

# Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?

*Prof. Dr. Haluk Nami NOMER\**

## I. Haksız Fiil Sorumluluğu Bakımından

Haksız fiilden doğan alacaklarda, tazminat borçlusunun temerrüdü için ihtar gerekip gerekmediği konusundaki görüşler Türk hukukunda temelde v. Tuhr'a dayanmaktadır. Von Tuhr, İsviçre borçlar hukukuna ilişkin eserinde müşterek hukuktan gelen "fur semper in mora", yani hırsız daima temerrüt halindedir, prensibine yer vermiştir<sup>1</sup>. Von Tuhr'a ait eserin Türkçe tercümesinde şu ifadeler yer almaktadır; "*Borçlar Kanunu müşterek hukukun «fur semper in mora: gasbeden<sup>2</sup> daima temerrüt halindedir» prensibini sarahaten zikretmemektedir. Bununla beraber bir şeyi iadeye veya haksız bir fiil sebebiyle zarar ve ziyan ödemeye mecbur olan kimse hakkında, hukukun umumi prensiplerine göre, mütemerrit bir borçlu*

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

<sup>1</sup> Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Auflage, Zürich 1974, § 72 IV 2, 140, 141.

<sup>2</sup> Roma hukukundaki "furtum, fur" ibarelerini, Türkçeye "gasp, gasp eden" yerine "hırsızlık, hırsız" şeklinde çevirmek daha uygundur. Bununla birlikte furtum'un bugünkü hırsızlık kavramı ile tam örtüşmediğini de belirtmek gerekir (Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Band 2, Darmstadt 1963, 138, dn. 8).

gibi muamele edilecektir"<sup>3</sup>. Orijinal Almanca metnin çevirisi ise "Müşterek hukuktaki «*fur semper in mora*» kuralı OR'da zikredilmemiştir. Buna rağmen bir kimse haksız fiil (*unerlaubte Handlung*) sebebiyle bir şeyi iade etmekle veya tazminle yükümlü ise, o takdirde o kimse, genel prensiplere göre temerrüde düşmüş borçlu gibi muamele görür" şeklinde olmalıdır. Buradan hareketle bir ayırım yapılmaksızın haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat alacaklarında borçlunun temerrüdü için ihtar gerekmediği sonucuna varılmaktadır<sup>4</sup>. Yargıtay'a göre de, haksız fiilin gerçekleşmesi ile birlikte doğan tazminat alacağına, o andan itibaren temerrüt faizi yürütülür<sup>5</sup>. İsviçre hukukunda da müşterek hukuktan gelen bu prensipten hareketle<sup>6</sup>, haksız fiilden doğan alacaklarda, borçlunun ihtar gerekmesizin temerrüde düşeceği kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt: 1-2, Çeviren Cevat Edege, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1983, § 72 IV 2, 611.

<sup>4</sup> Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü Ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, 66; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, 478; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, 301; Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul 2009, § 17 N. 5; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, 918, Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 1977, 239; Öğreti ve yargı kararlarının bu yönde olduğu hususunda, Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2005, 500.

<sup>5</sup> Örnek olarak bkz. Yarg. 17. HD, 06.03.2006, 314/1775 (YKD 2006/9, 1459); Yarg. 17. HD, 15.03.2006, 563/2008 (YKD 2006/8, 1285); Yarg. 4. HD, 11.02.2002, 10735/1543 (YKD 2002/8, 1168); Yargıtay sözleşmeden doğan tazminat alacakları bakımından da ihtar şartını aramamaktadır: Yarg. 10. HD, 27.03.2007, 3399/4642 (YKD 2007/11, 2063). Fakat zararın belirlenmesinde daha sonraki bir an esas alınmışsa, o takdirde temerrüt faizi o andan itibaren işlemeye başlar. Örneğin mağdura bir protez takılması gerekiyorsa, o takdirde tıbben protezin takılabileceği andan itibaren temerrüt faizi yürütülür: Yarg. 11. HD, 14.01.2003, 8403/256 (YKD 2003/6, 916).

<sup>6</sup> Örneğin BGE 131 III 23'te şu atıflara yer verilmektedir: D. 13, 1, 8, 1; D. 13, 1, 17; D. 13, 1, 20; Ayrıca bkz. Windscheid/Kipp [dn. 2], 137, 138.

<sup>7</sup> BGE 131 III 23; Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR), Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedit Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 102 N. 11; Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete Auflage, Bern 2003, 65.13.

