

İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi Ve Günümüz Hukukuna Te'sirleri

Arş. Gör. Ahmet AKGÜNDÜZ*

I - KONUNUN TAKDİMİ

Makalemize konu olarak seçtiğimiz "Ecrimisil Müessesesi", senclerdir hem doktrini, hem uygulayıcıları ve hem de Yüksek Mahkemelerimizi meşgul etmektedir. Başta terminolojideki kargaşa önlenememiş ve bu müessesenin hukukî mahiyeti ise tamamen karmaşık bir vaziyet almıştır. Bugün de Yargıtayımızın bu konu ile ilgili müstakar bir içtihadının varlığından da bahsedilemez. Zira konu hem Yargıtayımızı, hem de doktrini meşgul etmeye devam etmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu çok yeni bir kararında bu görüşümüzü te'yit etmektedir: "Bilindiği gibi ecrimisil,diğer bir ifadeyle işgal tazminatı konusu Yargıtayı uzun yıllar meşgul etmiş ve fakat bu konuda oluşturulan kazaî içtihatlar yine de uygulamaya yön vermek, kararlılığı sağlamak fonksiyonunu yerine getirememiştir.ancak bu içtihadı birleştirme kararlarına rağmen konu yine de hiçbir zaman açıklığa kavuşmamış ve ecrimisil istenebilmesinin şartları ve ispat yükü konularındaki çelişkiler, kuşku- lar ve duraksamalar daha da yoğunlaşmıştır.." (1).

Öyle tahmin ediyoruz ki bu konu müessesenin varolduğu ve menşei bulunan İslam Hukuk sisteminin ruhuna ve uygulamadaki bakış açısına uygun olarak tahlil edilmedikçe, konuya hep dışardan baktıkça ve eski bir tabiri kullanmıyalım diye yeni mefhumlar icadı için uğraştıkça halledilemez ve neticeye doğru olarak gidilemez (2). Bu sebeple biz bu konunun İslam Hukukundaki mevcut şeklini, temel kaynaklara inerek incelemeye ve Osmanlı uygulamasındaki hâline işaret etmeye çalışacak,

*Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1) YHGK, 13.1.1982 gün ve 1979/2-66 E. 1982/1 K. (YKD. c. 8, sh. 1217 vd.)

2) Böyle pek ilmi olmayan bir yaklaşım için şu ifadeler iyi bir örnek teşkil eder: "Bu ecrimisil mefhumu sakat ve kendisinden geçilemeyecek bir değer taşımayan bir mefhumdur. Bunun müsbet hukukumuzun mefhumları arasına sokulması esaslı bir takım hukuk kâidelerini ihlal etmektedir." YİBK, 1.3.1950 gün ve 11/2 sayılı kararında Sayın Şefkati Kutlu'nun mevcut mütaalalarından alınmıştır. YİBK, Hukuk Bölümü, Ankara, 1980, c. 4, sh. 264 vd.

bu arada günümüz hukukundaki görünümüyle de mukayese edeceğiz. Bazı konularda geçmişle bağımız ister istemez devam etmektedir. Örneğin, Türk hukukunda mer'a, yaylak ve kışlakların hukukî durumu ve bunlara ilişkin anlaşmazlıklar, münakaşası yapılsa da, eski Arazi Kanununun hükümleri çerçevesinde çözümlenmekte ve bu konuda Yargıtay kararlarının menşini de mezkûr hükümler oluşturmaktadır (3). Ecrimisil de bu konulardan biridir kanaatindeyiz.

Ecrimisil konusu şimdiye kadar birçok kıymetli hukukçularımız tarafından ele alınmıştır. Bunlar içinde özellikle rahmetli Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzi-oğlu'nun "Zilyetlikle İadenin Şumülü ve Hususiyile Ecrimisil Meselesi" adlı tezi zikre değer (4). Eski Türkçe'ye de vukufiyeti sebebiyle merhum hocamız konuya en gerçekçi olarak yaklaşın ve konuyu kısmen de olsa inceleyen hukukçu olmuştur. Biz bu araştırmamızda adı geçen eserin ve diğer kıymetli hukukçularımızın araştırmalarından yararlanacağız, ama temelde kaynağımız İslam Hukukunu uzun uzadıya işleyen Fıkıh Kitapları olacaktır.

II - ECRİMİSİL: TANIMI - ŞARTLARI - SINIRLARI

A) Terminoloji

Günümüz hukuk doktrininde ecrimisil tabiri yerine çoğu kere "haksız işgal tazminatı" veya sadece "tazminat" ifadeleri kullanılmaktadır (5). Uygulamada da Yargıtayımız hem "fuzulî işgal tazminatı" terimini hem de "ecrimisil" tabirini kullanmaktadır (6). Bazan doktrinde ecrimisli ifade etmek için "değer kira" deyimini de kullanıldığı görülmektedir (7).

Şunu belirtelim ki hem hukukun kurallarına, hem İslam Hukukunun esprisine en uygun olan ifade ecrimisil ifadesidir. Ecrimisil tabiri hem kapsamca, hem de

3) Bu konuda, bkz. Cin Halil, Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, III. Bası, Diyarbakır, 1984

4) II. bası, İstanbul 1961

5) Bkz: Akipek, Jale G., Türk Eşya Hukuku, Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1972, sh. 279-280, Olgaç, Senal, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, Ankara, 4. baskı, sh. 705 vd. Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978, sh. 327 vd. Gürsoy, K. T., Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, sh. 121 vd.

6) Örneğin bkz: YİBK 9.12.1931 gün ve 29/24 ve YİBK 4.6.1958 gün ve 15/6 sayılı kararlar, HGK, 13.1.1982, 1979/2-66 E. 1982/1 K.

7) Feyzioglu, Feyzi N., Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul 1978, c. 1, sh. 416-417, Zilyetlikte.....sh. 276 vd.

müessesenin hukukî mahiyetini anlatma itibarıyla en uygun olanıdır. Ecrimisil yerine fuzulî işgal tazminatı tabiri kullanılamaz. Zira ecrimisil metre gibi bir ölçü birimi olup, fuzulî işgallerdeki menfaatin tazmininde bir ölçü birimi olarak kullanıldığı gibi, kira bedeli tayin ve tesbit edilmeyen fasit kira akitlerinde de kiralananın kira bedelini tesbit ve tayinde bir ölçübirimi olarak kullanılır. O halde ecrimisil kapsamlı bir kelimedir, bir ölçü birimidir. Eğer bir şey suiniyetli zilyet tarafından gasbedilmiş ve menfaatinden yararlanılmış veya yararlanılmadan menfaat ziyan edilmişse o şeyin ecrimisil kadar haksız işgal tazminatı takdir edilir. İşte burada ecrimisil haksız fiil tazminatı olur (8). Ecrimisil yerine sadece tazminat kelimesi de kullanılamaz. Zira ecrimisilin tamamen kira bedeli mahiyetinde olduğu haller de vardır. Ancak o hallerde değer kira ecrimisil ifadesinin yerini tutar (9). O halde kabul etmek gerekir ki bir gayrimenkule değişik sebeplerle el konulmuş olabilir. Önemli olan bu ecrimisil kelimesinin her ne sebeple el konulursa konulsun, bir gayrimenkulün menfaatine yani ondan yararlanmaya karşılık olarak istenen ıvaz olmasıdır. Eğer gayrimenkulün zilyedi gâsıp ise, onun ecrimisili haksız işgal tazminatı olarak tesbit edilir; bir akde dayanıyorsa, o gayrimenkulün değer kirası olarak ecrimisil takdir edilir. Zilyet hüsnüniyetle kendi mülkü sanarak kullandıysa bazı hukukçulara göre, zulme meydan vermemek için ecrimisil tazminat olarak takdir edilir. Kısaca ecrimisil bu tabirlerin yerini tutar; ama diğerleri bunun yerini tam tutamaz (10). Daha sonraki izahlarımız bu konuyu yeterince aydınlatacaktır.

8) Mecelle, md. 596, 597, 598, 414, 472, Aksi fikir: bkz: YİBK, 25.5.1938 gün ve 29/10 sayılı kararında F. Hulusi Demirelli'nin mütalaasındaki fikirleri, "İleti mücerret gasp ve işgalden ibaret olan zararın tazminine mütedair olup ecrimisil denilmesi pek de isabetli olmayan tabir.." YİBK, Hukuk Bölümü, Ankara, 1978, c. 1, sh. 386 vd.

9) İbn Abidin, Muhammed, Reddül-Muhtar, Mısır, 1966, c. 6, sh. 48 vd. Ali Haydar, Dürerül-Hükâm, İstanbul, 1330 H. c. 1, sh. 771, 861, 809, Mecelle, md. 414, 472, 462, 526, 480.

10) İbn Nüceym, Zeynülâbidin, El-Eşbah Ven-Nezâir, Kahire, 1387/1968, sh. 267-268, 284-285, 365-366, Suyûfî, Celâlüddin Abdurrahman, El-Eşbah, Kahire, tarihsiz, sh. 391 vd. Zeylaf, Fahrüddin Osman, Tebyñül-Hakâik, Mısır, 1315 H. c. 5, sh. 542-543, 233-234, Bu konuda YİBK 1.3.1950 gün ve 11/2 sayılı kararında mevcut rahmetli Ali Himmet Berki'nin şu ifadeleri bizim görüşümüzü te'yit etmektedir: "Deniyor ki, Medenî Kanunda ve Borçlar Kanununda bu tabirler yok, bunlar bırakılmalıdır. Bırakalım ne diyelim? Tazminat bir defa bu yanlış bir ifadedir. Çünkü tazmin kelimesinin çoğuludur. Ödemeler demektir. Bu, mevzuya yakıştı mı? Zamân (tazmin etmek anlamında) diyelim, bu umuñ bir tabirdir, ayların istihlâkinde zamân, menfaatin istihlâkinde zamân, şunda zamân, bunda zamân veya tazminat rica ederim. İlmî bakımdan bunun kıymeti nedir? Herşeyden sarf-ı nazar Kanun Koyucu ecrimisil tabirini güzel bulmuş ve birçok hususî kanunlarda kullanılmıştır. Ecrimisilin hukukî bir mefhumu vardır. Bu mefhum şahıslara göre değişmez." (YİBK, Hukuk Kısmı, 4/255-257)

Burada bir de fuzulî işgal ve şâgil gibi terimlere değinmek istiyorum. Bu terimlerin bazı yazarlarca (11). eski hukukumuzdan geldiği söylenmektedir ki kanaatimizce doğru değildir. Zira İslam Hukuku kaynaklarında ecrimisil, hem fasit kira akitleri çerçevesinde hem de gasb konusunda mevzubahistir. Fuzulî işgal tabiri sadece gasbı karşılayabilirse de, fuzulîden ziyade cebren işgal tabirini kullanmak daha yerindedir (12). İslam Hukukunda suiniyetle zilyetlik gasb diye nitelendirilmekte, zilyedin iadesi ile yükümlü bulunduğu tabii semereler ve bazı medenî semereler için "zewâid-i mağsûb", gasbedilen şeyin kendisi için "ayn-ı mağsûb" ve gasbedilen şeyin kullanımı (intifa) için ise "menâfi-i mağsûb" tabirleri kullanılmaktadır. Bizi burada ilgilendiren sadece "menâfi-i mağsûb" dur ve makalemizin konusu içinde bir bölümü işgal edecektir (13).

Bu konuda özetle şunları söyleyebiliriz: araştırmalarımız neticesi ortaya çıkmıştır ki, uzun zamandır ecrimisil terimi üzerinde münakaşa ediliyor. Bazılarınca bu kelimenin kullanılmaması ısrarla isteniyor. Ancak bu münakaşanın ve ısrarlı karşı çıkmanın mana ve maksudını anlamak mümkün değildir. Bilindiği üzere her ilmin bir lisanı vardır; her ilimde o ilim erbabınca kabul edilmiş bir takım terimler, istilâhlar bulunur. Öğrenim ve öğretim bu tabirlerle olur. İlmî kavramlar başka türlü ifade olunamaz. Tıp, kimya, geometri velhasıl bütün ilimler ve bu meydana hukuk ilmi de böyledir. Kendisine has ifade ve terimleri vardır. Bunlar şunun bunun tarafından değiştirilemez, terkedilemez. Ancak bunların yerine başka birer tabir kabulü ile hukukçuların çoğunluğu değiştirebilir. Kanun koyucu dahi umurun kabul ettiği lafızları değiştirmez. Bu kanunuda yoktur diye hukuk bilginlerinin, hakimlerin, avukatların kullanageldekleri herhangi bir terim terkedilmelidir denemez. Semâvî hukuk sistemlerinde de böyledir. Örneğin, İslam Hukukunda sayısız terimler vardır. Bunlar Kur'an'da, hadiste yoktur, kullanmayalım diye kimsenin aklından geçmemiştir. Şurası da unutulmamalıdır ki, terimlerin çokluğu bir kıymettir, mensup olduğu ilmin o nisbette tekâmülünü gösterir. Terimlerin azlığı iptidâilikten başka bir şeye delâlet etmez. İşte İslam Hukukundan kalma ecrimisil ve bedelimsil tabirleri de terkedilmesinde zarardan başka bir şey olmayan ilmî ve hukukî tabirlerimizdendir (14).

11) Bkz: Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978, sh. 172 vd. YİBK, 25.5.1938 gün ve 1937/29 E., 1938/10 K. sayılı kararı ile 1.3. 1950 gün ve 1947/11 E., 1950/2 K. sayılı kararlarındaki üyelerin mütalaarı bu konuda yeterli fikir ve bilgi vermektir. (YİBK, Hukuk Kısmı, c. 1, sh. 370-415, c. 4, sh. 243-266) YHGK, 13.1.1982 gün ve 1979/2-66 E., 1982/1 K. (YKD, c. 8, sh. 391 vd.), İbn Nüceym, age. sh. 365-366

12) Suyûtî, age sh. 391 vd., Zeylaî, age. c. 5, sh. 120-133, 233-234, Mâlik, b. Enes, El-Müdevvenetü'l-Kübrâ, Mısır, 1323 H. c. 5, sh. 356, c. 4, sh. 472 vd. 542-543.

13) Ali Haydar, age. 2/772 vd., 2/837 vd., 1/949 vd. Mecelle, md. 596-598 890-903

14) YİBK, 1.3.1950 gün ve 1947/11 E., 1950/2 K. sayılı karardaki ikinci Hukuk Dairesi Başkanı, Ali Himmet Berki'nin mütalaası, (YİBK-Hukuk Bölümü, c. 4, sh. 254-255)

B) Tanımı**a) Genel Olarak**

Genel olarak İslam Hukukunda karşılıklar (ivazlar) iki çeşittir :

Birincisi; miktarı belirtilen, akit esnasında zikredilen karşılıklar (ivazlar)dır ki buna müsemma ivaz denir. Örneğin, bir malı satarsınız, alıcı ile pazarlık yaparsınız, 30000 TL. sına anlaşsınız. Bu muayyen olan bedel müsemma ivazdır, yani belirli bir karşılıktır. Malın gerçek değeri olup olmaması önem taşımaz. Başka bir örnek verecek olursak, bir kiralananı kiraya verirsiniz. Kiracı ile aylık 15000 TL. ya anlaşsınız. Bu müsemma kira bedelidir. Veya bir kadınla evlenirsiniz, evlenme akdi esnasında kadının mehrini 500000 TL. olarak tesbit edersiniz. Bu müsemma mehir-dir.

