durum biraz daha farklılık arz etmektedir. Bu durum taşınmazlara ilişkin istihkak davasının ne şekilde ve ne ad altında ikame edileceğinin tam olarak tespit edilememesi sebebi ile karışıklığa neden olmaktadır.

İstihkak davası mülkiyet hakkına dayanmaktadır ve söz konusu dava malik tarafından ikame edilebilmektedir⁹⁵. (TMK 683) İstihkak davasını doğrudan doğruya zilyet durumunda olmayan malik, malik olmayan haksız zilyede karşı ikame eder⁹⁶. İstihkak davası açısından söz konusu hususlarda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Haksız işgalin önlenmesi davasında ise, malik ya da sınırlı aynı hak sahibinin yanı sıra, çeşitli hallerde taşınmazda zilyetliği elde etmiş ve söz konusu zilyetliğini kullanamayan ya kullanmakta zorlanan zilyet de davacı olabilmektedir.

Bilindiği üzere, taşınmazlarda mülkiyet tescil ile doğar⁹⁷. (TMK 1022) Bir eşya üzerindeki fiili hâkimiyetini bizzat, vasıtasız sürdüren kişinin zilyetliği dolaysız zilyetlik iken bir eşya üzerindeki fiili hâkimiyetini bizzat elinde bulundurmadan

⁹³ Ertaş, **a.g.e.**, s. 68.

⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 65 – 67; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 187 – 188.

⁹⁵ Karahasan, **Cilt I**, s. 65; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 79; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 186; Eren, **Mülkiyet**, s. 31; Ertaş, **a.g.e.**, s. 214; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 280.

⁹⁶ Eren, **Mülkiyet**, s. 31; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 280.

⁹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 153; Eren, **Mülkiyet**, s. 205; Kısagün, **a.g.e.**, s. 60.

başka bir kişi aracılığı ile hâkimiyete sahip olan kişinin zilyetliği dolaylı zilyetliktir⁹⁸. (TMK 975)

Yukarıda da izah edildiği gibi, taşınmazlarda malın gasp edilmesi, alınması fiilen mümkün değildir. Zira malik tapuda kayıtlı olduğu sürece dolaysız zilyettir ve taşınmazın tamamen işgali halinde dahi söz konusu tescil sayesinde malik dolaysız zilyetliğini korumaya devam eder⁹⁹. Dolayısıyla haksız işgal halinde söz konusu işgalin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak istihkak davası değil, çalışmamızın konusu olan haksız işgalin önlenmesi davası ikame edilmektedir¹⁰⁰.

Taşınmaza zilyetliğin tamamen kaybedilmesi halinde açılan istihkak davalarının ne şekilde ve ne ad altında açılacağı konusunda ise doktrinde birtakım görüşler bulunmaktadır. Tapu kaydının düzeltilmesi davası ile istihkak davasının amacı birbirinden farklıdır. İstihkak davasının ikamesi ile taşınmazlarda gerçek hak sahipliğinin tespiti ile birlikte fiili zilyetlik de gerçek hak sahibine geçecektir¹⁰¹. Doktrinde bazı yazarlar, gerçek malikin, sicilde malik olarak görünen kişiye karşı ikame ettiği tapu kaydının düzeltilmesi davasının istihkak davası olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰². Bu görüşe göre, tapu kaydının düzeltilmesi davası istihkak davası ile sağlanan amacı karşılamaktadır. Tapuda malik olarak görünmeyen gerçek malik malın iadesini tapu kaydının düzeltilmesi davası ile sağlayacak, böylelikle gerçek malikin tespiti ile malik dolaysız zilyetliğe kavuşmuş olacaktır¹⁰³.

⁹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 60 – 61; Nomer, Ergüne, *a.g.e.*, s. 15-16; Ertaş, **a.g.e.**, s. 35; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 75.

⁹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 278; Karahasan, **Cilt I**, s. 69; Kısagün, **a.g.e.**, s.131.

¹⁰⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 25; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 189; Eren, **Mülkiyet**, s. 32; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 278.

¹⁰¹ Ekrem Kurt, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004, s.178.

¹⁰² Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 236; Ertaş, **a.g.e.**, s. 215.

¹⁰³ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Eşya**, s. 278.

Doktrindeki diğer yazarlara göre ise; taşınmazlara ilişkin istihkak davası tapu kaydının düzeltilmesi davası olarak kabul edilemez¹⁰⁴. Bu yazarlara göre, tapu kaydının düzeltilmesi davası gerçek malikin tespit edildiği bir tespit davası iken, istihkak davası mülkiyet hakkının tespit edildiği ve malın geri verilmesine/tahliyesine karar verilen bir eda davası niteliğini taşır¹⁰⁵. İstihkak davasında, tapu kaydının düzeltilmesi davasından farklı olacak şekilde mülkiyet ilişkisi hükmün gerekçesinde tespit edilmelidir¹⁰⁶. Yine söz konusu yazarlara göre; tapu kaydının düzeltilmesi davası taşınmazın malikine iadesi ya da haksız işgalcinin tahliyesi sonucunu doğurmayacağından, tapu kaydının düzeltilmesi davası ile istihkak davasının ayrı davalar olduğu kabul edilmelidir. Taşınmazın iadesinin talep edilmesinin halinde tapu kaydının düzeltilmesinin davasının ikamesinin yanı sıra, istihkak davası da ikame edilmelidir¹⁰⁷.

Kurt'a göre ise, tapu kaydının düzeltilmesi davası ile birlikte istihkak davası açılabileceği gibi, fiili zilyetliği sağlamak için düzeltim davasından sonra muhakkak istihkak davasının açılması zaruri değildir. Zira yazara göre; düzeltim davası sonrasında eski yolsuz tescil sahibi kişi taşınmazı kendiliğinden terk edebileceği gibi, fiili zilyetliği sağlayan tek hukuki çare istihkak davası da değildir. Yazar yine, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının ikamesi ile yetinilmeyip aynı dava ile fiili zilyetlik talep edilmiş ise, söz konusu düzeltim davasının istihkak davası olarak yorumlanması gerektiğini, ancak uygulamada bu ayrımın artık gözetilmediğini ve mahkemelerin istihkak davasında mülkiyetin tespiti ile bir de tapu kaydının iptaline ilişkin hüküm verdiğini de ifade etmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Karahasan, **Cilt I**, s. 70; Eren, **Mülkiyet**, s. 32; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 186; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 482; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 367; Kısagün, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁰⁵ Eren, **Mülkiyet**, s. 32; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 482; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 357.

¹⁰⁶ Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tahsis Davası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959; s. 147.

¹⁰⁷ Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 186.

¹⁰⁸ Ekrem Kurt, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004, s.178-180.

Kanaatimizce, tapu kaydının düzeltilmesi ile birlikte fiili zilyetliğin sağlanmasının talep edildiği hallerde, gerçek malik tarafından sicil malikine karşı açılan tapu kaydının düzeltilmesi davasını istihkak davası olarak nitelendirmek gerekmektedir. İstihkak davası neticesinde ise dolaysız zilyetlik sağlandığından, hak sahibinin taşınmazın iadesi için yeniden dava açmasına gerek yoktur. Bu yorum hem usul ekonomisi hem de zilyetliğe tanınan hukuki himayeye uygun düşecektir.

Haksız işgalin önlenmesi davası açısından ise, tapuda malik olarak görünen kişinin dolaysız zilyetliği, tapu sicilinde malik olarak görüldüğü sürece devam edeceğinden, zilyetliği tamamen kaybetmeyen malik taşınmaza yönelik bir müdahale gerçekleşmesi halinde haksız işgalin önlenmesi davasını ikame edebilecektir. Oysa gerçek malikin tapuda malik olarak görünmediği bir başka deyişle tescilin yolsuz olduğu durumlarda zilyetlik tamamen kaybedilmiş kabul edildiğinden, gerçek malik, tapu sicilinde yolsuz olarak malik gözüken kimseye karşı fiili zilyetliğin sağlanmasını da talep edeceği bir tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilecek ve bu dava istihkak davası niteliği taşıyacaktır¹⁰⁹.

Haksız işgalin önlenmesi davasında zilyetliğin tamamen kaybedilip kaybedilmediğinin önem arz etmesi dolayısıyla, malik dışında bu davayı açabilecek kişiler açısından da bu hususun özellikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere taşınmazlarda en geniş ayni hak olan mülkiyet hakkı gibi, sınırlı ayni haklar da tapuya tescil ile kurulur¹¹⁰. Bu durumda sınırlı ayni hak sebebi ile tapuda hak sahibi görünen kişinin zilyedi olduğu taşınmaz tamamen ele geçirilmiş olsa bir başka deyişle taşınmaz haksız işgale maruz kalsa dahi, burada zilyetliğin gaspı söz konusu değildir. Tıpkı mülkiyette olduğu gibi sınırlı ayni hak sahibinin vasıtasız zilyetliği devam ettiğinden sınırlı ayni hak sahibi de haksız işgal sebebi ile haksız işgalin önlenmesi davası ikame edilebilecektir¹¹¹.

¹⁰⁹ Ancak tapuda bir sınırlı ayni hak hususunda yolsuz tescil varsa, malikin açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davası istihkak değil, elatmanın önlenmesi davası rolü oynar. Çünkü bu durumda TMK m. 992 kapsamındaki zilyetlik kaybedilmiş olmaz, saldırıya uğramış olur. bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 281.

¹¹⁰ Esener, Güven, **a.g.e.**, s.63; Oğuzman,Barlas, **a.g.e.**, s. 147.

¹¹¹ Kısagün, **a.g.e.**, s. 313.

Zilyet ise, vuku bulması durumunda gasp veya saldırının önlenmesini ya da zilyetliğin iadesini mahkemeden isteyebilir¹¹². Haksız işgal halinde ise zilyedin himayesinde bulunan eşya tamamen gasp edildiği için, zilyedin söz konusu eşya üzerinde hiçbir hâkimiyeti kalmamıştır. Bu durumda taşınmazın iadesini talep eden zilyedin ikame edeceği davaya zilyetliğin iadesi davası denilmektedir¹¹³. Oysa haksız işgal hali olmaksızın, bir başka deyişle taşınmazın zilyetliğinin tamamen ele geçirilmemesi halinde zilyet, TMK'nın 992. maddesi uyarınca söz konusu haksız elatmanın önlenmesini talep edebilir. Taşınmazın kısmen işgalinde zilyetliğin tamamen kaybedildiğini ileri sürmek olanaklı değildir¹¹⁴. Dolayısıyla haksız işgale konu taşınmazın kısmen işgalinde zilyet de haksız işgalin önlenmesi davasını açabilecek söz konusu dava dayanağı TMK'nın 992. maddesinde bulacaktır.

Özetlemek gerekirse, temelinde herhangi bir hak olsun ya da olmasın, bir eşyaya fiilen hâkim olan kimse, zilyetliğine ilişkin her türlü gasp ya da saldırıya karşı talep hakkını kullanabilirse de, *haksız işgal halinde* zilyetlik tamamen gasp edildiğinden söz konusu kimseler zilyetliği bir başka deyişle eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti tamamen kaybetmiş olurlar. Dolayısıyla bir el atma hali olan haksız işgal durumunda vasıtasız zilyetliğini tescil sebebi ile tamamen kaybetmemiş sayılan malik ve sınırlı aynı hak sahibinin haksız işgalin önlenmesi davasını açabileceği, taşınmaza başka bir sıfatla zilyet olan kimselerin ise “zilyetliğin tamamen kaybedilmediği” durumlarla sınırlı olmak üzere haksız işgalin önlenmesi davasını açabileceği söylenebilecektir. Kanaatimizce haksız işgalin, TMK 976 gereğince, zilyetliğin geçici olarak kullanılmaması ya da kullanma olanağının ortadan kalkması olarak yorumlanması olanaklı değildir. Haksız işgal halinde üçüncü kişinin taşınmazı gaspından söz edilir. Yine haksız işgalin önlenmesi davaları ile istihkak ve zilyetliğin

¹¹² Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 94; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 43 – 49; Ertaş, **a.g.e.**, s. 45 – 52; Kısagün, **a.g.e.**, s. 240.

¹¹³ Taşınırlarda istihkak davasına ilişkin yaptığımız açıklamalarda taşınır davasına ilişkin bilgiler de verilmiş olup, taşınır davası zilyetliğin iadesi davasından farklı olacak şekilde sadece taşınır mallara ilişkin olarak ikame edilebilir ve üstün hak iddiası mevcuttur. Taşınır davası zilyetliğin rıza dışı sonlandığı her durumda ikame edilebilirken, zilyetliğin iadesi davası sadece gasp durumunda ikame edilebilir. (Kısagün, **a.g.e.**, s. 243).

¹¹⁴ Kısagün, **a.g.e.**, s. 259.

iadesi davalarında zilyetliğe ilişkin şartların tamamen farklı olması dolayısıyla bu davaların yarışması söz konusu değildir¹¹⁵.

Ancak bilindiği üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na¹¹⁶ göre hâkim hukuku re'sen uygular. Bir başka deyişle hâkim taraf iddia ve savunmalarını dinledikten sonra, tarafların sunduğu maddi vakıalar ile bağlı olacak şekilde uygulanacak hukuk ilkelerini kendi belirlemektedir¹¹⁷. Dolayısıyla yukarıda da izah edildiği gibi, taşınmazın haksız işgali halinde bu işgalin ortadan kaldırılmasına yönelik hukuki çarelerin temelinde yatan hukuki sebepleri hâkim kendiliğinden takdir edecek olup, açılan davanın elatmanın önlenmesi, istihkak ya da zilyetliğin iadesi şeklinde adlandırılmasının sonuca etkili olduğunu söylemek olanaklı değildir¹¹⁸. Burada dikkat edilecek husus, haksız işgale maruz kalan davacının söz konusu davayı açmak için hukuken hak sahibi olup olmadığıdır.

3.2.3. Kusur

Haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesi için, fuzuli şagil durumunda olan kimsenin bu konuda kusurlu olmasına gerek yoktur¹¹⁹. Doğrudan bir elatma olmasa bile haksız işgalde bulunan kişiyi teşvik eden ya da söz konusu haksız işgale sebep olan kişilere karşı da bu davanın açılabileceği kabul edilmektedir¹²⁰. Fuzuli şagil, taşınmazı kasten işgal etmese ya da işgalde ihmali olmasa dahi, haksız işgalin önlenmesine yönelik talepler dinlenecektir. Ancak olayın oluş şekli düşünüldüğünde bir taşınmazın tamamen işgal edilip, taşınmazın tamamının gasp edilmesi halinde bu eylemi gerçekleştiren fuzuli şagilin kastının ya da kusurunun bulunmadığını

¹¹⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 128.

¹¹⁶ RG., 04.02.2011, 27836

¹¹⁷ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 361 - 362; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 340.

¹¹⁸ Y. 1. HD, 27.12.1968, E. 1968/8201, K. 1968/8250 (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 56).

¹¹⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 51; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 502; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 282; Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 369.

¹²⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 45; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 502; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 285; Eren, **Mülkiyet**, s. 48.

söylemek genel olarak olanaklı değildir. Ancak ifade edildiği gibi, kusurun varlığı haksız işgalin önlenmesi davasının dinlenebilmesi için aranan bir şart değildir. Kusur durumu zararın belirlenmesinde önem arz edecektir.

Kural olarak tam ehliyetsiz kişiler, haksız fiillerinden sorumlu tutulamazlar¹²¹. Ancak haksız işgalin önlenmesine yönelik davalarda fuzuli şağilin kusuru aranmadığından fiili ehliyeti olmayan fuzuli şağiller aleyhine de söz konusu dava ikame edilebilir¹²². Maddi hukuktaki fiil ehliyetinin karşılığı usul hukukunda taraf ve dava ehliyeti olarak kendini göstermektedir¹²³. Dolayısıyla sınırlı dava ehliyetine sahip ayırt etme gücünü haiz küçükler ve kısıtlılar ile ayırt etme gücünden tamamen yoksun olan tam ehliyetsizlerin haksız işgale sebebiyet vermesi durumunda da usul kuralları uyarınca söz konusu kişilerin temsilini kanuni temsilcileri gerçekleştirilecek ve husumet kanuni temsilciye yönetilecektir¹²⁴.

3.2.4. Zarar

Haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesi için, davacının ya da taşınmazın zarara uğraması şart değildir¹²⁵. Haksız işgal sebebi ile hak sahibinin taşınmazdan dilediği gibi yararlanmasının güçleşmesi ya da yararlanamaması durumunda haksız işgalin önlenmesine karar verilecektir.

Haksız işgal halinde davacının ya da taşınmazın zarara uğraması halinde, tazminatın TBK'nın 49. maddesi uyarınca tazmininin ayrıca istenmesi

¹²¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay- Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 90-91. (bundan sonra “**Kişiler**” olarak anılacaktır.).

¹²² Özkaya, **a.g.e.**, s. 23; Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 189; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 502.

¹²³ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 208 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 294 vd.

¹²⁴ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 217 – 218; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 299.

¹²⁵ Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 283; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 494.

gerekmektedir¹²⁶. Zarardan sorumlu tutulabilmek için; hukuka aykırı bir fiil, söz konusu fiil ile zarar arasında illiyet bağı ve zarara neden olan kişinin kusurlu olması gerekmektedir¹²⁷. Dolayısıyla haksız işgalin önlenmesini talep etmek için kusurun varlığı aranmasa da, tazminat talebinde bulunabilmesi için fuzuli şağilin kusuru aranacaktır¹²⁸.

TMK'nın 730. maddesi uyarınca “*bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir*”¹²⁹.” Bu bağlamda taşınmaz malikinin komşuluk hukukundan kaynaklı bazı katlanma yükümlülükleri bulunduğu gibi, taşınmaz maliki kendi taşınmazını da bazı kısıtlamalara uygun olarak kullanmak durumundadır¹³⁰. Söz konusu kısıtlamaya uymayan malikin TMK 730 uyarınca sorumluluğu *kusursuz sorumluluk* olup, malikin ya da sınırlı ayni hak sahibinin söz konusu kısıtlamalara uymaması neticesinde taşınmazı haksız işgal altında olan hak sahibi TMK 730 uyarınca da ayrıca tazminat talebinde bulunabilecektir.¹³¹ Buradaki müdahale dolaylı elatma grubuna dahildir¹³². TMK m. 730, genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK 49'a göre özel bir hüküm olduğundan, fuzuli şağilin komşu taşınmazın maliki ya da komşu taşınmazda sınırlı ayni hak sahibi olan kimse olması halinde, haksız işgale maruz kalan kimse, fuzuli şağil olan malik ya da sınırlı ayni hak sahibinin *kusurunu ispatlamaksızın* eski hale iade ya da tehlike veya zararın

¹²⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 283; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 128; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 40 – 43.

¹²⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 12 vd.

¹²⁸ Müdahalenin hukuka aykırılığının tespit edilirken, zarar gören şeyin yakın gelecekteki durumunun da değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.493.

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Jale G. Akipek, **Gayrimenkul Malikin Mesuliyetinin Hukuki Neticeleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası,1955.

¹³⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 592 vd.

¹³¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 130; Eren, **Mülkiyet**, s. 466. Söz konusu durumda davacı durumunda olan hak sahibinin fuzuli şağil durumunda bulunan kişinin komşusu olma şartını taşıyıp taşıyamamasına ilişkin doktrinde mevcut bulunan tartışmalar için bkz. Akipek, **a.g.e.**, s. 9 – 31.

¹³² Çörtoğlu, **a.g.e.**, s. 114.

giderilmesini isteyebilir¹³³. Kusur dışındaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin tüm şartlar TMK m. 730 açısından da sağlanmalıdır¹³⁴. TMK m.730 sadece malik ve sınırlı aynı hak sahibi olan fuzuli şağillerin sorumluluğunu düzenlemekte olup, bu madde uyarınca dışarıdan bir üçüncü kişi ya da taşınmaza kişisel hak sebebi ile zilyet olan kişilere yönelik bir talep yöneltilemez¹³⁵. Bu madde dışında kalan zararın giderilmesi ve tazminat talepleri TMK 683 ve TBK 49 uyarınca çözümlenmelidir¹³⁶.

Yine uygulamada da oldukça sık görüleceği üzere, fuzuli şağilin, işgal sırasında inşa ettiği herhangi bir yapı varsa davacı, söz konusu yapının yıkımını veya kaldırılmasını (kal'ı) isteyebilir¹³⁷.

¹³³ Akipek, **a.g.e.**, s. 59; Eren, **Mülkiyet**, s. 466; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 598.

¹³⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 598 – 599.

¹³⁵ Eren, **Mülkiyet**, s. 471, Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 601. Doktrinde bu hususa ilişkin mevcut bulunan tartışmalar için bkz. Akipek, **a.g.e.** s. 48 vd.

¹³⁶ Giritlioğlu'na göre; TMK 683 ile TMK 730'daki komşuluk hukukundaki sınırlamaların ihlalinden doğan sorumluluk hali genel-özel hüküm niteliğindedir. Yazara göre bu sebebe istinaden her iki madde hükme arasında yarışma olmayacak, özel hüküm varken genel hüküm olan TMK 683'ün uygulanmasına gerek kalmayacaktır. (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 127 - 128) Oysa Oğuzman'a göre; her iki hüküm arasında benzerlik olsa da, TMK 683, dışarıdan bir müdahaleyi, TMK 730 ise, bir malik ya da sınırlı aynı hak sahibinin kendi kısıtlamasına uymaması halini düzenlediğinden her iki madde arasındaki ilişkinin genel hüküm-özel hüküm olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 597) Tekinay da Oğuzman ile aynı görüştedir. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 490).

¹³⁷ “Davacı, kayden paydaşı olduğu 1238 ada 35 parsel sayılı taşınmaza davalı tarafından baz istasyonu kurmak suretiyle müdahale edildiğini, ihtar çekilmesine rağmen davalının Haksız işgale son vermediğini ileri sürerek elatmanın önlenmesine, yıkıma ve geriye dönük 3 yıllık dönem için şimdilik 10.000,00 TL ecrimisilin faiziyle tahsiline karar verilmesini istemiş, ıslahla istem sonucunu 19.736,70 TL'ye çıkartmıştır. Mahkemece, iddianın keşfen sabit olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davacıya ait dava konusu 1238 ada 35 parsel sayılı taşınmaza baz istasyonu kurmak suretiyle davalı tarafça yapılan müdahalenin menine ve kal'ine, 19.736,70 TL ecrimisilin yasal faiziyle tahsiline karar verilmiştir. (...) delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davalının temyiz itirazı yerinde değildir” (Y. 1.HD, 19.10.2017, E. 2015/2757, K. 2017/5622, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 15.04.2018)

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ İŞGALİN ÖNLENMESİ DAVALARININ USUL HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Davanın Tarafları

Haksız işgalin önlenmesi taleplerinin temelinde mülkiyet hakkı yatmaktadır¹. Zilyedi olduğu taşınmazı, taşınmazın gasp edilmesi nedeniyle kullanamayan malikin haksız işgalin önlenmesi davası açabileceği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Aynı şekilde sınırlı ayni hak sahipleri de haksız işgalin önlenmesini talep edebilir². Herhangi bir hakka dayanmaksızın sadece zilyetlik sebebi ile taşınmazı kullanan zilyetlerin ise, “*zilyetliğin tamamen gasp edilmiş olması halinde*” söz konusu davayı ikame edemeyeceği, bu durumda ikame edilecek davanın “*zilyetliğin iadesi*” davası olabileceğinden bahsetmiştik³.

Dava ikame eden kişinin taraf ve dava ehliyetine haiz olup olmadığının tespiti yapılmalıdır⁴. Bu bağlamda öncelikle haksız işgalin önlenmesi davasında kimlerin davacı ve davalı olabileceğinin incelenmesi gerekmektedir.

1.1. Davacı

1.1.1. Malik

Daha önce de belirtildiği gibi mülkiyet hakkı hak sahibine hak konusu şeyi dilediği gibi kullanma, o şeyden yararlanma ve o şey üzerinde tasarrufta bulunma hakkı tanımaktadır⁵.

¹ Karahasan, **Cilt I**, s. 74; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 281.

² Karahasan, **Cilt I**, s. 76; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 281; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 190; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 485; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 369.

³ Bkz. I. Bölüm, 3.2.2. Haksız İşgal Halinde Zilyetliğin Tamamen Kaybedilmemesi, s. 26 – 29.

⁴ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 207; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 294.

Mülkiyet hakkına elatmanın olması durumunda, malik, mülkiyet hakkının kendisine sağladığı imkânlardan faydalanamamakta ya da malikin söz konusu imkânları kullanması kısıtlanmakta, zorlaşmaktadır⁶. Mülkiyet hakkına dayalı haksız işgalin önlenmesi taleplerinde öncelikle talepte bulunan kişinin malik sıfatına haiz olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılması⁷, malik olduğu iddiası ile talepte bulunan kimsenin hak sahibi olduğu sonucuna varılmasının akabinde haksız işgal hali değerlendirilmelidir. Tapu siciline kayıtlı olan kişinin malik olduğuna ilişkin kanuni karine sayesinde malikin ispat yükü kolaylaşmaktadır⁸. (TMK 705)

Haksız işgalin önlenmesi davasının açılmasının TMK'nın 683. maddesi uyarınca malike tanınan bir yetki olduğu ve bu yetkinin mülkiyet hakkından ayrı düşünülmemesi sebebi ile mülkiyet hakkından ayrı olarak söz konusu dava hakkının devredilemeyeceği kabul edilmektedir⁹. Davacının dava konusunu devretmesi halinde, HMK'nın 125/2. maddesi; *“Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.”* hükmünü amirdir. Bu durumda taşınmazı devreden eski malikin haksız işgalin önlenmesi davasına devam etmesinde hukuki yararı bulunmamaktadır¹⁰. Oysa yeni taşınmaz maliki, taşınmazın kendisinden önceki maliki zamanında yapılan haksız işgalin önlenmesini, haksız işgalin halen devam ediyor olması şartı ile HMK 125/2 uyarınca isteyebilir¹¹.

⁵ Eren, **Mülkiyet**, s.21; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 179; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s. 274; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s.328; Ertaş, **a.g.e.**, s.213 ; Karahasan, Cilt II, s. 58.

⁶ Eren, **Mülkiyet**, s. 42; Oğuzman, Seliçi, Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s. 281; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 189.

⁷ Doktrinde mülkiyet hakkına dayanılarak açılan elatmanın önlenmesi davalarının karma nitelik taşıdığı, tespit davası kısmında davacının mülkiyet hakkının ve kapsamının belirlendiği, eda davası kısmında ise şartları varsa elatmanın önlenmesine karar verildiği belirtilmektedir. Eren, **Mülkiyet**, s.49; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s.370.

⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s.29, Karahasan, **Cilt I**, s. 303.

⁹ Karahasan, **Cilt I**, s.76; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e** s. 504; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370.

¹⁰ Karahasan, **Cilt I**, s. 397.

¹¹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir¹². Ancak davalı yeni malike karşı kişisel savunma gerekçelerini öne sürebilir¹³.

Yukarıda da izah edildiği gibi kişinin tapuda malik olarak görüldüğü durumlarda malik sıfatıyla fuzuli şagile karşı haksız işgalin önlenmesi davası açabileceği hususunda bir tereddüt olmamasına karşın gerçekte malik olmasına rağmen bu durumun tapu sicilinden anlaşılamadığı durumlarda kaydenmalik olmayan kimsenin haksız işgalin önlenmesi davası ikame edip edemeyeceği tartışmalıdır¹⁴. Yine malikin tek bir kişi olmadığı, bir başka deyişle taşınmaza paylı ya da elbirliği halinde malik bulunan kimselerin gerek dışarıdan bir üçüncü kişiye karşı gerekse kendi aralarındaki talepleri açısından hangi şekilde davacı olabileceği açıklanmaya muhtaçtır. Dolayısıyla söz konusu özel haller alt başlık halinde çalışmamızda inceleme konusu yapılmıştır.

1.1.1.1. Kayden Malik Olmayanların Durumu

Bilindiği üzere TMK'nın 705. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı belirtilmiştir. Yine tescilden önce kazanma halleri söz konusu madde dışındaki bazı kanunlarda da öngörülmüştür¹⁵.

¹² Örnek Yargıtay kararları ve eleştirileri için bkz. Karahasan, **Cilt I**, s. 398 - 404. HUMK'un 186. maddesindeki bahse konu seçim hakkı konusunda "tarafardan biri" ibaresi kullanıldığından, uygulamada davacının yanı sıra, davalının bu hakkı nasıl ve ne yönde kullanacağına ilişkin yorumlar yapılmıştır. Ancak HMK'nın 125. maddesi ile söz konusu belirsizlik ortadan kaldırılmış, bahse konu seçimlik hakkın davacı tarafından kullanılabilmesi açık şekilde belirtilmiştir.

¹³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 633.

¹⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 29; Eren, **Mülkiyet**, s. 245; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 405; Karahasan, **Cilt I**, s. 305; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 498 – 499; Kevork Acemoğlu, **Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1965, s. 35 (Bundan sonra "**Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar**" olarak anılacaktır.); Kısagün, **a.g.e.**, s. 175.

¹⁵ Taşınmaz mülkiyetinin tescile dayanmayan kazanımı hallerinin neler olduğu, TMK'nun 705/II maddesi ile aynı Kanunun 54, 105 ve 599 maddelerinde, kısmen de mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 151 inci maddesinde gösterilmiştir.

İşte kayden malik olmasa dahi mülkiyeti çeşitli şekillerde tescilden önce kazanan hak sahiplerinin haksız işgalin önlenmesine yönelik taleplerini ileri sürüp süremeyeceği noktasının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

TMK'nın 705/II. maddesi uyarınca, “*tescil dışı mülkiyeti kazanan kimsenin malik olarak tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır*”¹⁶.” Giritlioğlu'na göre; tescilden önce mülkiyeti kazanan malikin söz konusu durumunun sicile geçirilmesi halinde söz konusu tescil açıklayıcı niteliktedir. Bir başka deyişle malik tescilden önce de mülkiyeti kazanmış kabul edildiğinden taşınmaza yönelik bir haksız işgal halinde söz konusu işgalin önlenmesi amacıyla elatmanın önlenmesi davası açılabileceğini kabul etmiştir¹⁷. Yine Eren ve Oğuzman da; söz konusu durumda bulunan malikin tescilden önce tasarruf yetkisini kazandığından bahisle bu kişinin mülkiyetten kaynaklı tüm haklardan yararlanabileceğini ve dolayısıyla elatmanın önlenmesi davasını ikame edebileceğini ifade etmektedirler¹⁸. Nitekim Karahasan da; mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı hallerde malikin elatmanın önlenmesi davasını açabileceğini, kaldı ki şartların sağlanması durumunda Hazine'nin, vali ve kaymakamın, Belediye'nin, köy tüzel kişiliğinin herhangi bir tapu kaydına dayanmaksızın dahi elatmanın önlenmesi davasını açabileceği gözetildiğinde, tescil dışı kazanımlarda da bu hakkın olacağını belirtmiştir¹⁹. Tekinay ise, tescilden önce mülkiyetin kazanıldığı hallerde taşınmaza yönelik haksız işgal durumunda tapu dışı malikin haksız işgalin önlenmesi davasını ikame edebileceği ancak söz konusu kişinin haksız işgalin önlenmesi davası ile birlikte tescil davasını da açması gerektiğini belirtmektedir²⁰. Kevork; kayden malik olmayan kişinin taşınmazı “tam bir malik gibi kullanabileceğini”, taşınmazı korumak için tüm tedbirleri ileri sürebileceğini ve talepte bulunabileceğini ifade etmektedir²¹.

¹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 404 – 405.

¹⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁸ Eren, **Mülkiyet**, s. 245; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 405.

¹⁹ Karahasan, **Cilt I**, s. 305.

²⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 498 – 499.

²¹ Acemoğlu, **Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar**, s. 35.

Kısağün ise, aynı hakkı tapuya tescil edilmemiş malikin bir başka deyişle tapusu olmayan malikin haksız işgalin önlenmesi davası açamayacağını, mülkiyetin miras yolu geçtiği haller ile eski hukuk döneminde kazanılmış aynı hak iktisaplarının ise bunun istinası olduğunu ifade etmektedir²².

Yargıtay ise, mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı hallerde mülkiyetin malike geçtiğini, temlik ve tasarruf işlemleri için tapuya tescil şart olsa da, korumadan yararlanmak için tescilin şart olmadığını, tescilden önce de mülkiyete ilişkin tüm haklardan yararlanabileceğini, dolayısıyla tescil dışı iktisap halinde de haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesini kabul etmiştir²³.

Kanaatimizce de, mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı hallerde yapılan tescil açıklayıcı nitelik taşımaktadır. Söz konusu haller ise kanunda özel olarak düzenlenmiştir²⁴. Dolayısıyla malik mülkiyeti tescilden önce kazandığı için, maliki olduğu taşınmaza yönelik saldırıların önlenmesini isteyebilmelidir. Zaten mülkiyet

²² Kısağün, **a.g.e.**, s. 175.

²³ “Bununla birlikte, tescile dayanmayan kazanımlarda tescil yapılmadığı sürece tasarruf işlemleri yapılamaz; çünkü taşınmazı tescilsiz iktisap eden kişi, tapu kütüğünde malik olarak gözükmemektedir. Anılan bu husus TMK. 705/2. maddesinde “Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Ne var ki; yasa maddesinde belirtilen işlemler temlik tasarruflar olup, mülkiyeti tescilsiz olarak kazanan kişi tescilden önce de bir malikin sahip olduğu bütün hak ve yetkilerden yararlanır. Tapuda temlik işlem yapılmasını gerektirmeyen tüm işlemleri de yapabilir. Yasa maddesindeki düzenlemenin, ihale ile mülkiyeti kazanan kişinin, her hangi bir hakka dayanmaksızın taşınmazı işgal eden kişiye karşı ecrimisil davası açamayacağı şeklinde değerlendirilmesi olanaklı değildir. Keza, İİK'nun 135/2. maddesinde, alıcıya ihale edilen taşınmaz üçüncü bir kişi tarafından işgal edilmekte ise, ihalenin kesinleşmesi ile alıcının icra dairesinden üçüncü kişinin taşınmazdan çıkarılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. O halde, mahkemece tüm bu yasal düzenlemeler gözetilerek, işgalci konumundaki davalıdan usulünce saptanan ecrimisilin tahsiline karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” (Yargıtay 1. HD, 03.03.2015, E. 2014/21791, K. 2015/3213); “Mahkemece, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerinin kabulüne, karşı davanın ise 6000 liralık bölümü bakımından kabulüne , diğer isteklerin reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu taşınmazın paylı mülkiyet üzere kayıtlı olduğu, tarafların paydaş oldukları çekişmeli bölümün davalı tarafından tasarruf edildiği anlaşıldığına göre; pay oranında elatmanın önlenmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Davalıların bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine. Ancak, davacı S. G. D. tarafından Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesinde 22.4.1999 tarihinde açılan tapu iptali-tecsil davası sonunda 1999/351 esas,1999/1040 sayılı karar ile davacı adına pay tesciline karar verildiğine göre bu karar açıklayıcı nitelikte olup davacının başından beri taşınmazda hak sahibi olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle ilke olarak pay oranında ecrimisil istenebilir ise de(...)” (Y. 1.HD, 09.04.2012, E. 2012/1367, K. 2012/4134) (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 03.05.2018) Benzer kararlar için bkz. Y. 1.HD, 30.11.2015, E. 2014/11647, K. 2015/13786 (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 03.05.2018)

²⁴ Bkz. II. Bölüm, dn. 15.

hakkına dayalı olarak ikame edilen haksız işgalin önlenmesi davalarında öncelikle davacının gerçekten malik olup olmadığının tespiti yapıldığından kayden malik olmayan kimsenin fiili olarak malik olduğunun tespiti yapılacak, akabinde haksız işgale yönelik talepleri dinlenecektir. Dolayısıyla biz de tescilden önce taşınmazın iktisabı halinde de sicil dışı malikin TMK m.683'te öngörülen tüm haklardan yararlanabileceği kanaatindeyiz.

1.1.1.2. Paylı (Müşterek) Mülkiyet Durumu

HMK'nın 53. maddesine göre; dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Nitekim dava takip yetkisi HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava şartlarından olup, bu durumun varlığı mahkeme tarafından re'sen gözetilmektedir. Haksız işgalin önlenmesi davalarında paylı (müşterek) mülkiyet²⁵ açısından paydaşlardan her birinin maddi hukuk açısından tasarruf yetkisinin dayanağı ise TMK'nın 693. maddesinde vücut bulmaktadır²⁶.

TMK'nın 693/I. maddesi, paylı (müşterek) mülkiyet açısından, paydaşlardan her birine, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanma ve onu kullanma hakkını tanımıştır. Bu durum paylı mülkiyete ilişkin bir taşınmazda paydaşlardan her biri kendi payına yönelik haksız işgalin önlenmesini ve ortadan kaldırılmasını talep edebilmektedir²⁷. Ancak bahse konu haksız işgal halinin tek bir paya özgülenmesi ya da bölünmesi olanaklı değil, bir başka deyişle haksız işgalin taşınmazın tamamının kullanımını güçleştirmesi ya da engellemesi halinde haksız

²⁵ Uygulamada paylı mülkiyet ve müşterek mülkiyet terimleri kullanılsa da, çalışmamızda kanuni terim olan paylı mülkiyet teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

²⁶ Pınar Ağca Toplandı, "Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi", Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 159-160 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (çevrimiçi, 15.05.2018)

²⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.** s. 38; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 312; Özkaya, **a.g.e.**, s. 33; Turan, **a.g.e.**, s. 331; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 193; Karahasan, **Cilt I**, s.117; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 424; Kısagün, **a.g.e.**, s. 212 – 213.

işgalin önlenmesi taşınmazın tamamı açısından istenmesi gerekmektedir²⁸. Bu durumda karşımıza TMK'nın 693/III. maddesi çıkmaktadır. Söz konusu hükme göre; paydaşlardan her biri, *bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını* diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.

Bu bağlamda malın tamamına etkili olan haksız işgal durumunda paydaşlardan her biri bölünemeyen menfaat dolayısıyla bahse konu taşınmaza yönelik haksız işgalin önlenmesini talep edebilecektir²⁹. Oğuzman, Karahasan ve Eren, her bir malikin ortak menfaati koruma yetkisinin ayrı bir yetki olmadığını, her bir paydaşın kendi hakkını korumak için başvuracağı hukuki çarenin taşınmazın tamamına etkili olması dolayısıyla diğer maliklerin de söz konusu hukuki çareden faydalanacağını ifade eder³⁰. Giritlioğlu ise, söz konusu düşüncenin paylı mülkiyette her bir paydaşın kendi payı için mülkiyet davası açabileceği düşüncesine dayanması sebebi ile hatalı olduğunu, buradaki yetkinin her bir paydaş için kendi payından ayrı özel bir yetki olduğunu kabul etmektedir³¹. Paylı mülkiyete ilişkin bir taşınmaza yönelik haksız işgal halinde söz konusu menfaatin bölünemiyor olması dolayısıyla paydaşlardan birinin ortak menfaat uyarınca hukuki yola başvurması ve diğer paydaşların söz konusu hukuki yoldan faydalanacağı kabul görse de, bu yetkinin her bir paydaş için kendi payından ayrı bir yetki olduğu kanaatindeyiz. Zira söz konusu husus TMK m. 693/III'de özellikle düzenlenmiş ve söz konusu madde ile her bir paydaşa ortak menfaati koruma yetkisi verilmiştir. Hal böyle iken söz konusu yetkinin her bir paydaşın kendi payından kaynaklandığını ifade etmek, kanunun açık hükmü karşısında olanaklı olmayıp, söz konusu yetkinin ayrı bir yetki olarak kanundan doğduğunu ifade etmekte bizce bir sakınca bulunmamaktadır.

²⁸ Karahasan, **Cilt I**, s. 311; Özkaya, **a.g.e.**, s. 33.

²⁹ Karahasan, **Cilt I**, s. 311; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 418; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s.312; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 37; Eren, **Mülkiyet**, s.112; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 588.

³⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 325; Karahasan, **Cilt I**, s. 311; Eren, **Mülkiyet**, s. 112.

³¹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 37.

Kanun metninde geçen “temsil” kelimesinin ise hukuki bir terim anlamında kullanılmadığı doktrin tarafından kabul edilmektedir³². Teknik anlamda temsilin söz konusu olabilmesi için bir paydaşın diğer paydaşa özellikle temsil yetkisi ya da vekâlet vermesi gerekmektedir³³. Yine aşağıda da açıklandığı üzere, hukuki yola başvurmayan diğer paydaşların lehe sonuçtan etkilenip, aleyhe sonuçtan etkilenmemesi ve aleyhe sonucun onları bağlamaması dolayısıyla kanun lafzında geçen bu yetkinin temsil yetkisi olmadığı belirtilmektedir³⁴. Nitekim 21.06.1944 tarih, 30/24 Yargıtay İçtihatları Birleştirme kararı uyarınca da; buradaki temsilden kast edilen paylı mülkiyete konu olan taşınmazın üçüncü şahısların müdahalesine maruz kalması halinde, paydaşlardan her birinin taşınmazın korunması ve bu saldırıların önlenmesi için tedbir alma yetkisini ifade etmektedir³⁵. Bu bağlamda paylı mülkiyet halinde paydaşlardan her biri paylı mülkiyete konu taşınmaza yönelik haksız işgal halinde söz konusu haksız işgalin önlenmesini talep edebilecektir³⁶.

Haksız işgalin önlenmesinin tek bir paydaş tarafından talep edilmesi halinde verilen kararın taşınmazın tamamına ilişkin olup olmayacağı noktasındaki tereddüt yukarıda bahse konu 21.06.1944 tarih, 30/24 Yargıtay İçtihatları Birleştirme kararı ile ortadan kalkmıştır³⁷. Haksız işgalin önlenmesinin tek bir paydaş tarafından talep edilmesi halinde verilen kararın diğer paydaşlar açısından kesin hüküm ifade edip etmeyeceği yine doktrinde ve yargı kararlarında özellikle tartışılmıştır. Bu bağlamda

³² Karahasan, **Cilt I**, s. 311; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 37; Özkaya, **a.g.e.**, s. 34; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 313; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 198; Eren, **Mülkiyet**, s.112.

³³ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 227; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 321; Eren, **Mülkiyet**, s.112; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 325.

³⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 36 - 38; Ağca- Toplandı, **a.g.e.**, s. 95- 96.

³⁵ Turan, **a.g.e.**, s. 334.

³⁶ Karahasan, **Cilt I**, s. 311; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 312; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 37; Eren, **Mülkiyet**, s.112; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 588; Esener, Güven, **a.g.e.**, s.198.

³⁷ “(...)Müşterek gayrimenkule başka bir şahıs tarafından vukubulan bir müdahalenin men'i hakkında hissedarlardan biri tarafından açılacak dâva neticesinde verilecek hüküm şey'in tamamına şâmil olacaktır.” (Karahasan, **Cilt I**, s. 312.).

aleyhe verilen kararların davaya taraf olmayan paydaşlar açısından sonuç doğurmayacağı ise ağırlıklı olarak kabul edilmiştir³⁸.

Bilindiği üzere paylı mülkiyette bazı kararların ortaklar tarafından oy birliği ile alınması gerekirken bazılarında ise pay ve paydaş çoğunluğu yeterlidir³⁹. Paylı taşınmazın kiraya verilmesi ise önemli yönetim işlerinden sayılmış olup önemli yönetim işlerinde malikler tarafından aksi kararlaştırılmadıkça kiralama işleminin pay ve paydaş çoğunluğu ile yapılması gerekmektedir⁴⁰. (TMK 691) Bu durumda pay ve paydaş çoğunluğu ile taşınmazın kiraya verilmesi halinde, kira sözleşmesi kararına katılmayan paydaşın kiracı aleyhine haksız işgalin önlenmesi davası açması olanaklı olmayıp, paydaş sadece kira gelirinden payına düşen kısmı isteyebilmektedir⁴¹. Sadece iki paydaşın bulunduğu ortaklıklarda paydaşlardan birinin, bir diğerinin onayını almadan kira sözleşmesi yapması halinde ise onay vermeyen paydaşın açtığı elatmanın önlenmesi davasının kabul edilmesi, ecrimisil davasının ise reddedilmesi gerektiği düşünülmektedir⁴². Bu konuda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır⁴³.

