

## İSTİHKAK DAVASI

(REI VINDICATIO, ACTION FOR RESTITUTION OF PROPERTY)

Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA\* \*\*

### ÖZ

Mülkiyet hakkının içerdiği yetkiler olumlu ve olumsuz yetkiler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu yetkilerden olumlu yetki kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma şeklinde ifade edilen aktif yetkilendirir. Yetkinin olumsuz yönü ise koruyucu yetki olarak nitelendirilmekte ve istihkak davası ile haksız elatmanın önlenmesi şeklinde ifade edilmektedir. Malik zilyetliği elinden çıkmış eşyanın iadesi için birden fazla hukuki imkana sahiptir. İstihkak davası ile birlikte eşyanın iadesini isteyebileceği gibi zilyetlik davaları, taşınır davası, sözleşmeden doğan talepler, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan taleplerle de iadesini isteyebilir. İstihkak talebi mülkiyetin içerdiği olumsuz yetkiler içinde yer alır. Bu talep ile malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabilir. İstihkak talebi, malik kendisine mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyayı, mülkiyet hakkına dayanarak, onu alıkoyma hakkı olmayan ve ona doğrudan zilyet olan üçüncü kişiden geri isteme yetkisi veren taleptir. İstihkak talebinin dolaysız zilyede yöneltilmesi ile birlikte dolaysız zilyet, haksız olarak elinde tuttuğu eşyayı geri verme yükümlülüğü altına girer. İstihkak davasının sonucunda verilen kararlar da mülkiyet hakkının tespiti ile dava konusu eşyanın geri verilmesi sağlanır.

**Anahtar Kelimeler:** mülkiyet, istihkak davası, elatmanın önlenmesi, zilyet, malik

### ABSTRACT

*The right of property entitles the proprietor with both positive and negative authorities. The positive aspect of proprietary authorities comprise the active authorities to use, to collect the return, and to dispose. The negative aspect, qualified as protective authorities, result in the authority to bring an action of rei vindicatio and actio negatoria. The proprietor holds multiple legal remedies to enable the return of the property. It is also possible to demand the return of the property through possessory actions and contract/tort/unjust enrichment based claims. To bring an action of rei vindicatio is among the negative authorities granted by the right of property. The proprietor may sue for the return of property from the third party who wrongfully possesses it. The wrongful possessor is then obliged to return the property. The property is returned upon the establishment of proprietor's right of property via judgment on the action of rei vindicatio.*

**Keywords:** Property, rei vindicatio, actio negatoria, possessor, proprietor.

\*\*\*

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi:07.05.2020. İlk hakem raporu tarihi: 21.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi:22.06.2020. Onaylanma Tarihi:22.06.2020.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3005-2154

**Eser Atf Şekli:** Gökhan Antalya, "İstihkak Davası", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.499-514.

## I. MÜLKİYETİN İÇERİĞİNDE DAHİL KORUMA YETKİSİ OLARAK İSTİHKAK DAVASI

### A. GENEL OLARAK

TMK m.683 (ZGB Art.641) hükmü mülkiyetin içeriğini ve onun yetkilerini düzenlemiştir: Malikin yetkileri olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönüyle düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Mülkiyetin içeriğini oluşturan olumlu ve olumsuz yetkilerin tümü, özel hukukta *mülkiyet özgürlüğü*nün de içeriğini oluşturur<sup>2</sup>.

TMK m.683'ün ilk fıkrasında, yetkinin olumlu yönü yani "*kullanma, yararlanma ve tasarrufla bulunma*" olarak ifade edilen mülkiyet hakkının malike tanıdığı **aktif yetkiyi** düzenlemektedir.

TMK m.683'ün birinci fıkrası malik ile kendi eşyası arasındaki ilişkiyi, malikin eşya üzerindeki yetkilerini sayarak düzenlemektedir. ZGB Art.641 Abs.1'de bu yetkileri saymaktan kaçınarak, malikin sahibi olduğu eşyayı dilediği gibi tasarruf edebileceğini düzenlemiştir. Bu yetkiler, mülkiyetin *içsel veya olumlu yönünü* (innere oder positive Seite) oluşturur<sup>3</sup>.

TMK m.683'ün ikinci fıkrasında yetkinin olumsuz yönü "*istihkak davası ile haksız elatmanın önlenmesi davası*" açma imkânı tanıyan **koruyucu yetkiyi** düzenlemektedir.

TMK m.683'ün ikinci fıkrası malik ile diğer üçüncü kişiler arasındaki hukuki durumu düzenlemektedir. Bu düzenlemede malikin üçüncü kişilere karşı olan yetkileri sayılmıştır. Bu yetkililer, mülkiyetin *dışsal veya olumsuz yönünü* (äussere oder negative Seite) oluşturur<sup>4</sup>.

Bu yetkileri, mülkiyetin her şekil ve çeşidini kazanan tüm hukuk süljeleri, yani gerçek ve tüzel kişiler kullanır.

Yetkinin kullanıldığı mülkiyetin konusu da nitelikli eşya oluşturur.

### B. DİĞER KORUMA YOLLARI

#### 1. GENEL OLARAK

Özel hukuk alanında zilyetlik ihlallerine karşı korunma<sup>5</sup> (TMK m.926 vd.) ve taşınır davası<sup>6</sup> (TMK m.934, 936) dışında diğer koruma yolları olarak başlıca şu örnekler belirtilebilir<sup>7</sup>:

- Taşınmazın adına tescili yapılmış kişinin zilyetlik davası (TMK m.992/I);
- Kişinin hakkını kuvvet kullanarak savunması ve zorunluluk hali (TBK m.63 ve bu kapsamda TMK. m.740/I, 752, 753);
- Taşınmazın sınırlarını belirleme davası (TMK m.720);
- Mülkiyetin tespiti davası (malikin tespitine yararı varsa);

<sup>1</sup> WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.25; ARNET/BELSER, ZHK ZGB Art.641, N.27; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.656.

<sup>2</sup> LEEMANN, BK ZGB Art.812, N.9.

<sup>3</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.26 ff; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.657 ff.

<sup>4</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.32 ff; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.659 ff.

<sup>5</sup> İstihkak davası ile zilyedliği koruma davası arasındaki farklar için bkz. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N. 1254.

<sup>6</sup> İstihkak davası ile taşınır davası arasındaki farklar için bkz. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.1715.

<sup>7</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.18 ff, 121 ff, 128 ff; REY, I, 2059 ff; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.685

- Tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025);
- Miras sebebiyle istihkak davası (TMK m.687-639);
- Komşuluk hukukundan doğan davalar (taşınmaz malikinin sorumluluğu) (TMK m.730);
- Haczedilen eşyanın paraya çevrilmesini önlemek üzere İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nda yer alan istihkak ve iflas masasından ayırma hakkı;
- Diğer eşya hukukundan doğan hukuki davalar;
- Paylı mülkiyette paylaşma davası (TMK m.698, 690/II);
- Malzeme sahibi tarafından arazi üzerine veya başkasının malzemesiyle kendi arazisine yapılan yapı sebebiyle doğan davalar (TMK m.722 vd.);
- Zilyetliğin iadesi sorumluluğu (TMK m.993 vd.);
- Borçlar hukuku alanında sözleşmeden ya da sözleşme dışı borç ilişkilerinden, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler<sup>8</sup>.

