

**BAŞKASINA AİT ARSAYA İNŞAAT YAPAN VE  
«ASLA BAĞLILIK» KURALI UYARINCA BU İNŞAATIN  
MÜLKİYETİNİ ARSA SAHİBİNE KAPTIRAN İNŞAAT SAHİBİ,  
BU SAYEDE ARSA SAHİBİNİN SAĞLADIĞI DEĞERİN  
KARŞILANMASINI İSTERKEN, BU İSTEMİN TUTARI YÖNÜNDEN  
HERHANGİ BİR SINIRLAMAYA TABİ MİDİR?  
(YARGITAYIN 22.2.1991 TARİHLİ İÇTİHAĞI BİRLEŞTİRME  
KARARI ÜSTÜNE DÜŞÜNCELER)**

Prof. Dr. Rona SEROZAN

**1) Yargıtayın İBK'na konu oluşturan sorunun belirlenmesi :**

Bir kimsenin kendisine ait olmayan bir arsanın üstüne diktiği yapı («ihdas» ettiği «muhdesat») arsa sahibinin mülkü olur. Bütünleyici parçanın asla bağlılığı (ya da kısaca, asla bağlılık) ilkesinin doğal sonucudur bu. (MK. mad. 644; ayrıca bk. MK. mad. 619)

Sırf arsa - yapı birliğinin, yani ekonomik bütünlüğün korunması hatırına, inşaat üzerindeki mülkiyeti arsa malikine kaptıran inşaatçının durumu keyif kaçırıcıdır. O, inşaat üzerindeki haklarını temelli yitirmiştir. İnşaatını ne aynı ne şahsi, hiçbir istemle kurtaramaz inşaatçı.

Burada kullanılan «inşaatçı» sözcüğü «müteahhit» diye anlaşılmalıdır. Çünkü inşaatçı sıfatının taahhüt yoluyla gerçekleştirilen inşaatlarda müteahhide değil de iş sahibine tanınması görüşü baskındır.

Acaba inşaatçıya hiç değilse kişisel güçte bir «inşaatın aynen iadesi istemi» ya da «inşaatın sökülüp alınması yenilik doğurucu hakkı» tanınamaz mıydı? Bu soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Kişisel isteme dayalı bir aynen iade, yasanın asla bağlılık ilkesiyle güttüğü amaca ters düşerdi; kapıdan kovulanın bacadan içeri alınması anlamına gelirdi! Haksız zenginleşme alacaklısına kimi özel durumlarda (MK. mad. 725, 907 I 3, BK. mad. 64 son c., 413 III) tanınan sökülüp alma hakkı ise, ancak karşılığın ödenmemesi ve büyük zararlara yol açılmaması koşullarına bağlı olarak kullanılabilen sınırlı ve istisnai bir haktır.

İnşaatçının, ekonomik kaygularla katlandırıldığı bu ağır mülkiyet kaybına karşın, yine de bir avantajı vardır. O, inşaatının arsadan sö-

külüp ayrılmasını (restorasyonu), aynı ya da şahsi bir istemle sağlamasına (inşaatı ayırıp götürmese) bile, hiç değilse, sırf yasanın bir cilvesi yüzünden karşılıksız (havadan) kaptırdığı değer için paraca karşılanmasını isteyebilir. Soyut bir benzetmeyle anlatmak gerekirse, revizyonu ya da düzeltimi sağlayabilir.

Nitekim MK. mad. 649 kuralı işte bu gerçeği dile getirir. Ekleme gerekir ki taşınır eşyada da başkalaştırma, birleştirme ve bütünleştirme olasılığında aynı çözüm geçerlidir: Asla bağlılık ilkesi yüzünden aynı haklarını yitiren kişi bu kaybın parasal karşılığını isteyebilir. (MK. mad. 699 II/700 III)

Yalnız lukatada ve kazandırıcı zaman aşımında, ekonomik bütünlüğün korunması düşüncelerine, ayrıca bir de hukuki istikrarı koruma düşünceleri de katıldığından, bu iki olguda restorasyona yer olmadığı gibi, revizyona da yer olmaz.

Bu ilkeler ve kurallar, birlikte (toplu) mülkiyet rejimine tabi bir arsada, birlikte maliklerden birinin ortak arsa üstüne bir başına buyruk bir yapı dikmesi olasılığında da geçerlidir. (Kırş. MK. mad. 624/25, 630) Hiç kuşku yoktur ki birlikte mülkiyette, ilişkinin özelliği gereği, inşaatı yapan birlikte malike de bu birleşmeden (bütünleşmeden) belirli bir pay düşecektir; hesaplama da ona göre yapılacaktır. Başka bir ifadeyle, birlikte mülkiyet ilişkisindeki bir haksız inşaat, zenginleşme borçlusu ve alacaklısı sıfatları aynı kişide birleşecektir. Çift maskeyle hukuk sahnesine çıkan inşaatçının bir yüzünde alacaklı, öteki yüzünde borçlu kimlikleri yazılı olacaktır.