İkincisi; önceden tesbit edilmeden, miktarı belirtilmeden bir şeyi sattığından, bir iş yaptığından veya bir malı kiraya verdiğiinden vs. den dolayı karşılık isteyen tarafın sattığı, yaptığı veya kiraya verdiğiine benzer şeyler için, yani emsali için ödemesi uygun görülen takdîrî veya misli karşılıktır (15a). Bu da, akitte belirtilmediğinden sonradan emsaline göre tesbit edilmiş bir kadının mehrî ise, mehrimisil adını alır (15b). Şayet bir malın gerçek ve emsaline uygun değeri ise, bedelimisil veya semeni-misil yahut da kıymet adını alır. Farzedelim ki , bir şahıs sizin şu dolma kaleminizi kirdi, sizin isteyeceğiniz bu markadaki kalemler ne ediyorsa, kaleminizin bedelimisli de odur (16). Arazinin miktarını, dönümünü, sınırlarını ve yerine göre verimliliğini bilen tarafsız erbab-ı vukufun takdîr eyledikleri muayyen bedel olursa, buna da tapuy-u misil denilir (Arazi Kanunu, md. 59). Nihayet bu takdîrî ve misli karşılık (ivaz), bir şeyin kullanımının ve ondan yararlanmanın, kısaca o şeyden elde edilen menfaatin karşılığı olarak, ehlince tesbit edilmiş bir karşılık (ivaz) ise, buna da ecrimisil denilir. Genellikle birşeyin karşılık (ivaz-ücret) verilerek kullanımının elde edilmesi kira akdi ile normalde mümkün olmasından dolayı ecrimisil tabiri kullanılmıştır. Görülüyor ki bu tabirler o kadar yerinde ifade edilmiştir ki hem mefhumunu hem de mefhumunun nasıl tahakkuk edeceğini, ettirileceğini ifade ediyorlar (17). Umumiyetle takdîrî ve misli karşılıkların, akdin bulunmadığı (suiniyetle zilyetlikle olduğu gibi), ortadan kalktığı (akdin ibkasında olduğu gibi), fasit olduğu yahut da akitde bedelin zikredilmediği zamanlarda sözkonusu olduğunu da burada hatırlatalım. Ve asıl konumuza geçelim (18).

15a) Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1982, c. 2, sh. 456 vd., İbn Nüceym, age. sh. 362-367, Suyûtî age. sh. 367-398 15b) Hukuk-u Aile Kararnamesi md. 80

16) Mecelle, md. 154 Ali Haydar, age. 1/340. 17) Mecelle, md. 414 415

18) Genel olarak bu konu için bkz: İbn Nüceym, age. sn. 362-367, Suyûtî, age. sh. 367-398, İbn Recep, Abdurrahman, El-Kavâid, Mısır, 1972, Kâide No: 46, 48, 79, YİBK, 25.5.1938. t. ve 29/10 s., 1.3.1950 t. 11/2 s. kararları, YİBK, Hukuk Bölümü, 1/370-373 vd., Feyzioğlu, Zilyetlikte... sh. 28-52

b) Ecrimisil Nedir?

Hemen belirtelim ki ecrimisil Arapça bir kelimedir, daha doğrusu iki kelimeden oluşan bir terkip, bir kelime gurubudur. O halde önce bu terkipi oluşturan kelimelerin hukuki anlamlarını belirtelim.

Ecr, ücret demektir. Ücret de kira bedelinin eş anlamlısı olarak, eşya ve insandan elde edilen menfaatin karşılığında verilen ivaza denir. Bir şeyden kullanma yoluyla istifalanan şahıs, o menfaat karşılığı bir bedel ödemesi gerekir ki buna ücret adı verilir. Kısaca kira bedeli demektir (19).

Misil kelimesi ise benzer ve değer anlamındadır. Etimolojik sayılabilecek bu kısa izahtan sonra şunu belirtelim ki ecr, yani birşeyden elde edilen yararlanmanın (menfaatin) karşılığı olarak verilen ivaz, belli esaslara göre tesbit edilmiş, tarafların rızasına bakılmadan piyasa değeri, emsalinin menfaati için takdir edilen değerler esas alınarak belirlenmişse bir ecrimisil sözkonusu demektir. O halde ecrimisil şöylece tarif edilebilir: İster hiç akdin bulunmaması nedeniyle, ister mevcut akdin ortadan kalkması veya fasit olması sebebiyle, birşeyden yararlanma yoluyla elde edilen menfaatin (menâfii a'yân) karşılığı olarak, belli esaslara göre tesbit ve takdir edilen menfaatin piyasa değerine ecrimisil adı verilir. Örneğin sizin bir eviniz var, birisi hiçbir akde dayanmadan haksız olarak işgal etti, böyle olmasaydı kiraya verecek, istifade edecektiniz. Bundan mahrum kaldınız. Veya kiraya vermişsiniz. Elde olmayan sebepler yüzünden kira müddeti belirlenenden fazla uzadı. Uzayan müddet için kira bedeli tesbit etmemişsiniz. Yahut da kira akdi yaptınız, ama kira bedelini tayin etmediniz. İşte bütün bu durumlarda özellikle birinci durumda, başka zararınız da yoksa, bu zarar yani eşyadan elde edilen menfaatin başkası tarafından kullanılması veya zayi edilmesi zararı nasıl anlaşılacak? Bunun yolu ecrimisildir. Yani benzeri evlere bakaçayız. O evler sahiplerine ne ücret (ecr) temin ediyorsa ve edecek durumda ise o kadar ücret yani ecrimisil (değer kirası veya diğer bir ifadeyle emsalinin getirdiği kira) size verilecektir (20).

Şunu önemle arzedelim ki ecrimisil bir ölçü birimidir. Ecrimisil illa da kira akdi sonucu verilen bir bedel değildir. Belki herhangi yolla olursa olsun, bir şeyin kullanılmasıyla elde edilen veya edilecek olan menfaatin (intifam) muteber bir kira akdiyle karşılığı (kira bedeli) belirlenmemişse, o menfaati elde eden veya elde etmeyi

(19) Mecelle, md. 404, Ali Haydar, age. 1/675, Feyzioglu,, Zilyetlikte... sh. 28-52

(20) Mecelle, md. 414, 461, 462, Ali Haydar, age. 1/682-684, İbn Nüceym, age. sh. 365 vd., Suyûtî, age. sh. 391 vd. Zeylal, age 5/120-133, 5/233-234, Remeli, Şemsüddin Muhammed, Nihâyetül-Muhtac, Mısır, 1386/1967, Kâdizâde, Şemsüddin Ahmed, Netâicül-Efkâr, Mısır, 1317, H.c. 7, sh. 174-161, H. Atıf Bey, Mecelle Şerhi, teksir, İstanbul, 1309, 3. cüz, sh. 89-90, Feyzioglu, age. sh. 28-52

ihmal eden ecrimisil vermekle mükellef tutulacaktır. Nitekim Yargıtayımızın da bu konuda gerekli araştırmalar yapmak üzere görevlendirdiği komisyonun raporu ecrimislin ne olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Ama h r nedense hukukî mahiyeti hakkında doğru teşhis konamamıştır. Yargıtayın 25.5.1983 gün 29/10 sayılı içtihadı birleştirme kararında zikredildiği üzere ecrimisil, hem hiçbir akde müstenit olmaksızın vaki işgalden dolayı, (21) hem kira müddetinin bitiminde uzatılmamak şartıyla vaki olan akit üzerine ve müddet bittikten sonra elde olmayan sebepler yüzünden uzatılmasından dolayı (22) ve hem de ücret tesmiye edilmemiş olan sarih veya zımnî akitlerden (fasit akitlerden) dolayı (23) istenebilecek olan hem bir tazminat, hem de bir değer kiradır. Yani ecrimisil bir  l u birimidir. Metre kumaş da, arsa da ölçebildiği gibi, ecrimisil de tazminat olarak da, değer kira olarak da karşımıza çıkabilir. Bu konuyu "Ecrimisil gereken hukukî ilişkiler" başlığı altında uzun uzadıya işliyeceğiz.

O halde ecrimisil umumi bir tabirdir. Bunu "illeti, mücerret işgalolan zararı karşılayacak tazminat" (24) diye tanımlamak hatalı olduğu gibi, sadece kira bedeli olarak görmek de hatalıdır. Ecrimisil, biraz sonra yapacağımız izahlardan da anlaşılacağı üzere, bir Şeyden elde edilen medeni semerelerin en d şuk değer de değerdir (25).

Günümüz hukukunda da ecrimisil manasında mefhumlar mevcuttur. Örneğin, TBK. md. 223, satıcının taksitle sattığı Şeyin kullanma imk nını alıcıya peşin olarak geçirmiş olmasından doğan "münasip bir kira bedeli"nden bahsetmektedir. Bu ecrimisil den başka bir Şey değerdir (26a). Ayrıca bu tabirin bugün birçok kanunlarımızda kullanıldığını müşahade etmekteyiz. Mesela, 6.6.1939 tarih

(21) TMK, md. 908 deki suiniyetli zilyedin sorumluluğu bu kısma girer. Mecelle de bu durumu 597, 598 ve 599. md. lerinde açıklamaktadır.

(22) Bu durum TMK. 906 ve 907 deki hüsnüniyetli zilyedin sorumluluğuna girebilir. Mecelle bu konuyu 480, 526, 527. md. lerinde düzenlemiştir.

23) Bu konuya hukukumuz ve İslam Hukukunun bakış açıları değeriktir.

24) YİBK, 25.4.1938 gün 29/10s. Kararı (YİBK, Hukuk Bölümü, 1/384-385), Gürsoy, age. sh. 121 vd., Olgaç. age. sh. 708 vd

25) Akipek, age. sh. 279, HGK, 30.3.1974, 1-56/312 s. (YKD. 1976 sh. 141)

26a) Feyzioğlu, age. Özel Kısım, 1980 1/158

ve 3699 sayılı kanun" hazineye ait ecrimisillerin aranmaması hakkında kanun" adını taşımaktadır. Aynı şekilde 2490 sayılı ve 2.4.1934 tarihli "Arttırma, Eksiltme Ve İhâle Kanunu"nun 67.ci; "Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu" nun 57.ci; "Batalıkların Kurutulması Ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkındaki Kanun"un 10.cu maddelerinde bu tabire rastlamaktayız (26b). Ayrıca TTK, nun md. 22. de bahsettiği ve bazı hallerde tacirin isteyebileceğini açıkladığı "münasip bir acret" de ecrimisilden başka bir şey değildir (26c).

Bir şeyin kullanılması karşılığı alınacağı söylenen ecrimislin tesbit usulleri nelerdir? Şartları nedir? Şimdi de bu konuyu aydınlatmaya çalışalım.

c) Ecrimislin Tesbit Yolları

İslam Hukukunda ecrimislin tesbit yolları, YHGK nun "...ve ecrimisil istenebilmesinin şartları ve ispat yükü konularındaki çelişkiler, kuşkular ve duraklamalar" (26d) şeklindeki tereddüdüne mahal bırakmayacak şekilde açık seçik izah edilmiştir. Biz kısa da olsa bu usullere değineceğiz.

İslam Hukukunda menfaatin tazmininde ölçü birimi olan ecrimislin tesbiti şu dört yol ile yapılabilir :

a) Bilirkişi

Bir şeyden elde edilecek önemli semerelerden olan menfaatin tesbitinde birinci yol tarafsız bilirkişilerin emseline kıyaslayarak o şeyin, örneğin bir evin emsal kirasını takdir edip belirlemeleridir. Bilirkişiler, adalet ve hakkaniyetten ayrılmayarak, zaman ve ecrimisli belirlenecek şeyin bulunduğu mekânı, yani köyü, şehri ve mahalle-yi, evin manzarasını ve diğer vasıflarını gözönünde bulundurup, ona emsal teşkil edebilecek evlerin değer kiralarına göre ecrimisli takdir etmeleri gerekir. Özellikle kiraya verilebilecek durumda olan şeylerin ecrimisli takdir edilirken şu iki noktaya dikkat edilmelidir :

1- Kiraya verilebilecek durumda olan eşyanın getireceği menfaate denk olabilecek diğer bir şeyin menfaatine....Örneğin, planları hemen hemen aynı olan üç oda bir salonu bulunan bir evin ecrimisli tesbit edilirken, benzeri olan bu büyük-lükteki evlerin kaç kiraya verildiğini, yararlanma karşılığı ne kadar kira getirdiğini tesbit etmek gerekir.

26b) Saymen, F. H./Elbir, H.K. Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963, sh. 119, Feyzioğlu, Zilyetlikte... sh 276-291.

26c) Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara, 1981, c. 1, sh. 143-144 Krş: Mecelle, md. 561-566, Feyzioğlu, age sh. 276-291.

26d) YGHK, 13.1.1982, gün ve 1979/2-66 E. 1982/1 K. (YKD. c. 8, sh. 1217).

2- Sadece üç oda bir salonlu evlerin kira bedelini göz önünde bulundurmak yeterli olmaz. Ayrıca bu vasfıtaki bir evin ne zaman kiraya verildiğinin (1950 de mi yoksa 1983 de mi) göz önünde bulundurulması lazım geldiği gibi, evin nerede, binanın hangi cephesinde olduğunu da hesaba katmak gerekir. Zira aynı büyüklükte olsa da öncephede veya arka cephede oluşu, Beyoğlu'nda veya Şile'de bulunuşu, ayrıca manzaralı veya manzarasız oluşu gibi kira bedeline tesir eden faktörler de bu konuda önem arzeder (27).

Ecrimisli takdir eder bilirkişiler, eğer ecrimislin miktarında ittifak ederlerse bir problem çıkmaz. Ama ittifak edemezlerde ayrı ayrı takdirde bulunurlarsa, en, azı değil (28). orta yollu olanı tercih edilir. Bir evin ecrimislinde bazıları 12000 TL bazıları 10000 TL, bazıları da 11000 TL takdir ederse o evin ecrimisli 11000 TL kabul edilir (29).

Ecrimisli takdir edenlerin tarafsız olması gerekir. Yoksa tarafsız olmayan bilirkişilerin sözüne itibar edilmez (30).

Bilirkişilerin ecrimisil takdiri, şer'an kabul edilen şehâdet gibi değildir. Bu sebeple bu şeyin ecrimislinin şu kadar olduğuna şahidim demeye gerek olmadığı gibi, İmam-ı A'zam ve Ebu Yusuf'a göre bilirkişilerin illa da şahitlikteki sayı kadar olmasına da lüzum yoktur, Ama İmam Muhammed en az iki erkek veya bir erkek ile iki kadının bilirkişi heyetini oluşturmasını şart koşmuştur (31).

Ecrimisil, genellikle bilirkişiye başvurularak tesbit edildiği için, Mecelle ecrimisli tarif ederken şu ifadeyi kullanmıştır: "Ecrimisil, bigaraz ehl-i vukufun takdir ettikleri ücrettir" (32). Yoksa bu ifade ecrimislin tam tarifi değildir.

b) Davalının İkrarı

Ecrimisil bazı davalarda da davalının ikrarı ile tesbit edilir. Örneğin, davacı "davalının kullanma yoluyla yararlandığı dükkânımın aylık ecrimisli 40000 TL dir." der. Davalı da bunu ikrar ve tasdik ederse ecrimisil tesbit edilmiş olur (33).

27) Mecelle, md. 414, Ali Haydar, age. 1/682-683, İbn Abidin, Reddül-muhtar, 6/45 vd., Kâdizâde, age. 7/394-396, Bâbertî, Ekmelüddin, Şerhul-İnâye Alel-Hidâye, 7/394-396

28) Akipek age. sh. 279

29) İbn Nüceym, age. 366 Ali Haydar, 1/683

30) Mecelle, md. 1700, Ali Haydar, age 1/683

31) Ali Haydar, age 1/683, 7 Haziran 1984 tarihli ve 3012 sayılı Kanuna göre, ecr-i misli (ra-yiç ve emsale uygun olan kira bedelini) tesbit edecek bilirkişi heyetinin resmi dairelerce bildirilen teknik elemanlardan; ticaret odası temsilcisinden ve bir de hukukçudan olmak üzere en az üç kişi olması gerekir (R.G. No. 18424, sh. 2).