## 2. GERİ VERMEYİ HEDEF TUTAN DİĞER DAVALAR İLE İLİŞKİSİ

Malik, zilyetliği elinden çıkmış bir eşyasını geri alabilmek için birden fazla hukuki imkana sahip olabilir. Zilyetlik davaları, taşınır davası, sözleşmeden doğan talepler, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler bu kapsamda belirtilebilir. Bu sebeple malikin istihkak davası yerine diğer talepleri ileri sürebilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Öğretide belirtildiği üzere malik şartları var ise zilyetlik davalarından geri verme davasını, istihkak davası yerine tercih edebilir ve iadeyi çok daha hızlı bir şekilde sağlayabilir; fakat bu davada hak tartışması yapılmadığından, daha sonra mülkiyet hakkının tespitini isteyebilir<sup>9</sup>.

Taşınır davası şartları bulunduğu takdirde malik, istihkak davası yerine bu davayı da tercih edebilir<sup>10</sup>. Taşınır davası yargılamada ispat kolaylığı sağladığından, özellikle eşya üzerindeki mülkiyet hakkını ispat zorunda kalmaksızın eşyanın iadesini sağladığından, istihkak davasına tercih edilir<sup>11</sup>.

Taşınır davası için söz konusu olan hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra istihkak davasının açılabilip açılmayacağı ise tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, TMK m. 989'da yer alan beş yıllık sürenin dolmasıyla birlikte zilyedin mülkiyeti zamanaşımı yoluyla kazanacağından, artık malikin mülkiyeti kaybedeceğinden istihkak davası açamayacağını savunmaktadır<sup>12</sup>.

Fakat öğretilerde katıldığımız çoğunluk görüşü, zamanaşımı yoluyla hak iktisabının beş yılın geçmesiyle doğrudan gerçekleşmeyeceğini, diğer hukuki olguların da tamamlanmasının gerektiğinden hareketle kural olarak m.989/1'de yer alan beş yıllık süre geçtikten

<sup>8</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 444; AYAN, s. 90.

<sup>9</sup> ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1311,1400; AYBAY/HATEMİ, s. 117, s. 11; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 449; AYAN, s. 91.

<sup>10</sup> ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1635; AYAN, s. 91.

<sup>11</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.55; HINDERLING, SPR, V/1, s.504; LIVER, SPR, V/1, s. 26; REY, N.2035

<sup>12</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 450.

sonra da mülkiyet hakkına dayanılarak istihkak davasının açılabilceği de kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

Malikin sözleşmeden veya diğer bir borç ilişkisinden kaynaklanan nispi nitelikte iade talebini de istihkak davası yerine tercih edebileceği diğer deyişle aynı ve kişisel nitelikte iki talep hakkının yarışacağı kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Örneğin kiracı, kira sözleşmesi sonunda kiralanana geri vermezse malik iadeyi borç ilişkisinden doğan hakka göre talep edebileceği gibi (TBK m.334/I), bunun yerine istihkak davası da açabilir. Ancak bu talebin zamanasına uğramış olması veya hükümsüz olması hallerinde iade, istihkak ile sağlanacaktır.

Burada sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade talebi ile istihkak davasının aynı anda var olamayacağını, diğer deyişle yarışamayacaklarını belirtmek gerekir<sup>15</sup>. Hukukumuzda taşınmazlar bakımından sebebe bağlılık ilkesi geçerli olduğu için hukuki sebepteki geçersizlik eşya üzerindeki aynı hak kazanımını da geçersiz hale getireceğinden istihkak davası ile istirdat davası aynı anda gündeme gelmez. Zira zenginleşme gerçekleşmemiş olduğundan istirdat davası şartları oluşmaz, iade istihkak ile sağlanır<sup>16</sup>.

Eğer taşınırlar için de benimsediğimiz sebebe bağlılık görüşü kabul edilirse, aynı sonuç benimsenir. Taşınırların iktisabında soyutluk görüşü benimsenirse, mülkiyet hukuki sebepteki geçersizlikten etkilenmeyerek geçeceğinden, iade bu ihtimalde istihkak davası ile yapılamaz, sebepsiz zenginleşme nedeniyle istirdat davası açılması gerekir.

### C. MÜLKİYETTİN OLUMSUZ (DIŞSAL) YÖNÜNÜ OLUŞTURAN MÜLKİYETTEN DOĞAN KORUMA YETKİSİ OLARAK İSTİHKAK DAVASI

Özel hukukun mülkiyet hakkına sağladığı koruma daha çok üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına yönelik haksız saldırılarına karşıdır. Mülkiyet hakkı, sahibine, hakkını ve hak konusu şeyi koruma yetkisi verir. Mülkiyeti koruyucu yetkilere mülkiyetin olumsuz yönü de denilmektedir<sup>17</sup>.

Mülkiyet hakkının olumsuz yönü malike, başkalarının müdahalelerine engel olma yetkisi vermektedir. Mülkiyet hakkından doğan davalar, iki farklı duruma göre yani mülkiyet hakkını üçüncü kişilerin haksız el atmalarına ve zilyetliğe tamamen son vermek şeklindeki ihlallerine karşı korur.

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 683/II hükmünde malikin, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası (*rei vindicatio*) açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebileceğini düzenleyerek mülkiyet hakkından doğan davaları istihkak ve elatmanın önlenmesi olarak belirlemiştir<sup>18</sup>.

İstihkak davası, Roma hukukundaki malikin geri alma davası yani *rei vindicatio*'yu karşılamaktadır; günümüzde mülkiyet davası olarak da isimlendirilmektedir (Herausgabeklage, Vindikation, Eigentumsklage, l'action en revendication).

<sup>13</sup> AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s. 58, s. 49; AYAN, s. 91; ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1/EH, N.1657; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 231 ve dn. 438'de yer alan yazarlar.

<sup>14</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1137; EREN, s. 36; AYİTER, s. 80; AYAN, s. 92; ERGÜNE, s. 75.

<sup>15</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 482

<sup>16</sup> ANTALYA, MHY V/1, 2 BH GH, N. 3010; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 450; AYAN, s. 92.

<sup>17</sup> EREN, s. 18; ESENER/GÜVEN, s. 185; ERGÜNE, s. 67.

<sup>18</sup> SUTTER-SOMM, SPR V/1, N.56 ff; WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.40ff; SİRMEN, s. 250; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1127.

Elatmanın önlenmesi davası ise, Roma hukukunda *actio negatorio*'ya denk gelmektedir. Elatmanın önlenmesi davası, günümüzde mülkiyetin özgürleştirme davası, olumsuz mülkiyet davası veya olumsuz kaçınma davası olarak da ifade edilmektedir (Negatorienklage, Eigentumsfreiheitsklage, l'action négative).