Şu var ki, BK m. 101'e göre borçlunun temerrüde düşmesi için borcun muaccel olması ve bunun yanı sıra kural olarak alacaklının ihtarı gerekir. Bu madde Borçlar Kanunu'nun ikinci babının ikinci faslında yer almaktadır. "Borçların Teşekkülü" başlığını taşıyan birinci bap, borcun kaynaklarını düzenlemektedir. Bu bapta ayrı fasıllar halinde sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar yer almaktadır. İkinci bapta ise, borçların ifası ve ifa edilmemesinin sonuçları, borcun kaynağına göre ayırım yapılmaksızın genel olarak bütün borçlar bakımından ele alınmıştır. Dolayısıyla ikinci bapta yer alan BK m. 101'deki hüküm, sadece sözleşmeden doğan borçlar için getirilmiş bir hüküm değildir. Kural olarak kaynağı ne olursa olsun bütün borçlar için geçerli olan genel bir hüküm niteliğindedir. Bu itibarla BK m. 101 hükmünün, bu hüküm sadece sözleşmeden doğan borçlar için geçerliymiş gibi, haksız fiiller ile sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara uygulanmaması ve bunların ayrı bir kurala tabi tutulmaları kanunun sistematiği ile bağdaşmamaktadır.

Bununla birlikte tazminat yükümlüsünün temerrüde düşmesi bakımından ihtarın aranması her zaman adil sonuçlar vermemektedir. Verilen örnek hırsızdır ve onun daima temerrüt halinde olduğu söylenmektedir. Böylece hırsız, temerrüde düşmüş borçlu gibi (BK m. 102/f. 1) kazadan da sorumlu tutulmaktadır. Bu konu esasen haksız zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamına girmektedir. Hırsız kötü niyetli haksız zilyettir. Kötü niyetli haksız zilyet, kural olarak kazadan da sorumludur (TMK m. 995/f. 1). Şu kadar ki, kötü niyetli zilyet, zilyet olduğu şeyi kime vereceğini bilmediği sürece, kazadan sorumlu olmayıp sadece kusuruyla verdiği zararlardan sorumludur (TMK m. 995/f. 3)<sup>8</sup>. Haksız zilyedin iade yükümlülüğüne ilişkin hırsız örneğinden hareketle, haksız fiil sorumluluğunda tazminat yükümlüsünün temerrüdü bakımından genel bir kurala varmak sonuçları itibariyle uygun mudur?

Bu noktada kanunun temerrüt için ihtar şartını aramasının sebebi üzerinde durmak gerekir. Kanun koyucu ifa zamanının belirli olmadığı veya borçlu tarafından bilinmediği durumlarda borçluyu korumak istemiştir. İhtar yoluyla, ifa zamanının belirsiz veya borçlu tarafından bilin-

<sup>8</sup> Bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, 113, 114.

miyor olmasının borçlu için yaratacağı sert sonuçlardan kaçınılmış olur<sup>9</sup>. Bir başka açıdan, alacaklı temerrüdün borçlu aleyhine hükümlerinden yararlanmak istiyorsa, o takdirde ihtarda bulunmalıdır, aksi takdirde bunlardan yararlanamaz. Menfaatler arasında bir denge kurulmuştur. Bununla birlikte verilen örnekte olduğu gibi somut olayda, borçluya nazaran alacaklının menfaatinin üstün tutulması gerekebilir veya borçlunun korunmaya layık menfaatinden söz edilemeyebilir. Burada başvurulacak olan kural, TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralıdır. Öğreti ve uygulamada kabul edilen görüş ancak TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılabilir<sup>10</sup>. Esasen öğretide de haksız fiil sorumluluğunda temerrüt için ihtar aranmaması ilkesi dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır<sup>11</sup>. Şu farkla ki, öğreti ayırım yapmadan haksız fiil sorumluluğunda temerrüt için ihtar şartını aramamaktadır. Haksız fiil sorumluluğu için genel bir prensip yerine, dürüstlük kuralına göre ihtarın gerekip gerekmediği hususu her *somut olayın durumuna göre* değerlendirilmelidir.