Yargıtay (Yargıtay Kararları Dergisi 1981/4, 411) ve İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 81 II 431) de bu belirti evvelce vurgulamışlardır.

Açıklamaların bu aşamasında bir not düşmek, bir parantez açmak gerekir:

Ele alınan «haksız inşaat» olgusuna ilişkin MK. mad. 649 kuralında geçen «tazminat» (indemnité, Entschädigung) sözcüğü yanılmamalıdır. Bu sözcük gerçek ve teknik anlamda «zarar - giderim» karşılığında kullanılmış değildir. Yasa, haksız inşaat konusundaki düzenlemesinde titiz bir kavram kimyagerliği yapmamıştır.

Nasıl MK. mad. 650 kuralında tipik bir «fedakarlığın denkleştirilmesi» (istimlak) bedeli karşılığında, savrukça tazminat sözcüğü kullanılmışsa, MK. mad. 649 kuralında da zenginleşme parası denecek yerde aynı özensizlikle tazminat sözcüğüne yer verilmiştir.

MK. mad. 649 kuralının şaşırtıcı söylemine karşın, haksız inşaat-taki mülkiyet iktisabına bağlı hesaplama, karşılıksız (havadan) ve hak

edilmemiş bir iktisabın tasfiyesi anlamını taşır; sözün özü, tipik bir haksız zenginleşme oluşturur.

Haksız inşaatla hesaplamanın ve tasfiyenin haksız zenginleşme hukukuna göre yürütüleceği şuradan da bellidir ki geride de belirtilmediği gibi, taşınır eşyada başkalaştırma (tagyir), karıştırma ve birleştirme sayesinde yasa gereği mülkiyet kazanmada, MK. mad. 699/700 kuralları haksız zenginleşme hükümlerine açık yollamada bulunmaktadırlar. Durum Alman hukukunda daha da belirgindir. Orada § 951 BGB kuralı, bu gibi hukuki işlem dışı yasal iktisaplarda haksız zenginleşme hükümlerini tüm eşyalar ve olaylar için genel olarak saklı tutmuştur. Zaten öğretide de büyük çoğunluk, MK. mad. 649 kuralının haksız zenginleşme konusundaki düzenlemenin yinelenmesi, doğrulanması, olgunlaştırılması ve rafine edilmesi anlamına geldiği görüşündedir. O kadar ki MK. mad. 649 kuralının asıl işlerlik alanı haksız inşaat alanı değil de adeta haksız zenginleşme alanıdır dense yeridir. Öyleyse, MK. mad. 649 kuralı, haksız inşaat olgusu yönünden «olmasa da olur» bir kuraldır; haksız inşaatın yol açtığı «revizyon» ve «tasfiye» sorunları pekala haksız zenginleşme hukuku kurallarıyla çözülebilecek sorunlardandır.

Aslında haksız inşaatla ilişkin MK. mad. 648 i.s. kurallar arasında, sadece, iyi niyetli «inşaatçıya» belirli koşullarla arsa mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteme hakkı (adeta bir özel istimlak yetkisi) sunan MK. mad. 650 kuralının özel bir varlık nedeni vardır. Öteki kuralların sözüm ona düzenlediği konular genel kurallarla rahatça üstesinden gelinebilecek konulardır.

Burada, haksız zenginleşme hukukunun şekli hukuk eliyle ve salt yerindelik, pratiklik düşünceleriyle açılmış yaraları saran düzeltici (korrektif) işlevi devreye girmektedir.

Bu notu biraz geniş tutmak ve dolambacı uzatmak şu nedenle zorunlu olmuştur: Yargıtay İBK'na karşı kaleme alınan kimi «muhalefet şerhleri»nde bu konuda birtakım duraksamalara ve gelişkilere rastlanmaktadır. Şöyle ki bu karşı oy yazılarında, MK. mad. 649 kuralıyla BK. mad. 61 i.s. kurallar arasındaki ilişki, birbirini dışlayan özel kural genel kural arasındaki ilişki olarak sunulmaktadır. Oysa, geride de açıklandığı gibi, bu kurallar birbirinin koluna girip birbirini bütünleyen bir kümülatif (yığışık) yarışma bağlamında ele alınmalıdır.