## II. İSTİHKAK DAVASI

### A. KAVRAM

Malikin mülkiyet hakkına dayanarak, eşyayı kendi fiili hakimiyetinde bulundurma yetkisi söz konusudur. Bunu sağlamak için malik, TMK m.683/II hükmüne göre, haksız olarak şeyi doğrudan zilyesinde tutan herhangi bir kişiye karşı istihkak davası açılabilir.

TMK m.683/II hükmünde istihkak davası, "*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği*" şeklinde düzenlemiştir.

Malik kendisinin mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyayı, mülkiyet hakkına dayanarak, onu alıkoyma hakkı olmayan ve ona doğrudan zilyet olan üçüncü kişiden geri isteme yetkisi veren talep, *istihkak talebidir*; bu talep aynı bir geri isteme taleptir. Dolaysız zilyet kendisine yönelen geri verilme talebini rızaen yerine getirmezse, malik ona karşı geri verilme talepli aynı nitelikte *istihkak davasını* açabilir<sup>19</sup>.

İstihkak davası, dolaysız zilyet durumunda olmayan malikin, hak sahibi olmayan zilyede karşı mülkiyet hakkında dayanarak açabildiği ve haksız olarak ele geçirilen veya alıkonulan eşyanın geri verilmesini sağlama amacını güden aynı nitelikte bir eda davasıdır<sup>20</sup>.

İstihkak davası, malikin mülkiyet hakkının dışlanması yargı yoluyla geri alarak yetkilerini kullanılmasını sağlar<sup>21</sup>.

*Liver*, istihkak davasının ortak hukukun bakış açısıyla değerlendirmekte, istihkak davasını, zilyetliği eşya üzerindeki hakimiyetle bağlantılayarak, zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede karşı açtığı olarak değerlendirmektedir<sup>22</sup>.

İstihkak davası, sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu; özellikle taşınırlarda bu ilkenin kabulün halinde de, mülkiyetin gerçek malikine geri verilmesini<sup>23</sup> temin eder. Temel borçlandırıcı işlemi, örneğin satış sözleşmesi geçersiz ise veya sonradan geçersiz hale gelmesi halinde, hatta bir görüşe göre akde aykırılık sebebiyle sona ermişse<sup>24</sup>, bu işlemi ifa için verilen şeyin iadesi istihkak davası ile sağlanır<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.54.

<sup>20</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.54; HAAB/SIMONIUS/SCHRRER/ZOBL, Art.641, N.34; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1130; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.480; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 356; EREN, s. 31; SİRMEN, s. 248.

<sup>21</sup> WIEGAND, BSK ZGB II Art.641, N.49 ff; REY, N.2032 f; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.31

<sup>22</sup> LIVER, SPR V/1, s.25. Aynı yaklaşım için bkz. LEEMANN, ZGB Art.641, N.31. Eleştirisi için bkz. HAAB, ZGB Art.641, N.34

<sup>23</sup> REY, N.2035; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.669

<sup>24</sup> İstihkak görüşü için bkz. ANTALYA, MHY V / 1, 3, BH GH, N.2972.

<sup>25</sup> Bkz. ANTALYA, MHY V,1, s, BH GH, N.2066.

## B. MALİKİN İSTİHKAK DAVASININ (YETKİSİNİN) HUKUK OLGULARI

### 1. MALİKİN DOLAYLI ZİLYET OLMASI

Geri istenen eşya üzerinde kişi mülkiyet hakkına sahip olmalı ve eşyaya doğrudan zilyet olmaması (dolaylı zilyet) gerekir<sup>26</sup>.

İstihkak davasında, davacı malik, kendi mülkiyet hakkına dayanmalı ve onu ispat etmelidir.

### 2. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DOĞRUDAN HAKSIZ ZİLYET OLMASI

#### a. Doğrudan Zilyet Olması

Malik, zilyede karşı istihkak talebini yöneltebilir. Davanın yöneltileceği zilyedin dolaysız (doğrudan) zilyet olduğu tartışmasızdır<sup>27</sup>. Dolaylı zilyede karşı bu davanın yöneltip yöneltilemeyeceğini tartışmasına aşağıda değineceğiz.

Zilyet yardımcısı (hizmet zilyedine)<sup>28</sup>, karşı bu dava yönelilemez<sup>29</sup>. Her ne kadar zilyet ile zilyet yardımcısının ayrımı genellikle oldukça zor olsa da, zilyet yardımcısının eşya üzerindeki fiili hakimiyeti, sosyal bağlılık ilişkisi niteliğiyle zilyetten ayrılır<sup>30</sup>.

Özel hukuk nitelikli bu dava, kanun koyucu tarafından malike, zilyetlik ilişkisine bakılmaksızın, sırf mülkiyet hakkına dayanarak, doğrudan zilyetliğini geri alma yetkisi tanınmıştır. Bu sebeple, istihkak davasında, malikin eşyanın zilyetliğini kaybetmesi aranmaz; malikin dolaylı zilyet kalması yeterlidir.

Davacı malikin, taşınırın önceden zilyet olup olmaması da önemi değildir; önemli olan malikin dolaysız zilyet olduğu eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Bu sebeple, malik hiçbir zaman zilyetliğine sahip olmasa da istihkak davası açabilir. Bu imkanın zilyetlik davası açılması şartına bağlı olup olmadığı tartışmalıdır.

#### b. Haksız Zilyet Olması

Dolaysız zilyet olan davalının eşya üzerindeki zilyetliğinin haksız olması yani zilyetliğin nispi ya da mutlak hakka, aynı bir hakka dayanmaması gerekir. Davalının haksız zilyet olması gerekir.

Davalının zilyetliğinin kusurlu olması da aranmaz.

## C. MALİKİN TAZMİNAT TALEBİ

Malik, mülkiyetin geri almaması sebebiyle uğradığı zararın tazminini, haksız fiil ve ya sözleşme varsa, sözleşme ilişkisine göre zarar verenden veya sözleşme borçlusundan talep edebilir.

Malik istihkak davası ile birlikte veya ondan bağımsız olarak eşyanın haksız olarak alıkonulmuş olmasından doğan zararının, haksız zilyedin sorumluluğu kapsamında da (TMKm.993-995) talep edebilir<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Dolaylı Zilyed Kavramı İçin bkz. **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.80.

<sup>27</sup> BGer vom 31.07.2002, 5C119/20002 E.3.1'de açıkça ifade edilmiştir.

<sup>28</sup> Hizmet zilyedi kavramı için bkz. **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.730.

<sup>29</sup> **MEIER-HAYOZ**, BK ZGB Art.641, N. 60; **WIEGAND**, BSK ZGB II Art.641, N.47

<sup>30</sup> Bkz. **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.749; **HINDERLING**, SPR V/1, 421 FF.

<sup>31</sup> **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N. 1553 f; **ANTALYA**, MHY V/1, 3 BH GH, N.2995.