Ancak paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğunun bir üçüncü kişinin haksız müdahalesine rıza göstermesi ya da sessiz kalması halinde rıza göstermeyen paydaşın elatmanın önlenmesi davasını açıp açamayacağı noktasında Özkaya, rıza göstermeyen paydaşın bu durumda kendi payı ile ilgili olarak elatmanın önlenmesi davasını açabileceği görüşünderken, Giritlioğlu, rızası olmayan paydaşın bu duruma

³⁸ Karahasan, **Cilt I**, s. 312; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 326; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 40; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 591; Özkaya, **a.g.e.**, s.34; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 419.

³⁹ Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 195 – 197 Eren, **Mülkiyet**, s. 101-109; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 313 - 320.

⁴⁰ “Kiraya verme işlemi önemli idari işlemlerden olup, pay ve paydaş çoğunluğu ile gerçekleştirilmesi halinde geçerlilik kazanır.” (Y. 1.HD, 16.09.2004, E. 2004/8302, K. 2004/9215, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 25.05.2018).

⁴¹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 39; Özkaya, **a.g.e.**, s. 33; Karahasan, **Cilt I**, s.133.

⁴² YHGK, 27.02.2013, E. 2013/1-770, K. 2013/285; Y. 1.HD, 26.09.2013, E. 2013/9806, 2013/13530 (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 318, dn. 172).

⁴³ Pay ve paydaş çoğunluğu ile kurulmayan kira sözleşmelerinin hukuki niteliği ile kiracının tahliyesine ilişkin görüş ve Yargıtay kararları için bkz. Karahasan, **Cilt I**, s. 131 vd.

itiraz edemeyeceği ve dolayısıyla taşınmazın tamamı açısından müdahalenin menî davası açılmayacağı görüşündedir⁴⁴. Giritlioğlu söz konusu görüşünü, pay ve paydaşın bahse konu kullanıma muvafakat verme işleminin önemli yönetim işlerinden sayılması ve önemli yönetim işlerine ilişkin pay ve paydaş çoğunluğu ile karar alınabilmesinin olanaklı olmasına bağlarken, Özkaya, paydaşların diğer paydaşların aleyhine olacak şekilde hareket etme imkânı bulunmadığından rıza göstermeyen paydaşın elatmanın önlenmesi davasını açabileceğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğunun bir üçüncü kişinin haksız müdahalesine rıza göstermesi ya da sessiz kalması halinde rıza göstermeyen paydaşın kendi payına ilişkin olarak elatmanın önlenmesi davasını açabilmesi gerekir. Zira diğer paydaşların muvafakat etmemesi ile “ortak menfaatin” artık olmadığı⁴⁵ ve diğer paydaşların başka paydaş zararına hareket etmesinin olanaklı olmaması karşısında⁴⁶ rıza göstermeyen paydaşın mülkiyetten kaynaklı haklarını kullanabilmesine olanak tanınmalı, hakkın özüne yönelik elatmaların giderilmesi talep edilebilmelidir. Zira pay ve paydaş çoğunluğunun kira ya da benzeri şekilde menfaat elde etmeksizin taşınmazın üçüncü kişi tarafından kullanımına rıza göstermesi, buna rıza göstermeyen paydaşın zararına olacaktır. Rıza göstermeyen paydaş söz konusu kullanım dolayısıyla herhangi bir menfaat elde edemeyeceği gibi, hak sahibi olduğu taşınmazdan da dilediği gibi yararlanmayacaktır. Bu durum pay ve paydaş çoğunluğu ile kurulan kira sözleşmesinden farklılık arz etmektedir. Zira kira sözleşmesi kararına katılmayan paydaş, söz konusu karara katılmasa dahi, payına düşen kira gelirini talep edebilmektedir.

Yine bir taşınmazın taşkın kullanılması ya da inşaatın haksız olarak yapılmış olması neticesinde başka bir taşınmazda meydana gelen elatmalarda, elatmaya neden olan taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise; dava sonucu verilecek karar tüm

⁴⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 39; Özkaya, **a.g.e.**, s. 33.

⁴⁵ Özkaya, **a.g.e.**, s. 33 – 34.

⁴⁶ Karahasan, **Cilt I**, s.149.

paydaşları etkileyeceğinden tüm paydaşların elatmanın önlenmesi davasında davalı olarak gösterilmesi gerekmektedir⁴⁷.

1.1.1.3. Elbirliği Halinde (İştirak Halinde) Mülkiyet Durumu

Dava takip yetkisinin, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edileceği hususunu belirtmiştik. Haksız işgalin önlenmesine konu şeyin elbirliği halinde mülkiyet⁴⁸ hükümlerine tabi olması halinde ise ortaklardan her birinin dava takip yetkisi TMK'nın 701. maddesi uyarınca çözüme kavuşturulmalıdır⁴⁹. TMK'nın 701. maddesine göre; *“kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir ve elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.”*

Elbirliği mülkiyetinde paylı mülkiyetten farklı olarak kanun veya kanunda öngörülen bir sözleşme dolayısıyla bir araya gelen insanlar vardır ve bir araya gelen insanların oluşturdukları bu topluluk malik olunan şeye elbirliği mülkiyeti özelliğini vermektedir⁵⁰. Elbirliği mülkiyetine tabi olan eşyalarda ise, tüm yönetim, kazandırıcı ya da borçlandırıcı işlemlerin yapılması maliklerin oybirliği ile karar almasına bağlıdır⁵¹. (TMK 702/II)

Ancak TMK 702/IV'e göre; *“ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.”* Dolayısıyla elbirliği mülkiyetine yönelik haksız işgalin olması halinde maliklerden her biri, söz

⁴⁷ Y. 14. HD, 04.04.2013, E. 2013/3487, K. 2013/5227 (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 326, dn. 192).

⁴⁸ Uygulamada elbirliği mülkiyet ve iştirak mülkiyet terimleri kullanılsa da, çalışmamızda kanuni terim olan elbirliği mülkiyet teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

⁴⁹ Ağca- Toplandı, **a.g.e.**, s. 159- 160

⁵⁰ Karahasan, **Cilt I**, s. 259; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s.349; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 631; Eren, **Mülkiyet**, s.129; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 209; Ertaş, **a.g.e.**, s. 256; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 461.

⁵¹ Karahasan, **Cilt I**, s. 259; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 348.

konusu haksız işgalin önlenmesini ve ortadan kaldırılmasını talep edebilir ve söz konusu hükümden tüm ortaklık faydalanır⁵². Bu bağlamda paylı mülkiyette ifade ettiğimiz ortak menfaate ilişkin tüm temsil ve kesin hükme ilişkin açıklamalar elbirliği mülkiyeti açısından da geçerlidir.

743 sayılı Medeni Kanun döneminde elbirliği halinde mülkiyet (EMK 630) üç fıkra halinde düzenlenmiş, 4721 sayılı Medeni Kanun döneminde ise söz konusu hükme bir fıkra daha eklenerek (TMK 702/IV) elbirliği mülkiyetinde ortak menfaat hali düzenlenmiştir⁵³. Söz konusu hüküm ile birlikte eski Medeni Kanun döneminde ortakların zararlarına dahi olacak olsa oybirliği şartının aranmasında karşılaşılan sorunlar ortadan kaldırılmıştır⁵⁴.

Nitekim Yargıtay da Türk Medeni Kanunu'na ilgili fıkra eklenmeden evvel, elatmanın önlenmesi davalarında tüm ortakların rızasının aranmasının şart olduğuna ilişkin kararlar ittihaz ettiği gibi⁵⁵, ortaklardan birinin tek başına dava açması durumunda bu davanın sonlanması diğer ortakların davaya katılmalarının

⁵² Karahasan, **Cilt I**, s. 317; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 349; Eren, **Mülkiyet**, s. 137; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 209; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 461.

⁵³ Ağca-Toplandı, **a.g.e.**, s. 20.

⁵⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 349, dn. 294.

⁵⁵ “MK. nun 618. maddesi malik olan kimseye dava açma hakkını tanımıştır. İştirak halinde mülkiyet biçiminde tasarruf edilen bir taşınmaz üzerinde bir ortağın mülkiyet hakkından söz edilemez. Zira her ortak taşınmaz malın her zerresini kapsayan ortaklık esası içinde hak sahibidir. Tek bir ortak adına tescilli mümkün olmayan bir hak vardır. Diğer bir deyimle iştirak halinde mülkiyette paylaştırmadan önce ortağın belli bir pay üzerinde aynı bir hakkı bulunmamaktadır. Ortakların hepsi birlikte maliktirler. Bu itibarla iştirak halinde mülkiyet durumunda olan bir taşınmaza üçüncü bir kişi tarafından elatılması halinde bir ortağın MK. nun 618. maddesine dayanarak dava açması mümkün isede bunu sürdürebilmesi; diğer ortakların muvafakatını almak veya terekeye bir mümessil atanmasını sağlaması ile mümkün olacaktır. Öte yandan, ortada bir hakkın kaybı da söz konusu değildir. Zira, mirastan doğan ve iştirak halinde mülkiyet durumunda olan bir taşınmaza elatılması halinde zilyet olan ortaklardan her birinin zilyetliğin korunmasına ilişkin MK. nun 894, 895 ve 896. maddelerinden yararlanmaları mümkündür. Bu açıklamalar karşısında, iştirak halinde mülkiyet konusu olan bir taşınmaza elatılması halinde ortaklardan birinin dava açması ve bunu sürdürmesini kabul eden görüş MK. nun 630. maddesi 2. fıkrasının yoruma elverişli olmayan hükmüne aykırı düşer. (...) Sonuç: Mirastan doğan iştirak halindeki mülkiyet ortaklarından birinin ya da birkaçının kendi adına MK. nun 618. maddesi hükmüne dayanarak üçüncü kişilere karşı açtığı elatmanın önlenmesi davalarında, davanın yürütülebilmesi için diğer ortakların muvafakatının alınması ya da MK. nun 581. maddesi hükmü uyarınca bir mümessil tayini gerektiğine ilk toplantıda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından 11.10.1982 günlü toplantıda oyçokluğu ile karar verildi.” (YİBK. 11.10.1982, E. 1982/3, K.1982/2, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 02.06.2018)

sağlanmasına veya davayı takip etmek için ortaklığa temsilci atanmasına bağlayan kararlar ittihaz etmiştir⁵⁶.

Gerçekten de 743 sayılı Medeni Kanun döneminde, elatmanın önlenmesi davasının ikamesi için oybirliği şartının aranması ve sonrasında 4721 sayılı Medeni Kanun'un 702/IV. maddesi ile elbirliği halinde mülkiyette ortaklardan her birinin söz konusu davayı açabilmesinin önünün açılması pratikte var olan ihtiyacı karşılamış ve paydaşların hak kaybına uğramasının önüne geçilmiştir.

Elbirliği mülkiyeti halinde, elatmanın önlenmesi davaları dışında açılan tapu iptal ve tescil davalarının ortak menfaatin korunmasına yönelik davalar olmadığından bahisle, davaya her bir ortağın katılmasının sağlanması ya da ortaklığa bir temsilci atanması gerekmektedir⁵⁷. Haksız işgalin önlenmesi davası paydaşlardan her biri tarafından ikame edilebilirken, çalışmamızın da konusu oluşturan ve haksız işgalin önlenmesi ile birlikte talep edilen ecrimisil tazminatı için söz konusu talebin tüm ortaklar tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir⁵⁸.

Haksız işgale konu taşınmaz mal, hem paylı hem de elbirliği mülkiyete tabi olabilir. Bu durumda da ortaklardan her birinin ortak menfaat dolayısıyla tek başına haksız işgalin önlenmesi davasını paylı mülkiyet hükümleri uyarınca ikame edebilmesi mümkündür⁵⁹.

⁵⁶“İştirak halinde mülkiyette ortaklardan biri üçüncü kişilerin taşınmaza elatmaları halinde MK. nun 618. maddesine dayanarak hakka etkin olmayan ve koruyucu niteliği bulunan men'i müdahale davasını açmaları mümkündür. Terekede hak sahibi olmak davacıya bu yetkiyi verir. Bu itibarla terekenin temsil edilmesine olayda gerek yoktur. İştirakin burada temsili değil hak sahibinin üçüncü kişiye karşı hakkının korunması söz konusudur. Bunun aksine bir düşünüş MK. nun 630/2. maddesinde öngörülen ve ortakların yararına olan hükmün kanuna konuluş maksadına aykırı düşmektedir.” (Y 7.HD, 25.3.1981, E. 1981/2559, K. 1981/3586, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 02.06.2018)

⁵⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s. 35 – 36; Turan, **a.g.e.**, s. 643.

⁵⁸ Y. 3.HD, 16.11.2003, E. 2003/13090, K. 2003/13274 (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 02.06.2018).

⁵⁹ Salih Özaykut, **Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 639; Karahasan, **Cilt I**, s. 317; Özkaya, **a.g.e.**, s. 34; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 44. Örnek Yargıtay kararı için bkz. YHGK. 31.05.1985, E. 1985/1-786, K. 1985/529 (Turan, **a.g.e.**, s. 322)

Yine elatmanın önlenmesine neden olan taşınmaz elbirliği mülkiyet hükümlerine tabi ise; dava sonucu verilecek karar tüm ortakları etkileyeceğinden tüm paydaşların davalı olarak gösterilmesi gerekmektedir⁶⁰.

1.1.1.4. Paydaşların Birbirine Haksız İşgalin Önlenmesine Yönelik Talepleri

Paylı ya da elbirliği mülkiyetinde haksız işgal, sadece dışarıdan üçüncü bir kişi tarafından değil, paydaşlardan birinin ya da bir kaçının diğerlerinin mülkiyet hakkını ihlal etmesi şeklinde de vuku bulabilir.

Bu bağlamda, paylı mülkiyete tabi taşınmaz açısından paydaşlardan her biri TMK'nın 693. maddesi uyarınca, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir. Bir paydaşın, diğer paydaş ya da paydaşların haklarını kullanmasına engel olacak şekilde taşınmazı işgal etmesi halinde paydaşlardan her biri diğer paydaş aleyhine haksız işgalin önlenmesi davası açabilir⁶¹ ⁶². Söz konusu davada dikkat edilmesi gereken husus paydaşlar arasında fiili (eylemli kullanma biçimi) ya da yazılı bir taksim anlaşması olup olmadığıdır⁶³. Bu bağlamda haksız işgal iddiası ile fuzuli şağil konumunda olan paydaşın söz konusu kullanımına ilişkin diğer paydaş ya da paydaşlar ile arasında yazılı bir anlaşma ya da eylemli bir durum var ise, dava açan paydaşların haksız işgalin önlenmesi talebi kabul görmemelidir⁶⁴.

⁶⁰ YHGK, 30.12.2009, E. 2009/1-557, K. 2009/608 (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 350, dn. 295).

⁶¹ Karahasan, **Cilt I**, s.317; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 311; Özkaya, **a.g.e.**, s. 36; Turan, **a.g.e.**, s. 329, Özakut, **a.g.e.**, s. 643; Toplandı, **a.g.e.**, s. 91 - 92; Kısagün, **a.g.e.**, s.213.

⁶² “Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.” Y. 1.HD, 27.2.2017, E. 2014/19621, K. 2017/885; Y. 1.HD, 09.07.1996, E. 1996/7257, K. 1996/8937 (Turan, **a.g.e.**, s.359)

⁶³ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s.410; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 311; Karahasan, **Cilt I**, s. 318 – 319; Turan, **a.g.e.**, s. 330.

⁶⁴ Karahasan, **Cilt I**, s. 319; Turan, **a.g.e.**, s. 330.

Nitekim Yargıtay da; paydaşlar arasında oluşmuş bir fiili kullanım biçimi var ise, bu durumun ahde vefa ve TMK'nın 2. maddesi uyarınca çözülmesi gerektiği ve davacı paydaşlar yönünden haksız işgalin önlenmesi taleplerinin kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir⁶⁵.

Elbirliği halinde mülkiyet açısından da, bir ortağın, diğer ortak ya da ortakların haklarını kullanmasına engel olacak şekilde taşınmazı işgal etmesi halinde ortaklardan her biri diğer ortak aleyhine haksız işgalin önlenmesi davası açabilir⁶⁶. Bununla birlikte davacının, elbirliği mülkiyete konu taşınmazın bir kısmını çekişmesiz olarak kullanması durumunda diğer ortaklar aleyhine haksız işgalin önlenmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır⁶⁷.

1.1.2. Malik Dışında Dava Açabilecek Olanlar

Sınırlı ayni hakka sahip olan kişiler de, söz konusu hakkına haksız olarak elatılması durumunda elatmanın önlenmesini talep edebilirler⁶⁸. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 14.07.1971 tarih, 967/1-442 Esas ve 1971/445 Karar sayılı kararı ile intifa hakkı sahiplerinin de elatmanın önlenmesini talep edebileceğini belirtmiştir⁶⁹. Sınırlı ayni hakka birden fazla kişinin sahip olması durumunda ise, paylı ve elbirliği halindeki mülkiyete ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar sınırlı ayni hak sahipleri için de kıyasen uygulanır⁷⁰. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasının mümkün olmadığı kabul edildiğinden, sınırlı

⁶⁵ Y. 1.HD, 15.03.2001, E. 2001/2472, K. 2001/2912 (Karahasan, **Cilt I**, s. 319) Y. 1.HD, 08.04.2002, E. 2002/2938, K. 2002/4379 (Turan, **a.g.e.**, s. 342)

⁶⁶ Karahasan, **Cilt I**, s. 319; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 284; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 442; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 643; Ağca- Toplandı, a.g.e., s. 93.

⁶⁷ Y 1.HD, 07.11.1988, E. 1988/8520, K. 1988/11636 (Turan, **a.g.e.**, s. 349)

⁶⁸ Karahasan, **Cilt I**, s. 307; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.498; Özkaya, **a.g.e.**, s. 36; Eren, **Mülkiyet**, s. 48; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 281; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 369.

⁶⁹ Karahasan, **Cilt I**, s. 307; Kısagün, **a.g.e.**, s. 216 – 217.

⁷⁰ Özkaya, **a.g.e.**, s. 37.

ayni hak sahiplerinin söz konusu ayni hakka bağı olan haksız işgalin önlenmesi taleplerini ancak tapuya tescilden sonra kullanabileceği kabul edilmektedir⁷¹.

Bilindiği üzere, TMK 715/I uyarınca, “*sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.*” Bu bağlamda kamunun kullanımına açık olan taşınmazın haksız işgali halinde Hazine’nin söz konusu haksız işgalin önlenmesini talep edebileceği kabul edilmektedir⁷². Devletin hüküm ve tasarrufu altında kalan yerler, genel olarak sahipsiz yerler, orta malları ve hizmet malları olarak sınıflandırılmakta olup, söz konusu sınıflandırmanın içinde kalan yerlere haksız işgal halinde Hazine davacı olabilmektedir⁷³. Yerleşik Yargıtay içtihatlarında da Hazinesinin haksız işgalin önlenmesi (elatmanın önlenmesi) davasını açabileceği kabul edilmektedir⁷⁴. Genel olarak kamu mallarının intifa hakkı bir başka tüzel kişiye (belediye, köy, kasaba) bırakılmış olsa da bahse konu malların mülkiyeti Hazine’ye aittir⁷⁵. Hal böyle iken, söz konusu tüzel kişi ile birlikte Hazine’nin de dava açma hakkı bulunmaktadır⁷⁶.

4342 sayılı Mera Kanunu’nun⁷⁷ 4. maddesine göre, “*Mera, yaylak ve kışlakların kullanma hakkı bir veya birden çok köy veya belediyeye aittir. Umuma ait çayır ve otlak yerlerinin kullanılmasında ve bunlardan faydalanılmasında mera yaylak ve kışlaklara ilişkin hükümler uygulanır.*” Yine 442 Sayılı Köy Kanunu’nun⁷⁸ 2. maddesine göre, “*Cami, mektep, otlak, yaylak, baltalık gibi orta malları bulunan ve toplu veya dağınık evlerde oturan insanlar bağ ve bahçe ve tarlalarıyla birlikte*

⁷¹ Acemoğlu, **Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar**, s. 36 – 37. Yazar, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda ayni hakkın kurulmasına ilişkin istinai halleri de detaylı şekilde açıklamıştır.

⁷² Karahasan, **Cilt I**, s. 306; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 32; Özkaya, **a.g.e.**, s. 37.

⁷³ Turan, **a.g.e.**, s.184.

⁷⁴ Detaylı bilgi ve emsal Yargıtay kararları için bkz. Turan, **a.g.e.**, s. 182 – 327.

⁷⁵ Turan, **a.g.e.**, s. 189.

⁷⁶ Karahasan, **Cilt I**, s. 307; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 33; Özkaya, **a.g.e.**, s. 37. YHGK. 26.03.1976, E 1976/14, K.1976/19 (Turan, **a.g.e.**, s. 240 - 244).

⁷⁷ RG., 28.02.1998, 23272.

⁷⁸ RG., 07.04.1924, 68.

bir köy teşkil ederler.” Dolayısıyla bu ve bunun gibi yerlere ilişkin bir haksız işgal halinde köy hükmi şahsiyetinin davacı olabileceği kabul edilmekteydi⁷⁹. 442 Sayılı Köy Kanunu’nun 37/7 maddesi uyarınca “köy tüzel kişiliği adına dava açmak ve açılan davayı takip yetkisi köy muhtarına aittir.” Köy muhtarının hukuki bir engelinin çıkması durumunda bu yetki aynı Kanunun 33/b maddesine göre köy derneğinin seçeceği temsilciye tanınmıştır⁸⁰. Dolayısıyla mera⁸¹, yaylak⁸², kışlak, otlak, harman ve panayır yerlerine ilişkin olarak, haksız elatma olması durumunda köy tüzel kişiliği adına köy muhtarının elatmanın önlenmesini talep etme hakkının olduğu kabul edilmekteydi. Ancak 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu’nun⁸³ 1. maddesine göre; “Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Ordu, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, sınırları il mülki sınırları olmak üzere aynı adla büyükşehir belediyesi kurulmuş ve bu illerin il belediyeleri büyükşehir belediyesine dönüştürülmüştür. Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırlarıdır. Sayılan illere bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı buldukları ilçenin belediyesine katılmıştır.” Dolayısıyla tüzel kişiliği sona eren köyler açısından dava ve dava takip ehliyeti ortadan kalkmıştır. 3402 Sayılı Kadastro Kanun’un⁸⁴ 16/B maddesi mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerlerini orta malları niteliğinde kabul etmiştir. Ancak köy boşluklarının mülkiyeti hazineye, yararlanma hakkı köy tüzel kişiliğine ait olduğundan, köy boşluğuna elatma olması

⁷⁹ Karahasan, **Cilt I**, s. 307; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 34; Özkaya, **a.g.e.**, s.37.

⁸⁰ Y. 14.HD, 4.5.2016, E. 2015/13291, K. 2016/5483 (Özkaya, **a.g.e.**, s.37).

⁸¹ Y. 14.HD, 10.1.2017, E. 2016/7665, K. 2017/112 (çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2018)

⁸² YHGK. 5.5.2010, E. 2010/14-234, K. 2010/248 (çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2018)

⁸³ RG., 12.11.2012, 28489.

⁸⁴ RG., 09.07.1987, 19512.

halinde elatmanın önlenmesini talep etme hakkı Hazineye aittir⁸⁵. Köy boşluğu, köy orta malı ve yolundan orada yaşayan herkesin yararlanma hakkı bulunduğundan bu hakkı kullanamayan herkes haksız işgalin önlenmesi davasını açabilir⁸⁶.

4342 sayılı Mera Kanunu'na göre, mera, yaylak ve kışlakların kullanma hakkı bir veya birden çok belediyeye bırakabileceği belirtmiştik. Bu bağlamda söz konusu mera, yaylak, kışlak ile belediye sınırları içerisinde bulunan yollar, meydanlar, parklar gibi yerlerin haksız işgali halinde Belediye de haksız işgalin önlenmesi davasını açabilmektedir⁸⁷.

Mazbut vakıf mallarına yönelik olarak gerçekleştirilen haksız işgal hallerinde dava açma yetkisi Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne aittir⁸⁸. Mülhak vakıflarda ise bu yetki, müteveli ve vakıf idaresindedir⁸⁹.

Apartman yöneticisinin haksız işgalin önlenmesi davasını açıp açamayacağı ise tartışmalıdır. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre⁹⁰, kat irtifakı sahiplerinin ya da kat maliklerinin yönetici tayin etme hakları bulunmaktadır (KMK. m.34/1). Kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile bağımsız bölüm maliklerinden herhangi biri yönetici olabileceği gibi, dışarıdan bir üçüncü kişi de yönetici olarak atanabilmektedir⁹¹. Bağımsız bölüm maliki apartman yöneticisinin kendi bağımsız bölümüne ya da apartmanın ortak kullanım alanına yönelik herhangi bir haksız işgal halinde malik, sınırlı aynı hak sahibi ya da kişisel hak sahibi sıfatıyla her türlü dava ve talep hakkı bulunduğu konusunda herhangi bir şüphe veya tartışma

⁸⁵ Y. 14. HD, 3.4.2006, E. 2006/2370 K. 2006/3915; Y. 1. HD, 19.01.1993, E. 1993/5729 K. 1993/202 (çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2018).

⁸⁶ Y 8. HD, 08.02.1968, E. 1986/7576 K. 1986/649 (Karahasan, **Cilt I**, s. 307), Y. 1. HD, 04.11.1982, E. 1982/12553, K. 1982/12593 (Turan, **a.g.e.**, s. 212).

⁸⁷ Karahasan, **Cilt I**, s. 307; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 32; Özkaya, **a.g.e.**, s.38; YHGK. 01.12.1999, E. 1999/1-1005, K. 1999/1013 (Turan, **a.g.e.**, s. 213 - 214).

⁸⁸ Karahasan, **Cilt I**, s. 309; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 32; Özkaya, **a.g.e.**, s.39.

⁸⁹ 04.03.1959 tarih, 3/18 İçtihatları Birleştirme Kararı (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 33 Özkaya, **a.g.e.**, s.39).

⁹⁰ RG., 23.06.1995, 12038.

⁹¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 641.

bulunmamaktadır⁹². Ancak bağımsız bölüm maliki olmayan ve dışarıdan atanan apartman yöneticisinin ortak yerlerin haksız işgali halinde dava açıp açamayacağı yargı kararlarında tartışılmıştır. Buna göre, bağımsız bölüm maliki olmayan ve dışarıdan atanan apartman yöneticisinin ortak yerlerin haksız işgali halinde dava açamayacağı görüşü benimsenmiştir⁹³.

Sadece zilyetliğe dayalı olarak TMK'nın 981 vd. maddeleri uyarınca zilyetliğin korunması hükümleri gereğince haksız işgalin önlenmesinin talep edilebilmesi mümkündür⁹⁴. TMK'nın 983. maddesine göre; zilyetliğe elatmanın önlenmesi davasında zilyet sadece söz konusu fiili hâkimiyetine dayanarak dahi TMK 981 vd. maddelerinde düzenlenen davaları açabilecektir⁹⁵ ⁹⁶. Bu davayı zilyetliği saldırıya uğrayan *her türlü zilyet* açabileceği gibi, zilyetliğin iadesinde farklı olarak saldırıda bulunan üstün hak iddiasında olsa bile bu iddiası dinlenmeyecektir⁹⁷. Burada önemli olan davacının taşınmaza zilyet olması ve saldırının halen devam ediyor olmasıdır. Dolayısıyla haksız işgale konu taşınmaza sadece zilyet olan kimselerin “zilyetliğin tamamen kaybedilmediği” durumlarla sınırlı olmak üzere haksız işgalin önlenmesi davası açabileceği söylenebilecektir⁹⁸.

⁹² Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s.690, Özkaya, **a.g.e.**, s. 40.

⁹³ Y. 1.HD, 12.03.1970, E. 1970/862, K. 1970/1248; Y. 5.HD, 23.05.1969, E. 1969/2635, K. 1969/324; YHGK, 10.11.1973, E. 1971/5-307, K. 1971/885, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 15.06.2018; Y. 14. HD, 18.06.2014, E. 2014/4175, K. 2014/8190; Y. 14.HD, 08.11.2010, E. 2010/10790, K. 2010/12324, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 15.06.2018.

⁹⁴ Y. 20.HD, 8.5.2017, E. 2017/6192, K. 2017/4138 (çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 15.06.2018)

⁹⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 88; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 48; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 96; Karahasan, **Cilt II**, s. 385; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.119.

⁹⁶ TMK 983 'te düzenlenen zilyetliğe saldırının önlenmesi davası ile TMK 683'te düzenlenen elatmanın önlenmesi davalarının yarışan davalar olduğu, tapuya kayıtlı taşınmaz malikinin sadece TMK 983 uyarınca da dava açabileceği kabul edilmektedir. (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 134).

⁹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 88; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 47; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.117.

⁹⁸ “*Aynı hakka müstenit ve gayrimenkule müteallik men'i müdahale davası, mesnedi olan hakkın mahiyetinde de anlaşılacağı veçhile, gayrimenkul üzerinde şahsi hakka sahip olan kimseler, ezcümle hasılat veya adi kira hakkı sahipleri, kiracılar tarafından ikame edilemezler.... Gayrimenkul üzerinde şahsi hakkı olan kimse, mesela kiracı tarafından ancak hakla ilgisi olmayan ve maddi vakadan ibaret bulunan zilyetliğe müstenit davalar, ezcümle zilyetliğe vaki tecavüzün men'i davası açabilir.*” (Kısagün, **a.g.e.**, s. 210).

Nisbi haklar (kişisel haklar), mutlak haklardan olan aynı haklardan farklı olarak sadece belirli bir kişi ya da kişilere karşı ileri sürülebilirler, bu yüzden nisbi niteliktedirler⁹⁹. Herhangi bir hukuki işlem ile kurulabilen nisbi, kira sözleşmesinde kiracının, ariyet sözleşmesinde ariyet alacaklısının hakkı örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda nispi hak sahibi, haksız işgal durumunda, üçüncü kişiye karşı elatmanın önlenmesini talep edebileceği gibi, eşyayı kullanma yetkisi bulunmayan aynı hak sahibinin aleyhine olacak şekilde de talepte bulunabilir¹⁰⁰. Nisbi hak sahibinin, aynı hak sahibine ileri süreceği bu talep ise, nisbi haktan değil, nisbi hak sahibinin zilyetliğinden kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle nisbi hak sahibi, zilyetliğe dayalı saldırının önlenmesi çerçevesinde aynı hak sahibinden talepte bulunabilir. Kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi halinde söz konusu nisbi hak, etkisi güçlendirilmiş nisbi hak haline gelecek ve haksız işgal halinde kiracının hak ileri sürebileceği kişiler somut olaya göre değişkenlik gösterebilecektir¹⁰¹. Satış vaadi sözleşmesi alacaklısının ise sadece satış vaadi sözleşmesinin varlığı sebebi ile haksız işgalin önlenmesi davası açamayacağı kabul edilmektedir¹⁰². Ancak satış vaadi alacaklısının taşınmaza zilyet olması durumunda, satış vaadi alacaklısı taşınmaza yönelik elatmanın önlenmesi taleplerini zilyetliğine dayandırabilir¹⁰³. Yine bu halde de haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesi için zilyetliğin tamamen kaybedilmemiş olması gerekmektedir.

⁹⁹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁰⁰ Karahasan, **Cilt I**, s. 78; Özkaya, **a.g.e.**, s. 39. Ayrıca bkz dn. 96.

¹⁰¹ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 160-161.

¹⁰² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 499; Özkaya, **a.g.e.**, s. 39; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 31; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 282.

¹⁰³ “Satış vaadi alacaklısı her ne kadar vaad borçlusuna ya da üçüncü kişilere karşı elatmanın önlenmesi davası açamaz ise de, vaad alacaklısının zilyetliği kazanmış olması halinde, üçüncü kişilere karşı elatmanın önlenmesi davasını açabileceği kabul edilmektedir. Ancak zilyetliği kazanmış vaad alacaklısı vaad borçlusuna karşı sadece zilyetliğe dayanarak talepte bulunamaz.” (Erhan Günay, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 82)

1.2. Davalı

Haksız işgalin önlenmesi davasında, malik ya da malik dışında taşınmaza herhangi bir sıfatla zilyet olan kişilerin taşınmazdan dilediği gibi yararlanmasına engel olan ya da sataşmada bulunan kişiye karşı dava yöneltilir^{104 105}. Davalı aynı zamanda mülkiyet hakkını yasal kısıtlamalarına aykırı kullanan kişi de olabilecektir¹⁰⁶. (TMK 730) Doğrudan bir elatma olmasa bile haksız işgalde bulunan kişiyi teşvik eden ya da söz konusu haksız işgale sebep olan kişilere karşı da bu davanın açılacağı kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Davalı gerçek ya da tüzel kişi olabilir¹⁰⁸. Haksız işgalde bulunanın mülhak vakıf olması durumunda, davalı, müteveli ile vakıflar idaresi olarak gösterilmelidir¹⁰⁹. Haksız işgale birden fazla kişinin neden olması mümkündür. Bu durumda fuzuli şağillerin tamamına dava açılacağı gibi, fuzuli şağillerden birine ya da bir kaçına husumet yöneltilebilir¹¹⁰. (HMK 57) Haksız işgal talebi ile birlikte yıkım da talep edilmiş ise, davanın aynı zamanda bina sahibine yönetilmesi zorunludur¹¹¹.

¹⁰⁴ Karahasan, **Cilt I**, s. 332; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 45; Özkaya, **a.g.e.**, s. 41; Özaykut, **a.g.e.**, s. 656; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 285; Eren, **Mülkiyet**, s. 49.

¹⁰⁵ “Bilindiği üzere; el atma olgusu haksız bir eylem olup, Türk Medeni Kanununun 683. maddesi hükmünden kaynaklanan elatmanın önlenmesi davalarının haksız fiil kimin tarafından gerçekleştirilmiş ise, ona karşı açılacağı, başka bir ifade ile husumetin 6100 sayılı HMK. nun 50. (1086 sayılı HUMK. ’nun 38.) maddesi hükmü uyarınca eylemi yapan kişiye yöneltilmesi gerekeceği tartışmasızdır.” (Y. 1.HD, 05.06.2017, E. 2017/22364, K. 2017/ 3182, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 18.06.2018)

¹⁰⁶ Akipek **a.g.e.**, s. 32; Özkaya, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁰⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 45 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 502.

¹⁰⁸ Karahasan, **Cilt I**, s. 322; Özkaya, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁰⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 51.

¹¹⁰ “Bir kimse hakkını çiğneyen birkaç kişiden yalnız birisine veya birkaçına karşı dava açabilir. Yoksa hakkını çiğneyenlerin hepsine birden dava açmasını zorunlu kılan bir hukuk kuralı yoktur.” YHGK. 16.12.1964, E. 1964/1-296, K. 1964/722 (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 49)

¹¹¹ “... Bilindiği gibi, elatmanın önlenmesi ve yıkım istekli davalar haksız fiil niteliğinde olup, haksız fiili ika eden kişiye karşı açılması gerektiğinden, yapılacak araştırma ile dava konusu binanın kendisine husumet yöneltilen davalı K2 tarafından yapılmadığının saptanması halinde yıkım isteğinin husumetten reddinin gerekeceği asıldır. ... Hal böyle olunca; yıkılması istenilen bina sahibi K4'in

Haksız işgalin önlenmesi davasında davalının ölmesi halinde, dava mirasçılara karşı devam eder¹¹². Haksız işgale davalı tarafından bir şey vasıtası ile neden olunması örneğin fuzuli şağilin kendisine ait taşınmazı bir başka taşınmazın kullanılmasına engel olacak şekilde inşa etmiş olması mümkündür. Ya da fuzuli şağilin kendisine ait taşınmazı taşkın olarak kullanması neticesinde bir başka taşınmazın kullanılamaması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda fuzuli şağile ait olan taşınmazın mirasçılara geçmesi halinde davanın mirasçılardan malvarlığını etkileyen davalardan olduğunun kabulü ile söz konusu davanın mirasçılara karşı devam etmesi gerekmektedir¹¹³. Ancak dava konusu işgal sadece öleni ilgilendiriyorsa bir başka deyişle haksız işgal ölenin bizzat kendi eylemlerinden kaynaklanıyorsa, ölüm ile taraf ehliyeti son bulduğundan söz konusu davanın mirasçılara karşı devam etmesi olanaklı değildir¹¹⁴. HMK 55 uyarınca; “*davalının*

davada yer almasının sağlanması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yukarıda değinilen hususlar göz ardı edilerek yanılığılı değerlendirme ve noksan soruşturma ile yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir.” (Y. 1.HD., 18.07.2012, E. 2012/4484 K. 2012/7231, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 18.06.2018); YHGK. 09.10.1991, E. 1991/1-342, K. 1991/461; Y. 1.HD, 23.10.1996, E. 1996/11277, K. 1996/1208 (Karahasan, **Cilt I, s. 322**)

¹¹² “*Dava dilekçesinde suya vaki elatmanın önlenmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm bir kısım davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Dava; suya müdahalenin menü ile tecavüzün önlenmesi talebidir. Mahkemece, davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm bir kısım davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Davalılar temyiz dilekçelerinde; davalılardan K1’in yargılama sırasında öldüğünü, mahkemece mirasçılardan davaya dahil edilmediğini belirtmişlerdir. Türk Medeni Kanunu’nun 28/1 maddesi gereğince gerçek kişilerin kişiliği ve bununla medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti ölümle sona erer. Hak ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekil taraf ehliyetidir. Bu nedenle ölmüş olan kişinin taraf ehliyeti yoktur. Mirasçıları da ilgilendiren, mirasçılardan mal varlığı haklarını etkileyen davalar; tarafın ölümüyle konusuz kalmaz, bu davalara, ölen tarafın mirasçılara karşı veya mirasçılardan tarafından devam edilir. Ölen tarafın mirasçılardan davayı mecburi dava arkadaşı olarak hep birlikte takip ederler. Hüküm; ölen taraf adına değil; mirasçılardan adına verilir. Somut olayda; temyiz aşamasında ibraz edilen davalı K1’e ait nüfus kaydının tetkikinden davalı K1’in 09.03.2010 günü, yargılama devam ederken öldüğü anlaşılmaktadır. Ölü kişi aleyhine hüküm tesis edilemeyeceğinden davalı K1’in tüm mirasçılardan husumet tevcih edilerek, onlar tarafından davaya devam edilmesi gerekirken; ölü kişi aleyhine hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.”* (Y. 3.HD, 02.07.2012, E. 2012/9890 K. 2012/16581, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 19.06.2018)

¹¹³ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 211; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 298.

¹¹⁴ “*Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir. (...)Bilindiği üzere;elatma olgusu haksız bir eylem olup, Türk Medeni Kanununun 683. maddesi hükmünden kaynaklanan elatmanın önlenmesi davaları haksız fiil kimin tarafından gerçekleştirilmiş ise, ona karşı açılacağı, başka bir ifade ile husumetin 6100 sayılı HMK. nun 50. (1086 sayılı HUMK. ’nun 38.) maddesi hükmü uyarınca eylemi yapan kişiye yöneltilmesi gerekeceği tartışmasızdır. Somut olaya gelince,yargılama sırasında davalının ölümü ile onun tarafından vaki haksız fiil niteliğindeki elatmanın sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği gibi davacı vekilinin yargılama aşamasında 30.04.2013 tarihli celsede "dava konusu taşınmazda fiilen el atılan kısmı kullanan ... mirasçılardan*

*ölümü halinde mirasçılarının mirası kabul ya da reddine ilişkin herhangi bir tespit yok ise dava kanunda belirlenen süreler boyunca ertelenecektir*¹¹⁵.” Ancak gecikmesinde sakınca olması ya da davalının mirasçılarının belirlenememesi halinde hâkim re’sen ya da talep halinde terekeye bir kayyım atayabilecektir¹¹⁶. Davalının davadan önce ölmesi halinde ölü kişiye dava açılmayacağından söz konusu dava red ile sonuçlanmalıdır^{117 118}.

Uygulama ve doktrinde kiracının haksız işgale neden olması halinde kiralayan aleyhine de dava açılıp açılmayacağı özellikle tartışılmıştır. Kiralayan kendi taşınmazı ile birlikte, davacının taşınmazını işgal edecek surette davacının taşınmazını da kiraya vermişse, kiracının haksız işgaline kendisinin sebep olması sebebi ile sorumluluğu doğacak ve davalı olarak kiralayan da gösterilebilecektir. Bu husus zaten haksız işgalin önlenmesi davasının özünden kaynaklanmaktadır. Nitekim füzuli şağili teşvik eden kimseye de dava açılacağı yukarıda belirtilmiştir. Söz konusu durumda kiracı ile kiralayanın arkadaşlığı mecburi dava arkadaşlığı olacaktır¹¹⁹. Nitekim Giritlioğlu bu hususta; “*Adi kira ya da hasılat kirasında*

... 'dir, zeytin ağaçlarını diken ve bakımını yapan ... 'dir" beyanı karşısında adı geçenin ve diğer mirasçılarının murislerine teban elattıkları ileri sürülmediğine göre adı geçenin haksız eylemi var ise ayrı bir davanın konusunu oluşturacağı da açıktır. Hâl böyle olunca, yargılama devam ederken davalının ölmesi nedeniyle elatmanın önlenmesi isteği yönünden dava konusuz kalmış olduğundan 444 parsel sayılı taşınmaz bakımından "elatmanın önlenmesi isteği hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekmektedir.” (Y. 1.HD, 02.03.2016, E. 2015/15308 K. 2016/2469, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 19.06.2018)

¹¹⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 298.

¹¹⁶ Karahasan, **Cilt I**, s. 322.

¹¹⁷ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 210; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 295-298.

¹¹⁸ “*Dava, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi, ecrimisil ve yıkım isteklerine ilişkindir. (...) Bilindiği ve 04/05/1978 tarih, 4/5 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararın da düzenlendiği üzere ölü kişi aleyhine dava açılması mümkün olmadığı gibi ıslah yoluyla dahi olsa mirasçıları davaya dahil edilmek suretiyle davanın yürütülmesine olanak yoktur. Somut olaya gelince; davalı olarak gösterilen Kamil 2001 yılında ölmüş, dava ise 2005 yılında açılmıştır. Dava konusu olayda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124.maddesini uygulama olanağı da yoktur. Öte yandan; bilindiği üzere davada taraf sıfatı kazanılması için dava tarihinde sağ ve medeni hakları kullanabilme ehliyetine sahip olmak gerekmektedir. Davanın açıldığı tarihte davacı olarak gösterilen ... da ölüdür. Hal böyle olunca; davalı ... 'in davada taraf sıfatı olmadığından hakkında açılan davanın reddine, davacı ... yönünden ise HMK 114/1-d ve 115/2 uyarınca davanın reddi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi isabetsizdir.” (Y. 1. HD, 10.1.2018, E. 2017/5246, K. 2018/99, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası 19.06.2018)*

¹¹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 502; Özkaya, **a.g.e.**, s. 41.

kiralayanın ihlal edici eyleme yalnız zilyetliğin devri yolu ile değil de aynı zamanda bunları bizzat düzenlemesi ya da bunlara açıkça izin vermiş olması durumlarında herhangi bir problem yoktur. Örneğin, taşınmaz, komşunun zaten rahatsız edildiği bir amacın gerçekleşmesi için kiralanmıştır, ya da zaten haksız müdahaleye neden olan bir işletme kiralanmıştır yahut da gerçekte çevresi o denli geniş olmayan bir irtifaktan yararlanma yoluyla bu ihlal ortaya çıkmaktadır, bu irtifakın varlığın gerçeğe aykırı olarak kiralayan kiracıya karşı iddia etmiş bulunmaktadır.” demektedir¹²⁰. Kiralayanın kiracının eyleminden sorumlu tutulabilmesi için, davaya konu haksız işgal hali ile kiralama eylemi arasında uygun bir illiyet bağı olmalıdır¹²¹. Kiralayan kiracısının haksız işgaline neden olmamış ya da onu bu konuda teşvik etmemiş olsa bile, kiracısının haksız işgal eylemini önleyebilecek durumda olup da gerekli önlemleri almamış ise, bu durumda kiralayanın da kiracı ile birlikte sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur¹²². Bu görüşe göre, sözleşmeye aykırılık sebebi ile kiracısına karşı dava açma hakkı bulunan ancak söz konusu hakkını kullanmayan ya da hukuki işlem dışında bir eylem ile söz konusu işgale son verebilecek durumda iken son vermeyen kiralayan, kiracının haksız işgalinden sorumlu olması gerekmektedir¹²³.