Nitekim bu içtihat tahlilinde de öyle yapılacak ve sorun, aynen İsviçre'de, Almanya'da ve Türkiye'de genelde yapıldığı ve de Yargıtay yargıçlarının çoğunluğunun da irdelenen kararda yaptıkları gibi, haksız zenginleşme hukukunun araçlarıyla ve gereçleriyle çözülecektir.

Sorunu apaçık, sapsaydam görebilmemiz, doğru teşhis koyup sağlıklı çözümler geliştirebilmemiz için kaçınılmazdır bu yaklaşım. Sorunun özünü kavrayamazsak, çözümümüz de ister istemez boşlukta kalır.

MK. mad. 649 kuralını haksız zenginleşme hükümlerinin karşısına bir «özel kural» gibi çıkarıp, onun tutarlı ve adaletli çözümünü salt taşınmaz hukukunda «haksız inşaat» olgusuna inhisar ettirmek şu sarkıncalı ve çelişik çözümü beraberinde getirir: MK. mad. 649 kuralının özündeki «dayatılmış zenginleşmeye karşı subjektif zenginleşme sınırlaması», sadece başkasının arsasına yapı dikene karşı uygulanır ama taşıt aracına motor, yata klima aygıtı, helikoptere pervane takan kişiye karşı uygulanamaz. Oysa, bütün bu olgular aynı adalet ve yerin-delik değerlerine dayalı bir arıtımı ve düzeltimi beklerler. Birinde benimsenen çözümü sırf «haksız inşaat» sayılmıyor diye ötekinde yadsımak doğru olmaz. (Nitekim bk. Liver, Schweizerisches Privatrecht V/1, s. 376 ve orada not 16'da anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararları ile s. 380. Yazar ve Federal Mahkeme, MK. mad. 649 kuralını, ister taşınmaz eşyada ister taşınır eşyada olsun, asla bağlılık ilkesinin açtığı yaraları saran genelgeçer bir haksız zenginleşme kuralı olarak değerlendirmektedirler.)

Şunu da eklemekte yarar var: Haksız inşaat alanında söz konusu olan zenginleşme, bilinçli ve amaçlı bir edime dayanmayıp, edim dışı bir zenginleşmeye dayanmaktadır. Düpedüz bir «masraf (sarfiyat) conductiosu»na (harcamadan ötürü zenginleşmeye) kaynak olmaktadır. Dikkat edilsin ki başkasının malına masraf etmeden ötürü söz konusu olan bu özel zenginleşmede, vekaletsiz iş görmeden farklı olarak, başkasının işini görme iradesi de yoktur.

Bu haksız zenginleşme ilişkisi, müşterek mülk için payına düşenden fazla masrafta bulunan paydaşın öteki paydaşlara geri dönüp başvurması (eşyaya bağlı borç) ilişkisi (MK. mad. 626) ile de karıştırılmamalıdır.

Notu burada noktlayıp (parantezi burada kapayıp), Yargıtay yargıçlarını uğraştıran asıl soruna eğilelim: Acaba bu haksız zenginleşmenin arıtılmasında, aynen iade (restorasyon) söz konusu olamayacağına göre, parasal iadenin (revizyonun) ölçüsü neye göre, nasıl belirlenecektir?

Sorunu biraz daha somutlaştıralım: Acaba parasal iade isteminin tutarı saptanırken, hangi ölçü esas alınacaktır: a) İnşaatı yapanın harcadığı malzeme ve işçilik parasından (maliyetten) ibaret yoksullaşma

mi? b) Arsa sahibinin elde ettiği daha yüksek nesnel (objektif) artı değer (sürüm değer) mi? c) Arsa sahibinin elde ettiği daha düşük öznel (subjektif) yarar mı? d) Zenginleşmenin gerçekleştiği (yapının tamamlandığı) andaki değer mi? e) Yoksa zenginleşmenin paraya çevrildiği (yapının satıldığı) andaki (hatta belki daha başka anlardaki) değer mi?

Sorunun pratik önemi büyüktür; ucunda ne de olsa milyarlar yatılabilir: Beş yıl önce (malzeme + işçilik olarak) yüz milyona maledilmiş bir yapı (minimal değer), beş yıl sonra elverişli bir alışverişte beş milyara (maksimal değer) satılmış olabilir. Şimdi inşaatı yapan, sadece yüz milyon mu isteyebilecektir, yoksa beş milyar mı?