## D. AMACI

Davanın amacı, elden çıkış biçimi ne olursa olsun eşyanın malike geri verilmesini sağlamaktır<sup>32</sup>.

## E. HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1. EDA TALEBİ NİTELİĞİ (DAVANIN EDA KARARI NİTELİĞİ)

İstihkak talebi, malikin dolaysız zilyede yöneltilen, geri vermeye ilişkin eda talebidir. Talep üzerine mahkemenin verdiği karar da, eda kararıdır.

İstihkak davası, geri vermeyi hedef tuttuğu için, tespit davası niteliğinde değil, aynı bir eda davası niteliğindedir<sup>33</sup>. Hakim, malikin mülkiyet hakkının varlığını tespit ettikten sonra, haksız ve dolaysız zilyet olan davalının eşyayı geri vermesine karar verir. Davalının talebi mülkiyetin tespiti talebi değildir; mülkiyet hakkının varlığına dayanarak doğrudan zilyetliğinin sağlanması için eşyanın geri verilmesi talebidir.

Zilyetliği hukuki bir işlemle devredilmiş eşya, devreden malik kural olarak aradaki hukuki ilişkinin hükümlerine göre de isteyebilir. Söz gelimi kira veya kullanım ödüllü sözleşmesi sona erince, kiracı veya ödüllü alanın malı geri verme borcu bulunmaktadır. Bu halde malikin istihkak ve sözleşmeden doğan geri verme talebi yararlıdır<sup>34</sup>.

Fakat aradaki hukuki ilişkiden doğan alacaklar zamanaşımına uğramış ise yahut hukuki ilişki geçerli değilse iade, istihkak ile sağlanacaktır<sup>35</sup>.

### 2. AYNİ BİR TALEP OLMASI

İstihkak iddiası, malike, eşya üzerinde doğrudan zilyetliğini sağlanması amacını taşıyan<sup>36</sup>, mülkiyet hakkına dayanan *ayni bir talep*<sup>37</sup> (dinglicher Anspruch) verir<sup>38</sup>. İstihkak talebiyle birlikte dolaysız zilyet mülkiyet konusu eşyayı geri veri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük borçlandırıcı işlemten kaynaklanan bir yükümlülük değildir.

Geri verme yükümlülüğü taşınmazı (kat mülkiyetine konu bağımsız bölümü) konu alabileceği gibi, taşınırı da konu olabilir.

Eşyanın geri verilmesine ilişkin masrafları, zilyedin başka bir hukuki sebeplerden örneğin sözleşme ilişkisinden doğan bir hüküm sebebiyle zararı tazmin yükümlülüğü altında değilse, malik taşır<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> ÜNAL/BAŞPINAR, s. 229; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 446; ERGÜNE, s.70. Bkz. BGE 110 II 187 E.2

<sup>33</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.56 ff; HAAB/SIMONIUS/SCHRRER/ZOBL, Art.641, N.36; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1132; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.482; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 359; EREN, s. 34; SİRMEN, s. 250; ESENER/GÜVEN, s. 186; ERTAŞ, s. 978; AYAN, III, s. 140; ERGÜNE, s. 32.

<sup>34</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1137.

<sup>35</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 445; SİRMEN, s. 251.

<sup>36</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.6.

<sup>37</sup> Aynı talep hakkı kavramı için bkz. von TUHR/PETER, s.13 ff

<sup>38</sup> WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.52. Alman hukukunda bir kısım yazarlar, istihkak talebini zilyedin katlama yükümlülüğü (Duldungspflicht) olarak değerlendirmektedir. Bkz. GURSKY, StaudingerKomm, § 986, N. 43 ff.

<sup>39</sup> WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.53; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.35

Aynı niteliği sebebiyle istihkak talebi (davası) bir dava süresine tabi olmadığı gibi, zamanaşımına uğramaz<sup>40</sup>. BGB § 197/I, 2 hükmü ise, istihkak talebini 30 yıllık zamanaşımına tabi tutmuştur. Ancak davalının zamanaşımı ile mülkiyet kazanımı mümkün olabilir.

### 3. BÖLÜNEMEMESİ (İSTİHKAK TALEBİNİN MÜLKİYETTEN AYRI DEVRİ)

İstihkak talebinin mülkiyet hakkından ayrılarak bir başkasına devredilebilip edilemeyeceği, bugün de doktrinde tartışmalıdır<sup>41</sup>.

İstihkak hakkından talebin veya taleplerin ayrılarak devri asli ve fer'i olarak gerçekleşebilir. Fer'i olarak ayrılımda malik sahip olduğu mülkiyet hakkını kendisinde tutarak, zilyede karşı ileri sürülebilecek dava hakkını üçüncü kişiye devretmektedir. Asli olarak ayrılımda ise, malik mülkiyet hakkından doğan haklarının neredeyse tamamını üçüncü kişiye devretmektedir<sup>42</sup>.

İstihkak talebinin hem doğuşunun hem varlığını sürdürmesinin mülkiyet hakkına bağlı olduğundan hareket eden görüş mülkiyet ve istihkak talebinin birbiriyle bütün olduğunu ve ayrılamayacaklarını kabul etmektedir<sup>43</sup>. İstihkak talebi ancak çekişmeli şeyin mülkiyeti ile birlikte devredilebilir.

Aksi görüş ise, istihkak davasının amacının mülkiyet hakkını korumak olduğundan hareketle bu korumanın genişletilebilmesi adına istihkak talebinin temlikini mümkün görmektedir<sup>44</sup>.

Bu husus İsviçre Federal Mahkemesinin 132 III 155 aylı kararına konu edilmiş olup, Mahkeme istihkak talebinin bölünemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme buna karşılık, nisbi yani hukuki işlemde kaynaklan geri verme talebinin bölüneceğini kabul etmiştir<sup>45</sup>.

Görüşümüze göre, istihkak talebi mülkiyetten kaynaklanmış olup, onun bütününü oluşturan temel yapı taşlarından biridir. İstihkak talebi (davası), mülkiyete bağlı ve ondan ayrılamaz niteliktedir. Bu sebeple, istihkak talebi mülkiyetten bağımsız olarak ya da tam tersi istihkak talebi saklı tutularak devredilemez.

## F. KONUSU

### 1. GENEL OLARAK

İstihkak davasının konusu, mülkiyet hakkının konusu oluşturan her türlü eşya olabilir. Ancak bu eşyanın, ferdiyle belirlenmiş ya da aynı tür eşyalardan ayırt edilmiş yani bireyselleştirilmiş, cinsiyle belirlenmiş olması gerekir<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> BGE 48 II 47. **SUTTER-SOMM**, SPR V/1, N.63; **WIEGAND**, BSK ZGB II, Art.641, N.54

<sup>41</sup> **MEIER-HAYOZ**, BK ZGB Art.641, N.73; **HAAB**, ZK ZGB Art.641, N.37; **WIEGAND**, BSK GB II Art.641, N.56. **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, N.68; Alman hukuku için Bkz. **EINSELEWILL**, Vindikationszesion, Diss. Zürich 1975; **NEUMAYER**, Die sogenannte Vindikationszesion (§993) im dogmatischen Spannungsfeld zwischen Übereignung und procuratio in rem, FS Lange, München 1970, s.305 ff

<sup>42</sup> **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1102,1103,1104.