32) Mecelle, md. 414

c) Şahit

Ecrimisil, şahitlerin şehâdetiyle de tesbit olunabilir. Şöyle ki; ecrimislin miktarında davacı ile davalı arasında ihtilaf olursa, örneğin davacı ecrimisli 20000 TL dir ve davalı ise, ancak 10000 TL dir dedikleri takdirde, ecrimislin isbatı için, bilirkişilerin şehadet niteliği taşımayan mütalaaları yeterli değildir. Fakat bu konuda getirilecek şahitlerin bu işi bilmeleri gerekir(34a). Unutulmamalıdır ki İslam Hukukunun diğer şahitliklerde aradığı nisap burada da aranmaktadır. Yani iki erkek veya bir erkek ile iki kadının şahitlik etmesi şarttır (34). Taraflar ecrimisil için her ikisi de şahit getirseler, fazlayı iddia eden tarafın delili tercih edilir. Zira deliller ispat için meşru kılınmıştır. İttifak ettikleri miktarda delillerin çatışmaları olmamakla delili değerlendirmek için küllisiyle hükmolunmak lazım gelir (35).

d) Yemin

Ecrimisil yeminle de belirlenebilir. Şöyle ki: mal sahibi ecrimisli iki şahit ile ispat edemediği takdirde, ecrimislin miktarında muteber olan söz, ecrimislin iddia ettiğiinden fazla olmadığına yemin etmesi şartıyla davalıdır, yani ecrimisli istenen şeyi kiracı gibi kullananındır. Örneğin, mal sahibi "Malımın ecrimisli 10000 TL dir." diye dava etse, davalı da "5000 TL dir." diye fazlayı inkâr tse, mal sahibi de davasını iki şahit getirerek ispat edemez ise muteber olan söz, yemin etmesi şartıyla davalıdır. Zira "beraat-i zimmet asıldır" (36). Yoksa bazı kimselerin o şeye 50 000 TL kira vermeleri, ecrimislin de o kadar olduğunu göstermez. Ecrimüsemmâ ise ecrimisle eşit, ondan fazla veya eksik olabilir (37).

D - Ecrimislin Şartları Ve Sınırları

Şunu hemen belirtelim ki ecrimisil, mutlaka piyasada mevcut para cinsinden takdir edilir. Yoksa müsemma kiranın cinsiyle bağlı değildir. Mesela, kira bedeli buğday olarak ödenecekken akit fasit olduğu sonradan ortaya çıkması halinde ecrimisil para olarak ödenir (38). Bilindiği gibi ecrimüsemma para olarak karar-

33) Ali Haydar, age, 1/684

34) Mecelle, md. 1685-1688, Ali Haydar, age. 1/684, Kâdizâde, age. 7/394-396

34a) 3012. Sayılı Kanun ile Karşılaştırtınız (RG, No: 18424).

35) Mecelle, md. 1762, Ali Haydar, age. 4/616 vd. İbn Nüceym, age. sh. 267-268

36) Mecelle, md 8

37) Ali Haydar, age. 1/684, İbn Nüceym, age. sh. 267-268, Suyûtî, age. sh. 391 vd

38) İbn Nüceym, age. 366, Ali Haydar, age 1/683, Zeylaî, age 5/120-123

laştırılacağı gibi, misli veya gayrimisli eşya, hatta menfaat olarak da kararlaştırılabilir (39). Halbuki ecrimisil sadecé para olarak takdir edilebilir.

Ecrimislin sınırlarına gelince; Ecrimislin sınırını tesbit için konuyu ikiye ayırmak gerekir :

1) Fasit de olsa bir akde istinad ederek ecrimisil istenen durumlarda;

a- Taraflar belli bir kira bedeli üzerinde anlaşmışlar, fakat akit başka bir sebeple fasit hale gelmiş ise, bu arada kiralanan da kullanılmışsa, tesbit edilecek ecrimisil Hanefilere göre, önceden üzerinde anlaşmaya varılmış olan kira bedelini (ecrimüsemmayı) aşamaz. Çünkü taraflar normal zamanda bu müsemma kiraya razı olmuşlardır.

b- Buna karşılık kira akdinde hiç ücret zikredilmemişse veya zikredildiği halde belirsiz ise, bu durumda tesbit edilecek ecrimisil için bir üst sınır yoktur. Bu çeşit üst sınırı olmayan ecrimisillere "bâliğan mâ belağa ecrimisil" adı verilir. Çünkü ortada, aşılması kaydı konabilecek belirlenmiş bir kira bedeli (ecrimüsemma) yoktur (40). Benzer bir durum sahih kira akdinde de söz konusu olabilir. Akitte kira bedeli olarak gayrimisli bir eşya kararlaştırılmış ve bu eşya kiralayana teslim edilmeden telef olmuşsa akit infisah eder ve kiracı o zamana kadarki kiralananı kullanmasına karşılık ecrimisil öder. Bu ecrimisil için de bir üst sınır yoktur (Baliğan mâ belağa ecrimisil) (41).

Ayrıca Hanefi hukukçulardan Serahsi, ecrimisil için bir de alt sınırdan bahsetmektedir. Şöyle ki, içinde oturulmaması şartıyla bir evin belli bir süreyle kiralınması, bu şartın akdin gereğine aykırı olması sebebiyle fasit bir kira akdidir. Ancak kiracı buna rağmen evde oturursa ecrimisil vermesi gerekir ve bu verilecek ecrimisil de, fasit de olsa akit esnasında kararlaştırılan ecrimüsemmadan az olamaz. Çünkü kiracı oturmaksızın mezkûr ecrimüsemmayı üstlendiğine göre, oturduğunda daha yüksek kira ödemeye bile razı olmak mecburiyetindedir (42). Sonuç olarak

39) El-Kâsânî, Bedâ'î, 4/193, Mecelle, md. 463, Serahsi, El-Mebsût, 15/139, İbn Rüşd, Bidâyetül-Müctehid, 2/256

40) Kâsânî, age. 4/218, El-Fetâval-Hindiye, Heyet, Beyrut, 1980, 4/424, Mecelle, md. 462, Ali Haydar, age. 1/772-775, Kadri Paşa, Muhammed, Mürşidül-Hayran, Mısır, 1358 H., md. 575.

41) Serahsi, age, sh. 141, c. 15

42) Serahsi, age. 15/149, Ali Haydar, age. 1/773, İbn Abidin, age. 6/48 vd

diyebiliriz ki, zikredilen üç meselede de Hanefi hukukçularına göre ecrimisil için hiç bir üst sınır yoktur. Miktarı neye ulaşırsa ulaşınsın (bâliğan mâ belâğa ecrimisil) kiracı ödemek mecburiyetindedir. Son meselede ise alt sınır da mevcuttur ki bu da ecrimüsemâmîdir (43). Bu üç meseleye bir de şunu ekleyebiliriz : Eğer ecrimisli istenen kiralanan, vakıf malı veya yetim malı ise her zaman ecrimisil için üst sınır söz konusu değildir (44).

Özetleyecek olursak, Hanefilerin çoğunluğuna göre, fasit kira akitlerindeki ecrimisiller üç şekilde olabilir :

- a.) Ecrimüsemâmî kadar ecrimisil
- b.) Üst sınırı olmayan (bâliğan mâ belâğa) ecrimisil
- c.) Ecrimüsemâmîyi geçmemek üzere ecrimisil.

Son şık, fasit de olsa kira bedeli bilinen hallerde, diğerleri ise kira bedeli bilinmeyen hallerde şözkonusu olur diye hülâsa etmek mümkündür (45).

Buraya kadar zikrettiğimiz görüşler Hanefi hukukçulara aittir. Hanefilerin bu görüşüne karşılık diğer İslam Hukukçuları ve Hanefilerden de İmam Züfer, ecrimisil için bir üst sınır olmadığını ifade ederek görüşlerini takviye bakımından fasit kira akdindeki ecrimisli, evlenme akdindeki "mehrimisle" ve satım akdindeki "bedelimisle" kıyaslamaktadırlar. Bu durum, yani Hanefilerle diğer mezhepler arasındaki bu ihtilaf; Hanefilerin fasit akde hukukî bir değer vermesi, diğer hukukçuların ise menfaate malî ve iktisadî bir değer tanımasından kaynaklanmaktadır (46).

2) Hiçbir akde müstenit olmaksızın, gasb veya benzeri şeylerden dolayı ecrimisil istenen durumlarda, talep edilen ecrimisil için, ne Hanefilere göre ne de diğer İslam Hukukçularına göre bir üst sınır bulunmamaktadır. Fıkıh kitapları bu sebeple sadece "ecrimisil lazım gelir" şeklinde meseleyi mutlak olarak zikretmektedirler (46b).

43) Ali Haydar, age. 1/773, İbn Abidin, age. 6/48 vd

44) Ali Haydar, age. 1/774, İbn Abidin, age. 6/49 vd

45) Ali Haydar, age. 1/772, 775, Mecelle, md. 462, İbn Abidin, age. 6/48 vd., Zeylal, age. 5/542 vd., Kâdizâde, age. 7/394 vd, Mürşidül - Hayran, md. 575 h.

46) Remilî, age. 5/170 vd., İbn Hacer, El-Heytemî, Şihâbüddin Ahmed, Tuhtetül Muhtac, Beyrut, ofset, tarihsiz, c. 6, sh. 29-31, İbn Abidin, age. 6/49 vd. ve El-Ukûdûd-Dürriye, Mısır, 1300 H. 2/166, Ali Haydar, age. 1/774, İbn Kudame, El-Muğnî, Mısır, 1969, c. 5, sh. 331

46a) Mecelle, md. 596-599, 471, Ali Haydar, age. 1/794 vd., 949 vd

E - Ecrimislin Hukuki Mahiyeti

Günümüz tatbikatında bilhassa gayrimenkullerde haksız zilyedlerin istifadesi bakımından bu mesele gündeme gelmiş ve İslam Hukukundan geldiği ileri sürülen ecrimisil veya fuzulî işgal (47) tabirleri kullanılır olmuştur. Meselenin çıkış sebebi şudur : Suiniyetli zilyet elinde bulundurduğu bir şeyi semerelendirmeyip kendisi kullanırsa ne olacaktır? TMK. nun 908. md.sindeki "elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler" ifadesi nasıl anlaşılacaktır? Semere deyimini ile bağlı kalırsak, kötü niyetli zilyedin şeyden elde ettiği fakat semere niteliğinde olmadığı ileri sürülen faydalanmalardan sorumlu olmaması gerekecektir. Fakat bu halde de, kötü niyetli zilyedi sorumluluktan kurtarmak da hukuk anlayışına aykırı düşecektir. İşte bu durumda, kötü niyetli zilyedi tazminata mahkûm etme ihtiyacı, kanunumuzun dar ve muğlak olan ifadesi karşısında, eski hukukumuzdan kalma ecrimisil müessesesine başvurmaya zorlamıştır. Yani gasbedilen şeyden vaki faydalanmanın neden ibaret olduğuna bakılmaksızın, suiniyetli zilyet ecrimisille sorumlu olacaktır. Ancak uygulanacak zamanlaşımının tesbiti için bu ecrimislin hukukî mahiyeti nedir? Esas konumuz budur ve asıl ihtilaflar da buradadır (48).

Yargıtay bazı kararlarında bu müesseseyi kira bedeline benzeterek açıklamış ve kira bedeli gibi beş senelik mürûruzamana tabi olduğunu belirtmiştir. (49) Bazı kararlarında ise, fuzulî işgalin bir haksız fiil sayılması gerektiğini savunmuş ve bir senelik zamanlaşımına tabi olduğunu açıklamıştır (50). Doktrinde her ikisini de savunan meülfiler olduğu gibi (51) ecrimisil müessesesinin ve bu arada TMK. 908. md. deki hükmün sui generis kanunî bir mesûliyet olduğunu ileri sürenler de olmuştur (52). Bazıları da bunu gayrihakiki vekâletsiz işgörmeye benzetirken (53), bu müesseseyi sebepsiz zenginleşmeye de benzetenler mevcuttur (54).

47) Daha önce de belirttiğimiz gibi fuzulî işgal tabiri İslam Hukuundan gelme bir tabir değildir.

48) Gürsoy/Eren/Cansel, age. sh. 172-174, Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, 1978, sh. 132 vd., Akipek age. sh. 279 vd., Olgâç, age. sh. 705 vd

49) YİBK, 10.6.1931 g. ve 2/40 s. ile 25.5.1938 g. 29/10 s. (RG. sy. 4063-7528), Feyzioğlu, age. sh. 276-291

50) YİBK, 8.3.1950 g. ve 22/4 s. ve 1.3.1950 g. 11/2 s (YİBK, Hukuk Bölümü, 4/271 vd., 243 vd.), Feyzioğlu, age. sh 276-291.

51) Bkz: Gürsoy, age sh. 121 vd., Oğuzman/Seliçi, age, sh. 132 vd. Olgâç, age. sh. 705 vd., Akipek, age. sh. 266 vd., 282 vd

52) Akipek, age. sh. 265 vd., Feyzioğlu, age. sh. 119 vd., 272 vd. 323 vd.

53) Tandoğan, Haluk, Vekâletsiz İşgörmeye, Ankara, 1957, sh. 312, 25.5.1938 g. 29/10 s. (YİBK, Hukuk Kısmı, 1/370 vd)

54) Akipek, age. sh. 267, Karaman, age. 2/458 vd

Bu görüşlerden hangisi tercih edilecektir?

Kanaatimizce birisini tercih edip, kestirip atmak doğru değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, ecrimisil bir ölçü birimdir. Önemli olan ecrimisilin bir şeyin menfaatinin yani bir şeyden kullanma yoluyla intifanın takdiri karşılığı olduğunu bilmektir. Değişik sebeplerle gayrimenkule el konulmuş olabilir. Bunların hepsinde aynı nazariyeyi benimsemek doğru olmaz. Ayrıca bir şeyden yararlanmanın, iktisadi bir değeri olan gayrimaddi bir mal kabul edilip edilmemesi de konunun değişik şekillerde yorumlanmasına sebep olabilir (55).

Bütün bu sebeplerle biz ecrimisil gereken hukuki münâsebetleri teker teker ele alacak ve görüşümüzü her hukuki münâsebeti inceledikten sonra ayrı ayrı belirteceğiz.

III - ECRİMİSİL VERİLMESİ GEREKEN HUKUKİ MÜNASEBETLER

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ecrimisil, İslam Hukukunda akdin bulunmadığı (gasb; suiniyetli ziyetlik), akdin varken ortadan kalktığı veya herhangi bir sebeple akdin fasit olduğu durumlarda sözkonusu oluyordu. İşte biz bu durumları şimdi teker teker ele alacağız:

A - Hiçbir Akde Dayanmayan Hallerde Ecrimisilin Lüzumu (Özellikle Gasb= Suiniyetli Ziyetlik)

Bu konu günümüz hukukundaki ziyetlikte iâdenin mevzuu ve şumûlû konusunu ilgilendirmektedir. Yani bir şeye suiniyetle ziyet olan kimse o şeyi hak sahibine iade etmekle mükellef olmakla beraber, haksız olarak alıkoymuş almasından doğan zararları ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereleri de tazmin etmekle mükelleftir (TMK, m. 980). Bir şeyin belli zamanlarda hasil ettiği ve örfün o şeyden tahsis suretine göre istihsâlini uygun gördüğü mahsuller manasına gelen tabii semerelerin iâdenin kapsamında olduğu şüphe götürmemektedir (TMK, m. 620). Nitekim İslam Hukukunda da buna "zevâid-i mağsûb - gasbedilen malda meydana gelen ziyadeler" adı verilmekte ve suiniyetli ziyedin bunu mutlaka iade etmesi, yoksa zararını tazmin etmesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca bu konuda geniş izahlara girişildiğini de belirtelim ve dipnotumuzda sadece kaynakların zikri ile yetinelim (56).