## 2) Yargıtayın sorunu çözüm biçimi

Yargıtayın bu soruna ilişkin çözümü şu olmuştur: İnşaatçının zenginleşme alacağı, herhangi bir sınırlamaya bağlı değildir. Özellikle, bu alacağın yapının arsaya dikildiği tarihteki malzeme ve işçilik parasına (inşaat maliyetine), sözün özü, akla gelebilecek en düşük değere (inşaatçının yoksullaştığı ölçüye) indirilmesi zorunluluğu yoktur. Zenginleşme alacağının tutarı, pekala, arsanın yapıyla bir arada satılıp paraya çevrildiği tarihteki nesnel artı değerden, yani, geçmişteki maliyet değerinden daha yüksek sürüm değerden oluşabilir. (Bk. Yargıtay Kararları Dergisi, Ağustos, 1991, s. 1143 i. s.)

## 3) Sorunun çözümünde akla gelebilecek değişik yollar ve bunların değerlendirilmesi

a) Sorunun çözümünde akla gelebilecek olan ilk yol, zenginleşme alacağının tutarını inşaat malzemesi ve inşaat işçiliği parası toplamına (fiilen harcanan paraya) indirmektir. Bu maliyet değeri, aynı zamanda, akla gelebilecek en düşük değerdir de. MK. mad. 649 kuralında yapı yerine levazımdan söz edilmesi bu görüşe yol açmıştır. Yargıtay, kimi kararlarında işçilik parasını bile dışlayarak, bu maliyeti salt malzeme parasına indirmektedir. Bu yol, son tahlilde, arsa sahibinin zenginleşmesini hesaba katmaz; «sebepsiz iktisabı» da inşaatçının yoksullaşmasına (malvarlığındaki dolaysız eksilmeye) indirgemiş olur.

Oysa, haksız zenginleşme (sebepsiz iktisap) hukuku, haksız fiiller hukukundan ayrımlı olarak, yoksullaşmayı değil, zenginleşmeyi arıtmayı amaçlar; onun asal işlevi budur. Unutulmasın ki yoksullaşma tutarının zenginleşme tutarından düşük kaldığı haksız inşaat olaylarının dışında, hiçbir yoksullaşmaya denk düşmeyen (yoksullaşmasız) zenginleşmeler de vardır. Böylesine «yoksullaşmasız zenginleşmelere», baş-

kasına zarar vermeyen kullanmaların karşılığı (ecrimisil) gösterilebilir. (Ecrimisli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine postalamak amaca uygun olmaz.)

Dikkat edilsin, BK. mad. 61 kuralındaki «aharın zararına» sözcükleri, sadece üçlü ilişkilerde iade alacaklısının kimliğini belirlemeye yarar. Kimin kiminle (sadece aralarında bir edim ilişkisi olanların birbirleriyle) hesaplaşacağına işaret eder. Yoksa, bu sözcüklere, her zenginleşmeye mutlaka bir yoksullaşmanın denk düşmesi gerektiği anlamı yüklenemez.

Nitekim Almanya'da oybirliğiyle kabul edilen bu gerçek, İsviçre'de de baskın görüşü oluşturmaktadır. (Bk. Öz, Sebepsiz zenginleşme, s. 37/38)

Yoksullaşmanın değil de zenginleşmenin arıtılacağı noktada görüş birliğine varmakla, sorun çözülmüş değildir. Zenginleşme kavramı da değişik biçimlerde anlaşılabilir.

b) Gerçekten de zenginleşme alacağının tutarını arsa sahibinin malvarlığındaki artışla (zenginleşmeyle) belirleyen yol da ikiye ayrılır :

Bir kere, zenginleşmeden, yapının nesnel piyasa (sürüm) değeri (objektif artı değeri) anlaşılabilir. Örneğin, «izalei suyu» sırasında elde edilen satış parası bu anlamda bir objektif zenginleşme oluşturur.

c) Ama zenginleşme kavramına pekala apayrı bir anlam da yüklenbilir. Yapıdan, salt zenginleşenin (zenginleşme borçlusunun) sağladığı öznel (sübjektif) yarar gibi. O zaman, zenginleşme borçlusunun işine yaramayan, onun indinde değer taşımayan bir kazandırma (bir yapı) için herhangi bir zenginleşme parası vermek de gerekmez. Evvelce zaten belirli bir satış parası karşılığında satışı vaadedilmiş arsaya dikilen yapının arsa sahibine katkısı (sübjektif zenginleşme) sıfırdır.

İşte MK. mad. 649 kuralı da böyle bir ayırımı dayanır. İyi niyetli zenginleşme alacaklısı, «muhik tazminat» (angemessene Entschädigung, indemnité équitable) adıyla daha yüksek objektif zenginleşmeyi (nesnel sürüm değeri, artı değeri) isteyebilirken, kötü niyetli zenginleşme alacaklısı, ancak daha düşük sübjektif zenginleşmeyi, açıkçası, yapının arsa sahibi için taşıdığı en düşük değeri (Mindestwert des Baus für den Eigentümer, la valeur minimale des constructions pour le propriétaire du fonds) isteyebilir.