<sup>43</sup> **MEIER-HAYOZ**, BK ZGB Art.641, N.73; **LIVER**, SPR V/1, s.27, Fn.5; **SİRMEN**, s. 255; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1136; **EREN**, s. 42; **ERTAŞ**, s. 979; **AYAN**, s. 94; **ERGÜNE**, s. 69.

<sup>44</sup> **HAAB**, ZGB Art.641, N.37, 56; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 447.

<sup>45</sup> BGE B5C.119/2002.

<sup>46</sup> **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 446; **AYAN**, s. 92.



İstihkak davası hem taşınır, hem taşınmazlar için açılabilir ise de taşınmazlar bakımından öneminin daha az olduğu, taşınır davasının ihtiyaca daha kolay cevap verdiği ifade edilmektedir<sup>47</sup>.

Bundan başka, taşınmazlarda da taşınmaz bir malın gasp edilmesinin ve alıkonulmasının imkansız olduğu, bir arazi tamamen işgal edilse bile bunun sadece fiili bir el atma teşkil edeceğinden dolayı istihkak davasının her zaman sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilmektedir<sup>48</sup>.

## 2. TAŞINMAZLAR

Taşınmazlar bakımından tapuya kayıtlı olup olmamasına göre değerlendirme yapılmalıdır.

### a. Tapuya Kayıtlı Taşınmazlar

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda istihkak davasına yer olup olmadığı; tapu sicilinin düzeltilmesi davasının ayrıca istihkak davasına yer bırakıp bırakmayacağı öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre<sup>49</sup>, tapuya kayıtlı taşınmazlarda istihkak davasının fonksiyonunu tapu sicilinin düzeltilmesi davası yerine getirir; hatta tapu sicilinin düzeltilmesi davası, istihkak davasına dayanmayı zorunlu kıldığı iddia edilmektedir<sup>50</sup>.

Malik tapuda hak sahibi olarak gözüktüğü sürece dolaysız zilyetliği kaybetmiş olmaz; bu sebeple zilyetliği ancak saldırıya uğrayabilir, tamamen sona erdirilemez. Dolayısıyla taşınmazda malikin fiili hakimiyeti fuzuli işgalciler tarafından tamamen sona erdirilse dahi malik, sicil zilyetliğini sürdürdüğü için istihkak davası ile değil, elatmanın önlenmesi davası ile koruma talep edebilir.

Diğer yandan, tapuda malik olarak gözükmüyorsa, örneğin yolsuz tescil var ise<sup>51</sup>, TMK m.922 uyarınca dolaysız sicil zilyetliğine sahip olmaz. Malikin mülkiyet hakkı sicildeki yolsuz bir tescil veya terkin ile ihlal edilmekte ise, sicil zilyetliği gerçekleşmediğinden tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile dolaysız zilyetliğini koruyacak ve bu dava istihkak davasının fonksiyonunu yerine getirecektir. Gerçek malik, tapu sicilinin düzeltilmesi ile tescili kendi adına sağlarsa, taşınmazın dolaysız sicil zilyetliğini de sağlayacaktır.

Gerçek malik adına tescil bulunduğu durumlarda ise, malik taşınmazdaki doğrudan zilyetliğinin sağlanması için istihkak davasına dayanabilir<sup>52</sup>.

Katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının istihkak fonksiyonu yoktur, tapu sicilinin düzeltilmesi davası bir eda davası değil, tespit davası niteliğindedir; bu itibarla sicilin düzeltilmesi davasıyla taşınmazın davacıya geri verilmesi sağlanamaz<sup>53</sup>. Malın zilyetliğinin geri verilmesi için sicilin düzeltilmesi davası ile birlikte

<sup>47</sup> ÜNAL/BAŞPINAR, s. 230; SİRMEN, s. 252; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 445. İstihkak davasının taşınırlardaki fonksiyonunun daha büyük olduğu yönünde bkz. EREN, s. 33 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1131.

<sup>48</sup> EREN, s. 32.

<sup>49</sup> SAYMEN/ELBİR, s. 206; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1130. ERTAŞ, s.978; AYİTER, s. 80 vd.; AYAN, II s. 92; ERGÜNE, s. 36.

<sup>50</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.480.

<sup>51</sup> Tapudaki yolsuz tescil sınırlı aynı hakka ilişkin ise, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, elatmanın önlenmesi fonksiyonu görür.

<sup>52</sup> SİRMEN, s.250; SEROZAN, N.825.

<sup>53</sup> ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.2831,2836; EREN, s.32-33; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.357-358; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 446.

tamamlayıcı nitelikte istihkak davası da açmak gerekir. Zira istihkak davası bir eda davası olarak sadece mülkiyetin kime ait olduğunu tespit etmez, eşyanın malike iadesini de gerçekleştirir aynı bir talep içerir.

Uygulamada tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ve ayrıca istihkak diğer deyişle tescil istemi aynı dilekçede ifade edilmesi usul ekonomisi yönünden pratik olmakla birlikte taleplerin ayrı ayrı dava edilmesi de mümkündür<sup>54</sup>.

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda sicilin dolaysız zilyetliği sağlanmasının mutlak olmadığından hareket eden bir görüş, istihkak davasının sicil zilyetliğini değil eşya üzerindeki fiili hakimiyeti sağlamayı/korumayı amaçlayan bir dava olduğunu; taşınmazlarda eşya zilyetliğinin kaybedilmiş sayıldığı durumlarda malikin dolaysız zilyetliğin geri verilmesini sağlamak üzere elatmanın önlenmesi değil, istihkak davası açması gerektiğini savunmaktadır<sup>55</sup>.

### b. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında istihkak davasının açılabilip açılmayacağı hususunda, TMK m.713/V hükmü, bu maddenin ilk fıkrasında aranan şartların gerçekleşmesi halinde mülkiyetin kazanılacağını düzenlediğinden, bu andan itibaren istihkak davasının açılabilmesi savunulmaktadır<sup>56</sup>.

## 3. TAŞINIRLAR

Taşınır bakımından istihkak davası, birçok durumda taşınır davasının da gündeme geleceği olguları barındırır. Çünkü haksız zilyede karşı istihkak davası açılabilen hallerin büyük çoğunluğunda taşınır davası açmak da mümkündür.

Yalnız malik taşınıra hiç zilyet olamamışsa<sup>57</sup> ya da baştan malın kötüniyetli zilyedi olup sonrasında mülkiyeti kazanmışsa yahut taşınır davası için öngörülen hak düşürücü süre geçmiş ise iadeyi ancak istihkak ile sağlayabilir<sup>58</sup>.