55) YİBK, 25..1938 g. ve 29/10 s. (YİK, Hukuk Kısmı, 1/373-374), Oğuzman/Seliçi, age. sh.5-8 Karaman, age. 2/481, Mecelle Tadil Komisyonu Raporları, Ceride-i Adliye, c. 2, sh. 902 vd., Ali Haydar, age. 1/949 vd

56) Mecelle, md. 903-906, Ali Haydar, age. 1/837 vd. İbn Abidin, age. 6/204-206, Bilmen, Ömer Nasûhî, Hukuk-u İslamiye Ve İstilâhât-ı Fikhiye Kâmusu, İstanbul, 1970, 7/343-346, Zeylal, age. 5/232-233, Kâdizâde, age. 7/388 vd

Asıl ihtilafı olan hukukî semerelerdir. Ve hukukî semerenin mahiyetini tesbit ve tayindir. Bir şeyden para ve diğer şekillerde alınan fâiz, kira bedelleri ve benzeri şeyler hukukî semere mefhumu altında düşünölmektedir. TMK. md 907 ve 908 deki "zilyedin elde ettiği semereler" deyimiyle hukukî semereler de kastedölmüştür. 908 deki "elde etmeyi ihmal ettiği semereler" kavramının nasıl açıklanacağı ise aslında tartışmalıdır. Yani bir şeyden kullanma yoluyla intifa'lanma, hukukî semere kavramının içine girer mi girmez mi? Bir şeyden elde edilen bu intifa iktisadî bir değeri olan mal sayılır mı, sayılmaz mı? Bu intifanın, yani o şeyden elde edilen menfaatin suiniyetli zilyetçe kullanılması veya kullanılmadan zayi edilmesi bir zarar kabul edilir mi, edilmez mi? İşte bu makalenin temelini bu soruların cevabı teşkil edecektir (57).

Öyleyse çözümlenecek mesele şudur : Suiniyetli zilyedin (gâsıbın) gasbettığı şeyden elde ettiği menfaatler tazmin edilir mi, edilmez mi? Yararlanırsa da veya yararlanmayıp da menfaatini zayi etse sorumlu olur mu, olmaz mı? Bu meselede ve meselelerin hukukî mahiyetinde bir çok hukuk sistemlerinde olduğu gibi, İslam Hukukçuları da ihtilaf halindedirler. Konuyu genel olarak ele alalım (58a).

a) Bir Şeyden Elde Edilen Menfaati Mal Kabul Etmeyen ve Kullanma İle Yararlanmayı Medeni Semere Olarak Benimsemeyenler

İslam Hukukçularından Hanefilere göre, iade ile mükellef olan suiniyetli zilyet, malın aslından ve tabii semerelerinden başka (zevâid-i mağsûb), gasbedildiği müddet içinde elde edilen menfaat ve yararlanma ile suiniyetli zilyet istifade etse de etmese de mal sahibinin yararlanamadığı, elden kaçırdığı menfaati (intifa) tazmin etmez. Bu görüşe gerekçe olarak Hanefi Hukukçuları şunları ileri sürmektedirler:

Burada meydana gelen hukukî münasebet gasbdır (Haksız fiil). Haksız fiilde ise, suiniyetle zilyet olan kişi elindeki malı helâk olduğu takdirde tazmin ile mükelleftir. Menfaat karşılığı verilecek şey, kira bedeli olan ücrete benzemektedir. Halbuki ücret ödeme ile tazmin mükellefiyeti bir arada bulunmaz. "Ücret ile zamân müctemi" olmaz." esası genel bir hukuk kâidesidir (Mecelle, md. 86). Ayrıca tazminat bir şeyin benzeri varsa (misli mevcutsa) mislini, yoksa kıymetini vermek demektir. Bir şeyden elde edilen menfaat ise, ne misli ve ne de gayr-i misli mallardandır. Öyleyse menfaat tazmin edilemez. Yani birşeyden elde edilen menfaat hukuken iktisadî değeri olan bir mal değidir. Bu sebeple ziyayı zarar sayılmaz. Yani menfaatin gasbı hakkın ihlali de olmayacağından bir zarar sözkonusu olamaz ve tazminattan sözedilemez. Zira menfaat sadece ortaya çıktığı anda mevcut olup, biriktirilmesi, işgal ve ihraz yolu ile iktisabı mümkün olmaz. Ortaya çıkmadan önce yoktur, elde edil-

57) Mecelle, md. 472, 597-599, Ali Haydar, age. 1/975-977, 949-958, Zeylal, age. 5/233-234, Kâdi-

zâde, age. 7/394-396, Olgaç, age. 706 vd. Akipek, age. 277

58a) Bkz: Feyzioğlu, Zilyetlikte.... sh. 53 vdb 276 vd. 299 vd

mekle de tekrar yok olacaktır. Menfaatî mal edinme de mümkün olmadığından mal olma sıfatı da düşünülemez. Ayrıca malın ihraz ile iktisap edilebilmesi "mal-i mütekavvim-değeri olan mal"ın tarifinde şart koşulursa menfaatte mütekavvimlik vasfı da yoktur. Bu sebeple Hanefî Hukukçuları "menfaatler tek başına mütekavvim mal kabul edilmez, akde dayanılmayan hallerde tazmini gerekmez." demişlerdir. Bir diğer sebep de, kullanma ile telef edildiği söylenen menfaat ile tazminatta sözkonusu olacak bedel arasında ne şeklen ne de mahiyet itibariyle bir benzerlik sözkonusu değildir. Gasp sebebi ile tazminatta ise, tazmin edilen şey ile tazminat olarak veriler şey arasında benzerliğin bulunması şarttır. Kısaca bir şeyden yararlanma yoluyla intifa iktisadî değeri olan bir mal değildir. Zıya mal sahibi için bir zarar teşkil etmediğinden tazmin edilmesi de sözkonusu olamaz (58b).

Bu görüşleri kendisine esas alan Mecelle de aynı görüşleri kanunlaştırmış bulunmaktadır :

Buna göre; Bir kimse bir maldan sahibinin izni olmaksızın ve herhangi bir akde de müstenit bulunmaksızın kullanma yoluyla yararlanmış ise veya o malı alarak kullanmayıp da elinde tutarak sahibini yararlanmaktan engellemişse, bu fiili gasp sayılarak menfaatleri tazmin etmesi gerekmez. Ancak haksız olarak elinde tutmuş olmasından dolayı meydana gelen eksiklikleri, zararları ve zevâidi (tabii ve diğer semereleri) tazmin etmekle mükellef olur (59). Örneğin, bir kimse başkasının evinde herhangi bir akde dayanmaksızın kendi kendine, suiniyetle bir müddet otursa, mezkûr müddet için ecrimisil vermesi gerekmez. Ancak sâkin olduğu müddetin ecrimisilini verse, suiniyetli ziyet artık istirdat davası da açamaz (60).

b) İstisnâî Durumlar

Hanefilerin bir şeyden kullanma ile intifaî (bir şeyin menfaatini) mal kabul etmemeleri ve menfaatin tatil veya itlafının tazminata sebep olamayacağına dair mevcut görüşleri, son Hanefî hukukçular tarafından tenkit edilmiştir. Ve biraz sonra açıklayacağımız Şafîilerin görüşünü kabul eder duruma gelmişlerdir. Şimdi bu gelişmeyi tetkik edelim :

Son yüzyıllarda ahlakın bozulması ve menfaat hırsının sevkiyle yetim ve vakıf mallarına olan teşvüvlerin artması sebebiyle, bir şeyden kullanma yoluyla

58b) Hâdimî, Ebu Said Muhammed, Mecâmiül-Hakâik, İstanbul, 1318 H. sh. 370 ve Serahsî, age. 11/78-80, Zerka, Mustafa Ahmed, El-Fıkhu'l-İslâmî, Beyrut, 1972, 3/125, İbn Nüceym, El-Bahrür-Râik, 5/277, Kâsânî, age. 7/145, Zeylal, age. 5/233-234, Kâdızâde, age. 7/394 vd., Mecelle, md. 86, 127, 472, 596-599, Ali Haydar, age. 1/975-797, 749 vd., 2/839-840, Mecelle Tadil Komisyonu Raporları, Ceride-i Adliye, 2/894-911, Feyzioğlu, age. sh. 28-52

59) Ali Haydar, age. 1/949 vd., Mecelle, md. 472, 596, Oğaç, age. sh. 706 vd. Oğuzman/Seliçi, age. sh. 132, YİBK. Hukuk Bölümü, 4/243 vd., 4/270 vd

60) Ali Haydar, ae. 1/951, Mecelle, md. 596

elde edilen menfaatin tazmin edilmesi lazım geldiği müdafaa edilmiştir. Binaenaleyh son zamanlardaki Hanefî hukukçular, yetimlerin ve vakıfların mallarını korumak ve gelecek tecavüzleri engellemek için, suiniyetli zilyetlerin bu gibi yerlerden yararlanmalarına karşılık tazminata mahkûm edilmelerini kabul ettikleri gibi, bir başkasının kiraya verilebilecek bir malını (61) (muaddün liliştigâl olan bir malı) (62) suiniyetle ve hiçbir akde dayanmaksızın gasbederek ondan kullanma ile yararlanması (istifay-ı menfaat etmesi) halinde de telef edilen menfaatin ecrimisil ile tazminini uygun görümleridir (63). Nitekim Mecelle'yi şerheden Ali Hayder Efendi bu konuda şöyle demektedir: "Şu Hanefilere ait delillere göre vakıf ve yetim mallarında da menfaatin tazmin edilmemesi gerekir işe de, hukukçuları, halkın yetim ve vakıf mallarına da göz dikmelerini nazar-ı itibara alarak bunlarda menfaatlerin tazminini istihsan yoluyla (64) caiz görmüşlerdir (64a). Böyle hükmeden sonraki Hanefî hukukçular bu meselede müctehitlerden bizim üç imamımızın (Ebu Hanife, Ebü Yusuf, Muhammedin) içtihatlarıyla amel etmeyip, Şafî mezhebini kabul ettikleri anlaşılıyor. Bu zamanda menfaatlerin büyük bir değeri vardır. Mesela bir kimse bizzat kendisi için inşa ettirmiş, olduğu sayfiyenir, senelik ecrimisli yetmiş altın olduğu halde, o kimsenin orada bulunmamasından istifade ederek suiniyetli herhangi bir zilyet orada üç sene otursa, Hanefî hukukçulara göre ecrimisil ödemesi gerekmezken, Şafî hukukçulara göre ecrimisil ödemesi gerekir. Sonradan gelen Hanefî hukukçuları aşağıda zikredeceğimiz üç gurup malların menfaatlerinin tazmini konusunda, Şafî mezhebinin görüşünü kabul ettiklerinde, bütün malların menfaatlerinde, yani maldan elde edilen veya edilmesi mümkün olan istifade ve faydanın tazmini konusunda, Şafî mezhebi kabul edilmek ve buna göre amel olunmak üzere yüksek iradenin alınması münasip olup olmayacağını, asrımızın hukukçuları görüşerek bir karara varmalıdırlar." (65). Bu isteğin nası' yerine getirildiğini biraz sonraya bırakarak, önce menfaatlerinin tazmini kabul edilen üç gurup malı inceleyelim:

61) Aynı fikir için bkz: Oğuzman/Seliçi, age sh. 134-135

62) Mecelle, md. 417, Ali Haydar, age. 1/686-687

63) Mecelle Tadil Kom. Raporları, Cer. Ad. c. 2, sh. 903

64) İslam Hukukunun tali kaynaklarından. Zaruret, maslahat, örf ve adet, sarîh hadis veya icma gereği umumî prensibi bırakarak istisnâî hükmü tercih etmektedir. (Zeydan, Abdülkerim, El-Veciz, İstanbul, 1979, sh. 193-197, Bilmen age. 1/174 vd.)

64a) Nitekim Osmanlı Temyiz Mahkemesi de bu görüşü destekleyen kararlar vermiş bulunmaktadır: "Çiftlikteki eve ecrimislin lüzumu muaddün lil istiğâl olması şartıyla meşrûr iken mahkemeye bu cihetlere aff-ı nazar olunmaksızın bervech-i meşrûh akif sahih veya fasit olmaksızın ecrimislin tahsiline hüküm verilmesi hükmün nakzını müstelzimidir." Temyiz Mah. HD. 12 Kânun-ı evvel 1326, gün ve 2486 K. (Ceride-i Adliye, sene 2, sh. 1600-1602)

65) Ali Haydar, age. 1/950, Benzeri görüşler için bkz; Olgaç, age. sh. 712 vd Gürsoy/Eren/Cansel, age. sh. 172 vd., YİBK, 25.5.1938 g. 29/10 s. (YİBK, Hukuk Kısmı, 1/370 vd.) Postacıoğlu, İhan, Suiniyet Sahibi Zilyetlerin Ecrimisille Mükellef Olup Olmadığı, İHFM, 1951, c. XVII, sy. 1-2, Akipek, age. sh. 279-280, Oğuzman/Seliçi, age. sh. 133 vd

Gerçekten son Hanefi hukukçularına göre, bir akde veya sah'bin'in iznine dayanmaksızın suiniyetli zilyet başkasının malını kullanarak yararlandığı takdirde, bu mal müaddün lil istiğlal bir mal, vakıf malı veya yetim malı ise ecrimislini vermesi gerekir. Fakat mal sahibi suiniyetli zilyetten ücret istedikten sonra yine kullanmaya devam ederse, o mal müaddün lil istiğlal olmasa bile istediği ücreti vermesi gerekir. Zira bu durumda kullanmaya devam etmekle sanki ücrete razı olmuş ve akit yapmış gibi kabul edilir (66). Bu üç gurup mala gelince;

1) Muaddün Lil İstiğlal Olan Mallar

Bunlara kiraya verilebilecek mallar denildiğini günümüz hukuk doktrininde de müşahade ediyoruz (67). İslam Hukukçuları bu gurup mallardan neler arlaşılabileceğini açıkça beyan etmişlerdir. Bu izahlara göre söz konusu mallar üç çeşittir :

aa- Birincisi, kiraya verilmek üzere hazırlanmış ve belirlenmiş şeylerdir ki aslında kiraya verilmek üzere inşa edilmiş veya satın alınmış ev-dükkan gibi gayrimenkuller ile otomobil ve hayvan gibi menkul eşyalardır. Buna göre suiniyetli bir zilyet başkasına ait bir evi, bir akde veya mülkiyet iddiasına dayanmadan kullanırsa ecrimisil ödemek mecburiyetinde kalır. Yine sahibinin izni olmadan bir otomobili veya hayvanı bir müddet kullanan kimsenin ecrimislini ödemesi gerekir. Kullanılan eşyanın menkul veya gayrimenkul olması farketmez (68).

bb- İkincisi; birşeyin arka arkaya ve birbiri ardınca üç sene kiraya verilmesi o şeyin muaddün lil istiğlal (kiraya verilebilen mal) olduğuna delildir.

cc- Üçüncüsü; bir kimse kiraya vermek için değil de, kendisi için yaptırmış olduğu bir şeyin muaddün lil istiğlal olduğunu ilan ve ihbar ederse o da bu gurup mallardan sayılır. Böyle bir malı kullananın üzerine ecrimisil gerekmesi için, o malın

66) Mecelle, md. 472, 596, Ali Haydar, age. 1/975-797, 1/950 vd

67) Oğuzman/Seliçi, age. sh. 134-135, Olgaç, age. sh. 708 vd., YİBK, 1.3.1950, g. 11/2 s. (YİBK, Hukuk Bölümü, 4/243 vd)

68) Mecelle, md. 417, 596, Ali Haydar, age. 1/686, 950-955, İbn Abidin, age. 6/206 vd., 62 vd., İbn Nüceym, age. sh. 365-366, Zeylal, age. 5/233-234

bu guruptan bir mal olduğunu bilmesi gerekir (69). Yani ev gibi muaddün lil istiğlal olduğu meşhur olmayan muaddün lil istiğlal mallarda ecrimisil'in lüzumu için o malın muaddün lil istiğlal olduğunu suiniyetle kullanan kimsenin bilmesi gerekir. Nitekim Mecellenin 417. md. de buna işaret olunmuştur. Bilip bilmediğinde ihtilaf olursa, muteber olan söz yemin etmesi şartıyla kullanılanıdır. Han, hamam ve otel gibi muaddün lil istiğlal olduğu meşhur ve açık olduğu halde, suiniyetli zilyet bunların muaddün lil istiğlal olduklarını bilmediğini iddia etse tasdik olunmayıp bâliğan mâ belâğa ecrimisil lazım gelir (üst sınırı olmayan ecrimisil) (69).