Bizde MK. mad. 649 kuralında geçen «levazımın en az kıymeti» sözcükleri, kuralın İsviçre aslına (ZGB 672) uygun olarak, yapının (arsa

sahibi indinde) en düşük (minimal) değeri diye anlaşılmalıdır. «Levazımın en az kıymeti» sözcüklerine kapılan Yargıtay'ın, kimi kararlarında, yapı sahibini, harcadığı işçilik parasını hesaba katmaksızın salt malzeme parasıyla yetindirmesi doğru olmamıştır. Yargıtay'ın bu anlayışı, zaten yanlış ve düşük basamakta tutulmuş olan yoksullaşma kavramını daha da yanlış ve düşük bir basamağa indirmiştir.

Kötü niyetli zenginleşme alacaklısını düşük sübjektif zenginleşme ölçüsü ile sınırlı bir alacakla yetindiren anlayışın temelinde yatan düşünce şudur : Kişiye isteği dışında empoze edilen (dayatılan) zenginleşmede, zenginleşme alacağını sınırlamak adaletin buyruğudur. Kimse bir oldu bittiye getirilmemelidir.

MK. mad. 650 kuralını karşılayan İsviçre ZGB 673 kuralında, empoze edilmiş zenginleşmeyi geniş çapta önleyici bir olanak tanınmıştır arsa sahibine. Şöyle ki o da tıpkı inşaatçı gibi, belirli koşullarla, arsa mülkiyetinin inşaatçı tarafından devralınmasını isteyebilir. Bu olanak bizde tanınmadığına göre, MK. mad. 649 kuralının arsa sahibine isteği dışında dayatılmış zenginleşmeyi önleyici işlevi daha da belirgin bir ağırlık kazanır.

Şunu da eklemek gerekir : Hukukumuzda empoze edilmiş zenginleşmeyi sübjektif zenginleşme kavramıyla denetleyip sınırlayan kural MK. mad. 649 kuralından ibaret değildir. Hukukumuzda, bu sınırlayıcı düşüncenin üstü kapalı ve dolaylı biçimde de olsa dile geldiği başka kurallar daha vardır.

BK. mad. 62 c. 1'e göre, borçlu olmadığı parayı bile bile ödeyen kişi bu parayı geri isteyemez. MK. mad. 908 c. 2'ye göre kötü niyetli haksız zilyet ancak «kişi hak sahibinin de yapacağı» zaruri masrafların karşılanmasını isteyebilir. BK. mad. 64 c. 2'ye göre, kötü niyetli haksız zenginleşen, ancak yaptığı faydalı masrafların sınırlı bir bölümünü isteyebilir, yoksa tümünü değil! BK. mad. 414'e göre, gerçek olmayan vekaletsiz iş gören (başkasının hukuk alanına müdahale eden) kişi, sadece hak sahibi için de yararlı sayılabilecek olan (sübjektif-) zenginleşmenin karşılanmasını isteyebilir. İşte bütün bu kuralların özünde saklı espri, özellikle, haksız inşaat gibi, empoze edilmiş zenginleşmelerde, ödenecek paranın en düşük düzeyde, sübjektif zenginleşme ölçüsünde tutulmasını gerektirir.

Dikkat edilsin ki bu kurallar aslında ya edimden ötürü zenginleşmeye özgü oldukları ya da kötü niyetli zenginleşenin karşı haklarına özgü oldukları için, başkasının malına masraf etmeden ötürü edim dışı zenginleşme istemine doğrudan doğruya aktarılamayıp, ancak dolaylı olarak birer «kıyas» dayanağı oluşturabilirler.

Sübjektif zenginleşme kavramının «empose edilmiş zenginleşme» alanı dışında sorumluluğu sınırlayıcı yönde etkili olduğu bir başka alan da ehliyetsizlerin korunması alanıdır. Bu alanda da sırf ehliyetsizi kendisine hiçbir yarar sağlamayan zenginleşmelerden ötürü sorumlu olmaktan kurtarmak üzere sübjektif zenginleşme kavramı seferber edilir.

Alman hukukunda ortaya atılan ilginç bir görüşe göre, zenginleşme alacaklısının alacağını zenginleşme borçlusunun sübjektif zenginleşmesine indirebilmek için, zenginleşmenin sonradan elden çıktığı savunmasını (ki zenginleşmeyi sübjektifleştirir) zenginleşmenin baştan ele geçmediği duruma da kıyasen aktarmak yeter.