Yine zilyetliğin devri geçerli olduğu halde devre esas sebep işlem geçersiz ise zilyetlik anlaşması sebep işlemden soyut olduğu ve zilyetlik rızaen devredilmiş olduğundan taşınır davası söz konusu olmaz; iade istihkak davası ile gerçekleştirilir<sup>59</sup>.

Doktrinde taşınır zilyetliğinin geri verilmesi veya taşınır davası açma imkanı olduğunda, istihkak davası açılmayacağı iddia edilmiştir<sup>60</sup>. Bu görüşe katılmamaktayız; zira kanunda istihkak davası için bu olgu aranmadığı üzere, her iki dava birbirinden farklı olgulara dayanır ve nitelik ve sonuçları farklıdır. Her iki dava birlikte yarışır. Kaldı ki istihkak davası, diğer zilyetliği koruyan veya hak karinesine dayanan davalara nazaran dolaysız zilyetliğin sağlanmasında daha avantajlıdır<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> EREN, s. 33.

<sup>55</sup> SİRMEN, s. 251; ERGÜNE, s. 70.

<sup>56</sup> EREN, s. 37; ESENER/GÜVEN, s. 188; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 446; SİRMEN, s. 252. AYAN, s. 93.

<sup>57</sup> Öğretide verilen klasik örneği aktarmak gerekirse, tavuğu komşusunun kümesine yumurtlayan kimse yumurtanın iadesi için taşınır davası açamaz. Çünkü yumurtaya hiç zilyet olmamıştır. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1721.

<sup>58</sup> SİRMEN, s. 252; EREN, s. 34. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1716.

<sup>59</sup> ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1654.

<sup>60</sup> AYAN, II, s. 141.

<sup>61</sup> LİVER, SPR V/1, s. 27.

## G. TARAFLARI VE İSPAT YÜKÜ

### 1. DAVA TARAFLARI

#### a. Davacı Taraf: Malik

İstihkak davasının davacı tarafı dolaysız zilyet konumunda olmayan malik yani kural olarak taşınır veya taşınmaz eşyası haksız olarak ele geçirilmiş veya alıkonulmuş ve böylece zilyetliği kaybetmiş olan maliktir<sup>62</sup>.

Davalının iyiniyetle mülkiyeti veya sınırlı bir ayni hak kazandığı durumlarda, davalının malik sıfatı kalmayacağından dava reddedilir.

Malikin zilyet olmaması veya dolaylı zilyet olmasının önemi yoktur<sup>63</sup>.

#### b. Davalı Taraf: Dolaysız Zilyet

İstihkak davasının davalısı, mülkiyetin konusu olan eşyanın haksız doğrudan (dolaysız) zilyedir yani eşyaya haksız olarak el koyan ve hâlihazırda eşyaya zilyet olan kimsedir. Zilyedin eşyaya zilyetliği malike karşı haklı bir sebebe dayanıyorsa, malikin istihkak talebi söz konusu olamaz<sup>64</sup>.

Zilyetliğe haklılık bir intifa veya rehin hakkı gibi ayni hak sahipliğinden ileri gelebileceği gibi kira, ödünç sözleşmesi gibi nispi bir haktan da ileri gelebilir.

Dolaysız zilyet olan davalının eşya üzerindeki zilyetliğinin haksız olması yani zilyetliğin nispi ya da mutlak hakka, ayni bir hakka dayanmaması gerekir. Davalının haksız zilyet olması gerekir.

İstihkak davasının dolaysız (doğrudan) zilyede açılacağı tartışmasız ise de, dolaylı zilyede açılıp açılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüş<sup>65</sup> ve İsviçre yargı uygulaması<sup>66</sup>, eşya üzerinde artık fiili hakimiyeti kalmayan hem dolaylı zilyede, hem de dolaysız zilyede karşı da açılabileceğini kabul etmektedir.

Karşı görüş ise, eşyanın geri verilmesi söz konusu olmadığından, böyle bir talebin istihkak davasının konusu olmadığını istihkak davasının sadece dolaysız zilyede karşı açılabileceğini; ona karşı mülkiyetin tespiti davası açılabileceğini belirtmektedir<sup>67</sup>.

Ancak, istihkak davası yalnızca dolaylı zilyede karşı açılırsa, bu davadan alınan eda kararının dolaysız zilyede icra edilmesi mümkün olmadığından, malikin dolaysız zilyetliği elde etmesi mümkün olamaz. İstihkak davasının hem doğrudan, hem de dolaylı haksız malike karşı açılması gerekir<sup>68</sup>.

Zilyet yardımcısının (hizmet zilyedinin) dava açma hakkı bulunmadığını belirtilim<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> MEIER-MAYOZ, BK ZGB Art.641, N.56; REY, N.2037; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.33.

<sup>63</sup> EREN, s. 38; ESENER/GÜVEN, s. 186; AYAN, s. 93; ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1719.

<sup>64</sup> SİRMEN, s. 254; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1141; EREN, s. 40.

<sup>65</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.48, 60; WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.49; REY, N.2041; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.35.

<sup>66</sup> BGE 5C.119/2002 E.3.1; 102 III94 E.3.

<sup>67</sup> SIMUNUS/SUTTER, I, § 12, N.7, 33 ff.

<sup>68</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.485; SİRMEN, s. 248; AYAN, II, s.142.

<sup>69</sup> WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N47; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.35.

İstihkak davası açılmadan önce zilyetliğini devreden haksız zilyede karşı tazminat davası da açılabilir<sup>70</sup>. Dava esnasında eşya el değiştirmişse, dava konusunun devrini düzenleyen HMK m.125 hükmü uygulanır.

Davalının zilyetliğinin kusurlu olması da aranmaz.

Davalı istihkak davasında aşağıdaki savunmalarda bulunabilir:

- Davacının malik olmadığını;
- Davacının sahip olduğu mülkiyet hakkını kendisinin kazandığını; örneğin, davalı, TMK m.777, 939, 988 hükümlerine dayanarak iyiniyetle mülkiyeti kazandığı savunmasında bulunabilir.
- Doğrudan zilyetliğinin haklı sebebe dayandığını; örneğin, davalı iadeyi engelleyecek bir sınırlı aynı hak kazandığı savunmasında bulunabilir.
- Davalının davacının istihkak davasına dayanmasının TMK m.2'deki dürüstlük kuralına aykırı olduğunu iddia edebilir.

### c. Paylı Mülkiyette

Paylı mülkiyette paydaşlardan her biri, kendi payı için diğer paydaşlardan bağımsız olarak, diğer paydaşlara veya üçüncü kişilere istihkak davayı açabilir (TMK m.688/III).

Paydaşların hepsi ya da paydaşlardan bir ya da birkaçı diğer bir paydaşlar lehine ortak zilyetliğin sağlanması için onları temsilen bu davayı açabilir<sup>71</sup>.