2) Vakıf Malları

Suiniyetli zilyedin kullanma ile yararlandığı mal, eğer vakıf malı ise o malın menfaatlerini tazmin ederek, mutlaka sakin olduğu müddetin ecrimisilini ödemesi gerekir (70). Vakıf mallarından yararlanan hüsünüyetli zilyedin de kira bedeli olarak ecrimisil ödeyeceği ileride açıklanacaktır (70a).

3) Yetim Malları

Suiniyetli zilyet kullanma ile intifa ettiği yetim mallarının da ecrimisilini ödemek mecburiyetindedir.

Şunu da belirtelim ki ecrimisil ödemeye mahkûm edilen suiniyetli zilyet, kusur ve teaddisi bulunmaksızın sadece kullanmadan mütevellit eksiklikleri ve zararları tazminden sorumlu değildir. Hanefilere göre ya ecrimisil veya kullanmadan mütevellit bu eksikliklerden doğan zararlar ödetilecektir. Yetim veya vakıf mallarında meydana gelen eksiklikler ecrimisilden fazla miktarda ulaşırsa eksikliklerin tazmini gerekeceği gibi, ecrimisil fazla olduğu takdirde ecrimisilin tercih edilerek tazmin ettirilmesi gerekir. Gasbederek kullanma sebebiyle meydana gelen eksiklikler Mecelle'nin 886. md. de açıklanan kurallara göre hesaplanır (71).

69) Mecelle, md. 417, 596, Ali Haydar, age. 1/686-687, İbn Abidin, age. 6/206 Osmanlı Yargıtayı da bu konuda Mecelle hükümlerini uygulamış ve Hanefi mezhebinin görüşlerini tercih etmiştir. Nitekim Temyiz Mahkemesinin şu kararlarında aynı hüküm tekrar edilmektedir: "Mezkûr hanenin muaddün lil istiğlal olduğu anlaşıldığı takdirde müddetin ecrimisil talebine hakkı derkâr iken bundan zühûl ederek vech-i muharrer üzere karar verilmesi yolsuz olduğundan temyiz edilen hükmün bozulmasına.."Temyiz Mahkemesi, HD. Karar No: 5616, "Ev hakkında ecrimisil'in lüzumu muaddün lil istiğlal olması şartıyla meşrut iken bu ciheti tetkik etmeksizin ecrimisil hüküm verilmesi mücibi nakzıdır." Tem. Mah. 2477 K. (Cer. Adliye, sene 2, sh. 850, 1674 vd.)

69a) Ali Haydar, age 1/954

70a) Bkz. 3012 sayılı ve 30/5/1984 tarihli Kanun (RG. No: 18424)

70) Mecelle, md. 472, 596, Ali Haydar, ae. 1/950 vd. İbn Abidin, age. 6/206 71) Ali Haydar, age 1/954

Suiniyetli zilyetlerin intifa ettiği gayrimenkuller Mirî Arazi veya tahsisat kabilinden olan vakıf araziler olursa bunun hükmü Mecelle ahkâmına değil, hususi kanunlarına tabidir (71a). Osmanlı Temyiz Mahkemesinin de bu çeşit arazilerde ecrimisil lazım gelmeyeceğine dair kararları mevcuttur (72).

c) Mecelle Tadil Komisyonunun Vardığı Sonuç

20 Mayıs 1340 (1921) tarihinde kurulan Mecelle Tadil Komisyonu, Mecelle-yi şerheden Ali Haydar Efendi'nin yukarıda zikrettiğimiz temennisini (73) gerçekleştirmiş ve bu konuyu Şafî mezhebindeki temel kâideye uyararak çözüme bağlamıştır.

Komisyon raporuna göre, menfaatler tazmin edilmelidir. Zira bu görüş hem zamanımızın iktisadî görüşlerine uymakta, hem de menfaatlerin tazminini kabul etmemek kuvvetlileri ve zalimleri zayıfların ve kimsesizlerin mallarını gasp ve zapta teşvik manasını taşımakta ve aynı zamanda gasp davalarının da sürüncemede kalmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple kiraya verilebilir olmak (muaddün lil istiğlal) şartını ihtiva eden Mecelle'nin 417. md.si kaldırılmalı ve 472. md. ile 496. md. si şu şekilde tadil edilmelidir :

472. md. "Bir akde müstenit olmaksızın ve izinsiz olarak, bu kimse birinin malına elkoysa ecrimisil lazım gelir." Eski şekli şu idi: "Min gayr-i akd ve bilâ izin bir kimse birinin malını istimal ettiği surette, muaddün lil istiğlal ise ecrimisil lazım olur. Değil ise lazım olmaz. Fakat mal sahibi ücret mütâlebe ettikten sonra istimal eder ise muaddün lil istiğlal olmasa dahi ücret itası lazım gelir. Zira bu halde istimal etmesiyle ücrete razı olmuş olur."

496. md.: "Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimal etmiş olsa ecrimisil lazım olur". Eski şekli ise şöyledir: "Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimal etmiş olsa, gasp kabilinden olarak menfaatini ödemek lazım gelmez. Fakat mal-i vakıf ya mal-i sağır ise her halde ve muaddün lil istiğlal ise tevil-i mülk ve akit olmadığı halde zaman-ı menfaat yani ecrimisil lazım olur.

Bir kimse âherin hanesinde akd-i icare etmeksizin hod be hod bir müddet sakin olsa ücret vermesi lazım gelmez. Fakat ol hane vakfın ya sağırin malı ise gerek tevil-i mülk ve akit bulunsun ve gerek bulunmasın her halde sakin olduğu müddetin

71a) Krş. Arazi Kanunu, md. 21.

72) "Davacı, davalıdan arazi ve evin ecrimisilini iddia eylemiş ise de dava edilen müddet için icare akdi bulunmadıkça Arazi-i Emriyede ücret lazım gelmeyeceğine... "Tem. Mah. HD. 12 Kânunu evvel 1326 gün 2486 K. (Ceride-i Adliye, sene 2, sh. 1600-1602), "Arazi-yi Miriyede akd-i icare olmadıkça ücret lazım gelmeyeceğine..." Tem. Mah. 13 Kânunuevvel 1326 gün ve 2477 K. (Ceride-i Adliye, sene 2, sh 1674 vd.)

73) Bkz: Ali Haydar, age 1/950

ecrimisilini vermesi lazım gelir. Kezalik muaddün lil istiğlal olup da tevil-i mülk ve akit olmadığı halde yine ecrimisil lazım olu" (74).

Hanefi mezhebinin son aldığı durumu gördükten sonra, görüşlerin tahlilini ve günümüz hukukuyla mukayesesini yapmadan evvel, kısa da olsa Şafîilerin görüşünü de tetkik edelim :

d) Menfaati Medeni Semere Kabul Edip Tazminini Gerekli Görenler

Bu konuda en özlü ve istikrarlı görüş Şafî mezhebine mensup hukukçulara aittir. Bunlara göre; ister ev ve benzeri gayrimenkullerden, isterse hayvan ve benzeri menkullerden olsun, suiniyetli ziyeledin kullanma ile elde ettiği yararlanmalar, yani o şeyin menfaatleri, suiniyetle ziyet olan şahsa, haksız fiil esasına dayanılarak mülka tazmin ettirilir. Ölçü yine ecrimisildir. Sadece kendisinden faydalanma sözkonusu olmayan veya hukukun ve şer'an kira akdine konu olamayan şeylerin kullanılması ecrimisil şeklinde takdir edilen tazminatı gerektirmez. Hava, bir buğday tanesi gibi... (75) Malikiler, Şafîilerin bu görüşünü ancak fiilî istifade halinde kabul etmektedirler (76).

Menfaatlerin tazminini isteyenlerin gerekçeleri de şudur: Bunlara göre menfaat iktisadî değeri olan bir maldır. Malın ziyayı ve gasbı tazminatı gerektirir. Bir şeyin menfaatinin tazminatı da o şeyin ecrimisilidir. Mal demek, insan yararına yaratılmış şeyler demektir ki menfaat de böyledir. Hem maldan esas maksat intifa olduğuna göre, menfaatin de mal olması gerekir. Özetle ifade etmek gerekirse, menfaatler diğer mallar gibi tazmin edilecekti. Aksi iddia edilemez (77).

e) Müessesenin Hukukî Mahiyeti Ve Günümüz Hukukuna Tesirleri

Günümüz hukukunda da hem Hanefîilerin görüşünü destekleyen hukukçular, hem de Şafîilerin görüşlerini destekleyen hukukçular bulunmaktadır. Yargıtay da bazan bir tarafı, bazan da diğer tarafı destekleyici olabilecek kararlar almıştır ve almaktadır. Günümüz hukuk doktrininde ve Yargıtay kararlarında ecrimisilin hukukî mahiyeti de tartışmalı olduğundan mesele daha da karışık bir vaziyet almıştır. Ancak yukarıdaki bilgiler ışığında bu konudaki görüşleri şöylece değerlendirmek mümkündür:

74) Mecelle Tadil Komisyonu Raporları, Cer. Ad c. 2, sh. 902-909

75) Remlî, age. 5/170 vd., İbn Hacer, age. 6./29-31, Şirâzi, Mühezzeb, 1/367, Ali Haydar, age. 1/950

76) Mâlik, Müdevvene, 5/356, Karaman, age. 2/481

77) Serahsî, age. 11/78-80, Zerkâ, age. 3/205, Zeylai, age. 5/233, Kâdizâde, age. 7/394-396, Suyûtî, age. sh. 391 vd

Önce ecrimislin hukukî mahiyeti üzerinde duralım; İslam Hukukunda bu konuda ihtilaf yoktur. Zira suiniyetli zilyedin yukardan beri anlattığımız sorumluluğu haksız fiil (gasp) esasına istinat etmektedir. Çünkü bütün İslam Hukukçuları bu konuyu "Kitâbül-Gasb" başlığı altında işlemişlerdir ki gasb, haksız fiilden başka bir şey değildir (78). Ancak Hanefiler menfaatin zıyanı zarar kabul etmedikleri için, onlar açısından bu konudaki sorumluluk, haksız fiil olmasına rağmen, sui generis kanunî bir mesûliyet görünümü arz etmektedir. Bu bir gasb fiilidir, ama gasb sebebiyle tazminata mahkûm edilmek için aslında bir zarar sözkonusu değildir. Zira bahsi geçtiği üzere menfaatin zıyanı zarar sayılmamaktadır ki tazminat da sözkonusu olsun. Şafîîler ise meseleyi çok rahat izah edebilmektedirler. Çünkü onlara göre bu bir gasb fiilidir. Menfaat denen mal zayi edilmiştir. Bir zarar sözkonusudur. Ecrimisil de o zararın tazminatıdır. Yani her iki gurup da meselenin bir haksız fiil olduğunu kabul ediyorlar, ancak haksız fiil sorumluluğunda zarar unsuru arandığından menfaatin zıyanının zarar olup olmadığına ihtilaf ediyorlar (79a). Hanefilerdeki dalgalanma ve istikrarsızlık günümüz hukukuna da aksetmiştir diyebiliriz (79b).

Yukarda da belirttiğimiz üzere, günümüz hukukunda münakaşası yapılan mesele şudur: TMK. m. 908 deki "elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler" kavramına kullanma ile intifa girer mi, girmez mi? Ayrıca zamanlaşımı açısından m.908 deki mesuliyetin hukukî mahiyeti nedir?

Birinci sual, iki ayrı gurup açısından ayrı ayrı cevaplandırılmıştır:

aa- Birinci gurup hukukçular, Şafîîlerin görüşünde olduğu gibi, bir şeyden kullanma ile intifaın tazmin edilmesi gerektiğini, bu maddenin" ve diğer menfaatler" şeklinde anlaşılmasının zarurî olduğunu açıklamışlardır ki, kanaatimizce bu görüş adalet ve hakkaniyete daha uygundur (80). Bir malı kullanma ile ondan yararlanma da semere kavramına girmelidir. Zira menfaat de gayrimaddî eşyalar gurubuna girer ve iktisadî değeri olan bir mal kabul edilir. Yargıtay'ın da 8.3.1950 tarihindeki kararına kadar bu görüşü desteklemiş olduğu görülmektedir. Ancak ecrimisil kira akdinden gelme bir tabir olduğundan, tabi olacağı zamanlaşımını, dolayısı ile mü-

78) Örneğin bkz: Serahsi, age. 11/78, Zeylaî, age. 5/233, Mâlik, age. 5/356, Şîrâzî, age. 1/367, İbn Hacer, age. 6/29, Karaman, age. 2/478 vd

79a) Yani bu müesseseyi haksız fiil olarak kabul etseler de, zararın gerçekleşmesi konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler menfaatin zıyanı zarar saymadıklarından, başlangıçta suiniyetli zilyedi hiç sorumlu tutmamaktayken, sonradan istisnâî mallarda menfaatin tazminini kabul etmekle istihsan deliline dayanmışlardır.

79b) Krş: Akipek, agesh. 267-268.