Sübjektif zenginleşme kavramına gerek olmaksızın, sadece yoksullaşma kavramıyla da doyurucu bir sınırlamanın gerçekleştirilebileceği görüşü inandırıcı değildir. Çünkü haksız zenginleşme hukukunda «yoksullaşma» ögesine, bir azınlığın direnişine karşın, artık terk edilmiş bir öge gözüyle bakılmalıdır. Kaldı ki bizatihi MK. mad. 649 II kuralındaki sınırlama da yoksullaşma kavramına değil, sübjektif zenginleşme kavramına dayanmaktadır. Unutulmasın ki kuralın İsviçre aslında, yapılan masraftan (yoksullaşmadan) değil, yapının arsa sahibi için taşıdığı en az değerden (sübjektif zenginleşmeden) söz edilir.

Sübjektif zenginleşme kavramı sorumluluğu artırıcı yönde kullanılamaz. Zenginleşenin özel becerisiyle, yetenekleriyle sağladığı süper kazancın karşılanması, ancak gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde (BK. mad. 414 kuralı bağlamında) sağlanabilir. Demek ki sübjektif zenginleşme kavramı ancak menfaatler durumunun özelliğinden dolayı sorumluluğun sınırlanmasını kaçınılmaz gözüktüğü olasılıklara (dayatılmış zenginleşme olgusuna ve korunmayı hak etmiş ehliyetsizlerin kazanımlarına) özgüdür.

d) Zenginleşme alacağının tutarını bir anda baştan aşağı değiştirebilecek bir «tarih» etmenidir. Yakın geçmişe kadar ağır basan görüş, zenginleşmenin gerçekleştiği andaki değeri, yani somut uyumsuzlukta, yapının arsayla bütünleştiği andaki değeri esas almaktaydı. Hiç kuşkusuz, bu görüşün teorik tutarlılığı tartışılmaz. Bu nedenle «muhdesatın yapıldığı anda zenginleşme oluşmuş sayılamaz» diye bunun tersini savunan ve genellikle de birlikte mülkiyet ilişkilerinde «izalei şuyu»dan önce haksız zenginleşmenin «aktüel» sayılamayıp, ancak «potansiyel» sayılabileceğine inanan Yargıtay işte bu noktada ciddi bir yanılığa düşmektedir. Gerçekten de, yapı tamamlanınca haksız zenginleşmenin olgular bütünü de tamamlanmış demektir. Haksız zenginleşme alacaklısı «inşaatçı» bu aşamada hemen harekete geçebilir. Onun bu aşamada isteyemeyeceği şey, «aynen iade»dir, yoksa «nakden iade» değil.

Gelgelelim, zenginleşmenin oluşmasında geçerliliği hiç tartışmasız olan bu zamansal çizgi, zenginleşmenin hesaplanmasında giderek uzaklaşan bir zamansal çizgi olmaktadır. Günümüzde gitgide güçlenen görüş, zenginleşmenin hesaplanmasında, hesabın kapatıldığı ya da hesabın kapatılmasına hükmedildiği daha sonraki tarihi esas almaktadır. Bu görüşün gerekçesi şudur: Değil mi ki zenginleşme alacaklısı (olayda inşaatçı) zenginleşmenin sonradan eksilip kalkması rizikosuna katlanır (BK. mad. 63 kuralının ünlü zenginleşmenin kalmadığı ya da eksildiği savunması), o halde, zenginleşme alacaklısı «inşaatçı» aynı zenginleşmenin sonradan kabarıp şişmesi şansına da sahip olmalıdır. Acının külfetine katlanan kişi, tatlının nimetinden de yararlanmalıdır. Söz gelişi, yapının bir yangında kül olmasının riskine katlandırılan (hiçbir zenginleşme parası alamayan) inşaatçı, aynı yapının enflasyon yangınında birkaç kat değer kazanmasının nimetine de kavuşturulmalıdır. Menfaatler durumuna başka bir açıdan bakalım: İnşaatçının sırtından ve havadan inşaatın mülkiyetini kazanan arsa sahibi, bu yetmiyormuş gibi, bir de, inşaat sahibinin sırtından (çünkü aslında hiç değilse inşaatın parasal değeri ona aittir) inşaatın değer artışına sahip çıkamamalıdır. Yasa, arsa sahibine sadece yapının üstünde karşılıksız aynı hakkı ikram etmiştir, yoksa yapıdan karşılıksız zenginleşme hakkını değil.