Yargıtaya göre; Kat Mülkiyetine tabi bir taşınmazda ortak alanı haksız olarak işgal edenin kat maliki değil, taşınmazdan sürekli yararlanma hakkına sahip olan kiracı olması durumunda, husumet yararlanma hakkı sahibi ile birlikte kat malikine de yönetilmelidir¹²⁴. Yargıtay yine bir başka kararında, kiracının ortak alanı haksız olarak işgal etmesi halinde sadece kat malikine husumetin yönetilmesinin yeterli

¹²⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 46.

¹²¹ “LUTHER/OWERRATH’ göre “kiralayan, kiracısının haksız ihlaline zilyetliğin devri sebep olmaktadır. Çünkü kiralayan kiracısına zilyetliği geçirmemiş olsaydı, haksız ihlal de ortaya çıkmayacaktı. Kiralayan, kiracının bağımsız nitelikteki davranışını ileri sürerek kiraya vermeye, haksız ihlal arasındaki nedensellik bağının ortadan kalktığını kural olarak ileri süremez.” (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 46), Özkaya, **a.g.e.**, s. 41-42.

¹²² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 46-47.

¹²³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 47.

¹²⁴ Y. 18.HD, 08.05.2002, E. 2002/4711, K. 2002/5404 (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 647, dn. 137)

olmadığını, yargılama neticesinde verilecek hükmün kiracının hukuku da yakından ilgilendirdiğinden kiracının da davaya dâhil edilerek taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁵. Hukukumuzda zorunlu dava arkadaşlığı dışında, dava dilekçesinde usulüne uygun şekilde davalı gösterilmeyen gerçek ya da tüzel kişinin davaya dâhil edilmesi ve hakkında hüküm kurulması mümkün olmadığından¹²⁶, kanaatimizce Yargıtay'ın bu gibi durumlarda malik ile yararlanma hakkı sahibini zorunlu dava arkadaşı olarak kabul ettiği ifade edilebilir.

Bize göre, kiralayanın kiracısının haksız işgalinden haberi olmadığı ya da söz konusu eylem ile kiralama işleminin arasında herhangi bir illiyet bağının olmadığı hallerde kiralayanı doğrudan sorumlu tutmak olanaklı değildir. Bu durumda kiralayanın söz konusu haksız işgali hukuki eylem ya da hukuki bir işlem ile sonlandırıp sonlandıramayacağı noktasında bir inceleme yapılmalıdır. Objektif ve hakkaniyete uygun bir şekilde yorum yapılarak kiralayanın söz konusu işgali engelleme imkânı olup da söz konusu imkânı kullanmaması ya da kullanmayı ihmal etmesi halinde sorumluluğuna gidilmeli ancak böyle bir imkânı yok ya da işgale engel olmaya çalışmasına rağmen bunu başaramamışsa, füzuli şağil durumunda olan kiracısının eylemlerinden sorumlu tutulmamalıdır. Örneğin kiralayanın kiracısına ihtarname göndermesi, kiracısı aleyhine dava açmış olması halinde kiracının eylemlerinden doğrudan sorumlu tutulması olanaklı değildir. Dolayısıyla kat maliki ile yararlanma hakkı sahibinin her durumda zorunlu dava arkadaşı olduğunun kabulü kanaatimizce olanaklı değildir.

İşgalin herhangi bir kişinin müdahalesi olmaksızın sadece doğal olayları sebebi ile meydana gelmesi halinde, işgalin önlenmesi davasının kabulü mümkün değildir¹²⁷. Ancak işgale sebep olan kişinin eylemi haksız olarak değerlendiriliyor ve söz konusu eylemi doğa olayları ile birleşip haksız işgale neden oluyorsa elatmanın

¹²⁵ Y. 18.HD, 18.03.2013, E. 2013/2903, K. 2013/4039 Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 647, dn. 137)

¹²⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 313.

¹²⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 48.

önlenmesi davasının kabulü gerekmektedir¹²⁸. Örneğin sel sularının yol açtığı birikinti sebebi ile taşınmaza girilememesi halinde herhangi bir haksız işgalden söz edilemeyecekse de, sel sularının yönünü herhangi bir şekilde değiştirmek sureti ile hak sahibinin taşınmazından yararlanmasına engel olan kişiye karşı haksız işgalin önlenmesi davası açılabilir.

Haksız işgal, fuzuli şağilin kendi taşınmazını taşkın olarak kullanmasından kaynaklanıyor ise, haksız işgale neden olan taşınmazın dava sırasında devri halinde nasıl bir yol izleneceği özellikle incelenmelidir. Bilindiği üzere, dava sonrasında sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devri mümkündür¹²⁹. Haksız işgale bir taşınmaz vasıtası ile neden olunması ve dava konusu taşınmazın davalı tarafından devredilmesi halinde haksız işgale maruz kalan davacının HMK'nın 125. maddesi uyarınca hareket edeceği söylenebilir¹³⁰. HMK'nın 125. maddesi uyarınca; *“davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı isterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.”* (HMK m.125/1-a, c.2) Davacının davasına aynı şekilde devam etmesi, bir başka deyişle davasını

¹²⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 48; Özkaya, **a.g.e.**, s. 42.

¹²⁹ *“Bilindiği üzere; dava açıldıktan sonrada sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın da doğal bir sonucudur. Usul Hukukumuzda da ayırık durumlar dışında dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiş, 1086 sayılı HUMK'nun 186. ve 6100 sayılı Yasanın 125. maddesinde dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temlik halinde yapılacak usulü işlemler düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasasının 125/2. maddesi, dava konusunun davacı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi halinde devralan kişinin davacı sıfatı ve buna bağlı olarak dava takip yetkisi kazanacağı ve davanın yeni davacı ile süreceği esasını getirmiştir. Ne var ki; somut olayda davacı adına kayıtlı 88 ve 89 no'lu dükkanların yargılama sırasında el değiştirdiği, ancak yeni malikin davaya katılmadığı görülmüştür. Mahkemece yapılacak iş, 6100 sayılı HMK'nun 125/2. maddesinin öngördüğü usulü işlemlerin yapılmasıdır. Öyle ise; davacının yargılama sırasında taşınmazları 3.kişiye devretmesi karşısında HMK'nın 125/2. maddesi uyarınca yukarıda değinilen usulü eksikliklerin giderilmesi, ondan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeden hüküm kurulması doğru değildir.”* (Y. 1.HD, 21.10.2015, E. 2015/10264, K. 2015/12275, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 22.06.2018)

¹³⁰ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 518-519; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 632, Karahasan, **Cilt I**, s. 393-396.

üçüncü kişiye karşı devam ettirip söz konusu davayı kaybetmesi halinde, davacının dava konusu taşınmazı devreden ilk davalıya karşı tazminat davası açma hakkının saklı olduğu ve üçüncü kişiye karşı davaya devam etmesinin ilk davalıya karşı olan haklarından feragat anlamına gelmediği kabul edilmektedir¹³¹.

Karahasan; “müdahalenin önlenmesi davasında, davacının elatıldığını ileri sürdüğü tapulu taşınmazın, kendi tapusunun kapsamında olduğunu davalı savunabilir. Böyle bir durumda, dava konusunu davalı eli altında bulundurmaktadır. İşte müdahalenin önlenmesi davasının konusunu oluşturan taşınmazı eylemli olarak başkasına teslim ederek tapuda kayıtlı kendi taşınmazını o kişiye geçerli olarak devrederek, taşınmazla ilişkisini kesen davalının, davada niteliği(sıfatı) kalmaz. Burada, devralan kişi, dava konusunu eylemli olarak eline geçirmekten başka taşınmazı davalıdan tapuya dayanarak satın aldığı için, davacıya usulün 186. maddesi uyarınca müdahalenin önlenmesi davasını bu kişiye karşı da yöneltebilme hakkının tanınması öze uygun bir yorum sayılmalıdır. ... Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi de 11/1/1968 Gün, 19977 Esas, 93 Karar sayılı ilamında usulün 186. maddesi ancak bir iptal davası bahse konu olduğu ahvelde kabili tatbiktir.” diye bir genelleme yapmıştır. Kanımızca yukarıda sözü edilen örnekteki özellik gözönünde tutularak, müdahalenin önlenmesi davasında usulün 186. maddesinin örneğinin sınırları içerisinde uygulanabilme olağanının tanınması yerinde olur. ... Davalı, çekişmeli yerin kendi tapusunun kapsamında olduğu yolunda bir savunmada bulunmayabilir. Davalı yargılama sürerken taşınmazdan elini çekip de bir üçüncü kişi elatmış olabilir. İşte böyle bir durumda, HUMK. md.186 uygulanamaz ve de konusu kalmadığı için davanın reddine karar verilir. Kuşkusuz bu olasılıkta üçüncü kişiye karşı yeniden ve yöntemince gereken dava açılmalıdır.” demiştir¹³².

Bu yorumdan yola çıkarak haksız işgalin önlenmesi davasında fuzuli şağil, ortada haksız bir işgalin olmadığını, kendi tapusundan kaynaklı mülkiyet hakkını kullandığını iddia edip, sonrasında haksız işgale neden olan taşınmazını bir başka üçüncü kişiye devrederse, eski davalının (fuzuli şağil) davada taraf sıfatının

¹³¹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 634.

¹³² Karahasan, **Cilt I**, s. 395-396.

kalmayacağı konusunda şüphe ve tereddüt yoktur. Zira haksız işgale kişi değil, taşınmazın fiili durumu neden olmaktadır. Bu durumda tapuyu ilk davalıdan teslim alan üçüncü kişi açısından davacının HMK 125/1.a uyarınca hareket etme hakkının bulunduğu söylemek mümkündür. Fuzuli şagilin savunmasında tapuya dayanmaması halinde ise bir başka deyişle kendisine ait taşınmazı taşkın kullanması sebebi ile değil, bizzat kendi fiilleri ile (ses, koku, gürültü çıkarmak, hak sahibinin taşınmazının girişine engel koymak gibi) haksız işgale sebebiyet vermesi halinde ise ilk fuzuli şagilin kendi taşınmazından ayrılarak eylemlerine son vermesi halinde dava konusuz kalacaktır. Taşınmazı devralan yeni malik, ses, koku, gürültü çıkarmak, hak sahibinin taşınmazının girişine engel koymak gibi eylemlerde bulunur ise, hak sahibi yeni malike karşı yeni bir dava açmalıdır.

Usulüne uygun şekilde yapılmayan kamulaştırma halinde, bir başka deyişle hukuka uygun bir kamulaştırma kararı ya da bu karara ilişkin herhangi bir bedel ödenmesi söz konusu değil ise, malikin mülkiyet hakkı son bulmayacağından, malik kamu tüzel kişisi aleyhine elatmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, isterse taşınmaz malın bedelini de herhangi bir zamanaşımına maruz kalmadan kamu tüzel kişisinden isteyebilir¹³³. Burada davalı kamu tüzel kişiliği olacaktır.

Haksız işgalin önlenmesi davalarında, fuzuli şagillerin çeşitli şekilde savunma yaptığı görülmektedir¹³⁴. Bu savunmaların başında şüphesiz elatma eyleminin hukuk düzeni sınırları içerisinde kaldığıdır¹³⁵. Daha önceki açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere malikin ya da başka hak sahibinin belli durumlarda komşuluk hukukundan kaynaklı katlanma yükümlüğü bulunmaktadır¹³⁶. Söz konusu katlanma yükümlüğünün yanı sıra, malik ve başkaca bir aynı hak sahibi kimse hakkını kamu

¹³³ YİBK, 16.05.1956, E. 1/6, K. 1/7 (Karahasan, **Cilt I**, s. 324-325)

¹³⁴ Detaylı açıklamalar ve Yargıtay kararları için bkz.: Turan, **a.g.e.**, s. 959-1222; Karahasan, **Cilt I**, s. 350-393.

¹³⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 64.

¹³⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 545-591; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 273; Karahasan, **Cilt I**, s. 1096-1097; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 365-366; Akipek, **a.g.e.**, s. 2 vd.; Ertaş, **a.g.e.**, s. 381 vd.

ya da özel hukuktan kaynaklı diğer kısıtlamalar dâhilinde kullanmalıdır¹³⁷. Söz konusu hallerde davalı, dava konusu fiili durumun davacının katlanma yükümlülüğü dâhilinde kaldığı ya da yasal kısıtlamalara tabi olduğu yönünde savunma yapabilir. Söz konusu savunmanın ispatı halinde ise haksız işgalin önlenmesi davasının reddi gerekmektedir.

Uygulamada bunun dışında başkaca savunmalara da sıkça rastlanıldığından yargı kararlarına yer vermenin bu yönde aydınlatıcı olacağı kanaatindeyiz. Hukuk düzeni sınırları içinde kalma savunmasının dışında fuzuli şağilin geçerli bir kira sözleşmesinin varlığını ileri sürmesi mümkündür¹³⁸. Diğer bir savunma, hak sahibinin söz konusu işgal durumuna onayının olduğunun ileri sürülmesidir. Ancak önceki açıklamalarımız da izah edildiği üzere elatmanın önlenmesi davasının açılması ile onayın geri alındığı kabul edilmektedir¹³⁹. Davalının haricen satın alma savunması da uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur¹⁴⁰. Her ne kadar haricen

¹³⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 74 vd; Karahasan, **Cilt I**, s. 1096-1097.

¹³⁸ “Dava, fuzuli işgal nedenine dayalı elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, davalı çekişmeli taşınmazı, davacıların mirasbırakanından kiraladığını; uzun süreden beri bu yerde oturduğunu; zorunlu ve faydalı masraflar yaptığını ancak, kira sözleşmesini bulamadığını savunmuş, temyiz dilekçesine bir kira sözleşmesinin fotokopisini eklemiştir. Gerçekten keşif sırasında dinlenen tanıklar da savunmada sözü edilen hususlara değinmişlerdir. Hal böyle olunca, mahkemece yanların bu konuda göstereceği tüm delillerin toplanması, kiracılık ilişkisinin var olup olmadığının kesin biçimde ortaya çıkarılması, varsa davalı tarafından yapılan zorunlu ve faydalı giderlerin saptanması, hasıl olacak bir duruma göre karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” Y. 1.HD, 16.09.1999, E. 1999/8320, K. 1999/8181 (Turan, **a.g.e.**, s. 969)

¹³⁹ “Davacıya ait 44 parsel sayılı taşınmaza davalının elattığı sabittir. Esasen, tarafların da kabulü de bu yöndedir. Davacı, davalının kullanımına muvafakat etmiş olsa dahi, davanın açılması ile muvafakatini geri almıştır. Davalı bu yeri bahçe haline getirip değerini arttırmış olsa bile, davalının bu kişisel hakkı elatmanın önlenmesi davasına engel teşkil etmez. Davalı söz konusu kişisel hak sebebi ile ayrı bir dava açabilir. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddi cihetine gidilmesi isabetsizdir.” Y. 1.HD, 27.10.1999, E. 1999/9779, K. 1999/10610 (Turan, **a.g.e.**, s. 1104)

¹⁴⁰ “Taraflar arasındaki tapu iptali, elatmanın önlenmesi davasında; bağımsız bölümü dava dışı yükleniciden haricen satın alarak davacı ve karşı davalının adi sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkı vardır. Buna karşılık aynı bağımsız bölümü yüklenicinin oğlundan tapudaki kayda güvenerek resmi senetle (kayden) satın alan davalı ve karşı davacının ise tapudan gelen aynı hakkı bulunmaktadır. Aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığının bilinmesi aynı hak sahiplerini kötü niyetli kılmadığı gibi kazandığı mülkiyet hakkına da etkisi olamaz. Başka bir deyişle kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınması da ana kuraldır. ... Bu nedenle davacının açtığı tapu iptal ve tescil isteğinin reddi ile davalının karşı davacı olarak açtığı elatmanın önlenmesi davasının kabulüne karar verilmesi gerekir.” YHGK. 19.04.2000, E. 1/735, K. 2000/789 (Turan, **a.g.e.**, s.1122-1126) “Dava tapuya dayalı elatmanın önlenmesi ve yıkım isteğine ilişkindir. Davalı ise

satış savunması elatmanın önlenmesi davasında dinlenebilir değilse de, 10.07.1940 tarih ve 2/77 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme kararı uyarınca haricen satışa konu olan taşınmazı bedelini ödeyerek satın alarak davalı, satış bedeli kendisine iade oluncaya dek dava konusu taşınmazı geri vermekten kaçınabilecek, bir başka deyişle alıkoyma hakkını kullanabilecektir¹⁴¹. Satış vaadi alacaklısının fuzuli şağil durumunda kalarak davalı olması durumunda söz konusu satış vaadi sözleşmesinin varlığını ileri sürerek savunma yaptığı görülmektedir¹⁴². Bu durumda malikin aynı hakkı ile vaad alacaklısının kişisel hakkı karşı karşıya geldiği için malikin aynı hakkına üstünlük tanımak gerekmektedir¹⁴³. Karşımıza çıkan en sık savunmalardan birisi de, davalının hukuku uygun şekilde zilyet olduğu bir başka deyişle olağanüstü zamanaşımı ile taşınmazı kazandığı iddiası olup, söz konusu durum sıklıkla Hazine'nin davacı olması halinde davalı tarafından yapılan zilyetlik ile iktisabın sağlandığı savunması olarak kendini göstermektedir¹⁴⁴. Söz konusu savunmaya değer

haricen satın almaya dayanarak iptal ve tescil istemiş, her iki dava birleştirilmiştir. Toplanan delillere ve tüm dosya içeriğine göre, çekişmeli yerin davacıların tapusu kapsamında kaldığı sabittir. Uyuşmazlık harici satış nedeniyle tapu kaydının hukuki kıymetini yitirip yitirmediği, diğer bir anlatımla; davalının haricen satışa dayanan zilyetliğine değer verilip verilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Bilindiği, üzere tapulu taşınmazın harici satışı geçersizdir. Ancak tapulama bölgelerinde yürürlükten kalkmış olan 766 sayılı Yasanın 32/C, halen yürürlükte bulunan 3402 sayılı Yasanın 13/B-b maddelerinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde harici satışlara değer verileceği kuşkusuzdur. Ne var ki, tapu dışı işleme yönelik sözleşme bozulmuşsa zilyedin değinilen yasa hükümlerinden yararlanma olanağı kalmaz. Dinlenen tanık beyanlarına göre taşınmazın önceki maliki V.'in harici satıştan hemen sonra çekişmeli taşınmazı davacı kızlarına kayden temlik etmek suretiyle harici satışı bozulduğu anlaşılmaktadır. Esasen davalı fiili durum dışında harici satışın varlığını inandırıcı delillerle ispat etmişse değildir. Hal böyle olunca; elatmanın önlenmesi ve yıkım davasının kabul, iptal ve tescil davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir". YHGK. 02.04.1997, E. 1/884, K. 1997/271 (Turan, a.g.e., s. 1140-1141)

¹⁴¹ Karahasan, **Cilt I**, s. 362. GİRİTLİOĞLU'na göre; "hapis hakkı ancak taşınır mallara ilişkin olup, söz konusu kararda hapis hakkından bahsedilmesi isabetsizdir. Burada, davalının satış parasının iadesi talep hakkı sözleşmenin ödenmemesi def'i'nin kıyas yolu ile uygulanmasını gerektirmekte, davalının bu hakkının elatmanın önlenmesi davasını geciktiren bir def'i olarak kabul etmek gerekmektedir." (Giritlioğlu, a.g.e., s. 70)

¹⁴² Yargıtay birden çok kararında, elatmanın önlenmesi davasında, taşınmazın satışının vaat edildiği savunulduğunda, bu vaade dayalı tescil davası açılmış ise, sonucunun beklenmesine veya satış vaadi sözleşmesinden doğan tescil isteyebilme hakkının saklı tutularak elatmanın önlenmesine karar verilmesi gerektiğini itiraz etmiştir. Örnek kararlar için bkz.: (YHGK. 26.10.1984, E. 1984/1, K. 1984/1056-869; YHGK. 26.01.1978, E. 1978/531, K. 1978/715) (Turan, a.g.e., s. 1184 vd.)

¹⁴³ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 259; Günay, a.g.e., s.82.

¹⁴⁴ "Davacı Hazine, tespit dışı bırakılan taşınmaza, davalının yaptığı muhdesatın yıkımı suretiyle elatmanın önlenmesi, ecrimisilin tahsili ve adına tescilini istemiştir. Davalı, zilyetliğe dayanarak

verilip verilmeyeceğinin belirlenmesi için ise mülkiyetin kazanma anına göre değerlendirilme yapılması gerektiği kabul edilmektedir^{145 146}.

Haksız işgalin önlenmesi davasında yıkımın da talep edilmesi halinde davalı, karşı dava açmaksızın TMK 725 uyarınca temlik talep edebilecek böylelikle şartların sağlanması halinde uygun bir bedelin davacıya ödenmesi karşılığında elatılan kısmın davalı adına tesciline ve yıkım/elatmanın önlenmesi taleplerinin reddine karar verilebilecektir¹⁴⁷. Davalı bunun dışında dava konusu taşınmazın kendi taşınmazı sınırları içerisinde ya da davacının tapusunun dışında kaldığını iddia edebilir¹⁴⁸. Haksız işgalin önlenmesi davasında hem davacının hem de davalının tapu kayıtlarına dayanıp, her iki tapunun da dava konusu taşınmazı kapsamı durumunda davacının bu durumda kendi tapusunun gerçeği yansıttığını ispat etmesi gerekmektedir¹⁴⁹.

davanın reddini savunmuş, mahkeme davalının zilyetliğini göz önünde tutarak redde karar vermiştir. Hemen belirtmekte fayda vardır. Tespit dışı bırakma işlemi de bir tapulama işlemidir. Bu husus yargısal uygulamalarda kabul edilmiş bulunmaktadır. Hal böyle olunca, bir iptal konusu olmadan, davalının bu savunması esas alınmak suretiyle lehine hüküm kurulması mümkün değildir. Nitekim mahkeme de bu kuralı kararında vurgulanmıştır. Öte yandan kadastrosu yapıp ta tespit dışı bırakılan ve böylelikle niteliği belirtilerek devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu tespit edilen taşınmazların zilyetlikle edilmemesi olanağı yoktur. Açıklanan bu ilkeler sebebiyle hazinece açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken değerlendirmede yanlıya düşülerek davanın reddi doğru değildir. “ gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Dava, elatmanın önlenmesi tescil, kal ve ecrimisil istemlerine ilişkindir. ... Hemen belirtmek gerekir ki, tapulama dışı bırakma bir tapulama işlemi ise de, tespit işlemi değildir. Bu tür yerler hakkında hak iddiasında bulunanlar tarafından tespit dışı bırakma işlemine karşı, kadastro mahkemesinde itirazda bulunabileceği gib, genel mahkemelerde de dava açılabilir. ... Davacı hazine, dava dilekçesinde tespit dışı bırakılan çekişmeli taşınmazın devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, özel mülkiyete konu teşkil edilemeyecek yerlerden olduğunu belirtmiş ancak; özel mülkiyete tabi yerler için istenebileceğini gözetmeksizin, taşınmazın adına tapuya tescilini talep etmiş durumdadır. Davalı, çekişmeli yerin özel mülkiyet konusu yerlerden bulunup, zilyetliğinde olduğunu, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği yoluyla iktisap koşullarının lehine gerçekleştiğini savunmuş ve davanın reddini istemiştir.... Hal böyle olunca yerel mahkemenin, olayda uyumsuzluğun niteliğine göre, taraf delillerini değerlendirerek işin esası ile ilgili bir karar verebileceğine değinen direnmesi yerindedir.” YHGK. 25.10.1995, E. 1995/1-673, K. 1995/845 (Turan, a.g.e., s. 1223-1224)

¹⁴⁵ Giritlioğlu, a.g.e., s. 70-71; Karahasan, **Cilt I**, s.373.

¹⁴⁶ Kazandırıcı zamanaşımında mülkiyetin kazanma anı ile ilgili açıklamalar için bkz. III. Bölüm, 4.3. Kazandırıcı Zamanaşımı, s. 113 - 116.

¹⁴⁷ Y. 1.HD, 11.10.1990, E. 1990/10212, K. 1990/11133; Y. 1.HD, 18.04.1989, E. 1989/13419, K. 1989/4834 (Karahasan, **Cilt I**, s. 372)

¹⁴⁸ Giritlioğlu, a.g.e., s. 65; Karahasan, **Cilt I**, s. 351.

¹⁴⁹ YHGK. 14.11.1962, E. 1962/1-57, K. 1962/83 (Giritlioğlu, a.g.e., s. 65; Karahasan, **Cilt I**, s. 356)

Davalı yine, davacının tapuya dayalı açtığı haksız işgalin önlenmesi davasında davacının tapusunun geçersizliği ile söz konusu yerin kendi tapusu sınırları içerisinde kalması gerektiğini ileri sürebilir¹⁵⁰. Bu durumda yapılacak bilirkişi ve keşif incelemesi sonucunda çekişmeli yerin gerçekten de davacının tapusu sınırları içerisinde kaldığı tespit edilirse, mahkeme tarafından diğer delillerin de değerlendirilmesi suretiyle haksız işgalin önlenmesine karar verilebilecektir¹⁵¹. Ancak davalının haksız işgalin önlenmesi davasına karşı terkin ya da tapu iptali davası açması durumunda söz konusu davanın haksız işgalin önlenmesi davasını nasıl etkileyeceği doktrinde tartışmalıdır. Giritlioğlu'na göre; davalı tarafından böyle bir dava açılması halinde söz konusu davanın elatmanın önlenmesi davasında bekletici mesele yapılması gerekmektedir, söz konusu davanın elatmanın önlenmesi davasından önce ya da sonra açılmasının bekletici mesele yönünden bir farkı bulunmamaktadır¹⁵². Özkaya, davalı tarafından tapu iptali ve tescili davası açılması halinde, bu davanın elatmanın önlenmesi davalarında bekletici mesele yapılması gerektiğini, zira beklenmeden verilecek elatmanın önlenmesi davasının telafisi imkânsız zararlar doğurabileceği, dolayısıyla her durumda tapu iptal ve tescil davasının bekletici mesele yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁵³. Karahasan ise; burada zamansal açıdan bir ayrım gözeterek, davalı tarafından açılacak terkin ya da tapu iptal davasının ancak davacının elatmanın önlenmesi davasını açmadan önce ikame etmiş olması halinde bekletici mesele yapılması gerektiğini, davacının elatmanın önlenmesi davası açtıktan sonra davalının terkin ya da tapu iptali davası açmasının ise dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından terkin ya da tapu iptali davasının bekletici mesele yapılmaması gerektiğini dile getirmektedir¹⁵⁴. Yargıtay eski tarihli kararlarında terkin ya da iptal davasının elatmanın önlenmesi davasında

¹⁵⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 68; Karahasan, **Cilt I**, s. 351.

¹⁵¹ Karahasan, **Cilt I**, s. 351.

¹⁵² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁵³ Özkaya, **a.g.e.**, s. 162-163.

¹⁵⁴ Karahasan, **Cilt I**, s. 353.

bekletici mesele yapılamayacağını belirtmiş olmasına rağmen¹⁵⁵, güncel ve kökleşmiş kararlarında çelişkinin giderilmesi amacıyla açılan davanın sonucunun beklenilmesi gerektiğine işaret etmiştir¹⁵⁶.

Kanaatimizce, terkin, tapu iptali ya da buna benzer bir hukuki çareye davalı tarafından ne zaman başvurulduğunun ayrımı yapılmaksızın her durumda bekletici meseleden söz etmek mümkündür. Zira davalı tarafından henüz kendisine yöneltilen bir elatmanın önlenmesi davası olmadan hukuki çareye başvurmamasını beklemek hakkaniyete uygun olmayacağı gibi bu durum dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır. Bir mahkeme tarafından verilecek kararın diğer mahkeme kararını etkileyebilecek olması ve söz konusu davaların birleştirilerek görülme durumunun söz konusu olması halinde davalardan birinin bekletici mesele yapılabileceği kabul edildiğinden¹⁵⁷; biz de davalının yukarıda sayılan hukuki çarelerden en az birisine başvurusu halinde haksız işgalin önlenmesi davasında diğer davanın sonucunun beklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak HMK'nın 165. maddesi uyarınca bekletici mesele yönündeki kararlar mahkemenin takdir yetkisinde bulunduğundan, davalı tarafından terkin, tapu iptali ya da buna benzer bir hukuki çareye başvurulduğunda, haksız işgalin önlenmesi davası açısından söz konusu davaların bekletici mesele yapıp yapılmayacağı noktasında hâkim karar verecektir.

2. Davanın Niteliği

Hukukumuzda sağlanması amaçlanan hukuki korumaya göre davalar çeşitli gruplara ayrılmaktadır. Hukuki koruma amacı ile hak sahibi eda, tespit, ya da inşai

¹⁵⁵ “Davanın davacılar aİt komşu parsellere elattığı uygulama ile saptanmıştır. İptal davası elatmanın önlenmesi davası için bekletici neden sayılmaz”. Y. 1.HD, 23.03.1976, E. 1976/3120, K. 1976/3019 (Karahasan, **Cilt I**, s. 351).

¹⁵⁶ “ ... Davalıya 3402 sayılı Yasanın 41. maddesinde öngörülen prosedür doğrultusunda düzeltme yapıldığının anlaşılması halinde, sonucunun beklenmesi ve ortaya çıkacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, bu çerçevede işlem yapılmadan sonuca gidilmesi ve noksan soruşturma ile davanın reddedilmesi doğru değildir. ” (Y. 1.HD, 19.04.1995, E. 1995/5559, K. 1995/5818, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 26.06.2018) Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 10.11.2014, E. 2014/15903, K. 2014/17167; Y. 5.HD, 18.3.2003, E. 2003/4841, K. 2003/6880; Y. 1.HD, 27.05.2015, E. 2014/4552, K. 2015/5231, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 17.05.2019)

¹⁵⁷ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 465; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 606.

dava açabilir¹⁵⁸. Yine maddi hukuktaki talebe göre davalar aynı ya da şahsi dava olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁵⁹.

HMK'nın 105. maddesi uyarınca; “*Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir.*” Çalışmamızın konusu olan haksız işgalin önlenmesi davası sonucunda davalı bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edildiğinden söz konusu dava nitelik itibari ile eda davasıdır¹⁶⁰. Tüm eda davalarının aynı zamanda tespit hükmü içermesi dolayısıyla hakka dayanılarak açılan haksız işgalin önlenmesi davasında davacının ilk kez hakkı ve kapsamı belirlenmekte, eda davası kısmında ise şartları varsa haksız işgalin önlenmesine karar verilmektedir¹⁶¹.

Haksız işgalin önlenmesi davasının malik dışında diğer hak sahipleri tarafından da açılabileceğini daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Bu bağlamda malik ya da sınırlı aynı hak sahipleri tarafından açılacak haksız işgalin önlenmesi davasının aynı dava olduğu konusunda herhangi bir şüphe ve tartışma bulunmamaktadır¹⁶². Daha önce de izah edildiği gibi haksız işgalin önlenmesi davasının temelinde mülkiyet hakkı yattığından genel olarak doktrinde ve yargı kararlarında mülkiyet hakkına yönelik elatma hallerine yer verilmiş ve söz konusu davanın özellikleri tartışılmıştır. Ancak çalışmamızda söz konusu davanın taşınmaza herhangi bir sıfatla zilyet olan kişilerce açılabileceği belirtilmiştir. Özkaya; davacı, mülkiyet hakkı dışında zilyetliğe, kişisel hakka ya da yararlanma hakkına dayansa dahi, korunacak menfaat taşınmaza ilişkin olduğu için söz konusu davanın aynı olma özelliğini korumaya devam edeceğini ifade etmiştir¹⁶³. Ancak kanaatimizce; mülkiyet hakkına ve sınırlı aynı hakka dayanılarak ikame edilen haksız işgalin önlenmesi davası aynı dava özelliğini taşıyacaksa da; taşınmaza herhangi bir kişisel

¹⁵⁸ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 257; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 433.

¹⁵⁹ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 267; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 433.

¹⁶⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 103; Karahasan, **Cilt I**, s. 77, Özkaya, **a.g.e.**, s. 24, Eren, **Mülkiyet**, s. 43.

¹⁶¹ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370. Benzer yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Y. 7.HD, 26.09.1971, E. 1971/4774, K. 1971/4681 (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 110-111)

¹⁶² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 104; Karahasan, **Cilt I**, s. 75; Özkaya, **a.g.e.**, s. 24; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 283; Ertaş, **a.g.e.**, s. 215; Eren, **Mülkiyet**, s. 46.

¹⁶³ Özkaya, **a.g.e.**, s. 24.

hak sebebi ile zilyet olan ya da herhangi bir hakka dayanmaksızın zilyet olan kişilerin TMK'nın 983. maddesi uyarınca ikame edeceği haksız işgalin önlenmesi davası aynı bir dava olmayacaktır. Bu durum davanın görüleceği mahkemenin görevini ve dava açma süresini de etkileyecek olup, çalışmamızın devamında buna ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

HMK 303 uyarınca; *“bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. Bir hüküm, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder.”* Dolayısıyla haksız işgal haksız eylem niteliği taşıdığından yenilendikçe ya da sürüp gittikçe hak sahibi her zaman dava açabilir¹⁶⁴. Yeni oluşan vakialara dayanılarak açılan ikinci dava, birinci davadaki kesin hükme aykırı düşmeyeceğinden, haksız işgalin önlenmesi davalarında kesin hüküm olmaz¹⁶⁵.

Hakka dayalı haksız işgalin önlenmesi davasında hakka yönelik tespitin kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği ise doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Bu bağlamda doktrindeki genel fikre göre; haksız işgalin önlenmesi davası neticesinde davalı hakkındaki kararın kesin hüküm niteliği sadece haksız işgalin önlenmesine ilişkin olup söz konusu karar davacının hakkının tespiti bakımından kesin hüküm

¹⁶⁴ “Bilindiği ve 6100 sayılı HMK'nun 303. (1086 sayılı HUMK'nun 237.) maddesinde düzenlendiği üzere kesin hükümden söz edilebilmesi için, yeni açılan bir davanın, birinci dava ile taraflarının, dava konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir. Oysa, elatmanın önlenmesi bir haksız eylem olduğundan devam ettiği veya yenilendiği müddetçe her zaman yeni bir davanın konusunu teşkil edebilir. Hemen belirtilmelidir ki, kesin hüküm ancak hüküm anındaki durumu tespit eder. Hükümden sonraki döneme etkili olmaz. Bu nedenle yeni meydana gelen vakialara dayanılarak açılan ikinci davanın, birinci davadaki kesin hükme aykırı olduğu söylenemez ve kesin hüküm oluşturamaz. Somut olaya gelince, önceden görülen ... 19.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/184 Esas ve 2011/404 Karar sayılı davanın elatmanın önlenmesi bakımından kesin hüküm oluşturmayacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca; mahalinde yeniden keşif yapılmak suretiyle işin esasının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yamılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir.” (Y. 1.HD, 14.06.2017, E. 2017/180, K. 2017/3474, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 02.07.2018)

¹⁶⁵ Y. 1.HD, 09.09.2013, E. 2013/11229, K.2013/12167; Y. 1.HD, 23.5.2002, E. 2002/2957, K. 2002/3811; Y. 1.H.D, 01.01.2001, E. 2001/4753, K. 2001/5206, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 02.07.2019.

teşkil etmez¹⁶⁶. Haksız işgalin önlenmesi davası ile birlikte hakkın da tespit edilip söz konusu tespitin kesin hüküm teşkil etmesini talep eden davacının bunun için ayrıca tespit talebinde bulunması gerekmektedir¹⁶⁷. Kural olarak hükmün gerekçesinin kesin hüküm ifade etmeyeceği kabul edilse de, hüküm fıkrasına bağlı gerekçelerin kesin hüküm kapsamında değerlendirileceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁶⁸. Hakka dayanan haksız işgalin önlenmesi davalarında ise tespiti yapılan hakkın varlığı, hüküm fıkrasına bağlı zorunlu gerekçe olarak kabul edilmemektedir¹⁶⁹. Bu sebepten dolayı, haksız işgalin önlenmesi davasına karşı tapu iptal ve tescil davasını açan davalının kesin hüküm itirazı ile karşılaşmayacağı söylenebilir¹⁷⁰. Nitekim Yargıtay tarafından da söz konusu durum benimsenmiştir¹⁷¹ ¹⁷². Yine davacının ikame ettiği haksız işgalin önlenmesi davasında, karşı dava açmaksızın davacının tapu kaydının yolsuz olduğu noktasında savunmada bulunan davalının söz konusu savunması kesin hüküm kapsamında değerlendirilemeyecek, söz konusu savunmaya rağmen davalı daha sonra tapu iptali ve tescili davası ikame edebilecektir¹⁷³.

Uygulamada eski tapu kayıtlarına dayanılarak sınır ihlali sebebi ile açılan haksız işgalin önlenmesi davalarına rastlanılmaktadır¹⁷⁴. Bu bağlamda sabit sınırın olup olmadığı ve tapunun kapsamına ilişkin keşif yapılmakta, bu hususta bilirkişi

¹⁶⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 105; Karahasan, **Cilt I**, s. 466; Özkaya, **a.g.e.**, s. 25; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 496.

¹⁶⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 105; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 496; Karahasan, **Cilt I**, s. 466-467, Özkaya, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁶⁸ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 664; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 844.

¹⁶⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 107; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 496-497; Karahasan, **Cilt I**, s. 466-467; Özkaya, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁷⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 108; Üstündağ, **a.g.e.**, s.148-150; Özkaya, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁷¹ YHGK, 06.04.1955, E: 1955/5-32, K: 1955/31 (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 108); YHGK, 04.05.1968, E: 1968/5-454, K: 1968/296 (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s.109)

¹⁷² YHGK'nın 17.09.1958 tarihli kararı da "Hazinenin birinci defa açtığı men'i müdahale ve ecrimisil davası olup ikinci dava tapu iptali davası olduğuna göre, bu iki dava mahiyetleri itibariyle ayrı olduğundan muhkem kazıye yoktur." şeklindedir. (Üstündağ, **a.g.e.**, s. 148- 150, dn. 27)

¹⁷³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 114-115.

¹⁷⁴ K. Orhan Önder, "Tatbikatta Gayrimenkule Vaki Müdahale Çeşitleri", **Adalet Dergisi**, Cilt 53, Sayı 1, 1962, s. 800.

raporu tanzim edilerek hüküm tesis edilmektedir¹⁷⁵. Bu bağlamda tapu malikinin sonradan açacağı haksız işgalin önlenmesi davasında söz konusu tespit ve kapsam ile bağlı olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁶. Söz konusu yargı kararları, eski tapu kayıtlarının mahkeme kararı ile kesin olarak kapsamının belirlenmesi sebebi ile başkaca kapsam belirlenmesinin mümkün olamayacağı ve açılacak yeni davada belirlenecek yeni kapsama dayalı çelişkili kararlar ortaya çıkabileceği düşüncesine dayanmaktadır¹⁷⁷. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur¹⁷⁸. Kanaatimizce de davacının taraf olduğu davada eski tapu kayıtlarına dayanılarak yapılan kapsam ve diğer ölçümlerin davacıyı bağlaması gerekir. Zira her dava sonucunda taşınmazın yeniden ve farklı şekilde krokiye bağlanması çelişkili kararlara neden olabileceği gibi, söz konusu uygulama mülkiyet hakkının özünü de zedeleyebilir. Ancak örnek verilen Yargıtay kararları uyarınca da söz konusu tespitte taraf olmayan davalıyı, söz konusu tespitin bağlayacağı yorumu usul ve esasa aykırı olacağından söz konusu hüküm davacı açısından kesin hüküm teşkil edecektir.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

3.1. Görevli Mahkeme

Daha önce de ifade edildiği üzere; hukukumuzda “elatmanın önlenmesi” ismi ile bilinen iki tür dava bulunmaktadır. Bunlardan ilki zilyetliğe saldırı halinde

¹⁷⁵ Önder, **a.g.m.**, s. 808.

¹⁷⁶ Özkaya, **a.g.e.**, s. 26, “Davacı tarafından davalı aleyhine evvelce açılan dava sonunda taraflara ait taşınmaz malları ayıran ortak sınır tespit edilmiş ve bu husustaki hüküm kesinleşmiştir. Davacı bu kez açtığı davada, davalının bu sınırı aşarak duvar yapmak suretiyle bahçesine müdahalede bulunduğu iddia etmektedir. Bu iddiaya göre evvelki davadaki müddeabih (dava konusu) ile bu davadaki müddeabih aynı değildir.” (Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 657) Kanaatimizce bu durumda açılan elatmanın önlenmesi davasında, önceki davadaki ortak sınır tespiti kesin hüküm teşkil edecektir.

¹⁷⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁷⁸ “Tapu kaydı, yansız(hasımsız) olarak açılan sınır ve miktar düzeltilmesi davası sonucunda krokiye bağlandığına göre, anılan ilam ve kroki tapu malikinin mirasçılarını halefiyet yolu ile bağlar. Ancak davada taraf olmayan, sınır komşuları yönünden bağlayıcı bir niteliği yoktur.” (Y. 1.HD, 27.01.1986, E. 1986/432, K. 1986/428, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 09.08.2018); “Davacının, davalının taraf olmadığı tescil davası sonucu aldığı tapu kaydına ait kroki davalıyı bağlamaz, ancak davacıyı bağlar.” Y. 1.HD, 19.10.1976, E. 1976/11987, K. 1976/11784 (Turan, **a.g.e.**, s. 98-100)

açılacak olan ve TMK'nın 983. maddesinde düzenlenen "zilyetliğe saldırının önlenmesi" davası, diğeri ise TMK'nın 683/II. maddesinde düzenlenen "mülkiyete dayanan elatmanın önlenmesi" davasıdır.