80) Olgaç, age. sh.712, Gürsoy, age sh. 123, Postacıoğlu, agm, İHFM, 1951, sy. 1-2, Hırş. Ernest, Zilyetliği Gasbdan Dolayı Tazminat; Ecrimisil Talepleri, TMK, nun 15. Yıl Dönümü, İstanbul, 1944, sh. 773-800

essesenin hukukî mahiyetini yanlış tesbit etmiştir (80a). Halbuki ecrimislin dayanağı haksız fiildir, zarar da menfaat denilen gayrimaddi malın zıyaıdır. Bu zarar karşılığında, o menfaatin en âdil ölçüsü olan ecrimisil kadar tazminat verilir. Bazı Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi ecrimisil, haksız işgalden doğan zararın tabanı değil, normal olanıdır (80b). 1950 den önce Yargıtaya hakim olan görüşün menfaatlerin tazmini olduğunu şu ifadelerden de anlayabiliriz :

"Ecrimisil dediğimiz şey ise, yine kanunlarda yeri olan ve gayrimenkulün bu suretle istimali veya sahibinin ondan istifadan mahrumiyeti mukabilinde uğradığı zarara karşılık bir bedeldir. Asıl aradığımız nokta bunun tabii olduğu zaman aşımıdır" (81). Bu ifadeler tamamen Şafii ve son Hanefi hukukçuların görüşünü yansıtmaktadır. Ama hukukî mahiyetinde hataya düşmüşlerdir. Zira İslam Hukukçularının haksız fiil olduğunda ittifak halinde olduklarını biraz önce görmüştük (82). Şu ifade de bunun açık delilidir: "Ecrimislin lüzum ve adem-i lüzumunda dairemizce ihtilaf edilmiş değildir. Temyiz Mahkemesinin diğer daireleri arasında dahi böyle bir ihtilaf yoktur. İhtilaf tabii olacağı zaman aşımındadır. Ecrimisil lazım gelir, çünkü TMK.nun bahsolunan maddelerinde münderic "semere" tabiri mutlaklıdır. Maddi ve tabii semerelerle ecrimisil gibi hukukî semerelere şamildir. Gasbedilen paraya faiz lazım geleceğini kabul ediyorlar da, bir gayrimenkulün haksız işgalinden dolayı ecrimisil denilen tazminatı niçin kabul etmiyorlar? Böyle bir ayırım yapmak umumî kâidelere uygun düşmez" (83).

bb- İkinci gurup hukukçular ise, Hanefi hukukçuların ilk görüşüne yakındır. Menfaati mal kabul etmez gibi görünmektedirler. Zira bunlar intifaı medeni semere kabul etmemekte, yani bir şeyden kullanma yoluyla intifalauma semere kavramının

80a) YİBK, 9.12.1931 g. ve 23/44 s. (RG. sy. 2072), 25.5.1938 g. ve 37/29-38/10 sy. (RG. sy. 4063)

80b) YHGK, 30.3.1974, I-56/312, (YKD. 1976, sh. 141)

81) YİBK, Hukuk Bölümü, 1/374-375 deki mütalaalardan...

82) Şu ifadeler de bu konuyu teyit eder mahiyettedir: "Malın tarifinde maddi-gayrimaddi, menkul-gayrimenkul, hususi ve umumi bütün mallar dahildir. Malların bir kısmı eşya, şeydir. Bunlara maddi mallar denir. Diğerleri haktr. Bunlar gayri maddi mallar demektir. Malî zararlar para ile tedarik edilebilen her türlü menfaatlerin nezi manasını ifade eder. İntifa da bir gayrimenkulün semeresidir. Semerenin tazmini lazım geleceği TMK. m. 908 deki ifadede mutlak olarak zikredilmiştir. Semere tazmin edilir demek, menfaat yani intifaı tezmin edilir demektir. Ticaret Kanununda da ecrimisil vardır. Vazı-ı kanun ecrimisli yaşatıyor. Hiç bir kimse gayrikanunî fiilinden istifade edemez. Ne mantık ve ne kanun bunu kabul etmez." (YİBK, Huk. Böl. 1/389), 6570 s.lı GKK. nu değiştirilen 3012 sayılı Kanun da "Sulh hukuk mahkemesince rayiç ve emsaline uygun olarak kira bedeli tesbit olunur" diyerek ecrimisli yaşatmaya devam etmektedir (RG. No: 18424).

83) YİBK, Huk. Böl. 1/392, YHGK, 7.11.1953, 4/103-4 (Oğuzman/Seliçi, age. 134) Ayrıca bkz: 92a nolu dipnot ve Feyzioğlu, age. sh. 270-291

içine girmez demektedirler. (84). Bu görüşün Yargıtayca da 1950'lerde kabul edildiğini görüyoruz. Gerçekten Yargıtayın 1950 tarihli kararına göre, bir kimsenin kiraya vermediği ve vermeyeceği bir gayrimenkulü diğer bir kimse işgal eder ve kullanırsa ortada bir zarar olmadığı cihetle tazmini de gerekmiyecektir. (85). Bu görüşü savunanların, böyle bir görüşün mal sahiplerini dikkat ve ihtimama sevkedeceği şeklindeki yorumları ve gerekçeleri bizce yetersizdir (86). Kendi gerekçemiz olarak rahmetli Feyzioglu'nun "çağa göre dehşet verici sözler" olarak nitelendirilen şu ifadelerini zikretmekle yetiniyoruz: "Diğer taraftan suiniyetli zilyedin ne sıfat ve hakla başkasının mülkünü işgal ve ondan faydalandığı sualini sormak ve bunun cevabını bulmak lazımdır. Belki boş bırakılmış, uzun müddetten beri işletilmeyen ve işletilmek niyetinde bulunmayan bir arz parçasını, semerelendirmekle suiniyetli zilyedin cemiyete fayda sağladığı düşünülebilir. Fakat onun, hukuk nizamının temeli ve aynı hakların en kuvvetlisi olan başkasının mülkiyet hakkını çiğnemek suretiyle yine cemiyete-dolayısıyla dahi olsa-iras ettiği zararı, hükümlerimizin ve mütalaalarımızın dışında bırakmak nasıl mümkün olur? Bilhassa memleketimizde zilyetliğin gasbı hadiselerinin kesreti karşısında suiniyetli zilyetlerin, adeta, mademki malikin o yerden faydalanmak niyeti yoktur, git işgal et, semerelendir ve onları kendine mal et, sana hiç bir şey lazım gelmez şeklinde açık bir ruhsat vermek manasına da gelen Yargıtayın son tevhid-i içtihadında müdafaa ettiği nokta-i nazar yerine, bilakis "sen orasının başkasma ait olduğunu bilerek, herkesin menfi bir borç şeklinde riayetle mükellef olduğu bir mülkiyet hakkını gasbederek, ihlal ederek işgal ve intifa ettiği için, hukukî imal tarzı bakımından esasen hakiki mal sahibine ait olan elde ettiği semereleri, hukukî nizam dahi sana mal edemez. Onları malike iade veya tazmine mecbursun. Senin ancak bu semereleri istihsal ve devşirme masraflarını müddeiden istemek hakkın vardır." şeklinde bir hüküm ve netice zannediyoruz ki, kötü niyetli zilyetlerin cüretlerini kıracak ve onları ictimai nizamın icapları ile bağlayacak müessir bir tedbirdir" (86a).

Bu görüşün doğru yönü, bu konuyu haksız fiil nazariyesine göre açıklamasıdır. Bu tesbit sadece zilyetliğin gasbı halleri için doğru bir tesbittir. Ancak bu nazariye tazminat için zararı şart koştuğundan ve menfaatin ziyamı da zarar kabul etmediklerinden, sonuç suiniyetli zilyedin kullanma ile intifaktan dolayı tazminata mahkâm edilmemesi şeklinde tebarüz etmiştir. Gerçekten hukukumuzdaki esaslar

84) Bkz: Olgaç, age. sh. 702-720

85) 8.3.1950 g., 22/4 sy. (RG. sy. 7528)

86) Olgaç, age. sh. 707-708, Feyzioglu, age. sh. 276-291

86a) Feyzioglu, Zilyetlikte... sh. 270-271

menfaatin iktisadi değeri olan bir mal kabul edilmeyeceği neticesini doğurur mahiyettedir (87). Menfaat, hukukumuzda göre bir aynı hakka da konu olamamaktadır. Bu görüş sahiplerinin değerlendirmelerinin Hanefi hukukçularının değerlendirmeleri ile paralellik arzettiği ortadadır.

Ayrıca bu görüş sahiplerinin ecrimislin, eski içtihadı birleştirme kararlarında "tazminat" anlamında kullanıldığını ileri sürerek görüşlerini pekiştirmek istemeleri de yerinde değildir. Zira, zaten ecrimisil bu konuda tazminat manasındadır. Eski içtihadı birleştirme kararlarında heı konuda kira bedeline benzetilmesi isabetli değildir. Ecrimisil zayı olan menfaatlerin tazminatıdır. Ecrimisil denmesi haksız fiil nazariyesi ile açıklamaya ters düşmez (88).

Menfaatin ziyanını zarar kabul etmeyen ve dolayısıyla haksız fiil esasıyla dayanarak tazmini yoluna da gidemiyen bazı hukukçular da, tıpkı Hanefiler gibi, m. 908 deki sorumluluğu sui generis kanunî bir mesuliyet olarak kabul etmişlerdir. Kanaatimizce buna da gerek yoktur (89). Ayrıca bazı hukukçuların da Hanefiler gibi eşya arasında, kiraya verilebilir veya verilemez olması itibarıyla bir ayrıma gittikleri de müşahade edilmektedir (90).

f) Netice

Sonuç olarak diyebiliriz ki, birşeyden elde edilen menfaatler hukuken maldır ve medeni semeredir. Bunların zayı edilmesi de sahibi için bir zarardır. Haksız olarak başkasının bir eşyasını kullananlar, mevcut diğer zararlar ile beraber, menfaatin sahibinin elinden alınması zararını da tazmin etmelidirler. Bu tazminatın ölçüsü de ecrimisildir. Yani haksız olarak bir şeyi kullanma haksız fiilinin tazminatı ecrimisildir. Buna göre TMK. m. 908 de bir haksız fiil tazminatı sözkonusudur. Maddedeki sebeplerden o malın kullanılması yoluyla intifa de kastedilmiştir. Dediğimiz gibi intifa da bir medeni semeredir. Bir bağın mahsulü olan üzümle bir evin ve dükkanın mahsulü olan menfaat arasında hiçbir fark yoktur. Bu davalarda tabi olunacak zamanaşımı da haksız fiillere uygulanan bir senelik zamanaşımıdır. Suiniyetli zilyedin gasbettiği malı kullanması demek, o mal sahibinin mâmelekinde bir azalmanın meydana gelmesi (kullanılan menfaat veya bedeli olan ecrimisilden mahrumiyet) veya diğer bir ifade ile o kimsenin mâmelekinde meydana gelecek bir çoğalmanın önlenmiş olması demektir ki bu zararın ta kendisidir (91).

87) Oğuzman/Seliçi, age. sh. 5-10, Feyzioğlu, age. sh. 276-291

88) Gürsoy, age. sh. 124-126, Feyzioğlu, age. 276-291, 299-325

89) Akipek, age. sh. 267-268, Gürsoy, age. sh. 125-126, Feyzioğlu, age. 323-324

90) Oğuzman/Seliçi, age. sh. 134-136

91) Aksi fikir için bkz: Olgaç, age. 710, YHGK, 15.4.1964, 223/D-1 E ve 330 K. (Olgaç, age. sh.

Şunu da belirtelim ki Yargıtay da mevcut içtihadı birleştirme kararlarına rağmen bu görüşümüzü teyit eder mahiyette kararlar vermeye devam etmektedir: Nitekim bir kararında; "malı davalı tarafından haksız yere kullanılmış olan davacının, malı kullanmasından ötürü ecrimisil adı altında istediği tazminat, kullanılan malın kiraya verilmiş olması hâlinde getireceği değer kiradan (ecrimisil) davacının mahrum kalmış olması dolayısıyla bu değer kiranın tazmini zıcağı niteliğindedir. Böyle bir davanın dayanağı dahi, TMK.nun 908.ci maddesidir"(92). demektedir. Bu ifadeler mücafaa ettiğimiz görüşlerden başka bir şey değildir.

Önemle şunu da belirtelim ki, ecrimisil sadece haksız işgalden doğan ve malikin normal olarak elde etmesi mümkün iken mahrum kaldığı fayda ve menfaatin tazminidir. Yarı olumsuz zararın tazminidir. Eşyayı hor kullanmadan veya normal kullanma sonucu eskimedn doğan olumlu zararlar da (Hânefiler ikinci, yani eskimedn mütevellit zararları mal sahibine yüklemektedirler) ayrıca munzam zarar olarak tazmin edilecektir. Yoksa ecrimisil haksız işgal tazminatının tümü değildir ki bu taban kabul edilsin veya en az zarar olarak değerlendirilsin. Ancak bazan olumlu zarar bulunmadığından tek zarar, menfaatten mahrumiyet zararı olabilir. Tazminat da sadece ecrimisil olur. Bunu birbirinden iyice ayırmak gerekir. Yargıtay Hukuk Kurulu da çok yeni bir kararında bu konuyu, tesbitlerdeki malum bazı hatalar ile beraber, aynı şekilde karara bağlamış bulur maktadır (92a).

92) YHGK, 9.1.1963, J/5 E. 4 K., Y. 6. HD. 18.11.1960 T. 7039 E. 7090 K., YHGK, 26.2.1964 T. 129/3 E. 159/K. (Olgaç, age. sh. 715-716)

92a) "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 vechile; bugün kanunlarımızda 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 bugünkü hukukumuzda, Mecelle'den aktarılarak kullanılagelen ve fakat aslı "haksız işgal nedeniyle tazminat" olarak nitelenen özel bir zarar tazmin biçimidir. Bu zararın en azı, kira gelir karşılığı olan zarardır. Ancak haksız işgalden doğan zarar her zaman kira karşılığı olan gelir değildir. Bu zarar çok daha kapsamlı olabilir. Yargıtay 4. HD.nin 29.2.1968 ve 1720/1201 sayılı bir kararında belirtildiği vechile bu zarar;

- Haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki olumlu zarar,
- Haksız işgal sırasında hor kullanmadan doğan olumlu zarar,
- Haksız işgalden doğan ve malik veya zilyedin normal olarak elde etmesi muhakkak iken yoksun kalınan faydadan (olumsuz zarardan) ibarettir. (Feyzioğlu, Zilyetlikte... sh. 323, 1958., HGK, 22.11.1967 gün ve 6/1203 E. 559 T.) "HGK, 13.1.1982 gün ve 1979/2-66 E. 1982/1 K. (YKD. 1982, 8/1217-1223)-Rahmetli Ali Himmet Berki'nin şu ifadeleri de konuyu özlü biçimde

izah etmektedir: "Zilyet, menfaatin istihlâkından başkaca bir zarar tevhit etmiş ise munzam zarar olarak bu da istenebilir. Böyle bir zarar yoksa veya fuzulî işgalden doğan zarar istihlâk edilen menfaatin karşılığundan daha az ise yalnız menfâatin tazmini lazım gelir. Bu da malın emsalinin temin eylediği menfaatle ölçülür." (YİBK, Hukuk Bölümü, 4/275)

Suiniyetli zilyet, bir gayrimenkulü kiraya verip kiralamını almış olması hali, suiniyetli ziyedin eli altındaki malın medeni semereletini toplamış olması durumudur. Hem İslam Hukukunda, (93) hem de bu günkü hukukumuzda (94) bu kira paralarını mal sahibine geri vermek mecburiyetindedir.

g) Hüsnüiyetli Zilyedin Durumu

Hüsnüiyetli zilyetten kasıt, bir malı varlığına kani olduğu hakka dayana:ak elinde bulunduran kimsedir. Bu hak ya akitten doğar. Veya mülkiyetten doğar. Hüsnüiyetli zilyet, mevcudiyetine kani bulunduğu hakkına dayanarak, bu hakkın sınırları içerisinde kalmış olmak kaydıyla, yapmış olduğu her türlü faydalanmalar-dan (menfaatlerden) mes'ul değildir (94). Kani olduğu hak ise;

aa- Ya bir akitten doğar. Mecelle bunu şöyle kanunlaştırmıştır: "Akit tevili ile istimal olunan mal, muaddün lil istiğlal (kiraya verilebilecek bir mal) olsa dahi (95a) menfaatinin (kullanma ile intifanın) tazmin edilmesi gerekmez.,, (96). Burada akit lafzı, kayıtsız zikredildiğinden satım akdine şamil olduğu gibi, rehin ve benzeri akitlere de şamil olur. Örneğin, bir kimse müştereken malik olduğu dükkânı, ortağı-nın izni olmaksızın başka birine satmakla, müşteri dahi bir müddet tasarruf edip, ancak diğer ortak satım akdine icazet vermeyerek (97) hissesini müşteriden geri alsa, dükkânı kullanmasından dolayı ecrimisil talebinde bulunamaz. Zira müşteri o dükkânı akde dayanarak iyi niyetle kullanmış, yani satım akdine dayanarak mu-tasarrıfını diye kullanmış olduğundan, o şeyin menfaatlerini tazmin etmesi gerek-mez.