Bu değerlendirme özellikle kusura dayanan sorumlulukta önem taşımaktadır. Buna karşılık kusura dayanmayan sorumluluklarda kural olarak ihtarın aranması gerekir. Kusuru bulunmadığı halde sorumlu tutulan kimseyi, ayrıca bir de ihtar gerekmesizin temerrüde düşmüş saymak menfaatler dengesine uygun düşmez. Kusura dayanmayan sorumluluklarda, sorumlu kişinin, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleştiğinden haberdar olmaması da mümkündür. Kusuru bulunmayan, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleştiğinden haberdar olmayan ve olması da gerekmeyen bir kimseyi, o andan itibaren temerrüde düşmüş saymak ve aleyhine temerrüt faizi yürütmek uygun bir çözüm tarzı değildir. Örnek olarak, kendisine miras kalan ve varlığından dahi kendisinden tazminat talep edilene kadar habersiz olduğu bir yapı eseri dolayısıyla, BK m. 58'de yer alan bina sahibinin sorumluluğu hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü tutulan bir kimsenin, sorumluluğun doğması ile birlikte ihtar gerekmesizin temerrüde düşmesi, uygun bir çözüm tarzı değildir. Aynı şekilde binanın yapımındaki, ancak bilirkişi incelemesi ile ortaya

<sup>9</sup> Von Tuhr/Escher [dn. 1], § 72 II, 136.

<sup>10</sup> Haluk Nami Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, 220.

<sup>11</sup> Oğuzman/Öz, [dn. 4], 301; Barlas [dn. 4], 66.

çıkabilecek nitelikte bir bozukluğu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen bina sahibinin, bozukluktan dolayı BK m. 58 uyarınca sorumluluğunda, temerrüt için ihtarın gerektiğini kabul etmek gerekir. Özen yükümünün ihlaline dayanan sorumluluklarda da (adam çalıştırmanın sorumluluğu (BK m. 55); hayvan idare edenin sorumluluğu (BK m. 56); ev başkanının sorumluluğu (TMK m. 369)), temerrüt için ihtarın gerektiğini kabul etmek gerekir. Tehlike sorumluluklarında da, örneğin KTK m. 85/f. 1 uyarınca işletenin sorumluluğunda, özellikle aracın işleten tarafından sürülmediği durumlarda, işletenin ihtar gerekmesizin temerrüde düşmesi, uygun bir çözüm tarzı değildir.

Nitekim v. Tuhr da, temerrüt için ihtarın aranmamasını *haksız fiiller* (unerlaubte Handlung) bakımından dile getirmiştir. V. Tuhr'un ifade ettiği üzere, haksız fiilin tanımı BK m. 41/f. 1'den çıkmaktadır. Haksız fiiller gibi aynı sonucu doğuran olgulara önceleri haksız fiil benzeri (Quasidelikte) denmekte iken, bugün çoğunlukla *sebeplere* sorumluluklarından bahsedilmektedir<sup>12</sup>. Türk hukukunda, haksız fiil sorumluluğu bazen geniş anlamda kullanılmakta ve bunun içine kusursuz sorumluluklar da dâhil edilmekte ise de, haksız fiil esas itibarıyla BK m. 41'de yer alan kusur sorumluluğuna dair bir kavramdır<sup>13</sup>. Dolayısıyla v. Tuhr, *haksız fiillerde* temerrüt için ihtarın aranmaması gerektiğini söylerken, bunu lafzına ve v. Tuhr'un verdiği tanıma uygun olarak dar anlamda haksız fiiller (unerlaubte Handlung) için geçerli bir prensip olarak anlamak gerekir.

Şunu da ilave etmek gerekir ki, kusura dayanmayan bir sorumlulukta sorumlu kişi, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleştiğinden haberdar olsa veya ek (munzam) kusuru bulursa dahi durum değişmez, temerrüt için ihtar gerekir, meğerki sorumlu kişinin ek kusuru kast derecesinde olsun. Örneğin kaza, motorlu araç bizzat işleten tarafından sürülürken ve onun ihmali neticesinde meydana gelmiş olsa dahi, temerrüt için ihtar gerekir. Buna karşılık işleten zarar göreni ezmek kasdıyla aracı onun üzerine sürmüş ve ağır yaralamış ise, o takdirde temerrüt için ihtar şartının yerine getirilmediğini ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı düşer.

<sup>12</sup> Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1974, 1979, § 46 I, 408.

<sup>13</sup> Bkz. Oğuzman/Öz [dn. 4], 483, dn. 3.