TMK 683 uyarınca ikame edilen haksız işgalin önlenmesi davalarında söz konusu davanın malvarlığına ilişkin davalardan olması sebebi ile görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri olacaktır^{179 180 181}. Yine malik dışında başkaca bir hakka

¹⁷⁹ "Dava, müdahalenin men'i, kal ve tazminat istemine ilişkindir. (...)01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesi gereğince, bu kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemelerinin görevli mahkeme olduğundan, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ve şahıs varlığına ilişkin davalarda aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. (...)Somut olaya gelince; dava komşuluk hukukuna dayalı elatmanın önlenmesi, kal ve tazminat istemine ilişkin olup, 6100 sayılı HMK'nin yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra açıldığından asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Mahkemece, görevsiz olduğu gözetilmeksizin işin esası hakkında karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmiştir." (Y. 14.HD, 02.04.2019, E. 2016/16645, K. 2016/3043, çevrimiçi, Sinerji İçtihat Bankası, 20.04.2019) (Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y. 14.HD, 09.10.2018, E. 2016/586, K. 2018/6540; Y. 14.HD, 15.10.2018, E. 2016/ 3657, K. 2018/6745, çevrimiçi, Sinerji İçtihat Bankası, 20.04.2019)

¹⁸⁰ Ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin karar; "Taraflar tacir olup, tarafların ticari işletmesi ile ilgili olan (elatmanın önlenmesi, taşınmazın tahliyesi ve ecrimisil, birleşen ipotek şerhinin terkinini ve intifa hakkının terkinini istemli) davanın nisbi ticari dava olduğu ve asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerekmektedir." (Y. 14.HD, 29.11.2016, E. 2016/5904, K. 2016/9858, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 09.08.2018); **Aksi yönde karar:** "Dava, mülkiyet hakkına dayalı el atmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Davacı şirket, davalı Şirketin taşınmazının bir bölümünü haksız olarak kullandığını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, davaya Asliye Ticaret Mahkemesinde bakılması gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiştir. Yukarıda değinilen hususlar çerçevesinde somut olaya bakıldığında; eldeki davada istenen el atmanın önlenmesi ve ecrimisilin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun(TMK) 683. ve 995. maddelerine dayandırıldığı; her ne kadar taraflar tacir olsalar dahi, uyumsuzluğun tarafların ticari işletmesiyle ilgisinin bulunmadığı, esasen dava dilekçesinde de bu yönde bir iddiaya yer verilmediği, davanın bu özelliği itibariyle mutlak ve nispi ticari dava olarak nitelendirilemeyeceği ve TTK hükümlerinin veya özel kanun hükümlerinin uygulanmasını gerektirir ticari bir uyumsuzluktan söz edilemeyeceği, uyumsuzluğun çözümünün genel mahkemelerin görev kapsamında kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Aksi uygulama, Asliye Ticaret Mahkemelerinin kuruluş amacına ve niteliğine aykırı düşecektir. Hâl böyle olunca; işin esasının incelenmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir." Y. 1.HD, 15.03.2016, E. 2016/3248, K. 2016/3118, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 09.08.2018)

¹⁸¹ Aile mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin karar; "Dava, elatmanın önlenmesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; davalının anılan yeri tasarrufunda bulundurduğu anlaşılmaktadır. Uyumsuzluk evlilik birliği sürerken edinilen malların tasfiyesinden kaynaklanmaktadır. Anılan hususun 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesi hükmü gözetilerek yapılacak araştırma ile doğrulanması halinde davalının çekışmeli taşınmaz işgalinin haksızlığından söz edilemeyeceği kuşkusuzdur. Ancak böyle bir belirlemenin 4787 sayılı Yasanın 4. maddesi hükmü gereğinde Aile Mahkemesinin görevi kapsamında bulunduğu tartışmasıdır. Hal böyle olunca, davada görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esası hakkında karar verilmiş olması doğru değildir." Y. 1HD, 06.07.2006, E. 2006/6483, K. 2006/7988 (Özkaya, a.g.e., s. 85)

dayanmak suretiyle haksız işgalin önlenmesi davası açabilecek kişiler açısından da söz konusu davaların malvarlığını ilgilendiren davalar olması sebebi ile asliye hukuk mahkemesi görevli mahkeme olacaktır. Ancak bir hakka dayanmaksızın sadece zilyetliğe dayanmak suretiyle ikame edilen ve dayanağını TMK'nın 983. maddesinde bulan "zilyetliğe saldırının önlenmesi" davasında görevli mahkeme HMK'nın 4/1.c maddesi uyarınca sulh hukuk mahkemesi olacaktır¹⁸².

Uygulamada "fuzuli şağil nedeniyle açılan tahliye davalarına" oldukça sık karşılaşılmaktadır. Bu davaların kimi zaman sadece mülkiyet hakkına dayanılarak TMK 683 uyarınca ikame edildiği görülürken, kimi zaman kiracılık ilişkisi sebebi ile kiracıya yönelik olarak ikame edildiği görülmektedir. Burada zikredilen "tahliye" kelimesi ise mahkemenin görevi hakkında karışıklığa yol açmaktadır. Bilindiği üzere HMK'nın 4/1.maddesine göre; "*Kiralanan taşınmazların, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre¹⁸³ ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayırık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyumsuzlukları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalarda sulh hukuk mahkemesi görevlidir¹⁸⁴.*"

TBK 299 uyarınca kira sözleşmesi; kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Kira sözleşmesinin sona erme sebepleri de TBK'da detaylı şekilde düzenlenmiş olup, belirli süreli kira sözleşmelerinde kira süresinin sona ermesi, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde tarafların bildirim ile sözleşmeyi feshetmesi, borca aykırılık ya da ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sözleşmenin sona ermesi ya da kiraya

¹⁸² Ayan, s.121; "*Bilindiği ve 6100 sayılı Kanunu'nun 4/c maddesinde düzenlendiği üzere Taşınır veya taşınmaz mallarda sadece zilyetliğin korunmasına yönelik davalar*" sulh hukuk mahkemelerinde görülür. Görev kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Somut olayda; karşı davada 757 parsel sayılı taşınmaz bakımından zilyetliğin korunması istendiğine göre, anılan parselle ilgili isteğin sulh hukuk mahkemesinde görülmesi için eldeki davadan tefrik edilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmiş olması doğru değildir." (Y. 1.HD, 23.12.2014, E. 2014/20551 K. 2014/20120, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 17.08.2018)

¹⁸³ RG., 09.06.1932, 2128.

¹⁸⁴ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 118, Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 148.

verenden kaynaklanan özel sebepler ile kira sözleşmelerinin sonlandırılması mümkündür¹⁸⁵. İşte, davacının kira sözleşmesinin herhangi bir sebep ile sonlanması nedeni ile kiracısına karşı ikame edeceği tahliye davasında uyuşmazlık yasanın açık hükmü gereğince sulh hukuk mahkemesinde çözülecektir. Burada önemli olan davacı ve davalı arasındaki kira sözleşmesinin varlığıdır. Oysa davacının kira ilişkisinden bağımsız olarak başkaca herhangi bir sıfatla taşınmazda bulunma yetkisi bulunmayan bir başka deyişle davacı ile arasında daha önce yapılmış herhangi bir kira sözleşmesi bulunmayan ve taşınmazı haksız şekilde işgal eden kişiye karşı ikame edeceği dava, haksız işgalin önlenmesi davası olacak ve görevli mahkeme genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi olacaktır¹⁸⁶. Bu bağlamda haksız işgalin önlenmesi davaları ile tahliye davalarının sebepleri birbirinden farklılık göstermekte olup, görev her aşamada, her somut olayın özelliğine göre re'sen ya da tarafların itirazı ile değerlendirilmeye alınmalıdır¹⁸⁷.

Haksız işgalin önlenmesi davaları genel olarak adli yargıda görülse de, idari yargıda görülmesi gereken haksız işgalin önlenmesi davaları da mevcuttur¹⁸⁸. Ancak

¹⁸⁵ Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 220 vd; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 309 vd. (bundan sonra "**Borçlar Özel**" olarak anılacaktır.)

¹⁸⁶ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**,s. 119, dn. 42.

¹⁸⁷ "Taraflar arasındaki "elatmanın önlenmesi ve ecrimisil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bodrum 1. Asliye Hukuk Mahkemesince görevsizliğe dair verilen 15.06.2012 gün ve 2012/65 E., 2012/635 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 24.01.2013 gün ve 2012/13333 E., 2013/670 K. sayılı ilamı ile; "Dava, fuzuli işgal nedenine dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davaya bakma görevinin sulh hukuk mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; davacının, dava açmadan önce davalılardan A.. Ticaret Yatırım Holding A.Ş. ve Ü.. A..'a 21.07.2011 tarihli ihtarname keşide ettiği, ihtarnamede; "Yeni iktisap ve ihtiyaç nedeniyle tahliye isteği" tabiri kullandığı, ihtarname içeriğinden ise davalı tarafa hiç bir kira ilişkisine dayanmaksızın oturmakta olduğu ve fuzuli şağil bulunduğu hususunun bildirildiği, davalıların iş bu ihtara karşı çıkmadıkları gibi yargılama aşamasında da kiracı olduklarını savunmadıkları, çekişmeli bağımsız bölümü ise davalılardan T.. Uluslararası Turizm Pazarlama Endüstri ve Tiç. A.Ş.'nin kullandığını savunmuşlardır. Bu durum karşısında yanlar arasında kira ilişkisinin varlığı iddia edilmiş ya da savunulmuş değildir. Hal böyle olunca; taraf delillerinin fuzuli işgal nedeniyle elatmanın önlenmesi iddiası kapsamında değerlendirilmesi ve işin esas bakımından bir hüküm kurulması gerekirken görevsizlik kararı verilmiş olması doğru değildir." Hal böyle olunca, yerel mahkemece bozma ilamına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup; kararın bozulması gerekir." (YHGK, 29.05.2015, E. 2013/2369, K. 2015/1473, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 17.08.2018)

¹⁸⁸ Özkaya, **a.g.e.**, s. 43.

haksız işgal, idari bir karar ya da eylemden kaynaklanmıyor, idari makam herhangi bir yetkiye dayanmaksızın fiili bir durum ile haksız işgale sebebiyet veriyor ise, bu durumda uyuşmazlık idari yargıda değil, adli yargıda çözümlenmelidir¹⁸⁹.

Haksız işgalin önlenmesi davalarında genel görev kurallarının yanı sıra, birtakım özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Buna göre bu düzenlemelerin başında yukarıda zikredilen HMK'nın 4. maddesi yer almaktadır. Buna göre kira sözleşmesinden doğan her türlü ihtilaf ile bir hakka dayanmaksızın sadece zilyetliğin korunmasına yönelik davalarda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemeleri

¹⁸⁹ “Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davalının hiçbir haklı ve hukuki dayanağı bulunmamasına rağmen müvekkilinin maliki ve zilyedi bulunduğu taşınmaza daha önce müdahale ve tecavüzde bulunduğu ve bu taşınmaz üzerine bina yaptığı, buna karşı müvekkili ile ölü eşi Habibe İnan tarafından Ordu 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/41 Esas, 2006/325 Karar sayılı dava dosyası üzerinden dava açıldığı, davanın kabul kararı ile sonuçlandığı ve kesinleşerek icraen infaz edildiğini; ancak davalının yine müvekkilinin aynı taşınmazı olan Ordu İli, Ulubey İlçesi, Çukur Mahallesi, Kızıtaş Mevkiili, tapununun 1.8.1978 tarih, cilt 172, sayfa 66, sıra no 1'de kayıtlı taşınmazına tecavüzde bulunarak tekrar ev yapımına başladığını, daha önce kesinleşmiş mahkeme kararı ile de açıkça görüleceği üzere dava konusu yerlerin davacının tapulu taşınmazı olup, aynı zamanda en az 40-50 yıldır malik sıfatıyla zilyetliğinde olduğunu; davalının hiçbir haklı ve hukuki dayanağı olmadığı halde müvekkilinin tapu ile malik ve zilyet olduğu yere yeniden bina inşaatına başlamak suretiyle müdahale etmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek, davanın kabulü ile müvekkilinin tapu ile malik ve zilyet bulunduğu dava konusu taşınmazda davalının haksız müdahalesinin men'ine, yapılan bina inşaatının kal'ine, yıktırılmasına karar verilmesi istemiyle adli yargı yerinde dava açmıştır....davaya konu olan meselenin idari bir işlem olduğundan, dava dilekçesinin görev yönünden reddi ile, mahkemelerinin görevsizliğine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir. Davacı vekili bu kez aynı istemle idari yargı yerinde dava açmıştır....Ordu İdare Mahkemesi, 01.03.2018 gün ve E:2018/213 sayı ile, bakılan davada, davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği kanısıyla 2247 sayılı Kanununun 19. maddesine istinaden görevli yargı kolunun belirlenmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulmasına, Uyuşmazlık Mahkemesi'nce bir karar verilinceye kadar ertelenmesine karar vermiş, mahkemece 7.3.2018 tarih ve E:2018/213 sayılı üst yazısı ile Mahkememize gönderilmiş olup, 9.3.2018 tarihinde kayda girmiştir....Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" hükmüne yer verilmiştir. İdari davalardan olan iptal ve tam yargı davalarında davalı daima idaredir. Bir başka deyişle, idari yargı yerinde açılan bir iptal ya da tam yargı davasına bakılabilmesi için, diğer dava koşullarının yanı sıra, davanın idare aleyhine açılmış olması gerekmektedir; idari yargı yerinde gerçek kişiler aleyhine dava açılabilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, davanın, ortada idarece kamu gücüne dayalı olarak ve idari usul ve esaslara göre re'sen ve tek yanlı biçimde tesis edilmiş bir işlem veya eyleminden dolayı hak ve menfaati ihlâl edilenler tarafından idare aleyhine açılmış 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen davalardan biri olmayıp; davacı tarafından, tapu ile malik ve zilyedi olduğu iddia edilen taşınmaza davalı tarafından tecavüzde bulunulduğu iddiasıyla, gerçek kişi aleyhine açılan dava olması karşısında, idari yargının görevine giren bir dava bulunduğundan söz etmek olanaksızdır. Buna göre, davacının el atmanın önlenmesi ve binanın kal'i istemiyle gerçek kişi aleyhine açtığı davanın, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevlidir.” (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 20.04.2018, E. 2018/219, K. 2018/240 Karar, cevrimici, <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>, 25.08.2018)

olacaktır¹⁹⁰. Bunun dışında 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun¹⁹¹ ilgili mahkemelerinde görev ile ilgili özel hükümler yer almaktadır. Buna göre, kadastro mahkemesi; *“taşınmaz mal mülkiyetine ve sınırlı aynı haklara, tapuya tescil veya şerh edilecek veyahut beyanlar hanesinde gösterilecek sair haklara, sınır ve ölçü uyumsuzluklarına, kadastroya ve tapu sicilini ilgilendirenbenzeri davalara ve özel kanunlarca kendisine verilen işlere bakar.”* (Kadastro Kanunu m.25/I) Bir başka deyişle, kadastro mahkemesi, taşınmaz hakkında tespit tutanağı düzenlenmesi anından itibaren söz konusu taşınmaz hakkında önceden açılmış bulunan haksız işgalin önlenmesi davaları kadastro mahkemesinin görev alanına girmektedir¹⁹². *“Kadastro tutanağının düzenlenmesi gününden ve tutanak sonradan tamamlanmış ve düzeltilmiş ise, o günden sonra doğan haklara dair istekler ve muhdesatın yıkılıp kaldırılması gibi mahkemeden yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren dava ile ilgili isteklerin incelenmesi, kadastro mahkemesinin görevi dışındadır”*¹⁹³. (Kadastro Kanunu m.25/son) Kadastro işlemlerinin henüz sonuçlanmadığı döneme ilişkin genel mahkemede açılan haksız işgalin önlenmesi ve yıkım talepli davada, yıkım isteği yönünden davanın ayrılması, mülkiyetin tespitine yönelik talepler açısından ise görevsizlik kararı verilerek dosyanın Kadastro Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekmektedir¹⁹⁴. Zilyetliğin korunmasına yönelik davalar açısından ise, herhangi bir hakka dayanılmadığından dava konusu taşınmazın kadastroya tabi olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır, bu konuda görevli mahkemeler yine sulh hukuk mahkemeleri olacaktır¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Karahasan, **Cilt I**, s. 408; Özkaya, **a.g.e.**, s. 48; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 119; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 149.

¹⁹¹ RG., 09.07.1987, 19512

¹⁹² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 122; Karahasan, **Cilt I**, s. 411; Özkaya, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁹³ Karahasan, **Cilt I**, s. 411; Özkaya, **a.g.e.**, s. 48; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 746, dn. 12.

¹⁹⁴ Y. 1.HD, 18.04.1988, E. 1988/2427, K. 1988/4825 (Karahasan, **Cilt I**, s. 411); Y. 1.HD, 12.05.1999, E. 1999/4923, K. 1999/5089 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 49).

¹⁹⁵ Y. 8.HD, 24.02.1986, E. 1986/1782, K. 1986/1697 (Özkaya, **a.g.e.**, s.49)

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre kat maliklerinin ortak alanların kullanımın ilişkin birbirleri aleyhine açacağı haksız işgalin önlenmesi davalarında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemeleri olacaktır¹⁹⁶. (KMK m.33)

3.2. Yetkili Mahkeme

HMK madde 12 uyarınca; *“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. Bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilir.”*

Görevli mahkemeye ilişkin yaptığımız açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere; uygulamada “fuzuli şağil nedeniyle açılan tahliye davalarına” oldukça sık karşılaşılmaktadır. Bu davaların kimi zaman sadece mülkiyet hakkına dayanılarak TMK 683 uyarınca ikame edildiği görülürken, kimi zaman kiracılık ilişkisi sebebi ile kiracıya yönelik olarak ikame edildiği görülmektedir. Burada zikredilen “tahliye” kelimesi ise görevde olduğu gibi yetkili mahkeme tayininde de birtakım karışıklıklara yol açmaktadır. Bu bağlamda kira sözleşmesinden kaynaklanan bir alacağa, uyuşmazlığa ilişkin davalarda HMK m.12’de öngörülen taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu kuralı uygulanmayacaktır¹⁹⁷. Burada davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğuna dair genel yetki kuralı ya sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi kuralı uygulanacaktır¹⁹⁸. Kira sözleşmesine dayanılarak açılan tahliye davaları aynı bir hakka ilişkin olmadığı için HMK m.12 hükmüne tabi olmasalar da, kira sözleşmenin ifa olacağı yer mahkemesinin genellikle taşınmazın bulunduğu yer olması dolayısıyla HMK m.10 uyarınca söz konusu tahliye davalarının taşınmazın

¹⁹⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 123; Karahasan, **Cilt I**, s. 413; Özkaya, **a.g.e.**, s. 49; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 120; Pekcantez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 150.

¹⁹⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 124; Karahasan, **Cilt I**, s. 415; Özkaya, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁹⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 124, Özkaya, **a.g.e.**, s. 54.

bulunduğu yer mahkemesinde açılmasında da yasal bir engel bulunmamaktadır¹⁹⁹. Kira sözleşmesinin tapuya şerhi, kira sözleşmesine aynı nitelik kazandırmayacağından, tahliye talebi ile birlikte söz konusu şerhin fekki talebi halinde de davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması zorunluluğu bulunmamaktadır²⁰⁰. TMK 683 uyarınca açılan haksız işgalin önlenmesi (tahliye) davalarında ise yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olacaktır²⁰¹. Zilyetliğin korunmasına yönelik davalar açısından ise kesin yetki kuralının bulunduğu HMK m.12'nin açık metninden anlaşılmaktadır.

Haksız işgalin önlenmesi davası ile birlikte tazminat, yıkım ya da ecrimisil talep edilmesi halinde de taşınmazlara ilişkin kesin yetki kuralı geçerli olacaktır²⁰². Haksız işgalin önlenmesi davası açılmaksızın sadece ecrimisil talepli bir davanın açılması halinde söz konusu dava taşınmazın aynına ilişkin olmadığından HMK m.12 hükmü burada uygulanmamaktadır²⁰³. Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinden kast edilen ise, taşınmazın tapuda kayıtlı olduğu yer değil, fiilen sınırları içerisinde bulunduğu mülki sınırdır²⁰⁴. Taşınmazın hangi ilçe sınırları içerisinde kaldığına dair

¹⁹⁹ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 145

²⁰⁰ “Dava, yeni malik tarafından açılan, davalı kiracı ile önceki malik kiralayan arasında yapılan kira sözleşmesinin geçersiz olduğunun tespiti ile tapudaki şerhin kaldırılması ve taşınmazın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece re’sen mahkemenin yetkisi değerlendirilerek, kiralanan taşınmaz Kemer ilçesi sınırları içinde olduğundan yetkisizlik kararı verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.(...) Davada dayanılan ve hükme esas alınan 31.12.1998 tarihli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmadığı gibi, taraflar arasındaki uyumsuzluk, şahsi hak doğurucu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Şahsi hakkı doğurucu kira sözleşmesinin, tapuya şerh edilmiş olması, kira sözleşmesine aynı hak niteliği kazandırmayacağından, taşınmazın aynından doğan davalarda uygulanan, HMK’nun 12. maddesindeki kesin yetki kuralının, davada uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Mahkemenin yetkisine dair olarak yetki ilk itirazında da bulunulmadığına göre yargılamaya devam edilerek işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkemenin yetkisizliğine karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır.” Y. 6.HD, 10.12.2014, E. 2014/4334, K. 2014/13719, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 25.10.2018.

²⁰¹ “Mülkiyete dayanan füzuli işgal ve tahliye davaları taşınmaz malın aynına ilişkin olduğundan, yetkili mahkeme o taşınmaz malın olduğu yer mahkemesidir.” Y. 1.HD, 16.04.1962, E. 1962/1173, K. 1962/2832 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 128)

²⁰² Karahasan, **Cilt II**, s. 596; Özkaya, **a.g.e.**, s. 54.

²⁰³ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 146.

²⁰⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 124; Karahasan, **Cilt I**, s. 414; Özkaya, **a.g.e.**, s. 54; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 163 “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 12/1. (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 13/1) maddesi gereğince taşınmazın aynı ile ilgili davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde çözüme kavuşturulması gerekeceği tartışmasızdır. Taşınmazın bulunduğu yerden

bir belirsizlik var ise, mahkemece mutlaka ilgili kayıt ve belgeler getirilerek, söz konusu belirsizliğin kesin şekilde çözülmesi gerekmektedir²⁰⁵. Mülki sınırlar henüz kesin olarak belirlenmemişse, sınırların kesinleşmesi beklenmelidir²⁰⁶.

Taşınmazlara ilişkin yetki kuralı kesin yetki kuralı olmasından bahisle kamu düzenini ilgilendirdiğinden mahkeme tarafından re'sen ve yargılamanın her aşamasında dikkate alınır ve tarafların yetki sözleşmesi yaparak söz konusu kuralı bertaraf etmesi olanaklı değildir²⁰⁷.

4. Zamaşımı- Hak Düşürücü Süre

Hakka dayanan haksız işgalin önlenmesi davaları daha önce de açıkladığımız gibi aynı davadır. Dolayısıyla söz konusu davanın mülkiyet ya da başkaca sınırlı bir aynı hakka dayandığı durumlarda zamaşımından söz edilemeyeceği gibi, söz konusu dava haksız işgal devam ettiği sürece ikame edilebilir²⁰⁸. Ancak başkasının arazisi üzerine inşaat yapılması ya da yapılan inşaatın taşkın olmak suretiyle başka arazinin işgal edilmesi halinde haksız işgalin önlenmesi davası TMK'nın 724. ve 725. maddelerindeki süreler ile sınırlandırılmıştır²⁰⁹. Haksız işgal ile birlikte zarar doğmuş ise, söz konusu zararın talep edilebilmesi haksız fiil zamaşımına bağlıdır²¹⁰. Yine daha önce de ifade ettiğimiz usule uygun bir kamulaştırma kararı ile

maksat ise tapuda kayıtlı olduğu yer değil, fiilen içinde bulunduğu mülki sınırdır." Y 1. HD, 24.02.2014, E. 2014/1034, K. 2014/4137 Karar. (Özaykut, **a.g.e.**, s. 688)

²⁰⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 124; Karahasan, **Cilt I**, s. 414; Özkaya, **a.g.e.**, s. 55. "Dava konusu yerin Sarayönü ve Yunak İlçelerinden hangisinin idari sınırları içerisinde kaldığı, sınır kağıtları uygulanmak suretiyle keşfen tespit edilmesi gerekir. Hükmün BOZULMASINA karar verildi." Y 1.HD, 02.03.1973, E. 1973/1862, K. 1973/1438 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 126)

²⁰⁶ "Yetkili mahkemenin belli edilmesinde, iki köy arasındaki sınır uyumsuzluğu sonucunun beklenilmesi gerekir." Y 8.HD, 23.06.1966, E. 1966/5109, K. 1966/4522 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 127)

²⁰⁷ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 150; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 186.

²⁰⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 99; Karahasan, **Cilt I**, s. 75; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 284; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 190; Eren, **Mülkiyet**, s. 46; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 367; Özkaya, **a.g.e.**, s. 24.

²⁰⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 248, dn. 39.

²¹⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 283; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366-368; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 190; Eren, **Mülkiyet**, s. 47; Özkaya, **a.g.e.**, s. 24; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 101.

malike herhangi bedel ödenmesi söz konusu değil ise, malikin mülkiyet hakkı son bulmayacağından, malik kamu tüzel kişi aleyhine herhangi bir süreye tabi olmadan bedel davası açabilir²¹¹.

Doktrinde ve yargı kararlarında büyük oranda TMK 683'den kaynaklanan elatmanın önlenmesi davalarından bahsedildiğinden, yukarıda da ifade edildiği gibi söz konusu davanın aynı bir hakka dayanması dolayısıyla zamanaşımına uğramayacağı rahatlıkla ifade edilmiştir. Özkaya; davacının zilyetliğe, kişisel hakka ya da yararlanma hakkına dayanması durumunda dahi, söz konusu davanın taşınmaza yönelik olmasından bahisle zamanaşımına uğramayacağını ya da hak düşürücü süreye tabi olmadığını ifade etmektedir²¹². Bu durumda TMK m. 983 uyarınca açılacak zilyetliğe müdahalenin önlenmesi davaları TMK 984 uyarınca “*zilyedin fiili ve failini öğrenmesinden başlayarak iki ay ve her hâlde fiilin üzerinden bir yıl geçmekle düşer.*” Bu sürenin zamanaşımı mı yoksa hak düşürücü süre mi olduğu noktasında 743 sayılı Medeni Kanun döneminde bir açıklık bulunmadığı için doktrinde bir takım tartışmalar yaşansa da, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 984. maddesinin başlığı “*Dava Hakkının Düşmesi* “ olarak düzenlendiğinden doktrindeki söz konusu tartışma büyük oranda sona ermiş ve söz konusu sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul görmüştür²¹³. Zilyetliğe saldırının önlenmesi davası ile birlikte zarar doğduğundan bahisle tazminat talep edilecek ise, söz konusu tazminat talebinin dayanağı dolayısıyla TBK 72'de öngörülen haksız fiil zamanaşımına mı yoksa TMK 984'de öngörülen sürelerle mi tabi olacağı noktasında doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre, TMK 984'de öngörülen süre zilyetliğe saldırının önlenmesine ilişkin olup, zararın haksız fiil sorumluluğuna dayanması dolayısıyla TBK 72'de öngörülen 2-10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır²¹⁴. Bazı

²¹¹ YİBK, 16.05.1956, E. 1/6, K. 1/7 (Karahasan, **Cilt I**, s. 324-325)

²¹² Özkaya, **a.g.e.**, s.24.

²¹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 89; Karahasan, **Cilt II**, s. 392; Ertaş, **a.g.e.**, s.51; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 48; Ayan **a.g.e.**, s. 123; Ferit H. Saymen, Halid K. Elbir, **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, 1954, s. 91; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 107; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 129-129.

²¹⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 89; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 116,119; Karahasan, **Cilt II**, s. 406; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 49.

yazarlara göre ise, zilyetliğe saldırının önlenmesi davasında TMK 984'te öngörülen süreler uygulanmalıdır²¹⁵. Yargıtay ise ağırlıklı görüşünde; TMK 984 uyarınca talep edilecek tazminat talebinin haksız fiil zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmektedir²¹⁶.

Tüm bu açıklamalar ışığında Özkaya'nın zilyedin, kişisel hak sahibinin ya da yararlanma sahibinin açacağı haksız işgalin önlenmesi davasının herhangi bir zamanaşımına tabi olmadığı, bu kişilerin tıpkı malik ya da sınırlı aynı hak sahipleri gibi zamanaşımına tabi olmadan dava açabileceği görüşüne katılmak olanaklı değildir. Dolayısıyla herhangi bir hakka dayanmayan zilyedin, kişisel hak sahibinin ya da yararlanma sahibinin açacağı haksız işgalin önlenmesi davası TMK'nın 984. maddesinde öngörülen süreye tabi olmalıdır.

Haksız işgalin önlenmesi davalarında üzerinde durulması gereken bir başka husus, davanın ikame edildiği süre açısından TMK'nın 2. maddesinin gündeme gelip gelmeyeceğidir. Bir başka deyişle müdahaleye uzun süre sessiz kaldıktan sonra söz konusu davanın açılması halinde davacının hakkın kötüye kullanılması savunması ile karşılaşılacağıdır²¹⁷. Giritlioğlu ve Eren'e göre; uzun yıllar müdahaleye ses çıkarmayan davacının açtığı haksız işgalin önlenmesi davası hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır²¹⁸. Giritlioğlu'na göre hâkim bu durumda davacının davayı açmasına engel bir durumun olup olmadığını araştırmalı, özel bir sebep olmaksızın söz konusu davanın açılmasının uzun bir süre ertelendiği kanaati oluşursa TMK'nın 2. maddesi devreye girmelidir²¹⁹. Özkaya; hak sahibinin müdahaleye sessiz kalması durumunda dahi saldırı devam ettiği sürece hakkın kötüye kullanılması engeli ile karşılaşmadan dava açabileceğini savunmaktadır²²⁰. Karahasan; haksız

²¹⁵ Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 24.

²¹⁶ YİBK. 08.03.1950, E. 1950/22, K. 1950/4; Y. 4.HD, 13.12.1974, E. 1974/6605, K. 1974/16979, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 22.10.2018.

²¹⁷ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 269-280.

²¹⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 100; Eren, **Mülkiyet**, s. 47.

²¹⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 100-101.

²²⁰ Özkaya, **a.g.e.**, s. 25.

işgalin önlenmesi davalarında hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak idare tarafından öncelikle davalıya tahsis belgesi ile tahsis edilen ve zilyetliği devredilen yer ile ilgili olarak idarenin sonradan elatmanın önlenmesi davası açma halini hakkın kötüye kullanması olarak göstermektedir²²¹. Yargıtay ise, müdahaleye uzun süre sessiz kalınmış olsa dahi, mülkiyet hakkına üstünlük tanınarak haksız işgalin önlenmesi davasının kabulü gerektiği yönünde görüş bildirmektedir²²². Kanaatimizce, davacının müdahaleye uzun süre sessiz kaldıktan sonra haksız işgalin önlenmesi davası açması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemelidir. Davacının söz konusu davayı uzun süre açmamasının sebebine göre bir ayırım yapılması da pratikte çelişkili ve hakkın özünü zedeleyen kararlara sebebiyet verebileceğinden, kanaatimizce haksız işgal olduğu sürece haksız işgalin önlenmesi davasının açılabilmesinin kabulü gerekir.

²²¹ Y. 8.HD, 03.05.1989, E. 1989/5103, K. 1989/4659 (Karahasan, **Cilt I**, s. 322)

²²² “Dava, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece, davacının, davalı yanın elatma eylemine uzunca süre karşı çıkmadığı, eldeki davanın açılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 127 ada 2 sayılı parselin, 23.09.1997 yılında bağış suretiyle davacı tarafından edinildiği, davalıların, 24.09.2010 havale tarihli fen bilirkişileri krokisinde, kırmızı renkle gösterilen binayı yapmak ve yeşil renkle taralı kısmı kullanmak suretiyle davacı taşınmazına müdahalede buldukları anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere; TMK'nun 683. ve devamı maddelerine göre; bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir. Hal böyle olunca, mülkiyet hakkına değer verilerek elatmanın önlenmesi isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken; yanlışlı değerlendirmeyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.” Y. 1.HD, 13.2.2013, E. 2012/11675, K. 2013/1819, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 25.10.2018.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ İŞGALE DAYALI OLARAK TALEP EDİLEBİLEN ECRİMİSİL TAZMİNATI VE ÖZELLİKLERİ

1. Genel Olarak

Uygulamada haksız işgal nedeniyle taşınmazından dilediği gibi yararlanamayan hak sahibinin şartlarının oluşması durumunda haksız işgalin önlenmesi ile birlikte ecrimisil talep ettiği görülmektedir. Her ne kadar uygulamada haksız işgalin önlenmesi talebinin yanında ecrimisil kavramı ile oldukça sık karşılaşılsa da, bugün hala ecrimisil kavramı ve ecrimisilin hukuki niteliği konusunda ortak bir görüş mevcut değildir.

Kamu hukukunda ecrimisile ilişkin birtakım yasal düzenlemeler bulunsa da, özel hukukta doğrudan ecrimisile yönelik bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple gerek doktrin gerekse Yargıtay tarafından ecrimisil kavramı ortaya konulmaya çalışılmış ancak az önce de belirtildiği gibi ortak bir paydada buluşulamamıştır. Buna göre Yargıtay ilk olarak 09.12.1931 tarih, 1931/23 Esas ve 1931/44 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ecrimisilin haksız fiil hükümlerine tabi olmaması gerektiğini belirtmiş ancak hukuki niteliği konusunda net bir açıklama yapmamıştır. Söz konusu içtihadın ardından 25.05.1938 tarihi 1938/29 Esas ve 1938/10 Karar Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ecrimisilin bu kez kira sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiği belirtilmiş ancak yine hukuki nitelik konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Nitekim Yargıtay son olarak 08.03.1950 tarih, 1950/22 Esas ve 1950/4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğunu belirtilmiştir. Söz konusu belirleme bugün hala geçerliliğini korumaktadır. Ancak çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de açıklayacağımız üzere Yargıtay, ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğu yönünde görüş bildirmesine rağmen söz konusu talepleri beş yıllık zamanaşımına tabi kılmıştır. Yine ecrimisil taleplerinin karşılanmasında kötü niyetli zilyedin iade borcu kapsamındaki hükümlerinden yararlanılmıştır. Bu durum ecrimisilin

anlaşılmasını ve uygulanmasını daha da karışık hale getirmiş ve görüş aykırılıkları aynı şekilde devam etmiştir.

Ecrimisilin açıklanması ve hukuki nitelendirmesi yapılırken Mecelle dönemindeki ecrimisil kavramından yardım alındığı sıkça karşılaştığımız bir husustur. Zira Mecelle’de ecrimisil kavramına yer verilmiştir. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi kaynağını İsviçre Hukuku’ndan alan Türk Medeni Kanunu’nda kaynağını İslam Hukuku’ndan alan Mecelle’den farklı olarak ecrimisil kavramı hiçbir şekilde yer almamış ve bu kavram tanımlanmamıştır.

Ecrimisil kavramı ve hukuki niteliği hakkındaki açıklamaların akabinde, ecrimisil talebine muhatap kalan kişinin ecrimisil talebinin karşılanmasının hangi şartlara tabi olacağı da doktrinde uzun süre tartışılmıştır ve halen tartışılmaktadır. Ecrimisilin hukuki niteliğinin tartışmalı olması faiz, zamanaşımı ve kazandırıcı zamanaşımı gibi konuların ecrimisil açısından gündeme getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Yine topluluk mülkiyeti halinde özellikle intifadan men şartının ne şekilde sağlanacağı da ayrıca ele alınmalıdır. Nihayet ecrimisilin hesaplanması da uygulama açısından önem arz eden bir konudur.

Ecrimisil talep edilebilmesi şartları hususunda kanunda özel düzenlemeler olmaması, bu konunun Yargıtay kararları ile şekillenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda söz konusu şartlara da özel olarak değinilecektir. Usul hukuku açısından ise, haksız işgalin önlenmesi ve ecrimisil taleplerinin tek bir davada ileri sürülmesi halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususu üzerinde durulacaktır.

2. Ecrimisil Kavramı ve Hukuki Niteliği

2.1. Ecrimisil Kavramı

Hukukumuzda ecrimisil kavramı açıkça düzenlenmemiş olup, söz konusu kavrama ilk olarak Mecelle’de yer verilmiştir¹. Nitekim modern hukukumuzda

¹ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Zilyetlite İadenin Mevzuu Şümulü (Hususiyle Ecrimisil Meselesi)**, 2. Baskı, İstanbul, Baha Matbaası, 1961, s. 278; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 172.

ecrimisil kavramı açısından Mecelle'deki tanım ve anlamdan yola çıkarak doktrin ve Yargıtay içtihatları ile kapsam belirlemesi yapılmaya çalışılmıştır. Uygulamada, ecrimisil, Mecelle'nin bir başka deyişle önceki hukukumuzun etkisi ile kötü niyetli zilyedin maldan haksız şekilde yararlanması halinde talep edilecek bir tazminat olarak anılmış olup, bu durum söz konusu şekilde devam etmektedir².

Ecrimisil Mecelle'nin 414. maddesinde; "*Bigaraz (tarafsız) ehli-vukufun (bilirkişi) takdir ettikleri ücret*" olarak düzenlenmiştir³. Ecrimisil tanım olarak ise; "*bir malın kullanılmasından doğan menfaatin para ölçüsüyle takdiri mesela kira bedeli tayin edilmeden bir yerin kiralanması halinde vasıf, mevki ve kullanma tarzı bakımlarından kiralanana yere benzeyen yerlerin kira bedelleri o yerin de ecri misli o dur*" şeklinde ifade edilmiştir⁴. Bu tanımdan yola çıkarak, ecrimisil Mecelle'de; tarafsız bir bilirkişi tarafından bir yerin kullanımı karşılığı olarak belirlenecek ücret olarak düzenlenmiştir.

Mecelle'de ecrimisil kavramının yanı sıra, ecrimüsemma kavramına da yer verilmiş olup, Mecelle'nin 415. maddesine göre ecrimüsemma; "*hin-i akide zıkr tayin olunan ücrettir*"⁵. Tanımı ise; " *taraflar arasında tayin olunan ücret: aylığı yirmi liradan hizmetçi tutmak veya seneliği beş yüz liradan ev kiralamak*" şeklinde yapılmıştır⁶. Bu bağlamda, ecrimisil, ecrimüsemma kavramından farklı olarak, taraflar arasında daha önce belirlenmemiş, karşılıklı anlaşma yapılmamış, benzer kira bedelleri yani ecrimüsemma dikkate alınarak belirlenen kira bedeli karşılığıdır⁷. Ecrimisil kavramında taraflar arasında bir anlaşma söz konusu değil iken,

² Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 124 – 125; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 160; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 278; Karahasan, **Cilt II**, s. 540.

³ Ahmet Kanyılmaz, Enes Uyar, Mehmet Yaser Antep, **Mecelle ve Karşılaştırmalı Kavaid-i Külliye**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s. 241 - 243.

⁴ **Türk Hukuk Lügati**, Başbakanlık Yayınları, Ankara, 1991, s.80.

⁵ Kanyılmaz, Uyar, Antep, **a.g.e.**, s. 241 – 243.

⁶ **Türk Hukuk Lügati**, s. 80.

⁷ Ceren Yavuzarslan, **Ecrimisil**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, s. 6- 7.

ecrimüsemma kavramında taraflar arasında bir anlaşma ya da sözleşme söz konusudur.

Ecrimisil öğretide ise; “*Lügat bakımından ecrimisil; evvelce tespit ve ecrimüsemma denen muayyen kira bedelinin aksine olarak kira mukavelenameleriyle tayin edilmemiş bulunan ve fakat mahalli örf ve adetlere göre hesap ve tespit edilebilir mahiyette olan, mutad kira bedeli manasında anlaşılmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir⁸.

Bu bağlamda temellerini Mecelle’den alan ve günümüzde yasal bir düzenlemede yer almayan ecrimisil, eşyayı kullanma konusunda hak sahibi olan kişinin rızası ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın hakka konu şeyin bir başka üçüncü kişi tarafından kullanılması karşılığı, talep edilebilen “*yararlanma karşılığı*” olarak ifade edilebilir⁹. Esasen Mecelle’de tanımlanan ecrimisil kavramı ile günümüzde kullanılan ve haksız işgal tazminatı olarak karşılığını bulan kavram birbirleri ile tamamen örtüşmemektedir¹⁰. Ancak günümüzde eski hukuktan gelen bir alışkanlık ile halen ecrimisil teriminin kullanıldığı görülmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, özel hukuk açısından ecrimisile ilişkin yasal bir düzenleme bulunmasa da, kamu hukukunda ecrimisile yönelik birtakım düzenlemelerin yer aldığı görülür¹¹. Özel hukuk bakımından Yargıtay içtihatlarında ecrimisilin haksız işgal olduğu yönündeki belirlemeler dolayısıyla ecrimisil talep edilebilmesi kusur ve zarar şartına bağlanmışken söz konusu durum kamu hukuku

⁸ Ernst Hirsch, “Zilyetliği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal) den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri”, **Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin**, İstanbul, 1944, s.776 – 777

⁹ Karahasan, **Cilt II**, s. 539 - 551; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 125; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 278 vd.; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 7; Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 13; Özaykut, **a.g.e.**, s. 751; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 116.

¹⁰ Kısagün, **a.g.e.**, s. 286, Temizer, **a.g.m.**, s. 1113, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 282.

¹¹ 1924 tarih ve 431 sayılı Kanunla Hazineye Kalan Taşınmaz Mallardan Bazılarının Zilyetlerine Devri Hakkında 4071 sayılı Kanun m.10, 1984 tarih ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun 22.05.1986 tarih ve 3290 sayılı Kanun ile değişik 18 maddesi, ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 46.maddesi gibi.

açısından geçerli değildir¹². Bu bağlamda kamu hukuku açısından ecrimisil, “*Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerin herhangi bir hukuki sebebe/sözleşmeye dayanmaksızın haksız şekilde işgali nedeniyle işgalciden istenen bedel*” olarak tanımlanmıştır¹³. Söz konusu tanım özel hukuktaki ecrimisil kavramı ile yakınlık gösterse de, çalışmamızın konusu özel hukuka ilişkin haksız işgalin önlenmesi ve söz konusu talep ile birlikte istenen ecrimisil olup, özel hukuk açısından talep edilen ecrimisil ile kamu hukukuna ilişkin ecrimisil talepleri farklı usul ve esaslara tabidir.

2.2. Ecrimisilin Hukuki Niteliği

Temelini Mecelle’den alan ecrimisilin karşılığına özel hukukta yasal bir düzenleme ile yer verilmediğini belirtmiştik. Ecrimisilin bir yerin haksız kullanımı dolayısıyla kötü niyetli zilyetten talep edilen bir bedel olması ile birlikte söz konusu bedelin hukuki niteliği ve talep edilmesi şartları tartışmalıdır. Bu tartışma günümüzde halen geçerliliğini korumaktadır. Nitekim söz konusu durum öğretideki yazarlar tarafından tartışıldığı gibi, Yargıtay kararları ile de net bir çözüme kavuşmuş değildir.

Buna göre doktrinde bir kısım yazarlar; ecrimisilin haksız fiilden kaynaklı bir tazminat olduğu görüşündedir¹⁴. Bunun dışındaki bazı yazarlar, haksız zilyedin sorumluluğunun dolayısıyla ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız zilyedin elde ettiği semereler açısından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵. Bazı yazarlar ise ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız zilyedin elde edilmesi ihmal edilen semerelerden sorumlu olması esasına dayandırmıştır¹⁶. Bunun dışında ecrimisilin

¹² Yusuf Karakoç, **Kamu Malları Hakkında Ecrimisil Kurumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.52

¹³ Karakoç, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁴ Ertaş, **a.g.e.**, s. 80; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 215; Temizer, **a.g.m.**, s. 1113

¹⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.320 vd.; Safa Reisoğlu, “İade Halinde hüsniyetli ve Suiniyetli Zilyetlerin Sorumluluğu”, **Adalet Dergisi**, 1965, sayı 1, s. 61-62.

¹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 127-128; Hirş, **a.g.m.**, s. 794; Karahasan, **Cilt II**, s. 558.

hukuki niteliği konusunda sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme görüşünde olan yazarlar olduğu gibi¹⁷, ecrimisilin yasal bir düzenleme ile hukukumuzda yer almaması dolayısıyla bu durumun TMK m.1 uyarınca kanun boşluğu olduğu ve boşluğun somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından doldurulması gerektiği görüşü de mevcuttur¹⁸. Tüm bu görüşlerin dışında ecrimisilin hukuki niteliği konusunda kötü niyetli zilyede ilişkin sorumluluk hallerinin doğrudan uygulanmasını savunan yazarlar olduğu gibi¹⁹, ecrimisilin kira hükümlerine tabi olması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur²⁰.

Yargıtay ise farklı tarihlerde verdiği kararları ile ilk başta ecrimisilin hukuki niteliği konusunda yorum yapmamış olsa da, son tarihli kararlarında ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğunu belirtmiştir. Bu görüş Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiş ve uygulamada söz konusu yerleşik içtihat doğrultusunda kararlar verildiği görülmektedir²¹.

2.2.1. Ecrimisilin Hukuki Niteliği Hakkındaki Öğretideki Görüşleri

Doktrinde bir kısım yazarlara göre ecrimisil, haksız işgalcinin maldan haksız yararlanması bir başka deyişle malı haksız işgal etmesi nedeni ile oluşan haksız fiili neticesinde hak sahibine ödemek zorunda olduğu bir tazminat türüdür²². Haksız fiil

¹⁷ Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku, Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri, Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin, Uygulama Çalışmaları**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, s. 191-193; Hüseyin Hatemi, “Türk Hukukunda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.386; Haluk Tandoğan, **Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957, s. 316-317.