Günümüz hukukunda da aynı esasların benimsendiğini tereddütsüz söyleye-biliriz (99).

93) Mecelle, md. 477 Ali Haydar, age. 1/751-753

94) TMK. mad. 908, Olguç, age. sh. 717 vd.

95) TMK md. 906

95a) Mecelle Tadil Komisyonu bu ifadeyi de kaldırmış olduğunu yukarda gördük. Bkz: Mecelle Tadil Kom. Raporları Cer. Ad. c. 2, sh. 809-910

96) Mecelle md. 598

97) Mecelle md. 378

98) Mecelle, md. 598, 442 Ali Haydar, age. 1/956-957

99) Olguç, age. sh. 699 vd. Gerçekten Yargıtay 4.6.1958 gün ve 15/6 s. İçtihadı Birleştirme Kararında "Hüsnüiyetli zilyedin semereleri tazminden sorumlu olmayacağını, olayda zilyedin bir akde istinaden kullanmaya gittiğini ve buna karşı TBK. nun 414. m. ne dayanılarak bir hak da ileri sürülemeyeceğini..." karara bağlamıştır. (Olguç, age. sh. 689)

bb- Veya bu hak mülkiyetten doğar. Mecelle bunu "Mülkiyet tevili ile kullanılan mal, muaddün lil istiğlal olsa dahi menfaatle .inin tazmini gerekmez." (100) şeklinde ifade etmektedir. Zira mülkümdür diye tasarruf etmiştir. Kimse kendi mülkünü kullanma karşılığı bedel ödemeye mahkûm edilemez. Örneğin, ev ve dükkân gibi müşterek bir malı, ortaklardan birisi, diğer ortaklarının izni olmaksızın ve bir kira akdine de dayanmaksızın, bir müddet tek başına tasarruf edip onu kullansa, mülkümdür diye kullanmış olacağından dolayı, diğer ortakları kendi hisse-lerinin ecrimislini isteyemezler (101).

Ancak şunu belirtelim ki, hüsnüiyetli zilyedin bu mesûliyetsizliği, vakif ve yetim mallarında, bu arada bülûğa ermemiş küçüklerin mallarında sözkonusu değildir. Bu mallar mevzubahs olurca, ecrimisil vermek mecburiyetinde kalır (102).

B - Fasit Kira Akitlerinde

a) Genel Olarak

İslam Hukuku İcare akdine, bugünkü hukuktan farklı bir anlam ve nitelik tanımaktadır. Bütün akitle .de olduğu gibi, kira akdinde de (özellikle Hanefiler açısından) iki çeşit şartların arandığını görmekteyiz. Bu iki grup şart'lardan birincisine in'ikad şartları, ikincisine ise sıhhat şartları adı verilmektedir. İn'ikad şartlarından birisi bulunmayan, Mecellenin deyimiyile, hem aslı bakımından, hem de hârici vzsıfları itibariyle meşru olmayan akitlere batıl akitler adı verilmektedir. Yani batıl akit, asla sahih ve meşru olmayan akit demektir. Zaten in'ikad kelimesi de, şkdin oluşması anlamındadır ki, in'ikad şartlarından biri bulunmayan aikt oluşmaz, vücut bulmaz (103). AKdin rüknü sayılan şartlardan birisi bulunmadığı takdirde, kira akdi batıl olur; batıl icare'erde ise, kiralananın kullanılmasıyla kira bedeli gerekmez. (104) İn'ikad şartlarını taşıyıp da, sıhhat şartlarından birisi bulunmayan kira akitleri ise, bugünkü nisbî butlana benzetilebilecek olan fasit akitleri oluşturur.

100) Mecelle, md. 597

101) Mecelle, md. 597, 1075, 1077, 1083, Ali Haydar, age. 1/955; Günümüz hukukunda bu mesele için bkz: YHGK, 13.1.1982 g. 2-66/1 s. (YKD 8/1217)

102) Ali Haydar, age. 1/955. Bu konu için bkz: İbn Abidin, 6/206 vd., Zeylal, age. 5/233, Kâdtzâde, age. 7/394-396, İbn Nüceym, age. sh. 365-366, Olgaç, age. sh. 699 vd., Oğuzman/Selîçi, age., 1982 sh. 128 vd.

103) Mecelle, md. 109, 110

104) Mecelle, md. 458 459

Yani aslen sahih ve meşru olup da, vasfen gayrimeşru olan akitlere fasit akit denilir. Böyle akitlerde kiracının kullanması şartıyla ecrimisil gerekir (105). Şimdi kısaca bu iki çeşit kira akdini daha yakından ve sadece meselemiz açısından kısaca inceleyelim:

b) Batıl Kira Akitlerinde

Kira akdinin rüknü (temel esas) sayılan in'ikad şartları şunlardır:

- 1- Tarafların icap ve kabule ehliyeti, yani, akıllı, bâliğ ve temyiz kudretini herhangi bir sebeple kaybetmemiş olmaları şarttır (106).
- 2- Kabulün icaba uygun olması şarttır (107).
- 3- İcap ve kabulün aynı mecliste yapılması gerekir (108).
- 4- Kira akdinde edimlerin, yani kira bedeli ve kiralananın iktisâdî değeri olan bir mal olması gerekir (109).

Yukardaki şartlardan birisi bulunmayan kira akitleri batıldır ve böyle bir akit hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Batıl akde dayanarak bir malı kullanma aşğıdaki istisnalar hariç, asla ecrimisil gerektirmez (110).

Batıl icare ile icar olunan mal; vakıf malı, yetim malı veya akıl hastalarının malıysa, kullanma ile hiçbir üst sınırı olmaksızın ecrimisil gerekir. (Bâliğan mâ belâğa ecrimisil (111).

c) Fasit Kira Akitlerinde

aa) - Genel Olarak

Yukarda da belirttiğimiz gibi, özellikle Hanefi mezhebinde, muteber akitlerle batıl akitler arasında, aslı bakımından meşru olup da bazı haricî vasıfları itibariyle

105) Mecelle, md. 429, 441, 449, 448, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 457, 460, 461, 462, 496, 497, 498, 563, 564, 565, 566

106) Mecelle, md. 414, 361, 458, 957, 966

107) Mecelle md. 445

108) Mecelle md. 445.

109) Mecelle md. 451

110) Mecelle md. 458, 459

111) Mecelle, md. 459, Ali Haydar, age. 1/766, Feyzioğlu, age. sh. 46-54, Borçlar Hukuku, Özel Kısım, 1/416-417

meşru olmayan fasit akitler bulunmaktadır (112). Bu fasit akitlerden bir kısmı, (satım akdi gibi) edimi teslim almakla (kabz ile) sahih akde yaklaşabilmektedir (113). Ancak kira ve şirket akdi gibi bazı fasit akitler vardır ki, bunlar fasit olarak tezekkül ettiklerinde tashih edilmeleri, sahih hale getirilmeleri mümkün olmayabilir. İşte bu gibi akitlerde üzerinde anlaşma yapılan bedelin talebi mümkün değildir. Ancak ecrimisil istenebilecektir (114).

Fasit kira akdi doğmuş, meydana gelmiş ve in'ikad etmiş bir akittir; ancak sakat doğmuştur. Fasit icare akdinde kiralayan, ancak kiracının kiralananından fiilen istifade etmesi haliinde ecrimisile malik olur. Yoksa aralarında anlaşıkları ecrimüsemmâyı talep edemez (115). Yani fasit bir icare akdinde, fesat sebebi ne olursa olsun, kiralananın menfaatine iktidar yeterli olmayıp, hakikaten ve fiilen yararlanma bulunmadıkça ecrimisil, gerekmez. Mecelle bunu "İcare-i fəsidede istifay'ı menfaate iktidar kâfi olmayıp hakikaten intifa bulunmadıkça ücret lazım olmaz," şeklinde ifade etmiştir. Bu madenin hükmünden vakıf ve yetim mallarının müstesna olduğunu, muaddün lil istiğlal olan yerler hakkında ise ihtilaf bulunduğunu belirtelim (116).

bb- İcare Akdinin Fasit Kabul Edildiği Haller

Şimdi biz icare akdinin fasit kabul edildiği halleri, yani aynı zamanda icare akdinin sıhhat (geçerlilik) şartlarını (117) kısaca gözden geçirelim :

1- Kiralananın müşterek mülkiyete konu olması (me'cûrun müşâ' olması) kira akdini fasit kılar. Yani gerek taksimi mümkün olsun, gerek olmasın, bir kimse müşterek mülkiyete konu olan kiralananadaki kendi hissesini ortağına kiraya verebilirse de, başkasına kiraya veremez. Verdiği takdirde kiracı oturduktan sonra ecrimisli öder. Ancak sonradan meydana gelen ortaklık (şüyû-u târi) mevcut kira akdini fasit kılmaz (118).

2- Yetim, vakıf veya devlet mallarının, ecrimisillerinden aşırı derecede (gabn-i fâhiş ile) eksik bir bedelle kiraya verilmesi de icare akdini fasit kılar. Ve ecrimisli gerekir (119). Vakıf mallarının kira bedellerinin gülünç duruma geldiği ve vakıfların kâr değil, zarar ettiği günümüzde, vakıf mallarının korunması ve bu konudaki suist.mallerin önlenmesi açısından, İslam Hukukunun vardığı bu çözüm tarzı önemli olduğu kadar dengeli ve makuldür. Nitekim Türk Kanun koyucusu da bu görüşü 11/10/1983 tarih ve 2912 sayılı ve 30/5/1984 tarih ve 3012 sayılı kanunlarla, kanunlaştırmış bulunmaktadır Ecrimisil yerine "rayiç ve emsale uygun kira bedeli" tabirini kullanmıştır. (RG. No. 18424).

112) Mecelle, md. 110 Karaman, age. 2/461 vd. 113) Mecelle, md. 371, Ali Haydar age. 1/618 vd.

114) Mecelle, md. 460, 461, Karaman age. 2/461 vd., 115) Mecelle, md. 461 471

116) Mecelle, md. 471 Ali Haydar, age. 1/794 117) Ali Haydar age. 1/748, 754

118) Ali Haydar, age. 1/706 vd., Mecelle, md. 429,430,139,1139,1140,1141,1174,431,432,1184,1185

119) Mecelle md. 441 Mürşidül-Hayran, md. 672, 673, 674

3- Kiralananın belirsiz olması da kira akdini fasit kılar. Buna göre iki dükkandan birisi tayin edilmeden yapılan kira akdi fasittir. Ecrimisil gerekir (120).

4- Tarafların rızasının bulunmaması da fesada sebep olur (121).

5- Kira bedelinin belirlenmemiş olması da, kira akdini fasit kılar. Günümüz hukukundaki kabil-i tayin olma şartı, İslam Hukukunda yeterli görülmemiştir (122).

6- Kiralananan elde edilen veya edilecek olan menfaatin bilinmemesi de bir fesat sebebidir. Menfaatin bilinmemesi kira müddetinin bilinmemesi ile ortaya çıkar. Yani belirsiz kira akitleri, İslam Hukukunda fasit kira akitlerinden kabul edilmiştir. Böyle akitlerin devamı ve kiracının kiralananan fiili istifadesi halinde ecrimisil gerekir (123).

7- Elde edilecek menfaatin, elde edilemeyecek durumda olması da (maksûd-istifâ olmaması) kira akdinin fesadına sebep olur. Örneğin firari bir hayvanın kira akdine konu olması mümkün olsa da, bunun üzerine kurulan akit fasit olur (124).

8- Muhayyerlik müddeti belirtilmeksizin, şart muhayyerliği ile akdedilen kira akdi de fasittir (125).

Bu konuyu kısaca tahlil ettikten sonra, konu hakkındaki geniş malumatı isteyenlere dipnottaki kaynakları zikretmekle yetineceğiz (126).

cc- Hukuki Mahiyeti ve Günümüz Hukukunda Durum

Fasit akitlerin doğurduğu ecrimisil borcu, sahih kira akdinin doğurduğu kira bedeli borcuna benzemektedir, hatta kira bedelinin bir çeşididir demek daha doğru olacaktır. Zaten fasit kira akdi sakat bir kira akdidir. Bu sebeple beş yıllık

120) Mecelle, md. 449, 541, Ali Haydar, 1/754 vd

121) Mecelle, md. 448 4006, Ali Haydar, age. 1/754

122) Ali Haydar, age. 1/756-757, Mecelle, md. 450, 644, 465, 563,566, Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, 1/416-417

123) Mecelle, md. 451, 456 Ali Haydar, age. 1/758-765

124) Mecelle, md. 457, Ali Haydar, age. 1/763-765

124) Mecelle md. 497

126) Ali Haydar, age. 1/217-218, Ve ayrıca şu maddelerin şerhleri: 444, 444, 448, 449, 450, 451, 457, 429, 441, 442, 453, 444, 454, 446, 461, 462, 463, 471, 472, 496, 497, 478, 463, 464, 464, 466, İbn Abidin, age. 6/45 vd., El-Ukûd, sh. 2/130, 136, 138, İbn Nüceym, age. sh. 346-366, 284, 285, 267-268, 337, Kâdizâde, age. 7/174-199, Zeylal, age. 5/442-443, Serahsf, age. 16/31-47, 15/130-132, 140-147, Bâberti, age. 7/174-199, Suyûtî, age. sh. 391 vd. İbn Recep, El-Kavâid, sh. 67 vd

zamanaşımının uygulanması (günümüz hukukunda) gerekir. Ancak İslam Hukukunda böyle bir zamanaşım söz konusu değildir. Fakat hukuki mahiyetini izah bakımından belirtmek gerekir ki, fasit kira akdi sahih kira akdine ilhak edilmiştir ve onun hükümlerine tabidir. Aslında kira bedeli lazım geldiği gibi, tabide dahi lazım gelir. Fasit olması, bedelin aslına değil çeşidine tesir eder. O halde fasit kira akdi, bir haksız iktisap örneği olarak zikredilemez. Fasit kira akdindeki ecrimisil borcunun kaynağı, fasit de olsa, yine de akittir, haksız iktisap değildir (128).

Günümüz hukukunda, fiili akitlet denilen akit çeşitlerinden bazıları İslam Hukukundaki fasit akitlet benzemektedir. Nitekim Alman Hukukçusu Haupt tarafından fiili akitlet üçe ayrılmış ve bu ayırımıda yer alan üçüncü kısım fiili akitlet, hükümsüz olan şirket ve iş sözleşmelerinden taraflar için bazı yükümlülükler doğması hali, olarak tarif edilmiştir. Taraflar böyle hallerde, geçerli bir sözleşme kurmak istediklerinden, bu sözleşmeler sanki geçerli imiş gibi hüküm doğurmaya devam ederler. Bu tarif edilen fiili akitlet, İslam Hukukundaki fasit şirket akitletleri ile fasit hizmet akitletlerine (icare-i ademîye) (129) tamamen benzemektedirler.

C- Akdin Uzatılmasında (Akdin İbkası)

İslam Hukukunda bazı durumlarda akit (özellikle kira akdi) sona ermesine rağmen, taraflardan biri mecbur olduğu ve başka çaresi bulunmadığı için akde dayanır ve akdin bazı neticelerinden istifadeye devam eder. Aynı durum karşı tarafa da, bu istifadeye karşılık olmak üzere bir bedel talep etme hakkı verir. Böylece sonuçta, sanki akit devam ediyormuş gibi, akdin bazı neticelerinin uzatılması durumu ortaya çıkar. Burada uzatma (ibkâ) tabii bir benzetme olarak kullanılmıştır. Çünkü bu, zaruret sebebiyle olmakta ve zaruret miktarı akdin devam edeceği kabullenilmektedir. Yoksa tarafların karşılıklı anlaşması söz konusu değildir. Yani karşılıklı rıza ile değil, elde olmayan bazı sebeplerle akit uzadı kabul edilmektedir. Karşılıklı rıza ile yapılmış bir akit söz konusu olmadığı için, uzatma müddeti içindeki istifadeye karşılık alınacak meblağ da ecrimisil olacaktır.