Aynı şekilde kusur sorumluluklarında da önem taşıyan husus, kusurun kast derecesinde olup olmadığıdır. Kasten adam öldüren veya yaralayan kimsenin, temerrüt ihtarında bulunulmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı düşebilir. Buna karşılık, ihmali dolayısıyla sorumlu olan kimsenin temerrüde düşmesi bakımından aynı şeyi söylemek kolay değildir. Gerekli dikkat ve özeni göstermeyen kimsenin, zararın doğumundan haberdar olmadığı durumlarda, ihtarın gerekliliği daha da açık gözükmemektedir.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metninde, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar bakımından özel hüküm getirilmiştir. Buna gerekçe olarak haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlarda, faizin başlangıç tarihi bakımından da özel bir önem taşıyan temerrüt sorununun içtihat ve doktrine uygun olarak çözüme bağlanması amacıyla değişiklik yapıldığı belirtilmiştir (S. Sayısı: 321). Haksız fiiller bakımından Tasarı'ya eklenen hükme göre, haksız fiillerde borçlu *fiilin işlendiği* tarihte temerrüde düşer (TASARI m. 117/f. 2). Yeni metindeki "fiilin işlendiği tarih" ibaresinden de açıkça anlaşıldığı üzere, burada kusura dayalı dar anlamda haksız fiil sorumluluğu dikkate alınmıştır. Zira kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde, sorumluluğu doğuran olayın, sorumlu tutulan kimsenin bir fiili olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer taraftan getirilen hükmün somut olayın durumunu dikkate almaması, özellikle kast dışında ihmali sebebiyle sorumlu olanları da kapsamı yerinde olmamıştır.

## II. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar Bakımından

Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan alacaklarda borçlunun temerrüdü için alacaklının ihtarının gerekip gerekmediği konusunda Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır. Bir kısım Yargıtay kararında sebepsiz zenginleşmede, temerrüt için ihtarın gerektiği belirtilmektedir<sup>14</sup>. Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında, temerrüt faizi-

<sup>14</sup> Sebepsiz ödenen paranın iadesinde, Yarg. 13. HD, 19.06.2002, 6022/7457 (YKD 2003/5, 738); Yarg. 13. HD, 05.05.2004, 17246/6741 (YKD 2004/12, 1846); Yarg. 13. HD, 18.02.2002, 12326/1645; Yabancı paranın iadesinde, Yarg. HGK, 09.10.2002,

nin, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği andan itibaren yürütüleceği görüşü kabul edilmiştir<sup>15</sup>. Son olarak bir Hukuk Genel Kurulu kararında, kendisine ilama dayalı olarak ödemedede bulunulan kişinin, ödemenin dayanağı olan ilamın bozulmasıyla birlikte 'gasp eden' durumuna düşeceği ve bu itibarla temerrüt için ihtarın aranmayacağı sonucuna varılmıştır<sup>16</sup>.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, yukarıda açıklandığı üzere BK m. 101'de yer alan hüküm genel nitelikli olup sebepsiz zenginleşmeden doğan borçları da kapsamına almaktadır. Başka bir ifade ile, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda da borçlunun temerrüdü için kural olarak ihtar gerekir<sup>17</sup>. Yargıtay'ın sebepsiz zenginleşeni 'gasp eden' olarak nitelendirmesi ve prensip olarak temerrüt ihtarını aramaması yerinde değildir. Somut olayda sebepsiz zenginleşenin sebepsiz olarak zenginleşme arzusu söz konusu olmayabilir. Sebepsiz zenginleşmenin şartları arasında zenginleşenin bir kusuru (ihmal veya kastı) aranmamaktadır. Buradaki yanlış muhtemelen v. Tuhr'a ait ifadelerin hatalı tercümesinden kaynaklanmaktadır. Yukarıda anılan tercümede (dn. 3'e ilişkin metin), bir şeyi iadeye mecbur olan kimsenin mütemerrit bir borçlu gibi muamele göreceği ibaresi yer almaktadır. Oysa orijinal Almanca metin dikkate alındığında buradaki iade yükümlülüğünün haksız fiilden doğduğu açıkça anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile v. Tuhr'un ifadelerinden, sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğünde, "hırsız (Cevat Edege'nin çevirisine göre gasbeden)<sup>18</sup> daima temerrüt halindedir" prensibi geçerlidir anlamı çıkartılamaz.