¹⁸ Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s.123-124; Ayan, **a.g.e.**, s. 183.

¹⁹ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 162.

²⁰ Esener, Güven, **a.g.e.**, s.117.

²¹ Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 18.2.2014, E. 2013/21844, K. 2014/3427; Y. 1.HD, 2.7.2014, E. 2014/7684, K. 2014/12744; Y. 3.HD, 11.03.2010, E. 2010/271, K. 2010/4115; Y. 3.HD, 03.07.2012, E. 2012/11936; K. 2012/16703; Y. 1.HD, 12.3.2014, E. 2013/18908, K. 2014/5470, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 16.05.2019

²² Ertaş, **a.g.e.**, s. 80; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 215; Temizer, **a.g.m.**, s. 1113.

sorumluluğunun doğması için gereken hukuka aykırı fiil, ecrimisil açısından haksız işgali, kusur; haksız zilyedin kötü niyetli olmasını ya da haksız işgaldeki hukuka aykırılığı kaldıracak bir sebebin mevcut olmamasını, illiyet bağı; zararın haksız işgalden kaynaklanmasını, zarar ise; haksız işgalcinin elde ettiği yararı ifade etmektedir²³. Haksız fiil görüşünü savunan yazarlardan Tekinay'a göre; ecrimisil her ne kadar haksız fiil hükümlerine tabi olsa da, ecrimisil talep edebilmek için hak sahibinin zarara uğraması şart olmadığı gibi, haksız işgalcinin kusurlu olmasına da gerek yoktur²⁴. Yazara göre haksız fiil tazminatı olan ecrimisilde, haksız işgalin hukuka aykırı olması ve söz konusu eylemin TMK m. 993-995 hükümlerine tabi olması dolayısıyla kusursuz sorumluluk doğduğundan, ayrıca kusur ya da zarar şartı aranmamalı, haksız işgalcinin doğrudan zarar vermesinden ziyade maldan elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği semereler nedeni ile hak sahibinin zarara uğradığı kabul edilmelidir²⁵. Haksız fiil görüşünü savunan yazarlardan Ertaş ise; Tekinay'dan farklı olarak; haksız işgale konu olan yerin kullanmaya ya da gelir elde etmeye uygun olması gerektiğini, hak sahibinin bu özellikte olmayan yerler açısından haksız işgalcinin bir sorumluluğunun olamayacağını, haksız zilyedin sorumluluğunun elde edilme imkânı olup da elde edilmeyen semereler ile sınırlı olduğunu kabul etmektedir²⁶. Bu bağlamda söz konusu yazarın ecrimisilin hukuki niteliği konusunda hem haksız fiil, hem de elde edilmesi ihmal edilen semereler görüşünü benimsediği ifade edilebilir²⁷.

Haksız fiil görüşünün yanı sıra, ecrimisilin haksız zilyedin elde ettiği semereler açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır²⁸. Bilindiği üzere, TMK 995/1 uyarınca kötü niyetli zilyet, elde edilen ya da elde

²³ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 10-11.

²⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 238-239.

²⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 238-239.

²⁶ Ertaş, **a.g.e.**, s. 80.

²⁷ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 11.

²⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.320 vd.; Reisoğlu, **a.g.m.**, s. 61-62.

edilmesi gereken tüm hukuki ve doğal semerelerden sorumludur²⁹. Reisoğlu'na göre, hak sahibinin bir zararının olup olmadığı ya da maldan yararlanma amacının olup olmadığına bir önemi yoktur, füzuli şağil maldan yararlanınca zaten semere elde etmiş sayılacaktır³⁰. Feyzioğlu'na göre ise; ecrimisil elde edilen semere olarak değerlendirilmeli ve söz konusu semere geniş anlamda yorumlanmalı, semere kavramının içerisine hukuki ve doğal semereler dâhil edilmeli, ecrimisil hesaplanırken hak sahibi kendi imkânları ile ne kadar semere elde edebilecek ise, haksız işgalcinin sorumluluğu bu kapsamda değerlendirilmelidir³¹. Bu bağlamda ecrimisil zaten semere olarak kabul edildiği için zarar şartı aranmayacak, hak sahibinin malı kullanma/semereleştirme amacı olduğu karine olarak kabul edilecek, bunun aksinin ispatı halinde haksız işgalci sorumluluktan kurtulabilecektir³².

Bazı yazarlara göre ise, ecrimisil elde edilen semere değil, elde edilmesi ihmal edilen semere kapsamında değerlendirilmelidir³³. Ecrimisilde zarar kavramı açıklanmaya çalışılırken hak sahibinin yararlanma ve semereleştirme amacının olup olmadığı ve şeyin semere elde etmeye elverişli olup olmadığına üstünde durulmaktadır. Ecrimisilin elde edilmesi ihmal edilen semere olduğu görüşü savunan yazarlara göre³⁴; kötü niyetli zilyedin haksız işgale konu kiraya vermeyerek kullanması hak sahibi açısından elde edilmesi ihmal edilen semere teşkil etmekte olup, elde edilen semere görüşünden farklı olacak şekilde hak sahibinin semere elde etme niyetinin olup olmadığına araştırılmasına lüzum yoktur. Şeyin semere elde etmeye elverişli olup olmadığı noktasında ise Oğuzman ve Karahasan; ecrimisil sorumluluğunun doğabilmesi için işgale konu yerin semere elde etmeye uygun bir yer

²⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 121; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 213; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 159; Ertaş, **a.g.e.**, s.77-80; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 114-115; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.311.

³⁰ Reisoğlu, **a.g.m.**, s. 61-62.

³¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.320 vd.

³² Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 312- 313.

³³ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 127-128; Hirş, **a.g.m.**, s. 794; Karahasan, **Cilt II**, s. 558.

³⁴ Elde edilmesi ihmal edilen semere kavramına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 24-27.

olması gerektiğini kabul etmektedir³⁵. Hirş, elde edilmesi ihmal edilen semere kavramından, hak sahibinin kendi imkân ve araçları ile elde edebileceği semereden ziyade, haksız zilyedin kendi imkân ve araçları ile elde edebileceği semere tutarı, ecrimisil sorumluluğunun hesaplanmasında kullanılmalıdır³⁶.

Ecrimisilin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlara göre; haksız işgal halinde kötü niyetli zilyedin malvarlığında bir artış meydana gelmekte, genel olarak hak sahibinin fakirleşme şartı da aranmadığından³⁷ haksız kullanımın ecrimisilin sorumluluğunun doğması açısından yeterli olduğu düşünülmektedir³⁸.

Ecrimisil sorumluluğunu gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendiren yazarlara göre; haksız işgalcinin kullanımı bir zarara yol açmasa dahi söz konusu kullanıma ilişkin tazminat vekâletsiz iş görme kurallarına istinaden talep edilmelidir³⁹. Söz konusu görüşe göre haksız zilyet, yararlanma karşılığı elde ettiği tüm fayda ve çıkarın tamamını hak sahibine iade edecek olup, TMK m. 995'in yanı sıra TBK m. 530 hükümleri de ecrimisil sorumluluğu açısından uygulanmalıdır⁴⁰.

Ecrimisil ile ilgili özel hukuk açısından bir düzenleme olmamasını kanun boşluğu olarak yorumlayan Saymen, Elbir ve Ayan'a göre ise, hâkim ecrimisile yönelik hüküm kurarken öncelikle kötü niyetli zilyedin iade borcunu düzenleyen TMK m.995 hükmünden yararlanmalı ve doktrindeki farklı görüşleri her somut

³⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 127-128; Karahasan, **Cilt II**, s. 558.

³⁶ Hirş, **a.g.m.**, s.794.

³⁷ Sebepsiz zenginleşmede hak sahibinin fakirleşme şartının aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalı olup, ecrimisilin sebepsiz zenginleşme olduğunun kabulü halinde özel bir şart olan fakirleşme şartının ecrimisil açısından aranıp aranmayacağına ayrıca değerlendirilmesi yapılmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 27-33.

³⁸ Serozan, **a.g.e.**, s. 191-193.

³⁹ Hatemi, **a.g.e.**, s.386; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 316-317.

⁴⁰ Hatemi, **a.g.m.**, s.386; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 316- 317.

olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirerek TMK'nın 1. hükmünden yararlanmalıdır⁴¹.

TMK m.993/1 hükmü; “İyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermeye yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir.” hükmünü amirdir. Bu bağlamda Gürsoy, Eren ve Cansel'e göre; iyi niyetli zilyet haksız kullanma karşılığında yararlanma bedeli ödemeyecek olup, bu hükmün aksi anlamından kötü niyetli haksız zilyedin şeyden bizzat yararlanması halinde ecrimisil bakımından sorumlu olduğu kabul edilmeli, ecrimisil, kötü niyetli zilyedin işgale konu yerden sağladığı yarar olarak görülmelidir⁴². Bu bağlamda kötü niyetli haksız zilyet sadece zarar ve semere açısından sorumlu tutulmamalı, bu durum geniş yorumlanmalı, ecrimisil fuzuli şağilin taşınmazdan elde ettiği yarar olarak görülmeli, kötü niyetli zilyet işgalin tüm sonuçları ile sorumlu kılınmalı, böylece hak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığının tartışılmasına gerek kalmamalıdır⁴³.

Güven ve Esener' e göre ise, ecrimisil, haksız işgalcinin hak sahibine ödemek zorunda olduğu bir kira bedeli olup, bu görüş gerek Yargıtay'ın 25.05.1938 tarih, 1938/29 Esas ve 1938/10 Karar sayılı İBK'na gerekse Alman Hukukundaki yoruma daha uygundur⁴⁴.

2.2.2. Ecrimisilin Hukuki Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay ilk olarak, 09.12.1931 tarih, 1931/23 Esas ve 1931/44 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; haksız işgal sebebi ile talep edilen ecrimisil tazminatının Borçlar Kanunu'nun haksız muamelelerden doğan sorumluluk kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiş ancak hukuki niteliği konusunda

⁴¹ Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s.123-124; Ayan, **a.g.e.**, s. 183.

⁴² Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 162.

⁴³ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 162.

⁴⁴ Esener, Güven, **a.g.e.**, s.117.

herhangi bir görüş bildirmemiştir⁴⁵. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında herhangi bir hukuki nitelendirme yapılmamış olması sebebi ile yeni bir içtihadı ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebebe istinaden Yargıtay; 25.05.1938 tarih, 1938/29 Esas ve 1938/10 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile ecrimisili kira sözleşmesine benzetmiş ve ecrimisilin kira sözleşmesinden kaynaklı 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu ifade etmiştir⁴⁶. Ancak söz konusu kararda da açık şekilde hukuki nitelendirme yapılmamıştır. Bu bağlamda içtihatlar arasındaki uyumsuzluk devam etmiş ve Yargıtay 08.03.1950 tarih, 1950/22 Esas ve 1950/4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğunu ifade etmiştir⁴⁷. Söz konusu tespitin akabinde ise, haksız işgalcinin kötü zilyetli olması halinde, kötü niyetli zilyedin haksız işgale konu taşınmazı kullanmasından kaynaklı zararları ve elde ettiği/elde etmeyi ihmal ettiği semeleri tazmin ile mükellef olduğu ancak söz konusu tazminin hak sahibinin zarara uğraması halinde gündeme geleceğini ifade etmiştir.

Yargıtay'ın çeşitli kararları ile de ecrimisili, “ *hak sahibi zilyedin, kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat*” olarak tanımlanmıştır⁴⁸. Yargıtay 1950 tarihli içtihadı birleştirme kararında ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğu, talep ile ilgili olarak ise haksız fiil hükümleri ile haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin

⁴⁵ “Füzuli işgal neticesi talep olunan (ecrimisil) tazminat, Borçlar Kanununun birinci babının ikinci faslında gösterilen borçlar mahiyetinde olmadığı cihetle bu kabil tazminata ait davalarda mezkur kanunun 60. maddesinde gösterilen müruruzaman müddeti kabili tatbik olmadığı ekseriyetle takarrür etmiştir.” (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 03.12.2018)

⁴⁶ “Haksız surette zapt ve işgal sebebiyle hukuki menfaatlerini haleldar eden gayrimenkul maliklerinin talep edebilecekleri tazminat davaları hakkında hususi dairece takarrür etmiş olan 10 senelik müruru zaman müddetinin tatbik edilmesinde de isabet mülahaza olunmamıştır. Çünkü sarih veya zımni akitten doğan alelumum kira davaları hakkında BK m. 126 mucibince 5 senelik müruru zaman cari bulunmuş olduğundan akde müstenit olmayan ve fakat hukuki neticesi itibariyle aynı mahiyette bulunan bu misillü tazminat ve münasip ücret davalarında da 5 senelik müruru zamanın cereyan etmesi tabii ve zaruridir. Binanaleyh zikrolunan davalar hakkında da mezkur 126 inci madde hükmüne tevfikan 5 senelik müruru zaman cereyan edeceğine ekseriyetle karar verildi.” (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 03.12.2018).

⁴⁷ “Gasp onu işleyen haksız bir fiildir ki, bununla gasp eden hem kanunun yasağına karşı hareket etmiş hem de malını gasp ettiği kimsenin kanunun koruduğu zilyetlik hakkını ihlal etmiş olur.” (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 03.12.2018).

⁴⁸ YHGK. 01.11.2000, E. 2000/3-1341, K. 2000/1584; Y. 3.HD, 17.12.2013, E. 2013/18761, K. 2013/18091; YHGK, 10.05.2006, E. 2006/3-284, K. 2006/272 (çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 03.12.2018).

hükümlerin beraber uygulanacağı tespitini yapmış ancak zamanaşımı konusunda herhangi bir ifadeye yer vermemiştir. Dolayısıyla zamanaşımı yönünden Yargıtay'ın 1938 tarihli içtihadının geçerliliği devam etmiş ve kira zamanaşımı olan 5 yıllık süre uygulanagelmış olup, Yargıtay'ın halen kararları bu yöndedir.

Bu bağlamda Yargıtay tarafından esasen karma bir sistem öngörüldüğü, haksız fiil sorumluluğu, haksız zilyedin sorumluluğu ve kira zamanaşımı sürelerinin birlikte uygulandığı görülmektedir. Nitekim söz konusu uygulama günümüzde de geçerliliğini sürdürmektedir. Yargıtayın, ecrimisil talebi ilgili olarak TMK m.993-995 hükümlerinden faydalanması, haksız işgalci açısından kusur şartını aramamasından kaynaklanmaktadır⁴⁹. Yargıtay'ın zarar şartına ilişkin açıklamalara ecrimisil talebi için aranan şartlar bölümünde detaylı şekilde yer verilmiştir⁵⁰.

2.2.3. Ecrimisilin Hukuki Niteliği Hakkındaki Değerlendirmemiz

Kanaatimizce ecrimisilin hukuki niteliği ve kapsamı TMK m.993/1 hükmünün aksi anlamından kötü niyetli zilyedin taşınmazdan bizzat yararlanması karşılığında ödeyeceği yararlanma bedeli olarak belirlenmelidir. Bilindiği üzere TMK 995/1'e göre; *"İyiniyetli 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."* Yine MK 993/1 uyarınca; *"İyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir."* Dolayısıyla zilyedin kötü niyetli olması halinde, iyi niyetli zilyetten farklı olarak taşınmazın kullanımdan kaynaklı da sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu bağlamda ecrimisil sorumluluğu, verilen zarar ve semere dışında füzuli şağilin elde ettiği her türlü yarar dolayısıyla doğmalı, hak sahibi kötü niyetli zilyetten sadece kullanım dolayısıyla dahi- söz konusu kullanımın, zarar, elde edilen semere ve elde edilmesi

⁴⁹ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 44.

⁵⁰ Bkz. III. Bölüm, 3.2. Zarar, s. 103-107.

ihmal edilen semere olarak nitelendirilmesine, sınıflandırılmasına gerek kalmadan-bir tazminat talep edebilmelidir. Bu durumda hak sahibinin taşınmazdan yararlanma ya da taşınmazı semerelendirme niyetinin olup olmadığı, taşınmazın yararlanmaya ve semerelendirmeye uygun olup olmadığının belirlenmesi ya da hak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığının değerlendirilmesine de gerek kalmayacak, böylelikle haksız zilyedin kira getirisi olmayan bir taşınmazı kullanımı da tabiri caizse yanına kar kalmayacaktır.

Sebebsiz zenginleşme görüşünde ise; haksız kullanım nedeni ile fuzuli şağilin malvarlığında artış meydana gelmiş kabul edilse de, hak sahibinin bu haksız kullanım nedeni ile fakirleştiği bir başka deyişle malvarlığında azalma meydana geleceği her zaman için gerçekleşebilecek bir hadise değildir. Kaldı ki; sebebsiz zenginleşmede hak sahibinin fakirleşme şartının aranıp aranmayacağı dahi tartışmalıdır⁵¹. Hak sahibinin fakirleşme şartının aranması halinde az önce de ifade edildiği gibi hak sahibi her haksız kullanımda fakirleşmeyebilir. Hak sahibinin fakirleşme şartının aranmaması ihtimalinde ise, fuzuli şağilin malvarlığındaki artış ecrimisil olarak talep edilebilecektir. Ancak sebebsiz zenginleşme kurumunun kendi içinde dahi bu koşulun tartışmalı olması dolayısıyla hukuki niteliği konusunda büyük sorunlar yaratan ecrimisili sebebsiz zenginleşme ile açıklamaya çalışmak kanaatimizce yetersiz kalacaktır.

Haksız fiil görüşünde hak sahibinin zarara uğraması şartı aranmakta ancak her haksız kullanımda hak sahibinin zarara uğradığını ifade etmek doğru olmayacaktır. Ecrimisilin elde edilen semere olduğunun kabulünde ise, semerenin hukuki ya da doğal semere olması halinde kötü niyetli zilyetten ne şekilde talep edilebileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Zira doğal semerelerin asla tabi olması dolayısıyla semereler hak sahibine ait olacak ve taşınmazın semere elde etmeye müsait olduğu ya da hak sahibinin bu niyet içerisinde olup olmadığına bakılmaksızın kötü niyetli zilyetten talep edilebilecek ise de, aynı sonuca hukuki semereler için

⁵¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 332-337. Sebebsiz zenginleşmede hak sahibinin fakirleşme şartının aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalı olup, söz konusu tartışmaların ecrimisil tazminatı açısından değerlendirilmesi için bkz. Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 27- 33.

varılamayacaktır⁵². Dolayısıyla bu ihtimalde hak sahibinin semerelendirme niyeti içerisinde olup olmadığına bakılması hakkaniyetli olmayacaktır. Ecrimisili, elde edilmesi ihmal edilen semere olarak değerlendirilen görüşte ise, hak sahibinin taşınmazının semere elde etmeye elverişli bir yer olması gerekmektedir. Yine haksız işgale konu yer kullanan kötü niyetli zilyedin semere elde etmeyi ihmal etmesinden ziyade o yer kullanımından yarar elde etmesi söz konusudur. Zaten TMK m. 995 uyarınca kötü niyetli zilyetten elde etmeyi ihmal ettiği semereler talep edilebildiğinden ve bu konuda yasal bir düzenleme olduğundan ecrimisilin elde edilmesi ihmal edilen semere olduğunu savunmak güçtür. Ecrimisilin gerçek olmayan vekaletmesiz iş görme olarak kabulü de kanaatimizce olanaklı değildir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören kişi, başkasına ait olan bir işi yetkisiz ve kendi menfaatine olacak şekilde yerine getirmektedir⁵³. Burada yetkisiz iş gören kötü niyetli olabileceği gibi iyi niyetli de olabilecektir⁵⁴. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere ecrimisil ancak kötü niyetli zilyetten istenebilmektedir. Kaldı ki vekâletsiz iş görmenin düzenlediği TBK 530 hükmü TMK 995'e göre genel nitelikte olup, kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğunda özel hüküm olan TMK 995 uygulanmaktadır⁵⁵ ⁵⁶. Yine kanun boşluğu görüşüne katılmanın uygulamadaki tartışmaları ve uyumsuzlukları artıracığı kanaatindeyiz. Ecrimisilin, kira bedeli olduğu yönündeki görüşe de katılmak olanaklı değildir. Zira hak sahibi ile kötü niyetli zilyet arasında kiralamaya ilişkin bir irade olmadığı gibi, Mecelle'de dahi ecrimisil; ecrimüsemma kavramının varlığı dolayısıyla kira bedeli olarak kabul edilmemiştir.

⁵² “Elde edilen hukuki semerelerin hak sahibinin zarara uğrama şartı aranmaksızın TBK 530 uyarınca vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep edilebileceğini ifade etse de, TMK 995, TBK 530'a göre özel hüküm mahiyetinde olup, TMK 995 'in varlığına rağmen vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması uygun değildir.” (YİBK. 04.06.1958, E. 1958/15, K. 1958/6) (Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 22, dn. 70)

⁵³ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 637- 640; Eren, **Borçlar Özel**, s. 900.

⁵⁴ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 639; Eren, **Borçlar Özel**, s. 904 - 905.

⁵⁵ TBK m.530 “İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.”

⁵⁶ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 48.

Sonuç olarak ecrimisilin hukuki niteliği ve kapsamının TMK 993/1 hükmünün aksi anlamından kötü niyetli zilyedin taşınmazdan bizzat yararlanması karşılığında ödeyeceği yararlanma bedeli olarak değerlendirilmesini, ecrimisil sorumluluğunun, zarar ve semere kavramı dışında fuzuli şagilin işgal ettiği taşınmazdan elde ettiği her türlü yarar içerisinde talep edebilmesi görüşünü taşımaktayız. Söz konusu görüşte de hak sahibinin zarara uğraması şartı aranmayacağı gibi, taşınmazın yararlanmaya ya da semerelendirmeye uygun olup olmadığının ayrıca araştırılmasına da gerek kalmayacaktır. Fuzuli şagil, sadece taşınmazdan yararlanması ile ecrimisil sorumluluğu ile karşılaşacaktır.

3. Ecrimisil Talebi İçin Aranılan Şartlar

Özel hukuk mevzuatı açısından ecrimisilin hukuki niteliği ile talep edilebilmesi şartları hususi şekilde düzenlenmediğinden bu eksiklik yargı kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. Nitekim uygulamada da Yargıtay'ın belirlemiş olduğu şartlar esas alınmak suretiyle yargılama yapılmakta ve hüküm tesis edilmektedir.

Bu bağlamda ve aşağıda detaylı şekilde izah edeceğimiz üzere, Yargıtay; ecrimisil talep edilebilmesi için, hak sahibinin zilyetliğinde olan şeyi haksız ve kötü niyetli olan zilyedin işgali ve söz konusu işgalden bir zararın meydana gelmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁷. Yargıtay, ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğunu ifade ederken, diğer yandan hak sahibinin taleplerinin haksız zilyetlikte iade (TMK 995) hükümleri uyarınca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Haksız zilyetlikte iade hükmünün ise, genel hükümlere atıf yapmaması nedeni ile özel bir hüküm olduğu düşünülmektedir⁵⁸. Yine hak sahibinin söz konusu özel hüküm ile birlikte genel hükümlere de başvurabileceği, hak sahibinin söz konusu

⁵⁷ “Uygulamada haksız işgal tazminatı olarak adlandırılan ecrimisile hükmedebilmek için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar, işgal eyleminde bulunan kişinin kötü niyetli olması ve bu işgal sonucu hak sahibinin zarara uğramasıdır.” (Y. 14.HD, 31.01.2002, E. 2001/8942, K. 2002/548) (Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 80, dn. 279).

⁵⁸ Serozan, **a.g.e.**, s. 178; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 242; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 111.

haklarının yarışan nitelikte olduğu ve söz konusu hükümlerden hangisi daha lehine ise onu kullanabileceği de ifade edilmektedir⁵⁹.

Bu bağlamda kötü niyetli haksız zilyedin hak sahibinin zilyetliğinde bulunan şeyi işgal etmesi ve söz konusu işgal neticesinde zarar oluşması durumunda ecrimisil talep edilebilir.

3.1. Kötü Niyetli Haksız Zilyedin İşgali

3.1.1. Haksız İşgal

Bir malın zilyetliğinin tamamen ele geçirilerek malın elde tutulması ve söz konusu malın ele geçirilmesinin hukuka uygun bir nedene dayanmaması durumunda haksız işgalden söz etmek mümkündür. Bu bağlamda işgalin haksız olmasının sebebi söz konusu fiili durumun hukuka uygun bir nedene dayanmaması ve hak sahibinin rızasının olmamasıdır. Haksız işgalde hak sahibinin başta hiç rızası olmadığı bir başka deyişle haksız işgalden haberdar olmaması mümkün olduğu gibi, çeşitli şekilde verilen rızanın son bulması ya da hak sahibi tarafından geri alınması da mümkündür⁶⁰. Haksız işgalcinin kusurlu olmasına da gerek bulunmamaktadır⁶¹.

⁵⁹ Hirş, **a.g.m.**, s. 799.

⁶⁰ “Davacı, davalının gelini olduğunu, oğlu ile birlikte oturmasına dair verdiği izne dayalı olarak taşınmazı kullandıklarını, ancak oğlunun gelini ile aralarının açılması nedeniyle oğlunun davalı aleyhine aynı yer mahkemesinde açtığı boşanma davasının redle sonuçlanıp kesinleştiğini ve bunun üzerine oğlunun çekişmeli yeri terk ederek davalı ile ayrı yaşadıklarını, taşınmazı terk etmesi için davalıya ihtar çekmesine rağmen tasarrufunu sürdürdüğünü ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Hemen belirtmelidir ki, davacı kayıt maliki olup, Türk Medeni Kanunu’nun 683. maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Taraflar arasında bir kira ilişkisi de bulunmamaktadır. Esasen davalı ile birlikte davacının oğlunun taşınmazı muvafakata dayalı olarak tasarruf ettikleri sabittir. Dava açılmış olmakla muvafakatin geri alındığının kabulü gerekir. (...) Hal böyle olunca; elatmanın önlenmesi isteğiyle birlikte davacının davalıya çektiği ihtarname de gözetilmek suretiyle belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yanılığın gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir.” (YHGK. 04.11.2009, E. 2009/1-401, K. 2009/473) (Canan Ruhi, Cemal Ruhi, **Ecrimisil Davaları (Haksız İşgal Tazminatı) (Son Yargıtay ve Danıştay Kararları ile)**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 39) Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 10.05.2016, E. 2016/6649, K. 2016/5902 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 47); Y. 1.HD, 10.05.2016, E. 2015/2631, K. 2016/5826 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s.48)

⁶¹ Bkz. I. Bölüm, 3.2.3. Kusur, s. 29- 30.

Haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler, haksız işgal halinde de uygulanmaktadır⁶². Bir sözleşmenin sona ermesinden sonra haksız zilyetliğin vuku bulması halinde sözleşmeye uygulanacak hükümler ile birlikte haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Oğuzman'a göre; sözleşme ilişkisinin bitmesi durumunda haksız işgal durumunun oluşması halinde haksız zilyetlikte iade hükümleri değil, sözleşmeye ilişkin hükümler öncelikle uygulanmalıdır⁶³. Nomer ve Ergüne de iadenin sözleşme rejimine tabi olduğunu kabul etmiş, söz konusu sözleşme ilişkisi geçersiz ise ancak o halde haksız zilyetlikte iade hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmiştir⁶⁴. Hirş' e göre; herhangi bir hak ile taşınmaza zilyet olan hak sahibi, sözleşme sona ermesine rağmen zilyetliği konu şeyi hak sahibine iade etmez ise temerrüde düşecek ve bu durumda sözleşmeyi ihlal etmiş olduğundan sözleşmeye aykırılık halinde başvurulacak hükümlere yer verilecektir⁶⁵. Özen'e göre ise, sözleşmenin sona ermesi sebebi ile haksız işgalci durumunda kalan kimseye karşı yöneltilecek taleplerde sözleşme hükümlerine başvurulabileceği gibi, haksız zilyetlikte iade hükümlerine de başvurulabilecek, hangi hüküm hak sahibi açısından daha avantajlı ise hak sahibi o hükümleri tercih edebilecek, sözleşme ilişkisinin inhisarılığı mevcut olmadıkça her iki hüküm yarışabilir halde olacaktır⁶⁶.

Yargıtay da sözleşme ilişkisi devam ederken sözleşme ile zilyetliği devralmış zilyedin kullanımının haksız olmadığı ve bu döneme ilişkin ecrimisile hükmedilemeyeceğini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra ise sözleşme ile zilyetliği kazanmış olan hak sahibinin sözleşmenin hitamı ile haksız zilyet olacağını

⁶² Burak Özen, **Haksız Zilyetlikte İade**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 6 vd.

⁶³ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 114-115.

⁶⁴ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 85.

⁶⁵ Hirş, **a.g.m.**, s. 781-783.

⁶⁶ Özen, **a.g.e.**, s. 37-39.

ve hak sahibinin ecrimisil taleplerini haksız zilyetlikte iade hükümleri çerçevesinde ileri sürebileceğini ifade etmiştir⁶⁷.

Kamu hukuku açısından özel hukuktaki söz konusu tartışma bulunmamaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun⁶⁸ 75/3. maddesi uyarınca; *“Hazine’ye ait taşınmazlar ile Vakıflar Genel Müdürlüğü ve onun tarafından idare ve temsil edilen vakıflar ile yapılan kira sözleşmelerinin yenilenmemesi halinde, kiracı, kira sözleşmesinin hitamı ile birlikte ecrimisilden sorumlu tutulacaktır⁶⁹.”*

Kanaatimizce, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra, zilyetliği geçerli bir sözleşmeye dayanan kişinin zilyetliği haksız hale gelecektir. Bu bağlamda hak sahibinin başta rızasının olması bir başka deyişle haksız zilyet ile önceden bir sözleşmesel ilişki halinde bulunması, sözleşmenin hitamı ile zilyetliğe konu şeyin kendisine iade edilmemesi durumunda haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümlere başvurmasına engel değildir. Sözleşmenin bitimi ile birlikte, zilyetliği sözleşme ile devralan kimsenin zilyetliğe konu şeyi hak sahibine iade etmemesi hukuka uygun bir nedene dayanmıyor ise, zilyetliği sözleşme ile devralan kimsenin zilyetliği haksız hale gelecek ve söz konusu dönemden başlamak üzere hak sahibi ecrimisil talebinde bulunabilecektir.

⁶⁷ *“Dava mülkiyet hakkına dayalı el atmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Mahkemece, kira ilişkisinden söz edilmek ve davanın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği belirtilmek sureti ile görevsizlik kararı verilmiştir. Ne var ki; eldeki dava, davalıların çekişme konusu taşınmazları fuzulen işgal ettiğinden bahisle açıldığına göre; anılan isteğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinden kaynaklandığı ve uyuşmazlığın çözümünün 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2/1. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesinin görevinde bulunduğu kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, işin esasının incelenmesi, taraflar arasında hukuken geçerli bir kira ilişkisinin varlığının saptanması halinde davanın reddedilmesi, aksi halde elatmanın önlenmesi ve ecrimisil yönlerinden bir karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir.”* Y. 1.HD, 10.05.2016, E. 2016/6649, K. 2016/5902 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 47).

⁶⁸ RG., 10.09.1983, 18161 .

⁶⁹ Karakoç, **a.g.e.**, s. 43.

3.1.2. Haksız İşgalin Kötü Niyetli Haksız Zilyet Tarafından Gerçekleştirilmesi

Ecrimisil talep edilebilmesi için haksız işgalin varlığı ile birlikte söz konusu haksız işgalin kötü niyetli haksız zilyet tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi haksız zilyedin ecrimisilden sorumlu tutulabilmesi için kötü niyetli olması gerekmektedir⁷⁰.

Zilyetlikte haksız kullanım, kullanımın bir hakka dayanmamasını ifade eder⁷¹. Haksız kullanıma sadece kötü niyetli zilyet değil, iyi niyetli zilyet de sebep olabilir. Haksız kullanımda iyi niyet, kötü niyet ayrımı iade taleplerinin değerlendirilmesinde önem taşır. İyi niyetli zilyet, “*haksız olduğunu bilmeyen ya da bilebilecek durumda olmayan kimseyi*” ifade etmektedir⁷². (TMK m.3) Söz konusu iyi niyetin ise zilyetlik süreci boyunca muhafaza edilmesi gerekmektedir⁷³. Zilyedin iyi niyetli değerlendirilmesi subjektif olmalı, bir başka deyişle zilyet iyi niyetli olduğu düşüncesinde samimi olmalıdır⁷⁴. Kötü niyetli zilyet ise, “*zilyetliğin kendisinde bulunmasının haksızlığı bilen ya da gereken özeni gösterseydi, bilebilecek durumda olan kimseyi*” ifade eder⁷⁵.

Bu bağlamda iyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, buna hakkı olduğu düşüncesi ile kullanan zilyet, “*gerçek hak sahibine kullanma ya da yararlanma dolayısıyla herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmadığı gibi, kullandığı ya da yararlandığı*

⁷⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 124; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 336; Hırş, **a.g.m.**, s. 780 – 781.

⁷¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 56; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 17; Ayan, **a.g.e.**, s. 88.

⁷² Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 116; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 207; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 152-153; Karahasan, **Cilt I**, s. 446; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.12-13; Ertaş, **a.g.e.**, s. 74; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 112; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 17; Ayan, **a.g.e.**, s.168.

⁷³ Karahasan, **Cilt II**, s. 446; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 112; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 17; Ayan, **a.g.e.**, s. 169.

⁷⁴ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 138- 139.

⁷⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s.121; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 126-127; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.134; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 234 – 278; Ertaş, **a.g.e.**, s. 77; Karahasan, **Cilt II**, s. 451 – 452; Reisoğlu, **a.g.m.**, s. 57; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 17; Serozan, **a.g.e.**, s. 189.

*şeyin zarara uğraması dolayısıyla bu zarardan sorumlu olmayacaktır*⁷⁶.” (TMK 993) İyi niyetli zilyet, iade durumunda zilyetliğe konu şey ne durumda ise onu aynı şekilde iade etmek durumunda olup, yasakoyucu iyi niyetli zilyetliği korumuştur⁷⁷. Kötü niyetli zilyet ise; “*geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler ve şeyi işgal etmek karşılığında tazminat ödemek zorundadır*⁷⁸.” (TMK 995/1) Kötü niyetli zilyet; “*şeyi kime geri vereceğini bilmediği sürece ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur*⁷⁹.” (TMK 995/2)

Bu bağlamda yargı kararları uyarınca ecrimisilden sorumluluk ancak kötü niyetli haksız zilyetler açısından uygulanmaktadır⁸⁰. Eşyanın iade edileceği hak sahibini bilen ya da bilmeyen kötü niyetli haksız zilyedin ecrimisil sorumluluğu açısından bir fark bulunmamaktadır. Zira eşyanın iade edileceği hak sahibini bilen kötü niyetli haksız zilyet, beklenmedik hal nedeni ile oluşan zararlardan dahi sorumlu tutulduğu ağır bir sorumluluk rejimine tabi olduğundan ecrimisilden sorumluluğu tamamen devam edecektir⁸¹. Eşyanın iade edileceği hak sahibini bilmeyen kötü niyetli haksız zilyet ise, ancak kusuru ile zarar verdiği zararlardan sorumludur⁸². Ecrimisil de haksız işgal neticesinde meydana gelen bir zarar olarak kabul edildiğinden, kötü niyetli haksız zilyedin kusuru ile neden olduğu işgal sebebi ile hak sahibine zarar verdiğinin kabulü ile kötü niyetli zilyet hak sahibini bilmese

⁷⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 209; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 126-127; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 118; Serozan, **a.g.e.**, s. 180.

⁷⁷ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 86.

⁷⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 123; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 114 – 115; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 93 – 94.

⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 123; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 209 – 210; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 259; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 93 – 94.

⁸⁰ “*Açılan davada; davalıların taşınmazı kullanımı kötü niyete dayanmadığından, davacı kooperatifin ecrimisil talebinin reddi gerekir.*” (YHGK. 07.03.2012, E. 2011/3-834, K. 2012/127. Benzer yöndeki kararlar için bkz. YHGK. 25.12.2002, E. 2002/3-1060, K. 2002/1111; YHGK. 25.10.2000, E. 2000/3-1215, K. 2000/1575; Y. 1.HD, 26.05.2011, E. 2011/5055, K. 2011/6191; Y. 3.HD, 22.11.1990, E. 1990/2910, K. 1990/9353) (çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2019)

⁸¹ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 116 -117.

⁸² Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 123.

dahi, buna ilişkin sorumluluğu hak sahibini bilen kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğundan farklı olmayacaktır⁸³.

Zilyetlik süresinde kötü niyetli haksız zilyet iyi niyetli zilyet durumuna gelebileceği gibi, iyi niyetli haksız zilyet kötü niyetli haksız zilyet durumuna gelebilir. Muvafakata dayalı kullanımda zilyet haksız ve kötü niyetli sayılmayacağından ecrimisil sorumluluğu da doğmayacaktır⁸⁴. Bu bağlamda iyi niyetli zilyet olduğunu düşünürken, söz konusu zilyetliğin geçerli bir hukuki nedene dayanmadığını ya da hak sahibinin rızasının olmadığını öğrenen zilyet, öğrenme anından itibaren kötü niyetli hale gelecektir⁸⁵. Yine kötü niyetli zilyedin iyi niyetli zilyet olma hali de söz konusu olabilir⁸⁶. Ecrimisilin sadece kötü niyetli haksız zilyetten talep edildiği kabul edildiğinden, zilyetlik döneminde zilyedin hangi durumda bulunduğu tespiti önem arz etmektedir.

Davanın açılması ya da davanın ihbarı ile birlikte iyi niyetli zilyedin hangi andan itibaren kötü niyetli zilyet olarak addedileceği konusunda doktrinde birtakım görüşler bulunmaktadır. Genel kabul gören görüşe göre, dava açılması kötü niyetli zilyetlik için yeterli değildir, zilyet davadan haberdar olması ile zilyetliği altında bulunan şeyi korumak için gerekli tedbirleri almalı ve bu şekilde davranmaz ise o zaman kötü niyetli sayılmalıdır⁸⁷. Tekinay'a göre dava açılması ya da ihbarı ile zilyet kendiliğinden kötü niyetli sayılmayacak, zilyedin hangi andan itibaren kötü niyetli

⁸³ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 119.

⁸⁴ “Dava ecrimisil isteğine ilişkindir... Bilindiği üzere; ecrimisil, kötüniyetli zilyedin geri vermekle yükümlü olduğu bir şeyi, haksız olarak alıkoyması nedeniyle hak sahibine ödemek zorunda kaldığı bir tür haksız fiil tazminatıdır. Somut olayda; tüm dosya kapsamından davalının çekişmeli taşınmaz uzun süreden beri kullandığı, davacının bu kullanıma ses çıkarmadığı ve davalının kullanımının muvafakata dayalı olup, dava açmakla muvafakatini geri aldığı, davalının kötü niyetli zilyedin ödemekle zorunlu olduğu ecrimisilden sorumlu tutulmayacağı açıktır. “ (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 518); Benzer karar için bkz. Y. 14. HD. 30.11.2016, E. 2015/17390, K. 2016/9920 (Nurdoğan Ünal, Emine Özleyen, **Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 49)

⁸⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 116 vd.; Serozan, **a.g.e.**, s. 189; Karahasan, **Cilt II**, s.446-447; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.133 – 134; Ertaş, **a.g.e.**, s. 74.

⁸⁶ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 132; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 237.

⁸⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 140; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 153; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 208 – 209.

sayılacağını hâkim somut olayın özelliğine göre takdir etmelidir⁸⁸. Gürsoy, Eren ve Cansel' e göre ise; iyi niyetli zilyedin kötü niyetli sayılabilmesi için zilyedin hak sahibinin kim olduğunu bilmesi ve kendisinin zilyetliğinin haksızlığının farkında olması gerekmektedir⁸⁹. Yargıtay ise, doktrindeki gibi bir ayırım yapmaksızın, davanın açılması⁹⁰, ihtarname gönderilmesi⁹¹ ya da davanın ihbarı ile iyi niyetli zilyedin kötü niyetli zilyet haline geleceğini ifade etmiştir⁹².

Kanaatimizce sadece davanın açılması, ihtarname gönderilmesi ya da davanın ihbarı ile iyi niyetli zilyet öğrenme anı itibari ile kötü niyetli zilyet durumuna gelmemelidir. Zira davacının iddiasını inandırıcı deliller ile ortaya koyması ve haklılığını ispat etmesi ancak hüküm ile birlikte söz konusu olabilmektedir. Biz de davanın açılması ile iyi niyetli zilyedin belli bir özen derecesinde bulunması gerektiği ve zilyetliği altında bulunan şeyi muhafaza etmesi ve gerekli muhafaza tedbirlerini alması gerektiği düşüncesine katılmakta, iyi niyetli zilyedin hüküm ile birlikte kötü niyetli hale geleceği düşüncesine katılmaktayız.

Birden çok kişinin zilyetliğinde ise zilyetlerin her birinin kötü ya da iyi niyetli olmasının diğer zilyetleri nasıl etkileyeceğinden de kısaca bahsedilmesinde fayda bulunmaktadır. Buna göre birden çok ve birlikte zilyetlikte şeyi elinde iyi niyetle bulunduran haksız zilyet, hak sahibi olduğu inancı ile zilyetliği bir başkasına

⁸⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 208.

⁸⁹ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 153.

⁹⁰ “Adi yazılı bir sözleşme uyarınca dava konusu yapıları kendisine ait inancıyla kullana gelmiştir. Bu durumda, davalının iyi niyetli olduğu kuşkusuzdur. Ancak, davacılar 30.06.2008 tarihinde davalı aleyhine elatmanın önlenmesi davası açmışlardır. Bu dava artık ihtar niteliğinde olup, bu tarihten itibaren davalının iyi niyetli olduğundan söz edilemez.” (Y. 1.HD, 30.06.2014, E. 2014/8283, K. 2014/12665) (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 544 - 545).

⁹¹ “Davalının dava tarihinden önce taşınmazı kullandığının saptanması halinde 06.04.2012 tarihli ihtarname ile davacının onayını geri aldığı gözetilerek, bu ihtarnamenin tebliğ tarihi olan 11.07.2012 tarihi ile dava tarihi arasındaki dönemde davalının kullanımı kötü niyetli kabul edilerek ecrimisile hükmedilmesi gerekir.” Y. 1.HD, 06.10.2015, E. 2014/10231, K. 2015/11348 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 520 - 521).

⁹² Yargıtay bir kararında haksız zilyedin kötü niyetli hale gelmesini, haksız zilyedin açtığı davanın reddedilmesine bağlamıştır: “Davalıların daireyi teslim alıp kullanmaya başladıklarında iyi niyetli oldukları, tapunun devredilmemesi üzerine açtıkları tapu iptali ve tescili davasının reddi ile kötü niyetli sayılarak ecrimisil ödemeye mahkûm edileceği ...” (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 117, dn. 290).

devreder ancak devrettiği kişi kötü niyetli olur ise, iyi niyetli zilyet, sonraki kötü niyetli zilyet ile aynı sorumluluk kapsamında değerlendirilmeyecektir⁹³. Ancak bu durum hak sahibinin taleplerini bütün zilyetlere yöneltmesine engel değildir. Bir başka deyişle her ne kadar kanunda açıkça öngörülmedikçe müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacaksa da; birlikte zilyetlik halinde ecrimisil talep edilmesi durumunda zilyetler arasında güçlü bir menfaat ilişkisi olduğu kabul edilmektedir⁹⁴. Dolayısıyla hak sahibinin haksız zilyetlerin tamamından ecrimisil talep edebileceği ancak iç ilişkide iyi niyetli haksız zilyedin kötü niyetli haksız zilyede sorumluluğu ölçüsünde rücu edebileceği söylenebilir⁹⁵. Yine birlikte zilyetliğe konu şeyin zarara uğraması halinde, zilyetlerin tamamının sorumlu tutulabilmesi bir başka deyişle söz konusu zarardan TBK m.61 uyarınca müteselsilen sorumlu olabilmeleri için zarara tüm zilyetlerin neden olması gerekmektedir⁹⁶.