Doğaldır ki bu anlayış doğrultusunda, zenginleşme tutarı, akla gelebilecek en ileri tarihe, hüküm tarihine kadar kaydırılacaktır. Ama hesabın daha önce kapatılması (örneğin arsa - yapı kompleksinin satılması) halinde, bu tarih, kuşkusuz hesabın kapatıldığı tarih olacaktır.

Böylece, zarar giderimin saptanmasında zarar verici eylemin gerçekleştirildiği tarih yerine hüküm tarihini öneren tazminat hukukundaki baskın görüşle de uyum sağlanmış olur.

Demek ki zenginleşme alacaklısı, zenginleşmenin parasal karşılığının ödenmesini isterken, zenginleşme borçlusunun en geç tarihteki objektif zenginleşmesini esas alabilecektir. Bu tarih, uyumsuzluk olayında, yapının dikildiği tarih değil de hesabın kapatıldığı «izalei şuyu» (satış) günüdür. Eğer hesap böylesine bir satışla kapatılmamışsa, bu tarih, hesabın kapatılmasına hükmedilen tarih olacaktır.

Yalnız, nasıl objektif zenginleşme kavramı sadece iyi niyetli zenginleşme alacaklısının bir ayrıcalığı sayılıyorsa (MK. mad. 649 kuralı ve empose edilmiş zenginleşme kuramı), hesabın kapatıldığı ya da kapatılmasına hükmedildiği tarih de sadece iyi niyetli zenginleşme alacaklısının bir ayrıcalığı sayılmalıdır. Böylece zenginleşme alacaklısının spekülatif tertiplerine de set çekilmiş olunur.

Değişik bir açıdan, başka bir anlatımla : Nasıl zenginleşmenin eksildiği savunmasından yararlanabilmek için zenginleşme borçlusunun iyi niyetli olması gerekiyorsa (BK. 63) zenginleşmenin arttığı yolunda bir iddia ortaya atabilmek için de zenginleşme alacaklısının iyi niyetli olması gerekir. Kötü niyetli zenginleşme alacaklısı geçmişteki düşük değerle yetinmek zorunda kalır.

Böylece ortaya tutarlı bir simetri, uyumlu bir tablo çıkmış olur.

Yalnız burada savunulan görüşler konusunda şu noktayı özellikle vurgulamak gerekir : Zenginleşmenin ölçüsünü belirleme sorunu, sadece haksız zenginleşme hukukunun değil, tüm borçlar hukukunun en tartışmalı sorunlarından. Hani neredeyse yazar sayısınca değişik görüşlere rastlanır.

Bu arada önemli bir not daha düşmek gerekir : Objektif —sübjektif zenginleşme ayırımını ve zenginleşmenin tarihini belirleyen iyi niyet— kötü niyet ayırımı, özellikle bu alandaki önemli rolü dolayısıyla, İsviçre'de benimsenen etik (ahlaki) yaklaşımla değerlendirilmelidir. Yoksa klasik iyi niyet anlayışındaki gibi salt piskolojik bir bilip bilmeme olgusu olarak ele alınmamalıdır iyi ya da kötü niyet. Kötü niyeti hukuka aykırılık bilincine indirgeyen ve böyle yapmakla kötü niyet kavramını adamakıllı daraltan bu yeni yaklaşım, özellikle birlikte mülkiyet ilişkileri alanında somut olay adaletini gerçekleştirmeye daha elverişlidir. Gerçekten de birlikte mülkiyet ilişkilerinde bir haksız inşaat için bilmeme iddiasını inandırıcı kılmak hemen hemen olanak dışıdır. Bu ilişkilerde zenginleşme alacağını geçmişteki sübjektif zenginleşme ölçüsünün üstüne çıkarabilmek için, iyi niyet kavramını hukuka aykırılık bilincinin eksikliği biçiminde geniş anlamaktan başka umar yoktur.

Açıklamaların özetini çıkarmak gerekirse, şöyle denebilir :

Kendisine ait olmayan bir arsaya haksız olarak diktiği yapı üzerinde mülkiyeti arsa sahibine kaptıran inşaat sahibinin isteyebileceği zenginleşme parası, iyi niyetli olduğu durumda, arsa sahibinin en son andaki objektif zenginleşmesine göre belirlenir. Buna karşılık, kötü niyetli olduğunda, zenginleşme alacaklısının istemi, arsa sahibinin yapının arsaya bütünleştirildiği (tamamlandığı) andaki sübjektif zenginleşmesiyle sınırlıdır. Bu görüş, yasanın sözüne ve özüne uygun düşüğü gibi, adalet değerlerine de uygun düşer.