### d. Elbirliği Mülkiyetinde

Elbirliği mülkiyette ortakların belirli payları bulunmadığından, ortaklardan her biri kendi payı için istihkak davası açamaz. Ancak ortaklardan her biri eşya üzerindeki dolaysız zilyetliğine engel olan diğer ortaklara karşı dava açma hakkı saklıdır.

Elbirliği mülkiyette üçüncü kişilere karşı taşınmaz için açılacak istihkak davası, bütün ortaklar tarafından davanın takip edilmesi gerekir. Bu ortağın tek başına dava açamayacağı anlamına gelmez; davanın devamı için diğer tüm ortakların davaya iştiraki, iştiraki sağlanamıyorsa ortaklığa temsilci atanarak davaya devam edilebilir<sup>72</sup>.

### e. İstihkak Talebinin Bölünemediği Durumlarda

Paylı mülkiyette, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğünden önce, 21.06.1944 tarihli 1941-13, 1942/30 Esas, 1944/24 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile istihkak davasının paydaşlardan biri tarafından açılabileceğini kabul edilmiştir.

TMK m.693/III ve m.702/IV hükmüyle, paylı mülkiyette paydaşın, elbirliği mülkiyette ortaklardan her birinin, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceği ve bu

<sup>70</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.60; HAAB/SIMONIUS/SCHRRER/ZOBL, Art.641, N.34; GÜRSOY/EREN/CASEL, s. 363; EREN, s.40.

<sup>71</sup> EREN, s. 38; AYAN, s. 93.

<sup>72</sup> "... iştirak halinde mülkiyet durumunda olan bir taşınmaza üçüncü bir kişi tarafından elatılması halinde bir ortağın MK. nun 618. maddesine dayanarak dava açması mümkün ise de bunu sürdürürebilmesi; diğer ortakların muvafakatını almak veya terekeye bir mümessil atanmasını sağlaması ile mümkün olacaktır. (...) 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...", Y. İBK, 11.10.1982 T., 1982/3 E., 1982/2 K., <https://0214cl5it-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/e-1982-3-k-1982-2-t-11-10-1982>, (Erişim T. 13.05.2019).

korumadan bütün ortakların yararlanacağı belirtildiğinden, artık her ortağın istihkak davasını tek başına açabileceği kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

İstihkak davasında bir kısım paydaşın ya da ortağın açtığı bölünemeyen taleplerde, iadenin davacıya mı yoksa, tüm paydaşlara mı yoksa ortaklara yapılacağı tartışmalıdır. BGB § 1011 atfıyla § 432 hükmünde paydaşların tümüne yapılacağını düzenlemiştir. Türk – İsviçre hukukunda herhangi bir kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kanun boşluğu TBK m.85/I’de düzenlenen bölünemeyen borç hükmünün kıyasen uygulanarak doldurulabileceği kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Bölünemeyen borç borçluların tümüne ifa edileceği kabul edildiğinden, bölünemeyen taleplerde geri iade tüm paydaşlara (ortaklara) yapılmalıdır.

Dava ortaklardan biri tarafından açıldığı takdirde, diğer paydaş ya da ortaklar, bu davanın olumlu sonucundan yararlanırlar; olumsuz sonuçlarından ise etkilenmezler.

## 2. İSPAT YÜKÜ

İspat hukuku bakımından davacının ispat yükü altında olduğu; dava konusunun mülkiyetini geçerli olarak kazandığını ispat etmesi gerektiği, bu faaliyetinde TMK’da düzenlenmiş olan mülkiyet karinelerinden yararlanabileceği ifade edilmektedir<sup>75</sup>.

Yine, dava konusunun taşınır olduğu durumlarda davacının, davalının mevcut zilyetliğinin sağladığı hak karinesini çürütmesi diğer deyişle zilyet olmasına rağmen malik olmadığını da ispat etmesi gerekir<sup>76</sup>.

Davacı paylı mülkiyet ilişkisine dayanıp belirli bir payın maliki olduğunu iddia ettiği takdirde bu payın da varlık ve miktarını ispat etmek zorundadır.

Dava, üçüncü kişilere karşı bir paydaş tarafından açılarak tüm paydaşlara iade isteniyorsa, davacının kendi payı dışında diğer paydaşların da payını ispat etmesi gerekmektedir<sup>77</sup>.

İstihkak davasında, davacı mülkiyet hakkının ispat külfetini yerine getirirken, taşınır için TMK m.985 hükmünde, taşınmazlar için TMK m.922 hükmünde düzenlenen mülkiyet karinelerinden yararlanır<sup>78</sup>. Aynı şekilde, davalı da eşyadaki doğrudan zilyetliğini devam ettirmekte olduğunu, taşınırlarda zilyetlik karinelerinden yararlanır.

Davalı ise, davacının malik olmadığını veya dava konusu malı zilyetliğinde buldurmaya hakkı olduğunu ispat etmek suretiyle davanın reddini sağlayabilir. Davalının zilyetliğe hakkı bulunduğu, onun tarafından ispatı gereken bir itiraz teşkil eder. Davalı çekiş-

<sup>73</sup> “...olağan koruma eylemleri ve buna bağlı olarak onarımlar, mahsullerin toplanması, bozulacak olanların satılması, acele olarak yapılması zorunlu bulunan işlemin yerine getirilmesi ile **istihkak**, elatmanın önlenmesi, tapu sicilinde hak sahipliğinin saptanması gibi taksimi mümkün olmayan talepler ortaklardan her biri tarafından dava yoluyla ileri sürülebilir...”, **Y. HGK, 12.11.2008 T., 2008/14-676 E., 2008/695 K.**, <https://0214cl5it-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2008-14-676-k-2008-695-t-12-11-2008>, (Erişim T. 13.05.2019); **Y. HGK, 30.12.2009 T., 2009/1-577 E., 2009/608 K.**, <https://0214cl5it-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2009-1-577-k-2009-608-t-30-12-2009>, (Erişim T. 13.05.2019). Bkz. **Y. HGK, 05.10.2016 T., 2014/14-1243 E. 2016/958 K.**

<sup>74</sup> **ERGÜNE**, N. 78

<sup>75</sup> **ESENER/GÜVEN**, s.186; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 448; **EREN**, s. 40; **SİRMEN**, s. 254; **AYAN**, s. 94; **ERGÜNE**, s. 74. **ANTALYA**, **ANTALYA/TOPUZ**, **MHY IV/I EH**, N.1700, 1723.

<sup>76</sup> **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 448.

<sup>77</sup> **EREN**, s. 41.

<sup>78</sup> Bu karineler için bkz. **ANTALYA**, **ANTALYA/TOPUZ**, **MHY IV/I EH**, N.1484,1536.

meli şeye davacı ile aralarında mevcut bir aynı veya kişisel hakka dayanarak, örneğin intifa, kira, ödünç vb. ilişkisine dayanarak zilyet olduğunu ve hukuki ilişkinin devam ettiğini ispat ederse istihkak davası reddedilir<sup>79</sup>.