3.2. Zarar

Uygulamada ve yerleşik Yargıtay içtihatları uyarınca ecrimisil talep edilebilmesi için haksız işgalin varlığı ve söz konusu haksız işgalin kötü niyetli haksız zilyet tarafından gerçekleştirilmiş olmasının yanı sıra, hak sahibinin zarara uğraması şartı aranmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere 1950 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ecrimisil haksız fiil olarak nitelendirmiş ve ecrimisil talebi için hak sahibinin zarara uğraması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁷ ⁹⁸. Yakın tarihli

⁹³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 238; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 152; Karahasan, **Cilt II**, s. 452; Özen, **a.g.e.**, s. 62.

⁹⁴ Özen, **a.g.e.**, s. 61 – 64; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 111 - 113.

⁹⁵ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 113.

⁹⁶ Özen, **a.g.e.**, s. 62; Karahasan, **Cilt II**, s. 452; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 301; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 123.

⁹⁷ “Başkasının taşınmazını haksız olarak kullanmış olan kötü niyetli kimse, o taşınmazı haksız olarak elinde tutmuş olmasından doğan zararları ve elde ettiği ya da elde etmeği ihmal eylediği semereleri tazmin ile yükümlüdür. Ancak bir zarara uğramamış olan malike ya da zilyede, ecrimisil adı ile veya başka bir ad altında herhangi bir tazminat vermesi gerekmez.” (YİBK. 08.03.1950, E. 1949/22, K. 1950/4, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 10.01.2019).

⁹⁸ Zarar şartına ilişkin eleştiriler için bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 297 - 299; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.217 vd.; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 120-121.

kararlarda da zarar kavramının arandığı görünmektedir⁹⁹. Yargıtay bazı kararlarında ise haksız işgale konu yerin haksız olarak kullanılmasını yeterli görmüş, ayrıca zarar şartını aramamıştır¹⁰⁰.

Yargıtay, kararlarında ecrimisilin hukuki niteliğini haksız fiil olarak nitelendirmiş, hak sahibinin zararının giderilmesi taleplerinin ise sadece haksız fiil hükümlerine göre değil, kötü niyetli haksız zilyetlikteki iade hükümlerine göre de değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda; TMK m.995'te geçen "kötü niyetli zilyedin hak sahibine verdiği zarar" kavramının, hükmün devamında yer alan semereleri iade borcundan ayrı bir sorumluluk hali mi olarak düzenlendiği öğretide tartışılmıştır. Öğretideki hâkim görüş, TMK m.995'te geçen "zarar" kavramının semereleri iade sorumluluğu kapsamı haricinde değerlendirilmesi gerektiğini, hüküm metninde semerelerin iadesi borcu ile birlikte hak sahibine verilen zararlar kavramının ayrıca belirtilmesinin nedeninin, söz konusu düzenlemenin haksız fiile ilişkin özel bir düzenleme olduğu şeklindedir¹⁰¹. Bu görüşe göre söz konusu düzenleme karşısında ecrimisil talebi için kusur şartının aranmasına gerek yoktur. TMK m. 995, semereleri iade borcu dışında doğabilecek zararların

⁹⁹ "Bilindiği üzere, ecrimisil davaları haksız fiil benzeri davalar olup, bu davalarda ancak dava tarihine kadar gerçekleşmiş olan zarar istenebilir." Y. 1.HD, 12.2.2015, E. 2014/21271, K. 2015/2069 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 104 -105) .

¹⁰⁰ "... Bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği taşınmazı, hukuki bir dayanağı olmadan kendi malı gibi kullanması ve dolayısıyla ekonomik yarar sağlamanın bir karşılığının olması gerektiği, bu bakımdan bu yeri kullanan kişinin hak sahiplerine haksız işgal tazminatı ödemek zorunda olduğu, haksız olarak kullanılan taşınmazın ekonomik tahsis amacı itibariyle gelir elde etmeye özgülmemiş olmasının sonuca etkili bulunmamasına göre..." YHGK, 19.03.2014, E: 2013/752, K: 2014/334 (Ünal, Özleyen, **a.g.e.**, s. 97) "Zararın varlığı, kural olarak davacı tarafından ispat edilir. Ancak olayda davacı Belediye özellik taşıyan bir zarara uğradığını belirtmediğine, yani dava edilen yeri kendisi kullanmakta iken buna engel olunmasından ötürü belirli bir zarara uğradığını veya belirli miktarlar üzerinden kiraya vermekte iken bu olanaktan yoksun kaldığını ileri sürmediğine göre, (ecrimisil) olarak nitelendirilen en zarar karşılığının hüküm altına alınması gerektiği isteğinin kabulü zorunludur. Davaya konu gibi özellik taşıyan durumlarda, davacı Belediyenin dava edilen yeri kullanmadığından ve kiraya vermediğinden, boş olarak duran bir yerin işgalinden ötürü davacının zarar görmediğinden bahisle davanın yüzeyde kalan bir incelemeye dayanılarak reddedilmesi doğru değildir." (YHGK, 30.03.1974, E. 1970/1-56, K. 1974/312, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 10.01.2019) .

¹⁰¹ Hırş, **a.g.m.**, s.793; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 248 – 249; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 122 -123; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 213 – 214.

tazminini de düzenlemekte olup, haksız kullanma söz konusu zarar içinde mütalaa edilebilecektir¹⁰².

Oğuzman, zarar uğranılmaksızın tazminat istenebilen hallerin Kanunda özel olarak düzenlenmesi gerektiğini, ecrimisil için böyle bir düzenleme bulunmadığını, fuzuli şağilin yararlandığı taşınmazın kiraya verilebilen bir taşınmaz olması halinde haksız zilyedin taşınmazı kira vermek yerine taşınmazı kullanması sebebi ile semere elde etmeyi ihmal ettiğinin kabulü ile hak sahibinin zarara uğradığını ve TMK m.995'nin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰³. Yargıtay ise, kira elde etmeye münasip taşınmazın kiraya verilmemesini, Oğuzman'dan farklı olarak elde edilmesi ihmal edilen semere olarak değil, doğrudan malikin zarara uğraması olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁴.

Ancak Yargıtay'ın ecrimisil talebinde zarar şartını araması TMK'nın 995. hükmüne aykırılık teşkil edecek olup, söz konusu hükümde semereleri iade borcu ve zarar ayrı ayrı düzenlendiğinden, ecrimisil talebi için ayrıca zarar şartının aranması olanaklı olmayacaktır¹⁰⁵. TMK m. 995'te düzenlenen iade kavramının içerisinde elde edilen ve elde edilmesi ihmal edilen semereler de dâhil olduğundan, hak sahibinin ecrimisil talep etmesi için ayrıca zarara uğraması şart olmayıp, haksız zilyedin işgale konu şeyden yararlanması ve işgale konu şeye hak sahibinin rızası olmadan müdahalede bulunması ecrimisil talebi açısından yeterli olacaktır¹⁰⁶.

Kanaatimizce; ecrimisil talebi için zarar şartı aranmamalıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi ecrimisil, TMK'nın 995. maddesi dışında, fuzuli şağilin taşınmazdan sadece yararlanma karşılığında dahi ödeyeceği bir yararlanma bedeli olmalıdır. Ancak TMK'nın 995. maddesinde düzenlenen "hak sahibinin uğradığı zararlar" düzenlemesinin semereleri iade borcu dışında ayrı bir sorumluluk hali

¹⁰² Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁰³ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 128 – 129.

¹⁰⁴ Örnek kararlar için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 128, dn. 344.

¹⁰⁵ Reisoğlu, **a.g.m.**, s. 61.

¹⁰⁶ Reisoğlu, **a.g.m.**, s. 61; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 126 – 127.

olduğunu, fuzuli şağilin taşınmazdan haksız ve karşılıksız olarak yararlanmasının hak sahibi açısından zarar olarak nitelendirilebileceğini ve dolayısıyla söz konusu haksız yararlanmanın hükümde yer alan zarar kavramı içerisinde değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

Yargıtay ise; az önce de ifade edildiği gibi çoğunlukla kararlarında ecrimisil talebinde hak sahibinin zarara uğraması şartını aramıştır. Hak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığını hak sahibinin işgale konu yeri semerelendirme niyeti içinde olup olmadığına göre değerlendirmektedir. Buna göre Yargıtay; hak sahibinin zarara uğrayabilmesini haksız işgale konu yeri semerelendirme niyeti içinde olmasına bağladığı gibi, bazı kararlarında bu şartı özel olarak aramamıştır¹⁰⁷.

2286 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesine göre; “Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları, özel bütçeli idarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz malların, gerçek ve tüzelkişilerce işgali üzerine, fuzuli şağilden, (...) ecrimisil istenir. Ecrimisil talep edilebilmesi için, idarelerin işgalden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmez ve fuzuli şağilin kusuru aranmaz.” Madde metninde de açıkça ifade edildiği gibi, idarelerin söz konusu haksız işgal sebebi ile zarara uğraması şartı aranmaz¹⁰⁸. Söz konusu madde

¹⁰⁷ “Belediyenin böyle bir istekte bulunabilmesi semere toplamak ve şeyi semerelendirmek niyetinde bulunmuş olmasına bağlıdır. Belediye böyle bir iddiada bulunmamıştır. Semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış ve böyle bir niyette bulunmamış olan kimsenin ne toplanan semerelerin ne de toplanması ihmal edilen semerelerin tazminini istemeye hakkı vardır. Çünkü, bu halde semerenin toplanması veya toplanmasının ihmal edilmesiyle şeyin malikinin mamelekenden bir eksilme vukua gelmemektedir. Malik bir zarara uğramamaktadır.” (YİBK. 08.03.1950, E. 1949/22, K. 1950/4, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bankası, 20.01.2019); “...kendi çıkarına haksız olarak başkasının hukuk alanına girip, işine karışıp kazanç elde eden kimse (davalı) hak sahibinin (davacının) tazminat davasındaki gibi zararı ya da nedensiz zenginleşmedeki yoksullaşması aranmaksızın – Bu “haksız karışma kazancı”nı geri vermesi gerekmektedir. Davalı, taşınmazı bizzat kullanmasının objektif değerini ödemeye mahkum edilmelidir. O kadar ki, haksız olarak kullanılan taşınmazın ekonomik tahsis amacı itibarıyla (somut olayda projede sığınak) gelir elde etmeye örgütlenmemiş olması dahi, sonuca etkili görülmemelidir. Öyleyse, dava konusu davalının elinde tuttuğu taşınmazın; kiraya verilmesi halinde piyasa koşullarına göre ne kadar bedel getireceği bilirkişi eliyle belirlenmeli ve sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır”. YHGK. 19.03.2014, E. 2013/3-752, K. 2014/334 (Ruhi, Ruhi, a.g.e., s. 23 - 30).

¹⁰⁸ Ufuk Okan, Nurdoğan Ünal, **Kamu Taşınmazlarında Ecrimisil ve Tahliye: Hazine, Üniversite, Belediye, Özel İdare Taşınmazlarında Ecrimisil Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 47.

metninde yine mahalli idareler açıkça sayılmadığından, mahalli idareler açısından ecrimisil talebi mümkün olmadığı gibi, zarar şartının da ayrıca değerlendirilmesine lüzum bulunmamaktadır¹⁰⁹.

4. Ecrimisil Talebinde Faiz, Zamanaşımı ve Kazandırıcı Zamanaşımı

4.1. Faiz

Haksız fiil sebebine dayalı ecrimisil talebine alacağın doğduğu andan itibaren temerrüt faizi işletileceğinden bu zamanın tespiti önem arz etmektedir¹¹⁰. Uygulamada dava tarihinden itibaren faiz talep edildiği görülebilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi ecrimisil, kötü niyetli haksız zilyetten talep edilmektedir. Dolayısıyla zilyetliğin kötü niyetli olarak addedildiği andan itibaren hak sahibi açısından ecrimisil talep etme hakkı doğacak ve faiz bu andan itibaren işletilecektir. Dava dilekçesinde dava tarihinden itibaren faiz talep edilmesi halinde ise hâkim talep sonucunu aşarak alacağın doğduğu andan itibaren faize hükmedemeyecektir¹¹¹.

¹⁰⁹ Karakoç, **a.g.e.**, s. 72.

¹¹⁰ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 138.

¹¹¹ “Mahkemece, dava konusu taşınmaza davalı belediye tarafından 2005 yılında el atıldığı gerekçesiyle, 1.1.2005 - 25.02.2008 tarihleri arasındaki dönem için resen hesaplanan 4.698,61 TL ecrimisilin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak, davada 14.05.2007 (dava) tarihine kadar olan ecrimisilin tahsili istenildiği halde, mahkemece dönemsel olarak talep aşılma suretiyle 25.02.2008 tarihine kadar olan ecrimisile hükmedilmesi doğru görülmemiştir(HUMK.md 74). Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK. nun 428. maddesi gereğince hükmü temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA...” (Y. 3.HD, 16.04.2012, E. 2012/6159, K. 2012/10161, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 27.01.2019) “Daha önce davanın kısmen kabulüne ilişkin olarak verilen kararın taraflarca temyizi üzerine 3. Hukuk Dairesince onanmış, karar düzeltme isteği üzerine Yargıtay 3. Hukuk Dairesince; maddi hata sonucu, davacının da karar düzeltme istemi olduğu gözetilmeden sadece davalının karar düzeltme istemi değerlendirilerek, "dava dilekçesinde 1.7.2005 tarihinden itibaren ecrimisil istendiği halde istek aşılma suretiyle 1.1.2005 tarihi esas alınmak suretiyle hüküm kurulmasının doğru olmadığı gerekçesiyle" bozulmuş, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda mahkemece, 64.320,00.-TL ecrimisil alacağının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Bu durumda; bilimsel verilere ve denetime uygun olarak hazırlanan bilirkişi raporu ile belirlenen ecrimisile hükmedilmiş olmasında bir isabetsizlik olmadığından

Ecrimisile işletilecek faiz oranı 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun¹¹² hükümleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir¹¹³. Nitekim ecrimisil her döneme ilişkin ayrı ayrı belirlenecek ve her bir dönem için belirlenen ecrimisil tutarına dönem sonundan itibaren kademeli olarak faiz işletilecektir¹¹⁴. Yine Yargıtay birçok kararında haksız işgalin önlenmesi ve ecrimisil taleplerini ticari iş olarak değerlendirmedeğinden söz konusu taleplere ilişkin olarak da somut olayın özelliği gözetilerek ticari faize hükmedilemeyeceğini içtihat etmiştir¹¹⁵.

davacının bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde değildir, reddine. Ne var ki, dava dilekçesindeki istek gözetilmek suretiyle, belirlenen ecrimisil bedeline tahakkuk tarihleri itibarıyla kademeli faiz uygulanması gerekirken dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru değildir". (Y. 1.HD, 29.01.2014, E. 2013/16879, K. 2014/1417, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 27.01.2019)

¹¹² RG., 04.12.1982, 18610.

¹¹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 226-227.

¹¹⁴ "Dava, ecrimisil isteğine ilişkin olup, mahkemece, yapılan araştırma ve inceleme sonucunda, davacının iddialarının kanıtlandığı gözetilerek, davanın kabulüne karar verilmiş olmasında kural olarak bir isabetsizlik yoktur. Davalının, bu yöne ilişkin temyiz itirazı yerinde değildir.Reddine. Ancak, bilindiği gibi, ecrimisil isteğini içeren davalarda, talep olması halinde, bilirkişi tarafından her yıl için saptanan ecrimisil miktarına, tahakkuk tarihleri olan dönem sonlarından itibaren yasal oranda işleyecek kademeli faiz hükmedileceği; kademeli faiz talebi yoksa yalnızca faiz talep edilmiş ise bu durumlarda dava tarihinden itibaren yasal faize hükümlenabileceği de tartışmasızdır. O halde, davacı tarafından, dava dilekçesinde kademeli faiz talebi açıkça belirtildiğine göre, dava dilekçesiyle talep edilen toplam 12.000,00 TL. Ecrimisil için, her dönem için tahakkuk eden ecrimisil bedeli ayrı ayrı belirtilmek suretiyle, her bir dönem için belirlenen ecrimisil tutarına dönem sonundan itibaren işleyecek kademeli faiz uygulanması gerekirken, bu husus gözetilmeksizin, yazılı şekilde toplam tutar olan 12.000,00 TL ecrimisil bedelinin her yıl dönem sonundan itibaren hesaplanacak faiz ile birlikte davalıdan alınmasına şeklinde infazda sorun yaratacak şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir." Y. 1.HD, 03.12.2014, E. 2014/17030, K. 2014/18896, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 05.02.2019)

¹¹⁵ "Somut olayda, davacı vekili, davalı şirketin, arsa ve F1 Side Otelden oluşan dava konusu şirketi otel işletmesi olarak kullandığını belirterek yıllık kullanım bedelinin belirlenmesini talep etmiş, ne var ki mahkemesince yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporunda, 11.10.2013 tarihinden geriye doğru 5 yıllık dönemsel olarak (sezonluk) her bir sezon için mahrum kalınan kar hesabı yapılmış sonrasında ek raporla dosya Mali Müşavir bilirkişiye tevdi edilerek götürü gider yöntemine göre giderler ve vergi dairesine ödenmesi gereken vergiler düşüldükten sonra davacı tarafa düşen net gelir esas alınarak ecrimisil hesaplanmıştır. Hâl böyle olunca; intifadan men koşulunun ortaklığın giderilmesi davasının açıldığı 05.04.2011 tarihinde gerçekleştiği de gözetilerek, dava tarihine kadar olan dönem için yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, kazanılmış haklar çerçevesinde, alanında uzman bilirkişi heyetince kira geliri üzerinden hesaplanacak ecrimisilin dönemsel faizi ile birlikte hüküm altına alınması gerekirken, yanılığılı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Ayrıca, taraflar arasında ticari iş söz konusu olmadığına göre hükmedilen ecrimisile yasal faiz yerine ticari faiz uygulanması doğru değildir." (Y. 8.HD, 19.09.2018, E. 2018/1867, K. 2018/15981, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 05.02.2019) Benzer yöndeki içtihatlar için bkz. Y. 1.HD, 13.10.2014, E. 2014/11750, K. 2014/15499; Y. 1.HD, 11.03.2015, E. 2014/20768, K. 2015/2065, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 05.02.2019)

4.2. Zamanaşımı

Ecrimisilin hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmadığını ve bu hususta farklı görüşlerin ileri sürüldüğünü belirtmiştik. Dolayısıyla söz konusu görüş farklılıkları nedeniyle ecrimisil taleplerine ilişkin uygulanacak zamanaşımı hususunda da bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Yargıtay; 25.05.1938 tarih, 1938/29 Esas ve 1938/10 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile, ecrimisili kira sözleşmesine benzetmiş ve ecrimisilin kira sözleşmelerinde olduğu gibi 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu ifade etmiştir¹¹⁶. Yargıtay söz konusu kararında ecrimisilin hukuki niteliği konusunda herhangi bir tespit yapmamış, sonrasında 08.03.1950 tarih, 1950/22 Esas ve 1950/4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğunu belirtilmiş ancak bu sefer uygulanacak zamanaşımı süresi hakkında bir görüş bildirmemiştir¹¹⁷. Ancak bilindiği üzere Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin zamanaşımını düzenlediği 72/1. maddesi; *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”* hükmünü amirdir¹¹⁸. Ancak Yargıtay ecrimisilin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğunu belirtmesine rağmen, söz konusu tespit ile ters düşecek şekilde 25.05.1938 tarih, 1938/29 Esas ve 1938/10 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına istinaden ecrimisile ilişkin taleplerde beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktadır. Bu durum ise öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹¹⁹.

Öğretideki hakim görüş, Yargıtay'ın ecrimisilin hukuki niteliği konusunda haksız fiil görüşünü benimsemesi dolayısıyla ecrimisile ilişkin taleplerde haksız fiil

¹¹⁶ Çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 05.02.2019.

¹¹⁷ Çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 05.02.2019.

¹¹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 73 – 77.

¹¹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s.129; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.335; Karahasan, **Cilt II**, s. 558; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 238; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 317; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 335; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 123 – 124; Hirş, **a.g.m.**, s. 796.

zamanaşımı olan 2 ve 10 yıllık sürelerin uygulanması gerektiğidir¹²⁰. Öğretideki bir başka görüş ecrimisilin hukuki niteliğinin kanun boşluğu olarak değerlendirilmesi gerektiğinden uygulanacak zamanaşımının her somut olaya belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²¹. Bir başka görüşe göre ise ecrimisil kira bedeline benzer bir alacak olmadığından ve bu sebeple dönemsiz olarak doğamayacağından ecrimisil, alacaklara ilişkin genel zamanaşımına göre talep edilmelidir¹²².

Yargıtay tarafından ecrimisilin hukuki niteliği konusunda haksız fiil değerlendirilmesi yapılmasına rağmen beş yıllık zamanaşımına tabi tutulması uygulamada karışıklığa yol açmakta, hukuki açıdan temelsiz bir durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Tüm bu eleştirilere ve karışıklığa rağmen günümüzde halen ecrimisil taleplerine ilişkin dava tarihinden itibaren geriye yönelik beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulandığı görülmektedir^{123 124}.

Daha önceki açıklamalarımızda ifade edildiği gibi kanaatimizce ecrimisil haksız fiil niteliğinde değildir. Ecrimisilin hukuki niteliği ve kapsamı kötü niyetli zilyedin haksız kullanım nedeni ile elde ettiği tüm yararlar kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda ecrimisil sorumluluğu, semereleri iade borcunu

¹²⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s.129; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.335; Karahasan, **Cilt II**, s. 558; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 238; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 317; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 335.

¹²¹ Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 123 – 124.

¹²² Hırş, **a.g.m.**, s. 796.

¹²³ “Bilindiği gibi, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında; füzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. ... , haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan olumlu zarar ile kullanmadan kaynaklanan malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir.” (YHGK. 25.02.2004, E. 2004/1-120, K. 2004/-96, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 06.02.2019) Benzer yöndeki kararlar için bkz. YİBK. 25.05.1938, E. 1938/29, K. 1938/10; Y. 14.HD, 18.12.2018, E. 2018/3226, K. 2018/9176; Y. 8. HD, 19.09.2018, E. 2018/1867, K. 2018/15981; Bölge Adliye Mahkemesi 2.HD, 29.05.2018, E. 2018/830 K. 2018/1032; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1.HD, 13.04.2018, E. 2018/318, K. 2018/352, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 06.02.2019.

¹²⁴ Mahmut Bilgen, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 125.

aşacak şekilde doğduğundan, hak sahibi kötü niyetli zilyetten sadece kullanım dolayısıyla dahi- söz konusu kullanımın, elde edilen semere ve elde edilmesi ihmal edilen semere olarak nitelendirilmesine, sınıflandırılmasına gerek kalmadan- bir tazminat talep edebilmelidir. Ancak kanunlarımızda haksız kullanımdan kaynaklanan sorumluluk açısından bir zamanaşımı açıkça öngörülmuş değildir. Bilindiği üzere TBK m.146; “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” hükmünü amirdir¹²⁵. Dolayısıyla ecrimisilin hukuki niteliği konusunda kabul ettiğimiz görüşe göre ecrimisil taleplerinde bahse konu genel zamanaşımı olan on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

Dönemsel edimlere TBK’nın 146. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktadır¹²⁶. Ancak ecrimisilin aylık kira bedeli olarak nitelendirilemeyeceği gerçeği karşısında ecrimisilin dönemsel bir edim olduğunu savunmak da olanaklı değildir¹²⁷. Hak sahibi ile kötü niyetli haksız zilyet arasında herhangi bir kira sözleşmesi yapma iradesi de bulunmamaktadır. Ecrimisil tazminatı, tüm kötü niyetli haksız zilyetlik dönemi için doğacağından kanaatimizce bahse konu on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması ecrimisilin niteliğine daha uygun olacaktır.

Yargıtay, ecrimisil için uygulanacak olan zamanaşımı süresini kira sözleşmelerinde olduğu gibi 5 yıllık süreye tabi tutmasının yanı sıra, söz konusu sürenin dava tarihi itibari ile başlayacağını kabul etmiştir¹²⁸. Ancak beş yıldan uzun

¹²⁵ Bilgen, **a.g.e.**, s. 122.

¹²⁶ Bilgen, **a.g.e.**, s. 125.

¹²⁷ Hirş, **a.g.m.**, s. 683.

¹²⁸ “*Davacı vekili dilekçesi ile; muristen intikal eden taşınmazları davalının kullanması nedeniyle, müvekkilinin açtığı ecrimisil davasında; taleple bağlı kalınarak 5000-TL’ye hükmedildiğini, hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise; müvekkilinin, 35.714,80-TL.alacaklı olduğunun belirtildiğini; bu nedenle, bakiye 30.714,80-TL. ecrimisil alacağının faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. (...) 25.5.1938 tarih ve 29/10 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı uyarınca, ecrimisil davaları 5 yıllık zamanaşımına tabi ise de, bu süre dava tarihinden geriye doğru hesaplanır. Somut olayda (ek dava ile) 1.9.1998-1.9.2003 tarihleri arası için ecrimisil istenilmektedir. Dava ve birleşen davanın açılış tarihi 9.11.2006 tarihidir. Bu tarihten geriye doğru (zamanaşımı süresi olan) 5 yıllık süre hesaplandığında; 9.11.2001 tarihinden önceki döneme ilişkin ecrimisil talebi zamanaşımına uğramıştır. Ne varki, davaların açılış tarihine göre 9.11.2001-1.9.2003 dönemine ilişkin ecrimisil talebi zamanaşımına uğramış değildir. Bu nedenle, mahkemece; zamanaşımına uğramamış olan dönemle ilgili ecrimisil miktarı bilirkişiye hesaplattırılmalı ve hüküm altına alınmalıdır. Yanılgılı*

sürelî haksız işgal hallerinde hak sahibinin sadece dava tarihinden geriye dönük beş yıllık ecrimisil miktarını talep edebilmesi hakkaniyetsiz sonuçlar doğurabilecektir. Örnek vermek gerekirse, Yargıtay içtihatları uyarınca 01.01.1995 tarihinde başlayan bir haksız işgalden hak sahibinin 01.01.2002 tarihinde haberdar olduğunu ve söz konusu tarihte ecrimisil talep ettiğini varsayarsak, füzulî şağilin zamanaşımı savunması karşısında hak sahibinin 01.01.1997- 01.01.2002 tarih aralığında haksız işgal sebebi ile doğan ecrimisil talebi kabul edilecektir. Ancak zamanaşımı alacağın muaccel hale gelmesi ile işlemeye başlar¹²⁹. Dolayısıyla kanaatimizce ecrimisil haksız işgalin vuku bulduğu anda muaccel olur ve on yıllık süre içerisinde kötü niyetli haksız zilyetten talep edilebilmelidir¹³⁰. Dolayısıyla hak sahibi 01.01.1995- 01.01.2005 tarihleri arasında doğan on yıllık ecrimisili talep edebilmelidir. Zamanaşımı hesabında talep tarihinden ziyade haksız işgalin vuku bulduğu tarih dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla on yıllık zamanaşımı süresi dolmadan talepte bulunan hak sahibi on yıllık ecrimisile hak kazanacaktır. Kanatımızca böylesi bir sonuç hem hak sahibi açısından hakkaniyetli olacak, hem de beş yıldan uzun süreli işgallerde hak sahibinin talebi sınırlandırılmayacaktır.

değerlendirme sonucu yazılı şekilde talebin tümünden reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Y 3.HD, 26.01.2010, E. 2009/15938, K. 2010/962, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.02.2019); “Mahkemece;Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/425 Esas sayılı dosyası ile dava konusu yere ilişkin elatmanın önlenmesi davasının kabulüne karar verildiği, bu kararın Yargıtay aşamasından geçerek onandığı bu hali ile mahkeme dosyası açısından davacının elatmanın önlenmesi davasının konusuz kaldığı gerekçesiyle davacının elatmanın önlenmesi davası konusuz kaldığından bu hususta karar verilmesine yer olmadığına, davaya konu edilen yerin davalı tarafından kullanıldığı dosya kapsamından anlaşılmiş her ne kadar ecrimisil talebi 1987 yılından itibaren talep edilmiş ise de ecrimisil davalarında geriye dönük zamanaşımı 5 yıl olmakla, dava tarihinden geriye doğru 5 yıl gidilerek bilirkişi tarafından yapılan hesaplamalar doğrultusunda da gözetilerek davacının ecrimisil talebine ilişkin davasının kısmen kabulüne, 5.000,00 TL. ecrimisil bedelinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde; davacının talebinin ecrimisil bedelinin yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsili istemine ilişkin olup mahkemece, davacının ecrimisil talebi kısmen kabul edilmiş olmakla birlikte ecrimisil talepleriyle ilgili olarak niteliği gereği yasal faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle; davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA ...” (Y. 20.HD, 14.01.2019, E. 2017/5478, K. 2019/19, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.02.2019)

¹²⁹ Bilgen, **a.g.e.**, s. 143.

¹³⁰ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 161.

4.3. Kazandırıcı Zamanaşımı

Bilindiği üzere TMK'nın 731. maddesi, kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet iktisabını düzenlenmektedir. Buna göre, *“tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı nizasız ve fasılasız olarak yirmi yıl süre ile malik sıfatı ile kullanan zilyet, taşınmazın tamamı ya da bir kısmı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescilini talep edebilir.”* (TMK 713/1) Söz konusu fıkra, tapusuz taşınmazlara ilişkindir. Yine aynı koşullarda *“tapuya kayıtlı olup da, maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan¹³¹ ya da yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş kişi adına kayıtlı taşınmazın tamamı ya da bir kısmı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescili talep edilebilir.”* (TMK 713/2) Söz konusu maddedeki şartları taşıyan zilyedin ise hangi hallerde ecrimisilden sorumlu olacağı hususu önem arz etmektedir.

Yargıtay eski tarihli bazı kararlarında kazandırıcı zamanaşımı şartlarının sağlanması ile mülkiyetin kendiliğinden zilyede geçmeyeceğini, zilyedin bunun için ayrıca tescil davası açması gerektiğini, dolayısıyla kötü niyetli zilyedin dava açıncaya kadarki haksız kullanım nedeni ile kullanım süresindeki ecrimisilden sorumlu olduğunu benimsemiştir¹³². Yargıtay eski tarihli bazı kararlarında ise, bunun tam tersi yönünde kararlar vermiş, kazandırıcı zamanaşımının inşai değil açıklayıcı nitelikte olduğunu, dolayısıyla nizasız ve fasılasız süre içerisindeki kullanımlarda haksız zilyedin ecrimisil sorumluluğu doğmayacağını ifade etmiştir¹³³. Tüm bu görüş

¹³¹ *“Tapu sicilinden malikin kim olduğunun anlaşılabilmesi hali; taşınmaz malın sahibinin kim olduğunun bilinmesine yarayacak, kimliğini ortaya koyacak gerekli bilgi ve belgelerin tapu sicilinden (kütüğünden) çıkarılmasının imkansız olmasıdır.”* (YHGK, 10.04.1991, E. 1991/8-51, K. 194, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 15.02.2019); *“Genel olarak, gerekli dikkati gösteren herkesin kayıtlarda malikin kim olduğunu anlayamayacağı hallerde tapu siciline yazılı olan malikin bilinmediğinin kabulü gerekir. Ayrıca “tapu kütüğünde malik sütununun boş bırakılması, silinmesi ve yeniden yazılmaması, soyut ve nam-ı mevhum adına (mevcut olmayan hayali kişi) yazılması, hiç yaşamamış ve kaydının herhangi bir yerde bulunmamış olması, malik adının müphem, yetersiz ve soyut gösterilmiş olması gibi durumlarda malikin kim olduğunun anlaşılacağı kabul edilir.”* (Y. 8.HD, 29.01.2015, E. 2014/4626, K. 2015/1853, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 15.02.2019)

¹³² *“Mülkiyetin tesbitine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihten önceki dönemde davacı gerçek kişi yararına ecrimisile hükmedilmesi gerekir.”* (Y. 3.HD, 03.05.1993, E. 1993/17680, K. 1993/ 7810, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 15.02.2019) Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y. 5.HD, 02.03.1994, E. 1994/20550, K. 1994/4580; YHGK. 16.12.1964, E. 1964/ 5-1244, K. 1946/ 735; YİBK. 04.12.1998, E. 1996/4, K. 1998/3, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 15.02.2019.

¹³³ *“Kesinleşen tescil kararı ile mülkiyet hakkı Medeni Kanun'un 633. maddesi uyarınca tapuya tescilinden önce doğar.”* (Y. 1.HD, 23.10.1975, E. 1975/9705, K. 1975/9768, çevrimiçi, Lexpera

aykırılıkları neticesinde 04.12.1998 tarih, 1996/4 Esas ve 1998/3 Karar sayılı Yargıtay İBK'nda "Kazandırıcı zamanaşımı koşullarının oluşması ile taşınmaz üzerindeki zilyetlik kendiliğinden mülkiyet hakkına dönüşmez. Bu koşulların oluşması halinde zilyet yararına "tescili talep hakkı" doğar. Bu husus Medeni Kanun'un 639/1. maddesinde zilyedin tescil talebinde bulunabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle hakimın tescil kararı ile yeni bir hukuki durum ortaya çıkar ve bu karar kesinleştiği tarihten ileriye yönelik olarak sonuç doğurur. (...) Açıklanan nedenlerle tescil kararı ile yeni bir hukuki durum ortaya çıkmakta, hakimın kararı kurucu bir nitelik taşımakta ve bu karar kesinleştiği tarihten ileriye yönelik olarak sonuç doğurmaktadır. Bu itibarla; içtihat aykırılığının Hukuk Genel Kurulu Kararları doğrultusunda birleştirilmesine karar verilmesi gerekmiştir. (...) Kazandırıcı zamanaşımı yoluyla tapusuz taşınmazların edinilmesine ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 639/1. maddesine göre verilen tescil kararlarının İNŞAİ-İHDASI (YAPICI - KURUCU - YENİLİK DOĞURUCU) nitelikli kararlar olduğuna, mülkiyet hakkının bu kararların kesinleştiği anda kazanıldığına, 4.12.1998 tarihli ilk oturumda 2/3 yi aşan çoğunlukla karar verildi." denilmesi sureti ile kazandırıcı zamanaşımında zilyetlik şartlarının oluşması yeterli görülmemiş ve zilyedin ancak tescil davası açıp söz konusu davanın kesinleşmesi ile birlikte malik olabileceğini ifade etmiştir¹³⁴. Dolayısıyla nizasız ve fasılasız dönem için, kazandırıcı zamanaşımından yararlanacak olan zilyet, o dönem için ecrimisil açısından sorumlu tutulmuştur.

Önceki Medeni Kanun döneminde yargı kararlarındaki söz konusu çelişki ve ikili uygulama ise, TMK m. 713/5 düzenlemesi ile ortadan kalkmıştır. Buna göre; mülkiyet maddede sayılan şartların oluşması ile birlikte zilyede geçecektir. Zilyedin bu durumda ayrıca tescil davası açmasına gerek bulunmayacak, açılacak tescil

İçtihat Bankası, 21.02.2019) Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y. 8.HD, 18.6.1976, E. 1976/7393, K. 1976/5288; Y. 8.HD, 16.1.1981, E. 1981/319, K. 1981/263; YİBK. 04.12.1998, E. 1996/4, K. 1998/3, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 15.02.2019.

¹³⁴ Sevda Arıkboğa Usta, "Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanılması", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 95 – 96, çevrimiçi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, 15.02.2019.

davaları da inşai değil, açıklayıcı mahiyette olacaktır¹³⁵. Nitekim Yargıtay da söz konusu madde paralelinde kararlar içtihat etmiş ve halen söz konusunu görüşünü devam ettirmektedir¹³⁶. Nitekim doktrinde de; kötü niyetli haksız zilyedin kazandırıcı zamanaşımı şartlarını sağlaması ile birlikte mülkiyete hak kazandığı, söz konusu hakkın geçmişe etkili olduğu ve söz konusu dönem ile ilgili haksız kullanımın şartların oluşması ile birlikte haklı kullanıma döndüğünden bahisle ecrimisil sorumluluğunun doğmayacağı ifade edilmiştir¹³⁷. Dolayısıyla kötü niyetli zilyet, TMK 995'ten kaynaklı tüm taleplere ilişkin sorumluluktan mülkiyet hakkının geriye doğru kazanılmasından dolayı kurtulacaktır¹³⁸.

Kazandırıcı zamanaşımı ile tescil dışı mülkiyeti kazanan malikin söz konusu hakkını tescile bağlamadan, hak sahibi olduğu taşınmazı bir başka kişiye devredemeyeceği, dolayısıyla taşınmazı sicil dışı malikten devralıp kullanan kişinin zilyetliğinin haksız zilyetlik olduğu kabul edilmektedir¹³⁹. Taşınmazı bu şekilde devralan haksız zilyedin zilyetliğinin ise iyi niyetli ya da kötü niyetli olarak değerlendirilmesi ecrimisil talepleri açısından önem arz etmektedir. Esasen burada haksız zilyet olarak kabul edilen kişinin, mülkiyet hakkının tapuya tescili yapılmadıkça devredemeyeceğini ve kendisinin de bu devir dolayısıyla iade borcu altında olduğunu bilmesi gerektiği, dolayısıyla buradaki zilyetliğinin kötü niyetli

¹³⁵ Arıkboğa Usta, **a.g.e.**, s. 93.

¹³⁶ “Hemen belirtilmelidir ki; mülkiyetin, Türk Medeni Kanununun 705. maddesi uyarınca mahkeme kararı ile tescilden önce ve aynı yasanın 713/5. maddesi gereğince de zilyetlik koşullarının gerçekleştiği anda kazanılacağı gözetildiğinde, tescil ilamının açıklayıcı nitelikte olduğu, tescil ilamından kaynaklanan mülkiyet hakkının da imar parsellerine yansıtılması gerekeceği kuşkusuzdur.” (Y. 1.HD, 23.12.2010, E. 2010/12659, K. 2010/13922, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 21.02.2019); “Somut olaya gelince; tapu kayıt maliki ve mirasbırakan ... 05.08.1967 tarihinde ölmüştür. Toplanan delillerden davacıların 1967 yılından itibaren TMK'nun 713. maddesindeki nizasız fasılasız halde 20 yıl malik sıfatıyla zilyetliklerinin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. TMK'nun 713. maddesindeki tescil işlemi kurucu olmayıp, açıklayıcıdır. Bu nedenle zilyetlik ve zamanaşımıyla kazanma koşulları oluştuğunda zilyet, taşınmazı tescilsiz iktisap eder.” (Y. 8.HD, 14.03.2016, E. 2014/19269, K. 2016/4593, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 21.02.2019).

¹³⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 765; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 580; Acemoğlu, **Olağanüstü Zamanaşımı**, s. 254 - 255; Karahasan, **Cilt II**, s. 587; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 339 - 340. Doktrindeki ağırlıklı görüşün aksine Oğuzman, kazandırıcı zamanaşımı halindeki kazanmanın geriye etkili olamayacağını savunmaktadır. (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 458.).

¹³⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.339 – 340.

¹³⁹ Acemoğlu, **Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar**, s. 72 – 73.

olacağı ifade edilmektedir¹⁴⁰. Dolayısıyla haksız zilyedin sicil dışı malik tarafından taşınmazın kendisine usule uygun devir yapılacağı döneme kadarki süre ile sınırlı olmak üzere ecrimisil sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmektedir¹⁴¹.

5. Birlikte Mülkiyet Halinde Ecrimisil

Haksız işgale ve dolayısıyla ecrimisile konu taşınmaz, paylı ya da elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi olabilir. Söz konusu taşınmazlar birlikte mülkiyet dışındaki herhangi bir üçüncü kişi tarafından haksız kullanılabilmesi gibi, paylı mülkiyette paydaşlardan biri ya da birkaçı, elbirliği mülkiyetinde ise ortakların biri ya da bir kaç diğere paydaş ve ortakların aleyhine olacak şekilde taşınmazdan haksız yararlanabilir.

Böyle durumlarda üçüncü kişi olan kötü niyetli haksız zilyetten ve paydaş ya da ortak olan kötü niyetli haksız zilyetten ne şekilde ecrimisil talep edilebileceği üzerinde durulması gereken bir husustur. Zira birlikte mülkiyet halinde ecrimisil talep edilebilmesi şartları bakımından kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim paydaş ya da ortak olan kötü niyetli haksız zilyetten ecrimisil talep edilmesi için yargı kararlarında özel bir şart olarak aranan intifadan men şartının ve istisnalarının da bu bölümde değerlendirilmesi gerekmektedir.

5.1. Birlikte Mülkiyet İlişkisi Dışında Kalan Üçüncü Kişiyeye Yönelik Ecrimisil Talepleri

Paylı ya da elbirliği mülkiyetine konu taşınmaz, dışarıdan üçüncü bir kişi olan kötü niyetli haksız zilyedin işgaline maruz kalabilir. Haksız işgalin önlenmesi bölümünde de izah edildiği üzere, paylı (müşterek) mülkiyet açısından, paydaşlardan her birine, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanma ve onu kullanma hakkı tanındığı gibi, paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğere paydaşları temsilen sağlayabilir. (TMK 693/III) Dolayısıyla malın tamamına etkili olan haksız işgal durumunda paydaşlardan her biri bölünemeyen

¹⁴⁰ Acemoğlu, **Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar**, s. 77.

¹⁴¹ Detaylı açıklamalar için bkz. Acemoğlu, **Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar**, s. 94 – 98.

menfaat dolayısıyla bahse konu taşınmaza yönelik haksız işgalin önlenmesini talep edebilecektir¹⁴². Bu durum haksız işgal halinin taşınmaza yönelik bölünemeyen menfaat olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak aynı görüş, ecrimisil tazminatı açısından geçerli değildir. Zira ecrimisil, parasal nitelikte bir talep olup, söz konusu talebin bölünebilir olması dolayısıyla her bir paydaş kendi payı için ecrimisil davası açabilir¹⁴³. Ancak paydaşların taşınmazın tamamı için bir başka deyişle ecrimisilin tamamını talep ile dava açma hakları bulunmamaktadır¹⁴⁴.

Yine elbirliği mülkiyetine tabi taşınmaza yönelik dışarıdan bir üçüncü kişinin haksız işgali halinde ortaklardan her biri TMK 702/IV'e göre; söz konusu haksız işgalin önlenmesini ve ortadan kaldırılmasını talep edebilir ve söz konusu hükümden tüm ortaklık faydalanır¹⁴⁵. Ancak ortaklardan biri ya da birkaçının diğer ortakların menfaatine yönelik olacak şekilde taşınmazın tamamına yönelik ecrimisil davası açması -ecrimisil talebinin ortaklıktaki hakları korumaya yönelik olmadığı bahisle - olanaklı olmayıp, söz konusu halde ortakların oybirliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunluluğu vardır¹⁴⁶.

¹⁴² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. II Bölüm, 1.1.1.2. Paylı (Müşterek) Mülkiyet Durumu, s. 38- 43.

¹⁴³ Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 162-163.

¹⁴⁴ “Davacı, kayden paydaşı olduğu 2482 parsel sayılı taşınmazı davaluların haksız olarak kullandıklarını ileri sürerek, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğinde bulunmuştur. (...)Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden davaluların haklı ve geçerli bir hukuki sebep olmaksızın kayden davacının paydaşı bulunduğu çekişme konusu 2482 parsel sayılı taşınmaza elattıkları belirlenmek suretiyle mahkemece, elatmanın önlenmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davaluların bu yöne değinen temyiz itirazı yerinde değildir, reddine. Ancak, çekişme konusu taşınmazın el birliği mülkiyetine tabi olduğu Türk Medeni Kanununun 702/4 maddesi hükmüne göre her ortağın tek başına elatmanın önlenmesi davası açabileceği bu meyanda haksız işgal tazminatı niteliğinde olan ecrimisile ilişkin tazminat isteğinin de bölünebilir nitelikte olduğu yerleşik yargısal uygulamalarla kararlılık kazandığı gözetilerek belirlenen ecrimisil tutarının davacının payı oranında hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken, taşınmazın tamamı için belirlenen ecrimisile hükmedilmesi doğru değildir. Davaluların bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedene hasren HUMK.'nun 428.maddesi gereğince BOZULMASINA(...)” (Y. 1.HD, 19.03.2008, E. 2008/1453, K. 2008/3500, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 25.02.2019).