### 3) Yargıtay İBK'nın bu gerçekler ışığında değerlendirilmesi

Yargıtayın İBK'nda varılan yargı, inşaat sahibinin isteyebileceği zenginleşme parasının geçmişte yapıya harcanmış parayla sınırlı olma-

dığı yolundadır. Başka bir anlatımla, Yargıtay, zenginleşme parasının neye göre belirleneceği konusunda olumlu bir kriter koymamış, sadece neye göre belirlenmeyeceği konusunda olumsuz bir kriter öngörmüştür. (Pozitif seleksiyon yoktur da negatif seleksiyon vardır.)

Bu yargı, gerideki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, geçmişte harcanmış para (yoksullaşma) ölçüsünün yanlışlığı bir yana, ancak özel bir durum için, zenginleşme alacaklısının iyi niyetli olduğu olasılık için doğru olabilir. Ama aynı çözümü kötü niyetli bir zenginleşme alacaklısı için de savunmak zordur.

Şu halde, Yargıtayın hiç ayırım gözetmeksizin, apriori bir genellemeyle, hiçbir durumda herhangi bir zenginleşme alacağı sınırlaması bulunmadığını hükme bağlaması doğru olmamıştır.

Öyle anlaşılıyor ki Yargıtay yargıçları MK. mad. 649 kuralının özünde yatan espriyi, empoze edilmiş zenginleşme olgusunu ve sorumluluk hukukumuzda damgasını basan iyi niyet-kötü niyet ayırımını gereği gibi kavrayıp değerlendirememişlerdir.

Gözden kaçan önemli hukuki gerçek, kötü niyetli zenginleşenin parasal iade alacağını en az değere düşürmenin salt MK. mad. 649 kuralının bir gereği olmayıp, tüm haksız zenginleşme hukukuna egemen bir adalet buyruğu ve bir temel hukuk ilkesi olduğudur.

Üstelik Yargıtay, zenginleşme alacağına geçmişteki yapı maliyetiyle belirlenen bir sınır konamayacağı sonucuna varırken, yanlış ve ilgisiz mantıksal temellere dayanmıştır. BK. mad. 63 kuralındaki zenginleşmenin eksildiği savunmasının konuyla herhangi bir dolaysız ilgisi olmadığı gibi, zenginleşmeyle yoksullaşma arasındaki nedensellik de konuyla herhangi bir dolaysız ilgisi yoktur. Zenginleşmenin inşaatın (muhdesatın) tamamlandığı anda değil de «izalei şuyu» anda gerçekleştiği görüşü ise yanlış bir görüştür. Zenginleşme alacaklısının sınırsız bir karşılık istemesinin hakkaniyete uygun düşeceği iddiasına gelince, kötü niyetli zenginleşme alacaklısı göz önüne getirildiğinde, hiç de inandırıcı değildir bu iddia.

Şu da var ki İçtihadı Birleştirme Kararının hukuki etkisi pek önemli olmayacaktır. Çünkü yargıçlar, «herhangi bir sınırı olmayan iade borcunun kapsamını tayin keyfiyeti uygulamaya bırakılmalıdır» derken, takdir kapılarını ardına kadar açık bırakmışlardır. Yani, somut olayda, yargıç, pekala, kötü niyetli bir zenginleşme alacaklısını, yapının yapıldığı andaki düşük sübjektif zenginleşme değeriyle yetindirebilecektir. Hele Yargıtayın kabul edilemeyecek en düşük sınır olarak, sadece yapıyı yapanın harcadığı parayı, eşdeyişle, yoksullaşmayı

(yanlış olarak) öngörmüş olması karşısında, «sübjektif zenginleşme» sınırlaması, hiç değilse «şeklen» ve «lafzen» İBK'na ters de düşmeyecektir.

Yargıtay'ın bu İBK ile MK. mad. 649 kuralını ne genel olarak haksız zenginleşme ilişkileri alanında, ne de özel olarak birlikte mülkiyet ilişkileri alanında «lağvettiği» söylenemez.

Zaten aslına bakılırsa, İsviçre Federal Mahkemesinin de tanınmış bir içtihadında vurguladığı gibi, «haksız zenginleşmeye dayanan bir iade borcunun kapsamı belirlenirken, bütün olaylar ve zamanlar için geçerli bir sihirli reçete bulunamaz. Haksız zenginleşme hukukuna egemen hakkaniyet düşüncesi doğrultusunda, somut uyumsuzluğu çevreleyen tüm özellikler göz önünde tutulmalıdır.» (BGE 73 II 108)

Yargıtayın da benimsemiş olduğu anlaşılan bu esnek yaklaşımla, her bir haksız inşaat olgusunda adaletli «altın ortayı» yakalamak, İBK'ndaki çekincesiz ve düşüncesiz genellemeye karşın pek de zor olmasa gerektir.