Bunun hukuki sebebini açıklama noktasında öğretide, karşı hakkın sağladığı defi görüşü, malikin eşyayı iadeye ilişkin hakkının muaccel olmadığı görüşü, sözleşme ilişkisinin inhisarilik etkisi görüşü ileri sürülmüştür<sup>80</sup>.

Katıldığımız inhisari etki görüşünü göre, malik, borç ilişkisi devam ettiği sürece mülkiyetten doğan iade talebini, alacak hakkı sahibi dolaysız zilyede karşı ileri sürme hakkını askıya diğer deyişle beklemeye almıştır<sup>81</sup>.

Dava konusu bir taşınır ise, taşınır davası için öngörülen TMK m. 989 hükmünün istihkak davasında da etkili olacağı, yani istihkak davasının davalısı zilyedin taşınır pazar- dan, açık arttırmadan veya benzeri eşya satandan edindiği ve kendisinin iyiniyetli olduğu takdirde ödediği bedelin kendisine verilmesini isteyebileceği; bu istek kabul edilmediği takdirde istihkak davasının reddini sağlayabileceği savunulmaktadır<sup>82</sup>.

## H. HUKUKİ SONUÇLARI

İstihkak talebinin dolaysız zilyede yöneltilmesiyle birlikte dolaysız zilyet, haksız olarak elinde tuttuğu eşyayı geri verme yükümlüğü altına girer.

İstihkak davasının sonucunda verilen kararlar da, mülkiyet hakkının tespiti ile dava konusu olan eşyanın davacıya geri verilmesi sağlanır. Dava sonucunda hakimim vereceği karar, davalının haksız olarak el koyduğu veya alıkoyduğu belirli bir malın veya malların doğrudan doğruya zilyetliğinin geri verilmesine; özellikle taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tahliye karar verilmesini içerir. Malik, netice-i talebinde istihkak davasıyla birlikte mülkiyetin tespitine onunla birlikte veya ondan ayrı karar verilmesini talep edebilir<sup>83</sup>.

Davalı eşyayı rızasıyla vermezse İİK m.24 ve 26 hükümleri uyarınca icra vasıtasıyla bu sonuç sağlanır.

Taşınır konu alan istihkak davasında, malik, mahkeme kararını icra ederek, malın kendisine teslimini icra yolu ile sağlayarak, eşyanın doğrudan zilyetliğine kavuşur.

Davalının iade yükümlülüğüne TMK m.993-995 hükümleri uyarınca haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır<sup>84</sup>.

İstihkak davası mülkiyet hakkına dayanan bir dava olarak da aynı bir dava mahiyetindedir. Bu sebeple zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle tabi değildir<sup>85</sup>.

İstisnai olarak taşınmazların yüz ölçümlerinin yapılarak yeni tapu verilmesi söz konusu olan taşınmazlarda kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren on yıl geçmişse önceki kayıtlara dayanılarak hak iddia edilemez. Dolayısıyla bu on yıllık süre,<sup>86</sup> hak düşürücü özellik göstermektedir.

<sup>79</sup> EREN, s. 41; AYAN, s. 92; ERTAŞ, s. 977.

<sup>80</sup> Bu görüşler için bkz. ÖZEN, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003, s. 11 vd.

<sup>81</sup> ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N. 1829.

<sup>82</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1131; ESENER/GÜVEN, s. 187; SİRMEN, s. 255.

<sup>83</sup> MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.61. Faklı görüş bkz. SIMONIUS/SUTTER, I, § 12, N.34.

<sup>84</sup> ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1836; ANTALYA, MHY V/1, 2 BH GH, N. 3010; AYAN, s. 95; ERGÜNE, s. 80.

<sup>85</sup> EREN, s. 34; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1132, 1135; ERTAŞ, s. 978; AYAN, s. 92, 95; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 231; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 449; ERGÜNE, s. 81.

<sup>86</sup> AYBAY/HATEMİ, s. 117, s. 11.

**KAYNAKÇA**

- AKİPEK, J./AKINTÜRK, T./ATEŞ, D.**, Eşya Hukuku, 2. Baskı İstanbul 2018.
- ANTALYA, O. G./TOPUZ, M.**, Marmara Hukuk Yorumu, Eşya Hukuku, c.IV/1, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G.**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.V/1, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G.**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.V/1, 2, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G.**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.V/1, 3, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G./TOPUZ, M.**, Marmara Hukuk Yorumu, Eşya Hukuku, c.IV/1, Ankara 2019.
- ARNET, R./BELSER, E. M.**, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Zurich – Basel – Genf 2012.
- AYAN, M.**, Eşya Hukuku-I (Zilyetlik ve Tapu Sicili), Ankara 2016.
- AYBAY, A./HATEMİ, H.**, Eşya Hukuku, İstanbul 2010.
- AYİTER, K.**, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.
- EINSELE-WILI, F.**, Die Vindikationszession, Diss. Zürich 1975.
- EREN, F.**, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016.
- ERGÜNE, M. S.**, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul 2017.
- ERTAŞ, Ş.**, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2016.
- ESENER, T./GÜVEN, K.**, Eşya Hukuku 2012.
- GAUCH, P./SCHLUEP, W. R./SCHMID, J./REY, H./EMMENEGGER, S.**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zurich/Basel/Genf 2008.
- GURSKY, Karl-H. J.** Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht Neub. Berlin 2013.
- GÜRSOY, K. T./EREN, F./CANSEL, E.**, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- HAAB, R.**, Zürcher Kommentar; Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729, Lieferung 1-6, 2. A., Zurich 1929 bis 1938.
- HAAB, R./SIMONIUS, A./SCHRER, W./ZOBL, D.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729, 2.Aufl. Zurich 1977.
- HINDERLING, H.**, Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. V/I, hg. von Meier-Hayoz Arthur, Basel/Stuttgart 1977.
- LEEMANN, H.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918, Bern 1925.
- LIVER, P.**, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. V/I, hg. von Meier-Hayoz Arthur, Basel/Stuttgart 1977.
- MEIER-HAYOZ, A.**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum: 1. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981.
- NEUMAYER, K.**, Die sogenannte Vindikationszession (§ 931) im dogmatischen Spannungsfeld zwischen Übereignung und procuratio in rem, in: Kuchinke, Kurt (Hrsg.), Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, FS Heinrich Lange, München 1970.

- OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018.
- ÖZEN, B.**, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003.
- REY, H.**, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum; Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, Bern 1991.
- SAYMEN, F./ELBİR, H. K.**, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.
- SCHMID, J./HÜRLIMANN-KAUP, B.**, Sachenrecht, 5. Aufl., Zurich 2017.
- SEROZAN, R.**, Eşya Hukuku-I, İstanbul 2014.
- SİRMEN, L.**, Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- SUTTER-SOMM, T.**, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. V/I, hg. von Meier-Hayoz Arthur, Basel/Stuttgart 2014
- TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.**, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989.
- ÜNAL, M./BAŞPINAR, V.**, Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2017.
- von TUHR, A./PETER, H.**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zurich 1974-79.
- WIEGAND, W.**, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Hrsg.; **HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas**), Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015.