¹⁴⁵ Karahasan, **Cilt I**, s. 317; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 349; Eren, **Mülkiyet**, s. 137; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 209; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 461.

¹⁴⁶ “Uyuşmazlık konusu olayda; davacılar, mirasbırakandan intikal eden taşınmaza, (paydaş bulunmayan) davaluların el attığını ileri sürerek ecrimisil istemiştir. Ecrimisil davası, “terekedeki hakların korunması” ile ilgili olmayıp, “terekedeki taşınmazdan yararlanmaya” yönelik bulunmaktadır. Böyle bir durumda elbirliği mülkiyetine tabi olan bir mal veya hakka ilişkin davalının,

5.2. Paydaş ya da Ortakların Birbirlerine Yönelik Ecrimisil Talepleri

Birlikte mülkiyete konu taşınmazın, paydaş ya da ortak olmayan dışarıdan bir kişi tarafından işgali halinde paydaş ya da ortakların nasıl hareket edeceğini açıkladıktan sonra, uygulamada da sıklıkla karşılaşılan bir durum olan paydaşların ya da ortakların birbirlerine yönelik ecrimisil taleplerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Ecrimisilin özel hukuk açısından herhangi bir yasal mevzuatta özel olarak düzenlenmemiş olmasının doğal sonucu olarak paydaş ya da ortakların birbirlerinden nasıl ve hangi şartlarla ecrimisil isteyeceği konusunda da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle durumlarda ecrimisil talebinin koşulları yargı kararları ile somutlaştırılmış ve bu husustaki içtihatlar giderek kökleşerek yerleşik bir hal almıştır.

Bu bağlamda paydaş ve ortakların birbirlerine yönelik ecrimisil taleplerinde “intifadan men” şartı aranacaktır¹⁴⁷. Buna göre intifadan men; bir paydaş ya da ortağın hakkından fazlasını işgal eden diğer paydaşın ya da ortağın, fazladan işgal ettiği yerin kullanımına itiraz etmesi, söz konusu kullanımı engellemesi anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle paydaş ya da ortak burada ortaklık konusu taşınmazdan yararlanma isteğini bildirmektedir. Dolayısıyla birlikte mülkiyet hallerinde söz konusu birlikteliğin kural ve işleyişine uymayan, diğer paydaş ya da ortağın birlikte mülkiyetten kaynaklanan haklarını kullanmasına engel olan başkaca paydaşlar ya da ortaklar olabilir. Dolayısıyla hakkını kullanamayan paydaş ya da

mirasçılardan (ortakların) hepsi tarafından veya hepsine karşı birlikte açılması zorunludur. Davaya diğer mirasçılardan katılması (olurlarının alınması) veya TMK'nun 640/3 maddesi uyarınca miras ortaklığına temsilci tayin edilmek suretiyle davaya devam edilmesi mümkün değildir. Yapılan bu açıklamalar ışığında dosya incelendiğinde; davaya konu edilen 1/6 payın mirasbırakan K1 adına kayıtlı olduğu, ölüm tarihine göre ise terekesine; mirasçıları olan davacılar ile dava dışı K2 elbirliği (iştirak) halinde malik bulunduğu anlaşılmaktadır. O halde mahkemece; davanın, mirasbırakanın payına elbirliği halinde malik olan mirasçılardan (ortakların) hepsi tarafından açılmadığı (resen) gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, bu husus gözden kaçılarak işin esasına girilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 3.HD, 21.05.2012, E. 2012/5110, K. 2012/12811, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 25.02.2019).

¹⁴⁷ Karahasan, **Cilt II**, s. 584 – 585; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 268; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 418; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 311, dn. 144; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 326; Esener, Güven, **a.g.e.**, s.197; Özkaya, **a.g.e.**, s. 33; Ruhi- Ruhi, **a.g.e.**, s. 247 - 249; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 179.

ortağın, buna sebep olan diğer paydaş ya da ortağa, ortak yerden kendisinin de yararlanma isteğinde olduğunu bildirme hakkı bulunmaktadır. Bu hakka ise genel olarak intifadan men denilmektedir¹⁴⁸. İntifadan men, yemin dahil her türlü delil ile ispatlanabilecektir¹⁴⁹. İntifadan men koşulu dava şartı niteliğinde olup, yerine getirilip getirilmediği mahkemece re'sen araştırılacaktır¹⁵⁰. Bahse konu “intifadan men” koşuluna çalışmamızın bu kısmında özellikle yer verilecek olup, söz konusu koşulun sağlanmasının hangi şartlara esaslara tabi olduğu izah edilmeye çalışılacaktır. Yine uygulamada intifadan men şartının birtakım istinasları bulunmakta olup, bu durum yargı kararlarına atıf yapılması sureti ile örneklendirilecektir.

5.2.1. Paylı (Müşterek) Mülkiyet Halinde Ecrimisil Talepleri

TMK 693 uyarınca; “paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir.” Dolayısıyla paydaşlar, diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde kendi payı ile ilgili tasarrufta bulunabilecektir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere; bir paydaşın, diğer paydaş ya da paydaşların haklarını kullanmasına engel olacak şekilde taşınmazı kullanması halinde paydaşlardan her biri diğer paydaş aleyhine haksız işgalin önlenmesi davası açabilir¹⁵¹ ¹⁵². Söz konusu davada dikkat edilmesi gereken husus paydaşlar arasında fiili (eylemli kullanma biçimi) ya da yazılı bir taksim anlaşması

¹⁴⁸ Karahasan, **Cilt II**, s. 584 – 585; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 268; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 418; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 311, dn. 144; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 326; Esener, Güven, **a.g.e.**, s.197; Özkaya, **a.g.e.**, s. 33; Ruhi- Ruhi, **a.g.e.**, s. 247 - 249; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁴⁹ YHGK. 27.02.2002, E. 2002/3-131, K 2002/114 sayılı ilamı, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 04.03.2019.

¹⁵⁰ Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s.248.

¹⁵¹ Karahasan, **Cilt I**, s. 317; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 284; Özkaya, **a.g.e.**, s. 36; Turan, **a.g.e.**, s. 329, Özaykut, **a.g.e.**, s. 643.

¹⁵² “Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.” Y. 1.HD, 27.2.2017, E. 2014/19621, K. 2017/885 **Kazancı İçtihat Bankası**; Y. 1.HD, 09.07.1996, E. 1996/7257, K. 1996/8937 (Turan, **a.g.e.**, s. 359)

olup olmadığıdır¹⁵³. Bu bağlamda haksız işgal iddiası ile fuzuli şağil konumunda olan paydaşın söz konusu kullanımına ilişkin diğer paydaş ya da paydaşlar ile arasında yazılı bir anlaşma ya da eylemli bir durum var ise, dava açan paydaşların haksız işgalin önlenmesi talebi kabul görmemelidir¹⁵⁴.

Bunun dışında paylı mülkiyette paydaşların birbirinden ecrimisil talep edebilmesi, birbirlerini dava konusu taşınmazdan yararlanmaktan men etmiş olmasına bağlıdır¹⁵⁵. Kökleşmiş yargı kararları uyarınca paydaşlardan biri ya da bir kaçının, diğer paydaşların haklarına zarar verecek ölçüdeki kullanımları, diğer paydaşlara ecrimisil talep hakkı verecektir. Dolayısıyla işgalci konumunda olan paydaşların intifadan men edilmesi halinde söz konusu talep ileri sürülebilecektir¹⁵⁶. Elatmanın önlenmesi davasında olduğu gibi paydaşlar arasında fiili (eylemli kullanma biçimi) ya da yazılı bir taksim anlaşması var ise ve paydaş taşınmazdan söz konusu anlaşmaya uygun bir biçimde yararlanıyorsa bu halde diğer paydaşların elatma iddiaları dinlenmeyeceği gibi ecrimisil talepleri de kabul görmeyecektir¹⁵⁷.

¹⁵³ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 410; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 311; Karahasan, **Cilt I**, s. 318 – 319; Turan, **a.g.e.**, s. 330.

¹⁵⁴ Karahasan, **Cilt I**, s. 319; Turan, **a.g.e.**, s. 330.

¹⁵⁵ Karahasan, **Cilt II**, s. 584 – 585; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 268; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 418; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 311, dn. 144; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 326; Esener, Güven, **a.g.e.**, s.197; Özkaya, **a.g.e.**, s. 33; Ruhi- Ruhi, **a.g.e.**, s. 247 - 249; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁵⁶ “Dava, paydaşlar arası ecrimisil isteğine ilişkindir.(...) Kural olarak, men edilmedikçe paydaşlar birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır.”, (Y. 1.HD, 24.03.2014, E. 2014/3364 K. 2014/6216, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası 01.03.2019. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 8.HD, 11.6.2018, E. 2018/3420, K. 2018/13975; Y. 1.HD, 24.3.2014, E. 2014/3364, K. 2014/6216; Y. 3.HD, 27.02.2007, E. 2006/16965, K. 2007/2699; Y. 3.HD, 05.02.2009, E. 2008/19760, K. 2009/1385; Y. 3.HD, 08.04.2010, E. 2010/3428, K. 2010/6223; Y. 3.HD, 29.05.2012, E. 2012/7995, K. 2012/13572; Y. 1.HD, 18.06.2013, E. 2013/8139, K. 2013/10200, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 01.03.2019)

¹⁵⁷ “Davacılar, kayden paydaş oldukları 150 parsel sayılı taşınmazın harici taksim anlaşmasıyla davalı ile birlikte kullanımlarına bırakılan ½ bölümün tamamının davalı tarafından haksız olarak kullanıldığını ileri sürerek, dava tarihinden geriye doğru 5 yıl için 21.200-TL ecrimisilin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. Davalı, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, iddianın sabit olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Somut olayda, davacılar taşınmazların haricen taksim edildiğini ileri sürmelerine karşın mahkemece bu konuda hükme yeterli bir araştırma yapılmamıştır. Hal böyle olunca; yukarıda değinilen ilkeler uyarınca tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planın olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı hususlarının araştırılması, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiğinin saptanması, harici taksim olgusu bulunmuyor ise tüm paydaşları kapsar şekilde taşınmazın kullanımı bakımından paydaşlar tarafından benimsenmiş fiili kullanım biçimi

Paydaşların birbirinden ecrimisil talep etmesi için birbirlerini intifadan men etme şartları kesin kural olmayıp, bu durumun istisnalarına çalışmamızın devamında yer verilmiştir¹⁵⁸.

5.2.2. Elbirliği (İştirak Halinde) Mülkiyet Halinde Ecrimisil Talepleri

TMK 701/2 uyarınca; elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Tıpkı paylı mülkiyette olduğu gibi, elbirliğinde mülkiyetinde de ortaklardan birinin ortaklık malından haksız olarak yaralanması halinde ortakların birbirleri hakkında eletmanın önlenmesi davası açması olanaklıdır¹⁵⁹. Ancak ortakların elatmanın önlenmesi talebinin yanı sıra ecrimisil talebinde de bulunması halinde birbirlerini intifadan men etme şartı aranacaktır¹⁶⁰.

Bu bağlamda intifadan men şartının aranmayacağı durumlar hariç olmak üzere, elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birinin ortaklık malından haksız şekilde

yaratılıp yaratılmadığının araştırılması, böylesi bir durum yaratılmış ise yukarıda değinilen ilkeler gözetildiğinde bu kullanım biçimine değer verilmesi gerektiğinin düşünülmesi, bütün bunlardan sonra şayet harici taksim veya fili kullanma veya kullanma biçimi olgusunun var olmadığı anlaşılır ise, davacılar bakımından taşınmazlarda kullandıkları veya kullanabileceği bir yerin olup olmadığı, bir başka ifade ile intifadan men olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi, kullanım tarzının aynı taşınmazda gerçekleşmesinin şart olduğundan parsel bazında kullanım tarzına değer verilemeyeceği de gözetilerek, toplanan ve toplanacak tüm deliller nazara alınarak nasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir.” (Y. 1.HD, 06.02.2018, E. 2015/2598, K. 2018/791, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 04.03.2019. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 8HD, 25.06.2018, E. 2018/6079, K. 2018/14309; Y. 1.HD, 28.2.2008, E. 2007/12086, K. 2008/2438; Y. 1.HD, 14.04.2011, E. 2011/3395, K. 2011/4355, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 04.03.2019.

¹⁵⁸ Bkz. III. Bölüm, 5.2.3. İntifadan Men Şartının İstisnaları, s. 122 - 127.

¹⁵⁹ Karahasan, **Cilt I**, s. 319; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 284.

¹⁶⁰ “Dava; elatmanın önlenmesi ve ecrimisil istemine ilişkindir. Hemen belirtilmelidir ki, davaya konu taşınmazda taraflar elbirliğiyle mülkiyet esaslarına göre maliklerdir. Elbirliği mülkiyetinde de paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda olduğu gibi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil davası açabilir. Yargıtayın ve Dairemizin yerleşmiş uygulamaları da bu yöndedir.” (Y. 8HD, 11.6.2018, E. 2018/3420, K. 2018/13975, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 04.03.2019) Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 27.09.2017, E. 2017/3287, K. 2017/4726; Y. 14.HD, 03.12.2018, E. 2016/9000, K. 2018/8511; Y. 1.HD, 27.02.2014, E. 2014/1348, K. 2014/4512, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 04.03.2019.

yararlanması halinde söz konusu ortak haksız zilyet haline gelecek ve diğer ortaklara ecrimisil ödemekle yükümlü olacaktır. TMK 701/1 uyarınca; elbirliği halinde mülkiyet kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan bir topluluktur¹⁶¹. Uygulamada en çok elbirliği mülkiyetine miras ortaklığında rastlanılmaktadır. Dolayısıyla paylı mülkiyette olduğu gibi elbirliği mülkiyetinde de paydaşlar ya da ortakların genellikle tanışıklık, aile bağı ya da başkaca bir bağlantısı bulunduğundan bu gibi durumlarda kural olarak ortakların öncelikle birbirlerini intifadan men etmeleri toplumsal yaşam gereklerine daha uygundur. Ancak kökleşmiş yargı kararları ile bazı hallerde intifadan men koşulu aranmamaktadır.

5.2.3. İntifadan Men Şartının İstisnaları

5.2.3.1. Ortaklık Konusu Maldan Semere Elde Edilmesi

Buna göre ortaklık konusu maldan semere elde edilmesi halinde ecrimisil talep eden paydaş ya da ortağın intifadan men şartını yerine getirip getirmediğine bakılmayacaktır. Bir başka deyişle ortaklık konusu malın hukuki ya da doğal semere getiren yerlerden olması halinde paydaş ya da ortak intifadan men şartına uymadan ecrimisil talep edebilecektir¹⁶².

¹⁶¹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 147.

¹⁶² “Bilindiği üzere; paydaşlar (kural olarak) intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi ise; ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirmiş olmasına bağlıdır. İntifadan men koşulunun gerçekleştiği iddiası yemin dahil her türlü delille ispatlanabilir. Bu koşul dava şartı niteliğinde olduğundan gerçekleşip gerçekleşmediğinin mahkemece re’sen araştırılarak saptanması gerekmektedir. Her ne kadar mahkemece intifadan men koşulunun gerçekleşmediği kabul edilmiş ise de, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre, hukuki ve tabii semere veren yerler için intifadan men şartı aranmamaktadır. Hukuki semere kavramından bahsedebilmek için ise; taşınmazın sadece kiraya verilebilecek yerlerden olması yeterli olmayıp, üçüncü kişilere bizzat kiraya verilip gelir elde edilmiş olması da gerekmektedir. Somut olaya gelince; davalının taşınmazın bir kısmını 3. kişiye kiraya vermek suretiyle gelir elde ettiği sabittir. O halde, mahkemece; tarafların bahsedilen hususlarda tüm delilleri toplanarak ecrimisil miktarının usulünce tespit edilip, davacıların payına düşen bölümünün hüküm altına alınması gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” (Y. 1.HD, 17.07.2013, E. 2013/8153, K. 2013/11413, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 06.03.2019) Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 09.09.2014, E. 2014/11410, K. 2014/13870; Y. 1.HD, 13.1.2014, E. 2013/16762, K. 2014/62; Y. 1.HD, 02.02.2015, E. 2014/15668, K. 2015/1212; Y. 8.HD, 19.3.2018, E. 2018/3965, K. 2018/9495, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 06.03.2019.

Ecrimisil hesaplamasının uzmanlık gerektirmesi dolayısıyla mahkeme tarafından gerek görülmesi halinde doğal ve hukuki semerenin miktarı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır¹⁶³. Hukuki semere olan kira getirisi olduğu iddia edilen taşınmaz ile ilgili olarak davalıların taşınmazdan gelir elde etmesi halinde intifaden men şartı aranmayacak, taşınmazın sadece kira vermeye uygun olmasının tespiti intifadan men şartının aranmaması için yeterli olmayacak, söz konusu yerden ancak kira elde edilmesi halinde intifadan men şartı aranmayacaktır¹⁶⁴.

5.2.3.2. Bazı Kamu Kurumlarının Birlikte Mülkiyete Konu Taşınmazları

Hazine ve vakıflar gibi bazı kamu kurumlarının paydaş olduğu yerlerde ecrimisil talep edilebilmesi için de söz konusu kamu kurumları açısından intifadan men şartı aranmamaktadır¹⁶⁵.

¹⁶³ “(...) Öte yandan, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hakimnin denetimine açık olmalı ve değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere uygun şekilde HMK'nın 266 vd. maddelerine uygun olarak açıklanması gereklidir. Bu nedenle, özellikle tarım arazilerin haksız kullanımı nedeniyle ürün esasına göre talep varsa, bu konudaki resmi veriler getirilmeli, taşınmazın bulunduğu bölgede ekilen tarım ürünlerinin neler olduğu tarım il veya ilçe müdürlüğünden sorulmalı, ekildiği bildirilen ürünlerin ecrimisil talep edilen yıllara göre birim fiyatları ve dekara verim değerleri, hal müdürlüğünden ilgili dönem için birim fiyatlar getirilmeli, bölgede münavebeli ekim yapılıp yapılmadığı, taşınmazın nadasa bırakılıp bırakılmadığı tespit edilmelidir. Eğer, özellikle arsa ve binalarda kira esasına göre talep varsa, taraflardan emsal kira sözleşmeleri istenmeli, gerekirse benzer nitelikli yerlerin işgal tarihindeki kira paraları araştırılıp, varsa emsal kira sözleşmeleri de getirilerek resen emsal araştırılmalı, dava konusu taşınmaz ile emsalin somut karşılaştırması yapılmalı, üstün veya eksik tarafları belirlenmelidir. İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilmesi gerekmektedir.” (Y. 1.HD, 22.01.2014, E. 2013/15905, K. 2014/858, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 06.03.2019)

¹⁶⁴ “Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, intifadan men şartı istisnai olarak hukuki ve tabii semere veren taşınmazlar yönünden aranmaz. Ancak, bunun için taşınmazın kira getiren bir yer (dükkan) olması yeterli olmayıp kira getiren bu yerin 3.kişilere kiraya verilerek gelir elde edilmiş olması da gerekmektedir. Davalıların bu tip yerleri bizzat kullanmaları durumunda ise intifadan men şartı aranmalı ve bu olgunun gerçekleştiği iddiasının davacı taraftan ispatlanması istenilmelidir.” (Y. 14.HD, 03.12.2018, E. 2016/9000, K. 2018/8511 çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 06.03.2019)

¹⁶⁵ “Kural olarak, men edilmedikçe paydaşlar birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu

Söz konusu düşünce, hazine ve vakıflar gibi kamu kurumlarının karşılığı ödenmedikçe kendilerine ait olan yerin kullanımına rıza göstermeyecekleri ya da buna yetkilerinin olmadığı düşüncesine dayanmaktadır^{166 167}.

5.2.3.3. Taksim Ya da Fiili Kullanım Anlaşmasının Varlığı

Ortaklık konusu malda paydaş ya da ortaklar malın kullanılması hususunda taksim ya da fiili kullanım anlaşması yapmış olabilirler. Bir başka deyişle paydaşlar ya da ortaklar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın ya da ortağın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belli olması mümkündür. İşte paydaş ya da ortağın böyle bir anlaşmanın varlığı halinde söz konusu anlaşmaya aykırı davranması halinde de diğer paydaş ya da ortakların ecrimisil talep etmesi halinde intifadan men şartı aranmayacaktır¹⁶⁸.

taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. Ancak, bu kuralın yerleşik yargısal uygulamalarla ortaya çıkmış bir takım istisnaları vardır. Bunlar; davaya konu taşınmazın kamu malı olması, ecrimisil istenen taşınmazın (bağ, bahçe gibi) doğal ürün veren yada (işyeri, konut gibi) kiraya verilerek hukuksal semere elde edilen yerlerden olması, paylı taşınmaz işgal eden paydaşın bu yerin tamamında hak iddiası ve diğerlerinin paydaşlığını inkar etmesi, paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belirli bulunması, davacı tarafından diğer paydaşlar aleyhine daha önce bu taşınmaza ilişkin, elatmanın önlenmesi, ortaklığın giderilmesi, ecrimisil ve benzeri davalar açılması veya icra takibi yapılmış olması halleridir.” (Y. 1.HD, 28.01.2014, E. 2013/16532, K. 2014/1247, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 07.03.2019) “Vakıflar, Belediye ve Hazine gibi kamu kurum ve kuruluşlarının davalısı ile birlikte paydaş oldukları taşınmazlara ait ecrimisil istemlerinde onlar için intifadan men koşulu aranmayacağından davaya konu taşınmaza ilişkin olarak intifadan men şartının B. B. yönünden 22.2.2008 tarihinde gerçekleştiğinden bahisle bu tarihten başlayarak ecrimisil hesaplanması doğru görülmemiştir.” (Y. 3.HD, 16.06.2011, E. 2011/6256, K. 2011/10493, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 07.03.2019)

¹⁶⁶ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 177-178.

¹⁶⁷ “Paydaşlar kural olarak intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. Bunun istisnası ise, hukuki semere (kira vs.) elde edilerek tasarruf edilen taşınmazlar ile doğal ürün elde edilen taşınmazlarda (fındık gibi) intifadan men şartı aranmaz. Ayrıca belediye gibi kamu kurumlarının paydaşı bulunduğu taşınmazda payının, diğer paydaşlar tarafından rıza ile kullanıldığı kabul edilemez. Zira; kamu idarelerinin payını, bedelsiz olarak kullandırması kanun hükümleri gereğince mümkün değildir. Bu nedenle kamu idarelerinin paydaşı olduğu taşınmazlarda da intifadan men şartı aranmaz.” (Y. 3.HD, 31.10.2011, E. 2011/8054, K. 2011/16847, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 07.03.2019)

¹⁶⁸ “Kural olarak, men edilmedikçe paydaşlar birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. Ancak, bu kuralın yerleşik yargısal uygulamalarla ortaya çıkmış bir takım istisnaları vardır. Bunlar; (...) paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak

Böyle bir durumun varlığı halinde çekişmeli yerin hangi paydaş ya da ortak tarafından kullanıldığı tespit edilecek olup, bu kullanımın taraflarca benimsenmiş olduğunun kabulü halinde, tapuda resmi taksim sözleşmesi yapıncaya, ortaklığın giderilmesi davası ikame edilinceye ya da imar uygulaması yapıncaya kadar korunması gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁹.

5.2.3.4. Diğer Paydaşlar Ya Da Ortaklar Aleyhine Önceden Hukuki İşlem Yapılmış Olması

Davacı tarafından ortaklık konusu mala ilişkin ve diğer paydaşlar ya da ortaklar aleyhine çeşitli davaların açılmış olması, ihtarname gönderilmesi ya da icra takibi yapılmış olması halinde ayrıca intifadan men şartı aranmayacaktır¹⁷⁰. Bu

taşınmaz veya bölümlerinin belirli bulunması, (...) halinde intifadan men koşulunun oluşmasına gerek bulunmamaktadır. (...)Somut olayda; taşınmazın tümü yönünden fiili kullanım biçiminin oluşup oluşmadığının, şayet oluşmamışsa davacının taşınmazda çekişmesiz olarak kullandığı bir yer olup olmadığının, davalı tarafın bilirkişi raporuna itiraz dilekçesindeki beyanları da dikkate alınarak belirlenmemiş olması isabetsizdir. Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmek suretiyle hükme yeterli bir araştırma yapılması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” (Y. 1.HD, 24.3.2014, E. 2013/20298, K. 2014/6200, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 07.03.2019) Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 6.4.2016, E. 2014/22421, K. 2016/4214; Y. 8.HD, 12.09.2018, E. 2018/6148, K. 2018/15596; Y. 1.HD, 14.05.2014, E. 2014/6942, K. 2014/8642, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 07.03.2019.

¹⁶⁹ Y. 1.HD, 10.05.2016, E. 2016/6490, K. 2016/5900 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s.258-259)

¹⁷⁰ “*Dava, ecrimisil isteğine ilişkindir. Mahkemece; tarafların taşınmazlarda el birliği halinde malik oldukları, taksim yapılmadığı, davacılardan Şöhret'in çekişmeli yerleri hiç kullanmadığı, diğer davacıların fındık bahçelerinden fındık topladıkları, ancak 101 ada 141 parsel üzerinde bulunan evi kullanmadıkları, fındık bahçelerinde intifadan mene gerek bulunmadığı, ev yönünden ise davacılar tarafından davalı aleyhine Araklı Sulh Hukuk Mahkemesinde 2009/209 esas sayılı dosyada ortaklığın giderilmesi davası açıldığından anılan dosyada dava dilekçesinin davalıya tebliğ edildiği 9.7.2009 tarihinden itibaren davalının intifadan men edilmiş olduğu, davalının esasa cevap süresinden çok sonra zaman aşımı itirazında bulunduğu dikkate alınmadığı gerekçesiyle Şöhret yönünden kayıt malikinin ölüm tarihinden dava tarihine kadar olan dönem için fındık gelirine ve tüm davacılar yönünden ise 09.07.2009 tarihinden dava tarihine kadar olan dönem için kira gelirine hükmedilmiştir.(...) Bu durumda, tabi gelir getiren fındık bahçelerinde intifadan mene gerek bulunmadığı, ev yönünden ise davacılar tarafından davalı aleyhine Araklı Sulh Hukuk Mahkemesinde 2009/209 esas sayılı dosyada ortaklığın giderilmesi davası açıldığından anılan dosyada dava dilekçesinin davalılara tebliğ edildiği 9.7.2009 tarihinden itibaren davalıların intifadan men edilmiş olduğu saptanarak, Şöhret yönünden fındık gelirine ve tüm davacılar yönünden ise 09.07.2009 tarihinden dava tarihine kadar olan dönem için kira gelirine hükmedilmiş olması kural olarak doğrudur.” (Y. 1.HD, 11.3.2014, E. 2013/19421, K. 2014/5278, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019) Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 5.5.2014, E. 2014/5422, K. 2014/9178; Y. 8.HD, 11.06.2018, E. 2018/3420, K. 2018/13975; Y. 1.HD, 3.3.2015, E. 2014/4046, K. 2015/3141; Y. 3.HD, 05.04.2007, E. 2007/4644, K. 2007/5190, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019.*

bağlamda davacı tarafından ortaklar ya da paydaşlar aleyhine daha önceden dava konusu taşınmaza ilişkin olarak elatmanın önlenmesi, ortaklığın giderilmesi ya da ecrimisil talebi gibi davalar açılmış olabilir. Bu davalar ile davacının ortaklığa konu taşınmazdan yararlanma isteğini diğer paydaş ve ortaklara iletmesi kabul edilir.¹⁷¹ Nitekim Yargıtay da; “*Davacı tarafından açılan ortaklığın giderilmesi davasında dava dilekçesinin dava tebliğ tarihinden eldeki ecrimisil davasının dava tarihine kadar geçen dönem için belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekir.*” demek suretiyle ortaklığın giderilmesi davası ile intifadan men koşulunun sağlandığını ifade etmektedir¹⁷². Yargıtay yine aynı şekilde “*İhtarnamein tebliğ tarihi ile dava tarihi arası dönem için ecrimisile karar verilmesi gerekir*”. demek suretiyle ihtarnamenin de intifadan men koşulunu sağladığını belirtmektedir¹⁷³.

Hukuki işlem ile taşınmazdan yararlanmasına rıza gösterilmeyen paydaş ya da ortağın söz konusu hukuki işlemde haberdar olması gerekmektedir. Davacının söz konusu eylemleri ile ortaklık konusu taşınmazın kullanımına ilişkin muvafakatinin olmadığı ya da muvafakatini geri aldığı kabul edilmektedir¹⁷⁴.

Ecrimisil talebine konu taşınmazda, ecrimisil talep edilen tarihlerde davacının da çekişmesiz olarak kullandığı bir bölüm var ise ve payından daha az yer kullandığı iddiası ile ecrimisil davası ikame ediyorsa, bu uyuşmazlık ecrimisil davası ile değil,

¹⁷¹ “*Davacının, ortak şeyden yararlanma isteğini bildirmesi, ihtar çekmek suretiyle olabileceği gibi; taşınmaz için açılan izale-i şuyu davası, el atmanın önlenmesi davası gibi davalar, davalının taşınmazın tamamında hak iddia etmesi, davalı aleyhine daha önce açılan ecrimisil davaları gibi olgular da; intifadan men koşulunu oluşturur.*” Y. 3.HD, 19.02.2015, E. 2015/792, K. 2015/2548 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s.294).

¹⁷² Y. 1.HD, 14.05.2015, E. 2014/21377, K. 2015/7279 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s.285- 286).

¹⁷³ Y. 1.HD, 04.05.2015, E. 2014/21191, K. 2015/6551 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s.286- 287).

¹⁷⁴ “*Dosya içeriği ve toplanan delillerden tarafların çekişmeli taşınmazlarda 09.02.1993 tarihinden bu yana paydaş oldukları halde, davalıların kullanımına davacılar tarafından uzun süre ses çıkarılmadığı, dava tarihine kadar bir ihtar da gönderilmediği, davalıların kullanımının muvafakata dayalı olduğu, dava açmakla muvafakatini geri aldığı anlaşıldığından ecrimisil isteğinin reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Davacılar vekilinin bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine, Ne var ki, dava açılmakla davacıların çekişmeli taşınmazların davalılar tarafından kullanılmasına ilişkin muvafakatlerinin sona erdiği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, davacıların payları oranında elatmanın önlenmesine karar verilmesi gerekirken bu isteğinde reddedilmesi doğru değildir.*” (Y. 1.HD, 09.12.2014, E. 2014/1493, K. 2014/19181, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019)

kesin sonuç getiren ortaklığın giderilmesi ya da benzeri taksim davaları ile çözüme kavuşturulmalıdır¹⁷⁵.

6. Ecrimisil Hesabında Dikkat Edilecek Hususlar

Ecrimisilin hukuki niteliği ve talep edilme şartları Yargıtay içtihatları ile belirlendiği gibi, ecrimisilin hesaplanma yöntemleri de yargı kararları ile belirlenmeye çalışılmıştır. Daha önceki açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere; ecrimisil; *“bir malın kullanılmasından doğan menfaatin para ölçüsüyle takdiri mesela kira bedeli tayin edilmeden bir yerin kiralanması halinde vasıf, mevki ve kullanma tarzı bakımlarından kiralanana yere benzeyen yerlerin kira bedelleri o yerin de ecri misli o dur”* şeklinde ifade edilmiştir¹⁷⁶. Nitekim modern hukukta da Mecelle'nin etkileri devam etmiş ve ecrimisil hesabında haksız işgale konu yerin kiraya verilmesi halinde elde edilebilecek kira bedeli kriteri ölçüt alınmıştır¹⁷⁷. Buna göre haksız işgale konu yerin emsali olabilecek yerlere ilişkin kira sözleşmeleri temin edilmiş, ayrıca keşif yapılarak uzman bilirkişiler tarafından mevcut kira bedeli tespit edilmiştir¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Y. 1.HD, 16.04.2015, E. 2014/19857, K. 2015/5641 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s.289- 290).

¹⁷⁶ Türk Hukuk Lügati, s.80

¹⁷⁷ *“Bilindiği, gerek öğretilerde ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararında; füzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerekeceği vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan olumlu zarar ile kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir. (YHGK'nun 25.02.2004 gün ve 2004/1-120-96 sayılı kararı)”* (Y. 1.HD, 11.02.2014, E. 2013/18037, K. 2014/2176, çevrimiçi, Lexpera İctihat Bankası, 08.03.2019) Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 1.HD, 27.04.2015, E. 2015/954, K. 2015/5802; Y. 3.HD, 23.02.2012, E. 2011/22613, K. 2012/4530; Y. 1.HD, 27.04.2015, E. 2015/954, K. 2015/5802, çevrimiçi, Lexpera İctihat Bankası, 08.03.2019

¹⁷⁸ *“ ... ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hakimnin denetimine açık olmalı ve değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere uygun şekilde HMK'nin 266 vd. maddelerine uygun olarak açıklanması gereklidir. Bu nedenle, özellikle tarım arazilerinin haksız kullanımı nedeniyle ürün esasına göre talep varsa, bu konudaki resmi veriler getirilmeli,*

Yargıtay kararlarında ecrimisilin hesaplanmasına ilişkin bir aralık belirlenmiştir. Buna göre ecrimisil en az kira geliri ve en çok tam gelir yoksunluğu şeklinde hesaplanmalıdır¹⁷⁹. Kökleşen bu içtihatlar ise; haksız işgalden doğan zararın sadece kira yoksunluğu olarak belirlenemeyeceği, bu zararın çok daha kapsamlı olabileceği ve eskimeden, hor kullanmadan ya da yoksun kalınan kar açısından da hak sahibinin zarara uğrayabileceği görüşüne dayanmaktadır¹⁸⁰. Davacının talebinde bu yönde bir açıklık yok ise, söz konusu belirsizlik hâkim tarafından davacıya açıklattırılmalıdır¹⁸¹.

taşınmazın bulunduğu bölgede ekilen tarım ürünlerinin neler olduğu tarım il veya ilçe müdürlüğünden sorulmalı, ekildiği bildirilen ürünlerin ecrimisil talep edilen yıllara göre birim fiyatları ve dekara verim değerleri, hal müdürlüğünden ilgili dönem için birim fiyatlar getirilmeli, bölgede münavebeli ekim yapıp yapılmadığı, taşınmazın nadasa bırakılıp bırakılmadığı tespit edilmelidir. Eğer, özellikle arsa ve binalarda kira esasına göre talep varsa, taraflardan emsal kira sözleşmeleri istenmeli, gerekirse benzer nitelikli yerlerin işgal tarihindeki kira paraları araştırılıp, varsa emsal kira sözleşmeleri de getirilerek resen emsal araştırılmalı, dava konusu taşınmaz ile emsalin somut karşılaştırması yapılmalı, üstün veya eksik tarafları belirlenmelidir.” (Y. 1.HD, 13.01.2014, E. 2013/20968, K. 2014/112, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019)

¹⁷⁹ “Ecrimisil, kötüniyetli şağilin ödemek zorunda olduğu en azı kira geliri, en çoğu ise tam gelir yoksunluğudur.” (Y. 3.HD, 02.02.2010, E. 2009/19094, K. 2010/1233, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019) Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 3.HD, 28.01.2010, E. 2009/19083, K. 2010/1026; Y. 1.HD, 19.12.2013, E. 2013/11276, K. 2013/18312; Y. 1.HD, 18.3.2014, E. 2013/19088, K. 2014/5802 , çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019.

¹⁸⁰ “HGK.nun 9.1.1963 gün ve 1/5 E., ve yine HGK.nun 15.4.1964 gün ve 1/223 E., 330 K. sayılı içtihatlarında da açıklandığı veçhile; bugün yasalarımızda kira parası esaslarına göre hesaplanan ve ecrimisil diye adlandırılan bir ayrı ve özel tazminat türü yoktur. (Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunun 24.9.1974 gün ve 215/264 sayılı kararında da vurgulandığı gibi) ecrimisil sözü bu günkü hukukumuzda, Mecelle'den aktarılarak kullanılagelen ve fakat aslı (haksız işgal nedeniyle tazminat) olarak nitelenen özel bir zarar giderim biçimidir. Bu zararın en azı, kira geliri karşılığı olan zarardır. Ancak haksız işgalden doğan zarar her zaman kira karşılığı olan gelir değildir. Bu zarar çok daha kapsamlı olabilir. Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 29.2.1968 gün ve 1720/2201 sayılı bir kararında belirtildiği veçhile bu zarar : a - Haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki olumlu zarar, b - Haksız işgal sırasında hor kullanmadan doğan olumlu zarar, c - Haksız işgalden doğan ve malik ya zilyedin normal olarak elde etmesi muhakkak iken yoksun kalınan faydadan (olumsuz zarardan ibarettir (Feyzi Necmettin Feyzioğlu-Zilyetlikle İadenin Mevzuu ve Şumulü-Hususiyile Ecrimisil Meselesi İstanbul 1958-Sayfa 323 vd.), (Ayrıca bakınız. HGK. 22.11.1967 gün ve 6/1203 E., 559 K.). Bu itibarla mahkemenin ısrar kararında, "...davacıların kira esasına dayanarak ecrimisil istediklerinden, bu bakımdan ürün esasına ilişkin bir istek ileri sürülmediğinden..." söz etmesi, işgal tazminatının yukarıda anılan niteliğine ve açıklanan kapsamına ters düşmektedir.” (YHGK. 13.01.1982, E. 1979/66 K. 1982/1, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019)

¹⁸¹ “Somut olayda; davacı taraf adi ortaklık sözleşmesine dayalı olarak talepte bulunmuştur. Taraflar arasında adi ortaklık ilişkisinin kurulduğu, davalının edimini zamanında yerine getirmediği, davacının taşınmazlarına dava yoluyla kavuştuğu tartışmasızdır. Ancak davacı tarafın eldeki davadaki talebinin tam olarak ne olduğu dava dilekçesi ile beyan ve ıslah dilekçelerinden anlaşılamamaktadır. Zira davacı taraf dava dilekçesinde geç teslimden doğan gecikme tazminatı ve

Ecrimisilin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu daha önceki açıklamalarımızda ifade etmiştik. Buna göre ecrimisil davacının talepleri yönünden dönemsel olarak hesaplanmakta ve ilk kira bedeli belirlendikten sonra üretici fiyat endeksine (ÜFE) göre artış yapılmaktadır¹⁸². Ecrimisile ilişkin faiz uygulamalarında da aynı yöntem benimsenmiş ve talep halinde kademeli faize hükmedileceği kabul edilmiştir¹⁸³. Katma Değer Vergisinin hangi durumlarda tahakkuk edeceği tahdidi

yıpranma payı talep etmişken, ıslah dilekçesinde; ecrimisil taleplerini ıslah ettiklerini beyan etmiş, ıslah dilekçesi hakkındaki beyan dilekçesinde ise ecrimisilin normal kullanım nedeniyle oluşan yıpranmayı içerdiğini, fakat davaya konu taşınmazların kasten hor kullanılması nedeniyle ecrimisil ile birlikte ayrıca yıpranma bedellerini de talep ettiklerini açıklamışlardır. Mahkemece dava; geç teslinden dolayı kira kaybının tazmini olarak nitelendirilerek, bu yönde değerlendirme yapılmış ve yazılı şekilde karar verilmiştir. Hal böyle olunca mahkemece; davacı tarafa, taleplerinin ne olduğu tam olarak açıklatılıp, bu doğrultuda toplanacak deliller değerlendirilip, tartışılarak hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeksizin eksik inceleme neticesinde yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.” (Y 3.HD, 07.04.2014, E. 2013/20660, K. 2014/5513, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019)

¹⁸² “İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilir.” (Y 8.HD, 14.01.2019, E. 2018/2889, K. 2019/335, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019) “İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilir. Somut olaya gelince; 02.10.2007 başlangıç tarihi itibarıyla yukarıda açıklanan ilke ve esaslar çerçevesinde ecrimisil bedeli hesaplanarak dava tarihi olan 23.02.2012 tarihine kadar her yıl için Üretici Fiyat Endeksi (ÜFE) uygulanmak suretiyle toplam ecrimisil miktarının hesaplanması gerekirken, Y ve Dairemizin kökleşmiş uygulamalarına aykırı olarak 23.02.2012 dava tarihi itibarıyla ecrimisil miktarının belirlenip başlangıç tarihi olan 02.10.2007 tarihine kadar geri gitmek suretiyle hesaplama yapılmış 05.07.2013 tarihli bilirkişi raporunun esas alınması doğru olmamıştır. Temyiz ve karar düzeltme itirazında bulunan davalı K2'nun usuli kazanılmış hakkı da gözetilerek yukarıda yazılı ilke ve esaslara göre yeniden bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” (Y 8.HD, 10.10.2018, E. 2018/2608, K. 2018/17111, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019)

¹⁸³ “Dava, ecrimisil isteğine ilişkin olup, mahkemece, yapılan araştırma ve inceleme sonucunda, davacının iddialarının kanıtlandığı gözetilerek, davanın kabulüne karar verilmiş olmasında kural olarak bir isabetsizlik yoktur. Davalının, bu yöne ilişkin temyiz itirazı yerinde değildir. Reddine. Ancak, bilindiği gibi, ecrimisil isteğini içeren davalarda, talep olması halinde, bilirkişi tarafından her yıl için saptanan ecrimisil miktarına, tahakkuk tarihleri olan dönem sonlarından itibaren yasal oranda işleyecek kademeli faiz hükmedileceği; kademeli faiz talebi yoksa yalnızca faiz talep edilmiş ise bu durumlarda dava tarihinden itibaren yasal faize hükmolunabileceği de tartışmasıdır. O halde, davacı tarafından, dava dilekçesinde kademeli faiz talebi açıkça belirtildiğine göre, dava dilekçesiyle talep edilen toplam 12.000,00 TL. Ecrimisil için, her dönem için tahakkuk eden ecrimisil bedeli ayrı ayrı belirtilmek suretiyle, her bir dönem için belirlenen ecrimisil tutarına dönem sonundan itibaren işleyecek kademeli faiz uygulanması gerekirken, bu husus gözetilmeksizin, yazılı şekilde toplam tutar olan 12.000,00 TL ecrimisil bedelinin her yıl dönem sonundan itibaren hesaplanacak faiz ile birlikte davalıdan alınmasına şeklinde infazda sorun yaratacak şekilde hüküm kurulmuş olması doğru

olduğundan ve ecrimisil bu alacaklar içerisinde olmadığından ecrimisil miktarına Katma Değer Vergisi ilave edilemez¹⁸⁴.

7. Ecrimisil Tazminatı Talebinin Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Uygulamada genellikle haksız işgalin önlenmesi talepleri ile birlikte söz konusu haksız kullanımdan kaynaklı ecrimisil bedelinin de talep edildiği görülür¹⁸⁵. Ancak bu davaların birlikte açılması zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁸⁶. Gerçekten de hak sahibi, bahse konu haksız işgalin önlenmesi ile birlikte hak sahibi olduğu şeyden yararlanamaması sebebi ile uğradığı zararları ecrimisil tazminatı adı altında talep etmektedir. Ancak Yargıtay bir kararında davacının haksız işgalin önlenmesi davası açmadan doğrudan ecrimisil davasını açmasını, davalıların kullanım karşılığı elde ettiği menfaatten davacının haksız olarak yararlanmak isteği anlamına geleceği ve bu durumun TMK'nın 2. maddesine aykırı olacağını ifade etmektedir¹⁸⁷.

Haksız işgalin önlenmesi davaları ile usul hukuku yönünden benzerlik gösteren ecrimisil davalarının kim tarafından hangi süre ile sınırlı olmak üzere ikame edebileceği, davanın kime yöneltileceği, söz konusu davaların niteliği ile uyumsuzluğun hangi görevli ve yetkili mahkemede görüleceği konunun incelenmesi açısından önem arz etmektedir.

değildir." (Y. 1.HD, 03.12.2014, E. 2014/17030, K. 2014/18896, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 08.03.2019)

¹⁸⁴ Y. 1. HD, 04.07.2011, E. 2011/2403, K. 2011/7869 (Ünal, Özleyen, **a.g.e.**, s.278)

¹⁸⁵ Kısagün, a.g.e, s. 273.