İslam Hukukunda, "haklı sebepler ile akit sona erdirilebildiği gibi, uzatılabilir de..." kâidesi bu konuyu aydınlatmaktadır. Ayrıca İslam Hukukunda, tarafların rızasının akdin inikadı için değil, sadece sıhhati için şart olduğunu ve rıza bulunmadan yapılan akitletlerin batıl değil fasit akit diye vasıflandırıldıklarını ve fasit akitletlerde ise ecrimisil gerektiğini hatırlatalım. İslam Hukuku kaynakları bu şekilde akdin zorunlu olarak uzatılması durumuna, kira akdi konusunda "İcrare-i Cebriye"

127) Ali Hayda r, age 1/770

128) Karaman, age. 2/461-462, Ali Haydar, age. 1/770 vd.

129)) Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976, sh. 4-6 ve dipnot 14 de zikredilen eserler, Krş: Mecelle, md. 463, 466, 1367, 1368

adını vermektedirler ki bunun benzerini günümüz hukukunda da görmek mümkündür. Zira Milli Koruma Kanununun kaldırılan 30 md. ile 6570 sayılı kanunun 2. ve 3. md. leri uyarınca Belediye Encümenlerince bazı hallerde kira takdir ediliyor ve bu takditler akdin sıhhatine halel getirmiyordu. Bu bir nevi ecrimisildi ve cebri bir icare idi (130).

Akdin ibkasına örnek olarak şu hukuki durumu verebiliriz : Arazi kiracılığında ekin henüz yetişmeden kira akdinin sona ermesi halinde, ekinin yetişmesine kadar kiracı ecrimisilini vererek, arazi üzerinde ekinini bırakabilir. Ancak bunun için, kiralayanın rızasının alınması gerekir. Kiralayan rıza göstermezse, mahkemeye başvurup akit bir müddet daha uzatılabilir. Her ikisine de başvurmadan devam ederse, yani zorla akdi devam ettirirse, uzun uzadıya tartıştığımız suiniyetli zilyet durumuna düşer (131). İslam Hukukunda akdin zımnen teodidi, belirli ve sınırlı süreli kira akitlerinde mümkün olmamasından bu yola başvurulduğunu da kaydedelim. (131a)

Akdin ibkasındaki ecrimisil borcu, sakat da olsa akde dayanmaktadır. Bu koruyu "şüphetül-akit" yani açıkça rızaya dayanan bir akit ortada mevcut değilse de, eski akdin zorunlu olarak decamının dolaylı akit şüphesi veya akit benzeri bir akit olarak açıklayan) büyük hukuçu Kâsânî'nin tesbit-eri de bizi desteklemektedir (131b). Yoksa bazı hukukçuların iddia ettiği gibi bu durum, bir haksız iktisap hali değildir. Nitekim Mecelle şârihi Ali Haydar, "Vâkıâ icarede tarafların rızası şart ise de burada, zaruret gereği kiralayanın rızası aranmadı." demektedir (132).

D - Zımnî Akitlerde

Bazı hallerde, sözle ifade edilmiş icap ve kabule dayanan bir akit bulunmamakla beraber, ya fiilen ücreti ödeme ve teslim alma (teâtî) suretiyle yahut da örf ve adetün delaletiyle bir zımnî akit meydana gelir. Bu sebeplerdir ki böyle durumlarda ecrimisil verilmesi gerekir. Ecrimisil ödeme borcu, yorumlama yoluyla varlığı kabul edilen bir akde istinat etmektedir. Şunu da ifade edelim ki, böyle durumlarda bedel bilinmiyorsa ecrimisil ödenecektir. Eğer bedel biliniyorsa, bilinen ücret ödenecektir. Buna örnek olarak şu misali verebiliriz :

130) Karaman, age.2/460, Akgündüz, Ahmet, İslam Hukukunda Kira Akdinin Sona Erme Sebepleri, Diyarbakır, 1983 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), sh. 18-20, Kâsânî, age. 4/223, Mecelle, md. 480, 481, 426, Ali Haydar, age. 1/861, Feyzioglu, age. Özel Kısım, 1/417, Zeylâtı, 5/114-115

131) Ali Haydar, age. 1/861-863, Mecelle, md. 480, 426

131a) Akgündüz, agt. sh. 18-20

131b) El-Kâsânî, age 4/223

Bir kimse şifahen pazarlık etmeksizin, yolcu vapuruna, trene, uçağa veya iskele kayığına binerse; eğer verilecek bedel belli ise o kadar; belli değilse ecrimisil verilmesi gerekir (133).

Günümüz hukukunda da bu tarz akitler, akit benzerleri veya fiil sözleşmeler adıyla anılmaktadır. Nitekim su ve elektrik şirketleri ile kurulan, iki taraflı fakat müşteri tarafından üzerinde değişiklik yapılamıyan, hatta akdin tarafını ve kendi edimini seçmekten mahrum olduğu akdin tarafı veya fiyatı seçilemiyen hukukî münasebetler bu tür akitlerin bir çeşidini oluşturmaktadır. Genelde fiilî akitler şöylece tarif edilmektedir: Akit kurulmadan meydana gelen ve akit alanı ile akit dışı alan arasında kalan ve hukukça dikkate alınan münasebetlere fiilî akitler denir (134).

IV - SONUÇ

İslam Hukukunun temel kaynaklarına inerek yaptığımız bu araştırma neticesinde şunları tesbit etmiş bulunuyoruz :

Yıllardır Yargıtayımızı meşgul eden ecrimisil müessesesinin İslam Hukuku kaynaklarında işlendiği şekliyle hukukî mahiyeti ele alınmış ve tarifî yapılmıştır. Anlaşılmıştır ki, ecrimisil bir ölçü birimidir. Menfaatlerin tazmininde kullanılan bir ölçü birimidir. Yani eğer menfaatler suiniyetli zilyetçe gasbedilerek kullanılmışsa, ecrimisil menfaatin karşılığı olarak verilecek tazminattır ve borç kaynağı ise gasb, yani haksız fiildir. Şayet menfaatler fasit kira akdine dayanılarak kullanılmışsa veya akit uzatılma mecburiyetinde kalınmışsa o takdirde ecrimisil bir değer kira olarak karşımıza çıkacaktır ve bu durumlarda ecrimisil borcunun kaynağı sakat da olsa kira akdidir.

Ecrimislin ispat şekli ve şartları konusundaki duraksamalar, tereddütler ve kuşuklar da bu araştırma ile bertaraf edilmiştir. Zira ecrimislin ispat yolları, şartları ve alt-üst sınırları eski kaynaklara inilerek tetkik edilmeye ve günümüz hukukçusuna arz edilmeye çalışılmıştır.

Ayrıca araştırmalar sonucu görülmüştür ki, bir şeyin kullanılması karşılığı ecrimisil namı altında tazminat vermeye karşı olanlar, (1950 tarihli İct. Bir. Kararı gibi) suiniyetli zilyedin yararlanması halinde, müessesenin hukukî mahiyetini izahda (haksız fiil dediklerinden dolayı) isabet kaydetmişlerse de, menfaatlerin zıyanını zarar saymamakla suiniyetli şahıslara tecavüz kapılarını aralamışlardır. Sanki,

132) Ali Haydar, age. 1/809, Karaman, age 2/460-461

133) Ali Haydar, age 1/722-723, Mecelle, md. 437, 462, 465

134) Akyol age. sh. 4-6

"Bir şeyin menfaati hukukun koruyacağı iktisadî değeri olan bir mal olmadığına göre git, gasbet,, diye teşvik etmişlerdir. Hakikaten TMK. md. 908 deki mesuliyet haksız fiil esasına dayanır. Ama zarar mefhumunun anlaşılmasında doğru olan görüş, Şafii hukukçuların da dediği gibi, "menfaatlerin de zıyanın zarar sayılması" şeklindeki görüştür.

Menfaatlerin kullanılmasının ecrimisil ile tazminini kabul edenler (günümüz hukukçularından, örneğin 1938 tarihli İct. Bir. Kar. gibi) ise, müessesenin hukuki mahiyetini tesbitte hataya düşmüşlerdir. Ecrimisil, daha ziyade fasit kira akitlerinde, sözkonusu olduğu için, TMK. md. 908 deki mesuliyeti de kira akdine benzeterek İslam Hukukunun açıkça haksız fiil (gasb) olduğunu belirttiği bu müesseseyi fasit kira akdiyle karıştırmışlardır.

Günümüzde hükümsüz olan bazı sözleşmelerin sanki geçerli imiş gibi hüküm doğurmaya devam etmesi fiili akitler nazariyesi ile henüz yeni yeni açıklanmaya başlandığı haldе, İslam Hukukunun bu tip sözleşmeleri fasit akit olarak değerlendirdiğini ve bazı sonuçlar doğuracağını kabul ettiğini tesbit etmiş bulunuyoruz.

Ayrıca İslam Hukukunun kira akdine bakışı ile günümüz hukukunun bakışı arasında önemli farkları bulunduğunu, bu sebeple ecrimisil müessesesinin mahiyeti tam olarak anlaşamadığını da müşahade etmiş bulunuyoruz. Halbuki ecrimisil meselesinin çok açık bir şekilde İslam Hukuku kaynaklarında yeterince işlendiğini kısa da olsa göstermiş bulunuyoruz.

Son olarak bu incelememizle, modern hukukçulara, İslam Hukukundaki bir müesseseyi olduğu gibi ve günümüz hukukçusunun anlayacağı şekilde anlatabilseysek kendimizi bahtiyar sayacağız.

BİBLİYOGRAFYA.

- AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku, Birinci Kitap, Zilyetlik Ve Tapu Sicili, Ankara, 1972
- AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976
- ALİ HAYDAR, Dürerül-Hükkâm Bi Şerhi Mecelletil-Ahkâm, İstanbul, 1330 H. I-IV cilt
- ARAZI KANUNNAME-İ HÜMAYÖNÜ, Düstür, I. Tertip, c. 1 sh. 165 vd.
- ATIF BEY, Mecelle Şerhi, Teksir, İstanbul, 1309 H., 3. Cüz
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam Hukukunda Kira Akdinin Sona Erme Sebepleri, Diyarbakır, 1983 (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi.)
- BABERTİ, Ekmelüddin Muhammed, Şerhul-İnâye Afele-Hidâye, Mısır, 1317 H. 8 cilt
- BILMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-u İslamiye Ve İstihâlât-ı Fıkhiye Kâmusu, İstanbul, 1967-1970, I-VIII
- CERİDE-İ ADLİYE, Yıl, 2, 1340 H. c. 1-3, Yıl, 4, sayı, 34
- CİN, Halil, Türk Hukukunda Mer'â, Yayıklar Ve Keşaklar, Ankara, 1980
- DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara, 1981, cilt, 1
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1978, cilt, 1
- Zilyetlikle İâdenin Şumulü (Hususiyle Ecrimisil Meselesi), 1961, 2. Bası, İstanbul
- GÜRSOY, Kemal Tahir, Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1970
- GÜRSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978
- HÂDİMİ, Ebu Said Muhammed, Mecâmiül-Hakik, İstanbul, 1318 H.
- HEY'ET, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1851 Madde
- El-Fetâval-Hindiye, Beyrut, 1980, I-VI
- HEYTEMİ, Şihâbüddin Ahmed, Tuhfetül-Muhtâc İlä Şerhil-Minhâc, Beyrut, Ofset, Tarihsiz, I-X
- HİRŞ, Ernest, Zilyetliği Gasptan Dolayı Tazminat-Ecrimisil Talepleri, TMK. nun 14. Yıl Dönümü, İstanbul, 1944
- HUKUK-U AİLE KARARNAMESİ, Takvîm-i Vakâyi., 31 Teşrinievvel 1333
- İBN ABİDİN, Muhammed, Reddül-Muhtâr Hâşiyetü'd-Dürri'l-Muhtââr, Mısır, 1966, I-VIII Cilt
- El-Ukûdûd-Dürriyye Fi Tenkîhil-Fetâval-Hâmidîyye, Mısır, 1300 H. 2 cilt
- İBN KUDAME, Abdullah b. Ahmed, El-Mugni, I-X, Kahire, 1970
- İBN NÜCEYM, Zeynülabidin, El-Eşbah Ven-Nezâir, Kahire, 1387/1968
- İBN RECEB, Abul-Ferec, Abdurrahman, El-Kavâid, 1Mısır, 972
- İBN RÜŞD, Ebül-Velid Muhammed, Bidâyetül-Müctehid Nihâyetül-Muktesid, I-II, Mısır
- KADİZADE, Şemsüddin Ahmed, Netâicül-Efkâr Fi Keşfir-Rumûzi Vel-Esrâr, Mısır, 1317, H. (Fethul-Kadîr'in 7. ve 8. ciltleri)
- KADRİ PAŞA, Muhammed, Mürşidül-Hayran İla MarifetiAhvâlil-İnsân, Mısır, 1338 H.

- KARAMAN**, Hayrettin, Mukâyeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1982, Cilt, II
- KASANİ**, Alâaddin Ebubekr b. Mes'ûd, Bedâyiüs-Sanâyi' Fî Tertîbiş-Şerâyi., I-VIII, Mısır, 1327, 1328 H
- MALİK** b. Enes, El-Müdevvenetül-Kübrâ, Mısır. 1323 H. I-VII
- MECELLE TADİL KOMİSYONU RAPORLARI**, Ceride-i Adliye, Cilt, 2, yıl, 2, sh. 894-911
- OĞUZMAN/SELİÇİ**, Eşya Hukuku, İstanbul. 1978 ve 1980 Baskıları
- OLGAÇ**, Senâî, İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, Ankara, 4. Baskı
- POSTACIOĞLU**, İhan, Suiniyetli Zilyetlerin Ecrimisille Mükellef Olup Olmadığı, İHFM, 1951, c. XVII, sy 1-2
- REMLİ**, Şemsüddin Muhammed, Nihâyetül-Muhtâc İlä Şerhil-Minhâc, Mısır, 1368/8967, I-VIII
- SAYMEN**, F.H./ELBİR, H. K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963
- SERAHSİ**, Muhammed b. Ahmed, EL-Mebstû, Cilt, I-XXX, 1324-1331, H. Mısır
- SUYŪTİ**, Celâlüddin Abdurrahman, El-Eşbâh Ven-Nezâir, Kahire Tarihsiz
- ŞİRÂZİ**, Ebu İshak, El-Mühezzeb, Cilt, I-II, Mısır, 1343 H
- YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI**, Hukuk Bölümü, Ankara, 1978, cilt I 1980, cilt IV
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**, Ankara, 1982 cilt, VIII
- ZERKÂ**, Mustafa Ahmed, El-Fıkhul-İslâmî Fî Sevbihil-Cedîd, Beyrut, 1972, I-III
- ZEVKLİLER**, Aydın/ORTAN, A. Necip, İçtihatlı-Notlu-Sözlüklü Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Ankara, 1980
- ZEYDAN**, Abdülkerim, El-Veciz, İstanbul, 1977
- ZEYLAİ**, Fahrüddin Osman, Tebyinül-Hakâik Şerhu Kenzid-Dekâik, Mısır, 1315 H. Cilt, I-VI