¹⁸⁶ Kısagün, a.g.e, s. 285; Karahasan, **Cilt II**, s. 593.

¹⁸⁷ YHGK, 23.01.1991, E. 1991/3-529, K:1991/2 (Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, **a.g.e.**, s. 125, dn. 333)

7.1. Davacı

Ecrimisil davasının davacısı, haksız yararlanmaya konu şey üzerinde hak sahibi olan kimsedir¹⁸⁸. Bu bağlamda malik ve taşınmazda hak sahibi olan diğer kişilerin ecrimisil davası ikame etmeleri mümkündür¹⁸⁹. Dolayısıyla hak sahibinin zilyedi olduğu şeyin, bir başka kişi tarafından işgal edilmesi, bir başka deyişle zilyetliğine yönelik bir saldırı dolayısıyla hak sahibi olduğu şeyden dilediği gibi yararlanamaması halinde hak sahibi ecrimisil de talep edilebilecektir¹⁹⁰. Bu bağlamda sınırlı aynı hak sahipleri¹⁹¹ ve şahsi hak sahipleri¹⁹² gibi kimselerin de ecrimisil davalarını açma hak ve yetkileri bulunmaktadır.

¹⁸⁸ Hirş, a.g.m., s.780; Karahasan, **Cilt II**, s.596; Kısagün, a.g.e, s. 287.

¹⁸⁹ Hirş, a.g.m., s.780; Karahasan, **Cilt II**, s.596; Kısagün, a.g.e, s. 287.

¹⁹⁰ “Uygulamada ve doktrinde belirtildiği üzere ecrimisil kısaca haksız işgal nedeniyle taşınmazdan yararlanması engel olunan malik veya zilyede ödenmesi gereken en az kira karşılığıdır. Fakat, her halde ecrimisil haksız zilyetten istenebilir. Zira ecrimisil haksız işgal nedeniyle uğranılan zarar karşılığıdır.” (Y. 14.HD, 06.05.2014, E. 2014/1052 ,K. 2014/5841, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.03.2019) “Gerek mülkiyet hakkı sahibi ve gerekse başka bir hakka dayanarak mülkiyet hakkı sahibinden taşınmazı belirli bir süre elinde tutma hakkı kazanmış kişiler, mülkiyet hakkının ve sözleşme ile edindiği hakkın kendisine sağladığı yararlanmalar için üçüncü kişilerin engellemeleri karşısında, yargı yolu ile hakkın korunmasını isteyebilirler. Bu hak, mülkiyet ve sözleşmeye dayanan şahsi hakkın varlığı süresince mütecevizi fiilen defetme hakkı biçiminde olabileceği gibi, müdahalenin sürekliliği halinde yargı yolu ile de istenebilir. “ (Y. 14.HD, 09.01.2019, E. 2016/10330, K. 2019/173, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.03.2019)

¹⁹¹ “Türk Medeni Kanununun 794. v.d. maddeleri uyarınca aksine düzenleme olmadıkça intifa hakkı sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar. Yani intifa hakkına sahip bulunan kimse, hayatı ile sınırlı olarak başkalarına ait bir malın tamamından veya bir kısmından, özüne dokunmamak şartıyla faydalanmak ve kullanmak hakkına sahiptir. Başka bir deyişle intifa hakkı, buna kaynak olan hukuk ilişkisinin düzenlenmesi sırasında taraflarca aykırı bir şart kararlaştırılmış olmadıkça, hakkın konusu olan şeyden tam ve sınırsız bir faydalanma hakkı sağlar. Öyle ki bu kullanma ve faydalanma hakkına engel olanların aynı Kanunun 983. maddesine göre müdahalelerinin men’ini talep edebilir. İntifa hakkı sahibi hayatta bulunduğu sürece çıplak mülkiyet sahibinin tasarrufundan söz edilemez. Somut olayda; davalının dava konusu ...parsel sayılı taşınmazda 187/2400 pay ile çıplak mülkiyet hakkına sahip olduğu, söz konusu payın intifa hakkının davacıya ait olduğu dosya içindeki tapu kayıtları, bilirkişi raporu ve diğer belgelerden anlaşılmaktadır. Davacının, davalıya 12.03.2012 tarihli noterden çektiği ihtarnamede; 526 parsel sayılı taşınmazın intifa hakkının 14.12.1995 tarihinden beri kendisine ait olduğunu, tebliğden itibaren 10 gün içinde kullanım bedelini ödemesi aksi takdirde yasal yollara başvurulacağı belirtiltiği ve bu ihtarın 22.03.2012 tarihinde davalı tarafa tebliğ edildiği anlaşılmıştır. İhtar davalıya 22.03.2012 tarihinde tebliğ edildiğine ve ihtarda davalıya 10 gün süre verildiğine göre mahkemeye davalının temerrüde düştüğü ihtarnamenin tebliğ tarihinden sonraki 11. gün esas alınarak davacı lehine ecrimisil tahakkuk ettirilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ecrimisil talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.” (Y. 14.HD, 25.05.2015, E. 2015/5127, K. 2015/5771, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.03.2019)

Taşınmaza ilişkin hukuka uygun bir kamulaştırma kararı alınarak, kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesi ve hak sahibi tarafından tapuda ferağ verilmesine rağmen taşınmazın kullanılması halinde İdare, kamulaştırılan yerin eski maliki hakkında ecrimisil davası açabilir¹⁹³.

Yine Hazine'ye ait olan kamu taşınmazları açısından ecrimisil talep etmek olanaklıdır^{194 195}. Mazbut vakıfların ecrimisil taleplerinde Vakıflar Genel Müdürlüğü

¹⁹² “(...) mahkemece, davacının dava konusu bağımsız bölümde malik olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de; Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici sıfatı bulunan davacı ...tarafından sözleşmede kendisine isabet ettiğini ileri sürdüğü 21 no'lu bağımsız bölümün davalı tarafından haksız olarak işgal edildiği iddiasıyla açılan menî müdahale ve tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, eldeki davanın şahsi hakka dayalı elatmanın önlenmesi istemine ilişkin olduğu ve füzuli işgal sebebi ile açıldığı gözetilmeksizin, yanılıgılı değerlendirmeye davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Öncelikle dava konusu bağımsız bölümün maliki...’ın da davada taraf olması sağlanmalı, davaya karşı diyecekleri sorulmalı, sonrasında mahkemece mahallinde keşif yapılmalı, dosya içerisinde yer alan ve davacının dayandığı ...10. Noterliğinin 07.03.1996 tarihli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi dava konusu taşınmaza uygulanmak suretiyle dava konusu 21 numaralı bağımsız bölümün sözleşmede yükleniciye isabet edip etmediği tespit edilmeli, taraflarca bildirilen tüm deliller toplanıp değerlendirildikten sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme, yanılıgılı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmiştir.” (Y. 14.HD, 09.01.2019, E. 2016/10330, K. 2019/173, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.03.2019)

¹⁹³ YHGK, 30.09.1981, E. 1981/1715, K. 1981/645 (Karahasan, **Cilt II**, s.597)

¹⁹⁴ “Dava, Hazine tarafından açılan, çaplı yere elatmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil isteklerine ilişkindir.(...) Mahkemece, elatmanın önlenmesi ve yıkım davasının kabulüne; ecrimisil sil isteğinin idari yargıyı ilgilendirdiğinden söz edilerek, buna dair davanın İse reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacı Hazinesinin kayıt maliki olduğu, çekişmeli taşınmaza davalının haklı ve geçerli bir neden olmadan kaçak yapı inşa etmek ve bahçe olarak kullanmak suretiyle elattığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle elatmanın önlenmesi ve yıkım karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Davalının temyiz itirazları yerinde değildir, reddine. Davacı Hazinesinin ecrimisile yönelik temyiz itirazına gelince; Bilindiği gibi, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle işgal tazminat, haksahibinin kötü niyetli zilyetten is teyebileceği bir tazminat olup, 8.3.1950 tarih 22/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararında "...füzuli işgalin kiraya benzetilemeyeceği; haksız bir eylem sayılması gerektiği bir zarar meydana gelirse bunun tazmin ettirileceği, Medeni Kanununun (eski) 908. maddesi anlamında zilyedin faydalanmasından doğan bir istem olduğu " vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Eldeki davada Hazinesinin davacı olması nedeniyle, olayın1.1.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2886 sayılı "Devlet İhale Yasası'nın 75. maddesi açısından irdelenmesine gelince; anılan maddede aynen "Devletin özel mülki-yetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan malların gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine, füzuli şagilden bu Kanunun 9. maddesindeki yerlerden "Ticaret Odası, Sanayi Odası, borsa veya bilirkişiler" sorutmak suretiyle 11 maddede gösterilen komisyonca (ilgili idare memurunun başkanlığında en az bir uzman veya maliye memuru) takdir ve tespit edilerek ecrimisil istenir. Ecrimisil talep edilebilmesi İçin Hazinesinin işgalden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmez ve füzuli şagilin kusuru aranmaz.” (Y. 1.HD, 03.03.2004, E. 2004/1772, K. 2004/2156, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 10.03.2019)

¹⁹⁵ Okan, Ünal, **a.g.e.**, s. 27 vd; Karakoç, **a.g.e.**, s. 43.

davacı olacaktır¹⁹⁶. Köy halkına tahsis edilen mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerlerine ilişkin olarak ecrimisil taleplerinde köy tüzel kişiliği adına köy muhtarının ecrimisil davası açma hakkının olduğu kabul edilmekteydi. Ancak 6360 sayılı Kanun ile köylerin tüzel kişiliği kaldırıldığından söz konusu yerler ile ilgili olarak köy muhtarının dava açma yetkisi bulunmamaktadır.

Apartman yöneticisi, yöneticisi olduğu kat mülkiyetine tabi taşınmazda herhangi bir bağımsız bölüm maliki değil ise, ortak yerlere ilişkin kat maliklerince özel olarak yetkilendirilmedikçe ecrimisil davası açamayacaktır¹⁹⁷. Paylı ya da elbirliği mülkiyet halinde davacı olunması hali ise birlikte mülkiyet bölümünde açıklanmıştır¹⁹⁸.

Haksız işgale konu taşınmazın devredilmesi halinde yeni malik davacı olabileceği gibi, eski malik kendi mülkiyet dönemine ilişkin ecrimisil taleplerini ileri sürebilecektir¹⁹⁹.

7.2. Davalı

Ecrimisil davalarının davalısı, dava konusu olan şeyi işgal eden kimsedir²⁰⁰. Daha önce de ifade edildiği gibi, haksız işgalin önlenmesi davalarında işgalin haksız olması yeterli olup, fuzuli şağilin kötü niyetli olup olmamasının ya da hak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığının bir önemi bulunmamaktadır. İşgali hukuka uygun hale getiren bir neden ya da savunmanın olmaması durumunda haksız işgalin önlenmesine karar verilebilecektir. Ancak ecrimisil taleplerinin varlığı halinde fuzuli şağilin kötü

¹⁹⁶ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s.194-195.

¹⁹⁷ Y. 1.HD, 05.11.2013, E. 2013/11902, K. 2013/15117 (Özaykut, **a.g.e.**, s.781-782)

¹⁹⁸ Bkz. III. Bölüm, 5. Birlikte Mülkiyet Halinde Ecrimisil Talepleri, s. 116 - 122.

¹⁹⁹ Y. 3.HD, 01.12.1987, E. 1987/11005, K. 1987/11662 (Yavuzarslan, **a.g.e.**, s.195)

²⁰⁰ Karahasan, **Cilt II**, s. 599; Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, **Eşya**, s. 285; Hirş, **a.g.m.**, s.780-781.

niyetli olması ve hak sahibinin bir zarara uğraması şarttır²⁰¹. Aksi halde haksız işgalin önlenmesine karar verilebilecekken ecrimisile hükmedilemeyecektir²⁰².

Hukuka uygun bir kamulaştırma kararı olmadan ya da kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan taşınmaza el koymuş olan idare malik kamulaştırma bedelinin ödenmesine ilişkin dava açınca kadar fuzuli şağil sayılacağından, bu ara dönem için idare aleyhine ecrimisil talep edilebilir²⁰³.

Haksız işgale birden fazla kötü niyetli haksız zilyet neden oluyorsa, hak sahibi ecrimisil talebini dilerse tüm zilyetlere dilerse birine ya da birkaçına yönlendirebilir²⁰⁴. Fuzuli şağil dava devam ederken vefat eder ise, dava fuzuli şağilin mirasçılara karşı devam eder²⁰⁵. Ecrimisil talep edilen davalının bizzat taşınmazı işgal etmesi gerekmez. Nitekim Yargıtay da; “*Ecrimisil davalarında husumete maruz kalmak için dava konusu taşınmazın bizzat davalı tarafından kullanılması gerekmez. Bir başkasına işgal ettirmek veya başkasının kullanımına – işgaline- rıza göstermek ya da kiraya vererek tasarruf etmek suretiyle taşınmaza el atanlar da ecrimisille sorumlu tutulurlar.*” demek suretiyle işgale aracı olan kişilerin de ecrimisilden sorumlu olacağını ifade etmiştir²⁰⁶.

²⁰¹ Kanatimizce ecrimisil talebi için zarar şartı aranmamalıdır. Yargıtay’ın aradığı zarar şartına ilişkin eleştiriler açıklamalar için bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 297 - 299; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.217 vd.; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 120-121.

²⁰² “*Mahkemece, elatmanın önlenmesi talebinin kabulüne, ecrimisil talebinin ise reddine karar verilmiştir. Mahkemece yapılan inceleme, araştırma ve uygulama neticesinde davalı tarafın haklı ve geçerli bir neden olmaksızın çekişmeli taşınmazı kullandığı saptanarak, bu istek bakımından yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmadığından davalı tarafın tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine; 2-Davacının temyiz itirazlarına gelince; çekişmeli taşınmazın yüklenici Ş.Y.tarafından davacıya kayden, davalıya haricen satıldığı sabittir. Bilindiği üzere ecrimisil, kötü niyetli zilyedin malike ödemekle yükümlü olduğu bedeldir. Somut olayda; davalı harici satın almaya dayalı olarak taşınmazı kullanmakta olup, ancak ihtarname ile taşınmazın satıldığını öğrenmiş durumdadır. Bu durumda ihtarnamenin tebliğ tarihi ile dava tarihi arasındaki dönem için davacı lehine ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yanılğılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir.*” (Y. 1.HD, 20.05.2013, E. 2013/4701, K. 2013/8027, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 11.03.2019)

²⁰³ Y. 5. HD, 14.02.2017, E: 2016/3432, K: 2017/5031 (Ünal, Özleyen, **a.g.e.**, s. 196)

²⁰⁴ Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 196.

²⁰⁵ Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 469; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 197.

²⁰⁶ Y. 3.HD, 20.02.2012, E. 2011/22386, K. 2012/3984 (Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 504- 505)

7.3. Görevli Mahkeme

HMK uyarınca; “dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir²⁰⁷.” Dolayısıyla malvarlığı haklarına ilişkin olduğu kabul edilen²⁰⁸ ecrimisil talepleri kanunda aksi bir düzenleme yer almadığından genel mahkemeler olan asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir²⁰⁹. Kat Mülkiyetinden kaynaklanan ecrimisil taleplerinde ise görevli mahkeme yine asliye hukuk mahkemeleri olacaktır²¹⁰. Ancak Kat Mülkiyeti’ne tabi bir yere ilişkin haksız işgalin önlenmesi ve ecrimisil taleplerinde, her iki talep tefrik edilecek, haksız işgalin önlenmesine yönelik talep sulh hukuk mahkemesinde, ecrimisile yönelik talep ise asliye hukuk mahkemesinde çözülecektir²¹¹. Ancak Yargıtay’ın bu konudaki kararları çelişkilidir. Yargıtay bazı

²⁰⁷ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 115 vd; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 138 vd.

²⁰⁸ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 143.

²⁰⁹ “Dava, davacının iddiası ve dosyadaki deliller göz önüne alındığında ecrimisil talebine ilişkindir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Asliye Hukuk Mahkemelerinin Görevi” başlıklı 2.maddesine göre; dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. O halde talebe konu ecrimisil alacağına ilişkin davaya genel mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi’nde bakılması gerekirken yanlıgılı değerlendirme ve gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” (Y. 13.HD, 17.4.2017, E. 2015/41855, K. 2017/4607, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 11.03.2019)

²¹⁰ “634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası’nın Ek 1. maddesinde, bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde çözümleneceği hükmüne bağlanmıştır. Ecrimisil davası Kat Mülkiyeti Yasası’nın uygulanmasından kaynaklanmayıp, anılan Yasa maddesi hükmünün bu istem yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 2.maddesine göre dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Ecrimisil istemi de malvarlığı haklarına ilişkin olduğundan davanın bu niteliğine ve genel hükümlere göre davaya asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere ecrimisil davasının tefriki ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken davanın esası hakkında hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 18.HD, 26.05.2015, E. 2015/5706, K. 2015/8595, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 11.03.2019)

²¹¹ “Dava konusu uyuşmazlık elatmanın önlenmesi, eski hale getirme ve ecrimisil istemine ilişkindir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Ek 1. maddesinde, bu kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde çözümleneceği hükmüne bağlanmıştır. Bununla birlikte ecrimisil davası, Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanmasından kaynaklanmayıp, anılan kanun maddesi hükmünün bu istem yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır. Buna göre görev hususu genel hükümler uyarınca belirlenmelidir. Hukuki uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemelerinin görevi asıl, sulh hukuk mahkemesinin görevi ise istisnadır. Özel bir kanun hükmü ile açıkça sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı bildirilmeyen bütün dava ve işler asliye hukuk mahkemesinde görülür. 6100

kararlarında; sulh hukuk mahkemelerinde çözümlenmesi gereken Kat Mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tek tek sayılmadığını, ecrimisilin, taşınmazın kullanılmasından doğan bir zarar olduğunu ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 19. maddesinde “Her kat maliki anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumludur” hükmünün varlığı sebebi ecrimisil taleplerinin de sulh hukuk mahkemesi tarafından karara bağlanabileceğini ifade etmiştir²¹².

sayılı HMK'nın 2/1. maddesi gereğince de, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, elatmanın önlenmesi ve eski hale getirme talebi yönünden uyuşmazlığa sulh hukuk mahkemesinde bakılacak olması nedeni ile bu taleplerin tefriki ile ayrı bir esasa kaydedilerek görev yönünden dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gereken ecrimisil talebi yönünden de görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. 20.HD, 26.2.2018, E. 2017/1033, K. 2018/1469 , çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 11.03.2019); “Dava, kat mülkiyeti kurulu yerde ortak alana elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Mahkemece, elatmanın önlenmesi talebi bakımından görevsizliğe, ecrimisil isteğinin ise reddine karar verilmiştir. Gerçekten de, 634 sayılı yasanın 45. ve geçici 1. maddeleri gözetilerek elatmanın önlenmesi isteği bakımından görevsizlik kararı verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Ancak elatmanın sabit olması halinde malikin kötüniyetli zilyetten isteyebileceği ecrimisilin hüküm altına alınacağı da kuşkusuzdur. Bu durumda elatmanın önlenmesi bakımından görevsizlik kararı verilirken ecrimisil bakımından davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” Y. 1.HD, 03.12.2012, E. 2012/10456, K. 2012/14348, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 11.03.2019)

²¹² “Bilindiği üzere, bir uyuşmazlığın çözümünde hangi mahkemenin görevli olduğunun tespiti tamamen usulü bir meseledir. O nedenle görevli mahkemeyi belirlerken uygulanacak ilk kanun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK)'dur. 6100 sayılı Kanun'un 2. Maddesi asliye hukuk mahkemelerinin, 4. Maddesi de sulh hukuk mahkemelerinin görev alanını belirlemiştir. 4. maddenin (ç) bendi “Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hakimini görevlendirdiği davaları, görürler.” şeklindedir. Bu noktada 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ek 1. Maddesine baktığımızda “Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözümlenir.” şeklinde olduğu görülmektedir. Diğer yandan, aynı Kanun'un 19. Maddesi” Anagayrimenkulün bakımı, korunması ve zarardan sorumluluk” başlığıyla düzenlenmiş, son fıkrasında “Her kat maliki anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumludur” hükmü getirilmiştir. Öte yandan, ecrimisilin ise taşınmazın kullanılmamasından doğan zararın bir çeşit karşılanması olduğu bilinmektedir. Bu nedenle dahi, ortak alana verilen zararın giderilmesi mezkur kanun kapsamında kalmaktadır. Somut olaydaki uyuşmazlık, ecrimisil isteği açısından Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ek 1. maddesinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı, bir başka ifadeyle bu uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde mi yoksa genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde mi görüleceği noktasında toplanmaktadır. Sonuç itibarıyla; 634 sayılı Kanun hangi uyuşmazlıkları kapsamına aldığı tek tek saymamış ve ecrimisile ilişkin uyuşmazlığı ayırmamıştır. O halde, el atmanın önlenmesi ile birlikte talep edilen ecrimisile ilişkin uyuşmazlığın da ek 1. madde kapsamında kaldığı ve sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir. Hâl böyle olunca, ecrimisil isteği bakımından da, işin Sulh Hukuk Mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile işin esası hakkında hüküm kurulması isabetsizdir.” (Y. 1.HD, 23.03.2016, E. 2015/11431, K. 2016/3534, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 11.03.2019) Benzer yöndeki karar için bkz. Y. 1.HD, 05.05.2015, E. 2014/5694, K. 2015/5391, çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 11.03.2019)

Ancak Yargıtay'ın söz konusu kararlarına katılmak olanaklı değildir. Zira sulh hukuk mahkemelerinin görevi HMK'da özel olarak düzenlenmiş, malvarlığına ilişkin davalarda ise asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğunu işaret etmiştir. Ecrimisilin ise malvarlığına ilişkin bir talep olduğu noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Her ne kadar usul ekonomisi açısından kat mülkiyetinden kaynaklanan haksız işgalin önlenmesi ve ecrimisil taleplerinin tefrik edilmeksizin tek bir mahkemede görülmesi daha faydalı olacaksa da; ecrimisil taleplerinin sulh hukuk mahkemelerinde çözülmesi Kanunun amacına ve ruhuna aykırılık teşkil edecektir. Bu bağlamda kat mülkiyetinden kaynaklanan haksız işgalin önlenmesi ve ecrimisil taleplerinin tefrik edilmesi ve ecrimisil taleplerinin asliye hukuk mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

7.4. Yetkili Mahkeme

Ecrimisil davalarının malvarlığına ilişkin davalardan olması sebebi ile HMK m.6 uyarınca genel yetki kuralı uygulanacak ve davalının ikametgâh adresine göre yetki belirlenecektir²¹³. Yargıtay yine, ecrimisilin haksız fiilden kaynaklandığı görüşü sebebine istinaden sadece ecrimisilin talep edildiği davalarda haksız fiilin gerçekleştiği, zararın meydana geldiği ya da gelme ihtimalinin olduğu ya da zarar görenin yerleşim yeri yer mahkemesinin de ecrimisil talepleri için yetkili mahkeme olduğunu kabul etmektedir²¹⁴. Ancak haksız işgalin önlenmesi davası ile birlikte tazminat, yıkım ya da ecrimisil talep edilmesi halinde de taşınmazlara ilişkin kesin yetki kuralı geçerli olacaktır²¹⁵. Haksız işgalin önlenmesi davası açılmaksızın sadece

²¹³ Karahasan, **Cilt II**, s. 595- 596; Yavuzarslan, **a.g.e.**, s. 188- 189; Ruhi, Ruhi, **a.g.e.**, s. 462; Özakut, **a.g.e.**, s. 778; Ünal, Özleyen, **a.g.e.**, s. 44.

²¹⁴ “Dava, ecrimisil isteğine ilişkin olup; haksız işgale konu taşınmazların bulunduğu yerde açılmıştır. Mahkemece, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun(HMK) 6. maddesi uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğundan bahisle dava dilekcesinin yetki yönünden reddine karar verilmiştir. Ne var ki, ecrimisil (haksız işgal tazminatı) 08.03.1950 günlü ve 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında haksız eylem olarak nitelendirildiğine göre, HMK'nın 16. maddesi uyarınca davanın haksız işgalin gerçekleştiği yer mahkemesinde de açılabilmesi açıktır. Hal böyle olunca, davalının yetki itirazının reddedilmesi ve işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması isabetsizdir.” (Y. 1.HD, 18.2.2014, E. 2013/21844, K. 2014/3427, Lexpera İçtihat Bankası, 12.03.2019)

²¹⁵ Karahasan, **Cilt II**, s.596; Özkaya, **a.g.e.**, s. 54.

ecrimisil talepli bir davanın açılması halinde söz konusu dava taşınmazın aynına ilişkin olmadığından HMK m.12 hükmü burada uygulanmamaktadır²¹⁶.

7.5. Zamanaşımı

Yargıtay; 25.05.1938 tarih, 1938/29 Esas ve 1938/10 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile ecrimisilin talebinin kira sözleşmelerinde olduğu gibi 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu ifade etmiştir²¹⁷. Yargıtay yine, ecrimisil için uygulanacak olan zamanaşımı süresini kira sözleşmelerinde olduğu gibi 5 yıllık süreye tabi tutmasının yanı sıra, söz konusu sürenin dava tarihi itibari ile başlayacağını kabul etmiştir^{218 219}.

Kamuya ait taşınmazlara yönelik ecrimisil taleplerinde ise bir dönem 132 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği uyarınca beş yıllık tahakkuk zamanaşımı uygulanmış ancak Danıştay tarafından on yıllık sürenin uygulanmasına dair kararlar ittihazlar edilmiş, yaşanan ihtilaflar dolayısıyla kanuni düzenlemeye gidilerek Devlet İhale Kanunu uyarınca beş yıllık tahakkuk zamanaşımı süresi belirlenmiştir²²⁰.

²¹⁶ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 146.

²¹⁷ Çevrimiçi, Lexpera İçtihat Bankası, 12.03.2019.

²¹⁸ Y. 20.HD, 14.01.2019, E. 2017/5478, K. 2019/19, Lexpera İçtihat Bankası, 12.03.2019.

²¹⁹ Söz konusu süreye ilişkin öğretici görüşleri ve eleştirileri için bkz. III. Bölüm, 4.2. Zamanaşımı, s. 109- 113.

²²⁰ Okan, Ünal, **a.g.e.**, s. 92-93.

SONUÇ

Çalışmamızda, eşya üzerinde yararlanma ve eşyayı kullanma hususunda hak sahibi olan kimsenin çeşitli sebepler ile söz konusu hakkını kullanamaması ya da bu haktan yararlanamaması hali olan elatma (müdahale) hallerini genel olarak açıklamaya çalıştık. Söz konusu elatma (müdahale) hallerinden olan ve haksız işgal olarak isimlendirilen duruma ise çalışmamızda özellikle yer verilmiştir. Böylelikle hangi hallerin haksız işgal olarak nitelendirilebileceği somut örnekler ile açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak elatma (müdahale) hallerinin meydana gelmesi farklı şekillerde vuku bulsa da, hak sahibinin buna ilişkin başvuracağı hukuki çarelerde bir farklılık olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Haksız işgal olgusunun izahından sonra ise, söz konusu haksız işgalin ne şekilde önlenebileceğine ilişkin hukuki çareler incelenmiştir. Hukukumuzda söz konusu haksız işgal halinde hak sahibinin başvurabileceği idari ve adli makamlar bulunmaktadır. Çalışmamızda hak sahibinin adli makamlar nezdinde söz konusu hakkını nasıl ve ne şekilde ileri sürebileceği irdelenmiştir. Buna göre, zilyetliğin bir başka deyişle fiili hâkimiyetin tamamen kaybedilmediği durumlarda sınırlı olmak üzere; hak sahibi füzuli şagil olarak isimlendirilen haksız işgal eylemini gerçekleştiren kişinin kusur ya da kast durumunu gözetmeksizin söz konusu haksız işgalin önlenmesini elatmanın önlenmesi davası ile ortadan kaldıracaktır. Burada önemli olan husus haksız işgalin halen devam ediyor olması ve hak sahibinin söz konusu haksız işgale katlanma yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Yine haksız işgalin “haksızlık” olgusunu kaldıran bir hukuka uygunluk sebebinin de bulunmaması gerekmektedir. Uygulamada bu davaların “haksız işgalin önlenmesi” davaları olarak belirtildiği görülür. Yine çalışmamızda haksız işgalin önlenmesi davaları ile benzerlik gösteren istihkak davası ve zilyetliğe saldırının önlenmesi davalarına kısaca yer verilmiş ve bu davalar arasındaki farklılıklara dikkat çekilmiştir.

Çoğunlukla haksız işgalin önlenmesi taleplerinin temelinde mülkiyet hakkı yer alsa, eşya üzerinde herhangi bir şekilde fiili hâkimiyeti bulunan bir başka deyişle eşyaya zilyet olan hak sahibi de, böyle bir haksız işgal durumunda bunun önlenmesini ve ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla

çalışmamızda malik dışında, sınırlı aynı hak sahibi, kişisel hak sahibi ve herhangi bir hakka dayanmaksızın eşyaya sadece zilyet olan kişilerin de talep ve dava hakları incelenmiştir. Çalışmada özel mülkiyete konu taşınmazlara ilişkin haksız işgal hali incelenmiş olsa da, Hazine ve diğer kamu tüzel kişilerin hangi hal ve şartta haksız işgalin önlenmesini talep edebileceği üzerinde de kısaca durulmuştur.

Söz konusu taleplerin malik tarafından ileri sürülmesine ilişkin herhangi bir şüphe ve tartışma bulunmaz iken, mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı durumlarda kayıt dışı malikin haksız işgalin önlenmesi davasını ikame edip edemeyeceği değerlendirilmiş ve kayıt dışı malikin de mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin hukuki çarelerden yararlanabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Yine birlikte mülkiyet halinde taşınmazın tamamına yönelik dışarıdan bir üçüncü kişinin ya da birlikte mülkiyet topluluğunun içinden bir paydaş ya da ortağın haksız işgal eylemlerinin ne şekilde önlenebileceği izah edilmiştir. Bu durumda ortaklardan ya da paydaşlardan her birinin ortak menfaat dolayısıyla tek başına haksız işgalin önlenmesi davasını paylı mülkiyet hükümleri uyarınca ikame edebilmesi mümkün olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Yine haksız işgale konu taşınmazın hak sahibi tarafından devredilmesi halinde haksız işgale konu taşınmaz yeri devralan hak sahibinin HMK'nın 125/2. maddesi gereğince görülmekte olan davada davacı yerine geçeceği ve davaya kaldığı yerden devam edeceği belirtilmiştir. Haksız işgale ise füzuli şağilin kendine ait taşınmazı haksız olarak kullanması neticesinde neden olunması ve dava konusu şeyin davalı tarafından devredilmesi halinde ise haksız işgale maruz kalan davacının HMK 125 uyarınca devam edeceği izah edilmeye çalışılmıştır. Haksız işgalin önlenmesi davalarına ilişkin yetki ve görev hususu da incelenmiş, özellikle uygulamada füzuli işgal sebebi ile tahliye davaları ile çalışmamızın konusu olan haksız işgalin önlenmesi davaları arasında görev ve yetki açısından ne gibi farklılıklar olacağı izah edilmiştir. İstisnası olmak ile birlikte TMK 683 uyarınca ikame edilen haksız işgalin önlenmesi davalarında mülkiyet hakkına dayanıldığından ve söz konusu davanın malvarlığına ilişkin davalardan olması sebebi ile görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri olacaktır. Yine malik dışında aynı ya da şahsi bir hakka dayanmak suretiyle haksız işgalin önlenmesi davası açabilecek kişiler açısından da görevli

mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Ancak bir hakka dayanmaksızın sadece zilyetliğe dayanmak suretiyle ikame edilen ve dayanağını TMK'nın 983. maddesinde bulan "zilyetliğe saldırının önlenmesi" davasında görevli mahkeme HMK'nın 4/1.c maddesi uyarınca sulh hukuk mahkemesi olacaktır. Yetkili mahkeme açısından da görevli mahkemeye ilişkin açıklamalarımıza atıf yapılmış, böylelikle taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olduğu, kira sözleşmesinden kaynaklanan bir alacağa ya da uyuşmazlığa ilişkin davalarda ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu kuralının uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Burada davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğuna dair genel yetki kuralı ya sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi kuralı uygulanacaktır.

Haksız işgalin önlenmesi davalarının izahından sonra, haksız işgal halinde talep edilen özel bir tazminat türü olarak nitelendirilen ecrimisil tazminatına ilişkin açıklamalarımıza yer verilmiştir. Ecrimisilin yasal bir mevzuatta düzenlenmemesi hukuki niteliği konusunda görüş ayrılıklarına yol açmış, bu hususta Yargıtay tarafından farklı tarihlerde farklı kararlar verilse de doktrinde bir ortak görüş sağlanamamıştır. Uygulamada ise Yargıtay'ın belirlemiş olduğu ölçütlere istinaden yargılama yapılmakta ve hüküm kurulmaktadır. Dolayısıyla çalışmada doktrin ve Yargıtay görüşlerine yer verilmiş ve ecrimisilin hukuki niteliğinin TMK 993/1 hükmünün aksi anlamından kötü niyetli zilyedin taşınmazdan bizzat yararlanması karşılığında ödeyeceği yararlanma bedeli olarak değerlendirilmesi, ecrimisil sorumluluğunun, zarar ve semere kavramı dışında füzuli şagilin işgal ettiği taşınmazdan elde ettiği her türlü yarar içerisinde talep edebilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Hukuki niteliğe ilişkin açıklamalarımızın akabinde ise, Yargıtay tarafından ecrimisil talebi için belirlenen ölçütlere yer verilmiştir. Bu durumda ecrimisil sorumluluğunun doğması için kullanımın sadece haksız olması yeterli olmayıp, kullanıma ilişkin haksız zilyetlikte, zilyedin aynı zamanda kötü niyetli olması gerekmektedir. Yargıtay, ecrimisil sorumluluğunun doğabilmesi için kötü niyetli haksız zilyetliğin yanı sıra, hak sahibinin zarara uğraması gerektiğini dolayısıyla

haksız işgale konu yerin gelir getirmeye elverişli bir yer olması şartını aramıştır. Oysa kötü niyetli haksız zilyet, bahse konu işgal ve kullanım sebebi ile haksız bir kazanç elde etmiştir. Hal böyle iken hak sahibinin ayrıca zarara uğramasına gerek kalmadan sadece haksız kullanma ve işgal sebebi ile ecrimisile hak kazandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ecrimisil tazminatı açısından faiz, kazandırıcı zamanaşımı ve zamanaşımı hususları önem arz ettiğinden çalışmada buna ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Buna göre; ecrimisilin doğum anı ile birlikte ecrimisile faiz işletileceğinden zilyedin kötü niyetli olarak addedildiği anda ecrimisile faiz işletilebilecektir. Kazandırıcı zamanaşımı açısından ise; kötü niyetli haksız zilyedin kazandırıcı zamanaşımı şartlarını sağlaması ile birlikte mülkiyete hak kazandığı, söz konusu hakkın geçmişe etkili olduğu ve söz konusu dönem ile ilgili haksız kullanımın haklı kullanıma döndüğünden bahisle ecrimisil sorumluluğunun doğmayacağı ifade edilmiştir. Yine ecrimisilin hukuki niteliğinin tartışmalı olması dolayısıyla ecrimisil taleplerine uygulanacak zamanaşımı hususunda da bir birlik sağlanamamıştır. Yargıtay ecrimisilin hukuki niteliğini haksız fiil olarak belirlemiş ancak uygulanacak zamanaşımını haksız fiilere uygulanan zamanaşımı olarak değil, beş yıl olarak belirlemiştir. Uygulamadaki bu çelişki ise doktrin yazarları tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Tüm bu görüş ve tartışmaların açıklanmasının akabinde ecrimisile uygulanacak zamanaşımının alacaklara uygulanacak genel zamanaşımı olması ve alacağın haksız işgalin vuku bulduğu tarihten itibaren muaccel olması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Ecrimisil talepleri birlikte mülkiyet hali için de değerlendirilmiş, ecrimisilin parasal bir karşılık olması nedeni ile paylı ya da elbirliği mülkiyet açısından ortak menfaat olarak nitelendirilemeyeceği ve taşınmazın tamamı için üçüncü kişilere yönelik olarak tüm paydaşların ve ortakların birlikte hareket etmesi gerekliliği belirtilmiştir. Paydaş ya da ortakların birbirlerine yönelik ecrimisil taleplerine ilişkin olarak ise intifadan men şartına yer verilmiş, intifadan men şartının istisnalarına yine bu bölümde yer verilmiştir.

Çalışmamızın konusunu her ne kadar özel mülkiyete tabi taşınmazlar oluştursa da, kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin ecrimisil talep şartlarındaki farklılıklara kısaca değinilmiştir. Yine ecrimisilin hesaplanmasına da Yargıtay kararları ile birlikte yer verilmiş, ecrimisilin en az kira geliri ve en çok tam gelir yoksunluğu şeklinde hesaplanacağı ifade edilmiştir. Ecrimisil davacının talepleri yönünden dönemsel olarak hesaplanmakta ve ilk kira bedeli belirlendikten sonra üretici fiyat endeksine (ÜFE) göre artış yapılmaktadır

Çalışmamızda ecrimisil tazminatı davaların usul hukuku açısından değerlendirilmesine de yer verilmiştir. Davacı, davalı, görevli ve yetkili mahkeme, davanın niteliği ve zamanaşımı üzerinde özellikle durulmuş ve tüm açıklamalar ayrı başlıklar altında aktarılmıştır. Ancak çalışmamızın genelinde de belirtildiği gibi çalışma konumuzun doğrudan yasal bir mevzuatta düzenlenmemiş olması sık sık yargı kararlarına başvurmamız sonucunu doğurmuş, çalışmanın uygulamacılara da faydası olması açısından haksız işgalin önlenmesi ve ecrimisil tazminatı taleplerine ilişkin kararlar çalışma metni içerisinde ve referans dipnotlarında yer almıştır. Ancak özellikle ecrimisil tazminatına ilişkin yaşanan görüş ayrılıklarının ortadan kaldırılmasına yönelik bir yasal düzenleme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Kamu tüzel kişileri açısından buna ilişkin birtakım yasal düzenlemeler bulunsa da, bu durum özel hukuk mevzuatı açısından da gerçekleştirilmeli ve Mecelle'den günümüze ulaşan söz konusu kavram günümüz şartlarına uyarlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork : **Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1965 (**Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar**)
- Acemoğlu, Kevork : “Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Müessesesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1967, s. 248. (Olağanüstü Zamanaşımı)
- Ağca Toplandı, Pınar : “Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi”, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Akipek, G. Jale : **Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukuki Neticeleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955.
- Arıkboğa Usta, Sevda “Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Artukmaç, Sadık : **Bizde Gayrimenkule Tecavüzün**

- Def'i ve Zilyetlik**, 2. Bası, Doğuş Ltd. Şirketi Matbaası, 1959.
- Ayan, Mehmet : **Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Bilgen, Mahmut : **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Çörtoğlu, İ. Sahir : **Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1988.
- Esener, Turhan, Güven Kudret : **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret : **Mülkiyet Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016. (Mülkiyet).
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018. (Borçlar Özel)
- Ertaş, Şeref : **Eşya Hukuku**, 11. Basım, İzmir, Fakülteler Barış Kitabevi, 2014.
- Feyzioğlu, F. Necmeddin : Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Zilyetlite İadenin Mevzuu Őümlü (Hususiyle Ecrimisil Meselesi)**, 2. Baskı, İstanbul, Baha Matbaası, 1961.

- Feyzioğlu, F. Necmettin : Hukuku Üzerinde (Zarar Verici Taşkınılıklar, Açılan Pencereleer Konusunda) Karşılaştırmalı İnceleme”, **Kubalı’ya Armağan- Melenges Kubalı**, İstanbul, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, 1974, s. 563. (Komşuluk)
- Giritlioğlu, Nejla : **Müdahalenin Men’i (Elatmanın Önlenmesi) Davası Doçentlik Tezi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.
- Gürsoy, T. Kemal, Eren Fikret, Cansel Erol : **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1984.
- Günay, Erhan : **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.
- Hatemi, Hüseyin : Türk Hukukunda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.386.
- Hirsch, Ernst : “Zilyetliği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal) den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri”, **Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin**, İstanbul, 1944,
- Kanyılmaz, Ahmet, Uyar Enes, Antep, : **Mecelle ve Karşılaştırmalı Kavaid-i**

- Yaser : **Külliye**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018.
- Karahasan, Mustafa Reşit : **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, Birinci Cilt, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007.
- Karahasan, Mustafa Reşit : **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, İkinci Cilt, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007.
- Karakoç, Yusuf : **Kamu Malları Hakkında Ecrimisil Kurumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Kısagün, Adli : **İstihkak Meni Müdahale Zilyedlik Ecrimisil Davaları**, Ankara, Pratik Hukuk Kitapları Serisi IV, 1961,
- Kurt, Ekrem : **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004.
- Kuru, Baki, Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder : **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Nomer, Haluk Nami, Ergüne Mehmet Serkan : **Eşya Hukuku: Zilyetlik- Tapu Sicili- Rehin Hakları- Paylı Mülkiyet**, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, : **Eşya Hukuku**, . Bası, İstanbul, Filiz

- Oktay- Özdemir, Saibe : Kitapevi, 2018. (Eşya)
- Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami : **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Cilt, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay- Özdemir, Saibe : **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018 (Kişiler).
- Okan, Ufuk, Ünal Nurdoğan : **Kamu Taşınmazlarında Ecrimisil ve Tahliye: Hazine, Üniversite, Belediye, Özel İdare Taşınmazlarında Ecrimisil Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Önder, K. Orhan : “Tatbikatta Gayrimenkule Vaki Müdahale Çeşitleri”, **Adalet Dergisi**, Cilt 53, Sayı 1, 1962, s. 800.
- Özaykut, Salih : **Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Özen, Burak : **Haksız Zilyetlikte İade**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.
- Özkaya, Erarslan : **Açıklamalı- İçtihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları: Tapulu ve Çaplı**

Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi,
3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2008

Pekcanitez, Hakan, Atalay Oğuz, Özekes : **Medeni Usul Hukuku,** 14. Bası,
Muhammet Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Reisoğlu, Safa : “İade Halinde hüsniyetli ve Suiniyetli
Zilyetlerin Sorumluluğu”, **Adalet**
Dergisi, 1965, sayı 1, s. 61-62.

Ruhi, Canan, Ruhi Cemal : **Ecrimisil Davaları (Haksız İşgal**
Tazminatı) (Son Yargıtay ve Danıştay
Kararları ile), 3. Baskı, Ankara, Seçkin
Yayıncılık, 2016

Saymen Ferit H, Elbir, Halid K. : **Türk Eşya Hukuku,** İstanbul, 1954
Serozan, Rona : **Taşınır Eşya Hukuku, Eşya**
Hukukunun Temel Kavramları ve
İlkeleri, Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve
Rehin, Uygulama Çalışmaları,
İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017

Sulhi Tekinay, Akman Sermet, : **Eşya Hukuku,** İstanbul, Filiz Kitapevi,
Burcuoğlu Haluk, Altop Atilla 1989.

Tandoğan, Haluk : **Vekaletsiz İş Görme,** İstanbul,
Fakülteler Matbaası, 1957.

Temizer, Şemsettin : “Fuzuli İşgal ve Ecri misil nedir?”
Adliye Ceridesi, Sayı: 8, No: 59, 1938,
s. 1112.

Turan, Ahmet Uğur : **Tapulu Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Türk Hukuk Lügati : Başbakanlık Yayınları, Ankara, 1991

Ünal, Nurdoğan, Özleyen, Emine : **Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Üstündağ, Saim : **Tapu Kütüğünün Tahsis Davası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959.

Yavuzarslan, Ceren : **Ecrimisil**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.

Zevkliler, Aydın, Gökyayla, K. Emre : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Kazancı Elektronik İçtihat Bankası

Lexpera Elektronik İçtihat Bankası

Sinerji Elektronik İçtihat Bankası