Sebepsiz zenginleşenin temerrüde düşmesi için kural olarak ihtar aranacak ise de, dürüstlük kuralının burada da uygulama alanı bulup

10-779/779 (YKD 2003/2, 170); İcra takibi dolayısıyla sebepsiz ödenen paranın iadesinde, Yarg. 3. HD, 24.06.2008, 3242/11757 (YKD 2008/9, 1714).

<sup>15</sup> Yarg. 11. HD, 17.06.2002, 2756/6224 (YKD 2003/2, 217); Hakkaniyet gereği aynı yönde, Yarg. 10. HD, 21.12.2000, 8424/8554 (YKD 2001/5, 684).

<sup>16</sup> Yarg. HGK, 06.02.2008, 3-40/102 (YKD 2009/4, 624).

<sup>17</sup> Zenginleşen ister iyiniyetli ister kötünüyetli olsun, kendisinden iade talep edilmeden önce temerrüde düşmüş sayılmasının mümkün olmadığı, böyle bir çözüme yasal dayanağın bulunamayacağı hususunda bkz. M. Turgut Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, 175; Oğuzman/Öz [dn. 4], 794.

<sup>18</sup> Bkz. dn. 2.

bulamayacağı ayrıca incelenmek gerekir<sup>19</sup>. Eğer somut olay bakımından sebepsiz zenginleşenin, temerrüt için ihtar gerekir hükmüne dayanmasının dürüstlük kuralına aykırı düşeceği kabul edilebiliyorsa, ancak o takdirde sebepsiz zenginleşenin ihtar gerekmeksizin temerrüde düştüğü sonucuna varılabilir. Örneğin bile bile sebepsiz zenginleşmeye yol açan kimsenin, temerrüt için ihtarın gerekliliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılabilir. Söz gelimi bile bile ölen atını satıp satış bedelini peşin olarak alan bir kimsenin, iade borcu bakımından temerrüde düşmesi için ihtarın gerektiğini ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Haksız müdahaleden ötürü zenginleşmeler için de aynı şey söz konusudur. Örneğin bir kimse bile bile başkasına ait bir şeyi onun rızasını almaksızın kendisine ait bir şeyin bütünleyici parçası haline getirirse, örneğin bir kimse başkasına ait otomobil lastiğini çalıp kendisine ait araca takarsa, o takdirde bu kimse TMK m. 684 uyarınca lastiğin maliki olur ve bu kimsenin, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade borcu bakımından temerrüt ihtarının aranacağını ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Nitekim Serozan, “nemo auditur” (kimse kendi haksızlığına dayanmamalıdır) düşüncesiyle, “haksız müdahaleden ötürü zenginleşme” borcu için temerrüt ihtarının aranmayacağını belirtmiştir<sup>20</sup>.

Tasarı'da ise sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olup olmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Şöyle ki, Tasarı'nın Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metninde sebepsiz zenginleşmelerde, *zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlunun temerrüde düşeceği hükme bağlanmıştır*. Ancak sebepsiz zenginleşenin *iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır* (TASARI m. 117/f. 2). Tasarı'da TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı yerine, TMK m. 3 anlamında bilip bilmemeye dayanan iyi niyetten hareket edilerek bir ayırma gidilmiştir. Bu ayırım isabetli değildir. Sözleşmeden doğan alacaklarda borçlu, borçlu olduğunu, borcunu kime ifa edeceğini bildiği halde, temerrüde düşmesi bakımından kural olarak

<sup>19</sup> Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarda ihtar kuralına istisna tanınmanın herhangi bir dayanağının bulunmadığı, kanunda böyle bir istisna yer almadığı gibi dürüstlük kuralının da bu sonucun kabulünü gerektirmediği, ister iyi niyetli ister kötü niyetli olsun sebepsiz zenginleşenin de genel kurala uygun biçimde temerrüde düşeceği sonucuna varılmak gerektiği görüşü için bkz. **Barlas** [dn. 4], 66.

<sup>20</sup> **Serozan** [dn. 4], § 17 N. 5.

ihtar gereklidir. Sözleşmeden doğan borçlarda durum böyle iken, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda bilip bilmemeye dayanan iyi niyet kavramından hareket edilmesi çelişkili bir durum yaratmaktadır. Sebepsiz zenginleşen kötü niyetli olsa dahi, kazadan sorumluluk ile temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü ihtar (iade talebi) anından itibaren işlemeye başlar<sup>21</sup>.

Sebepsiz zenginleşmede iyi niyetten neyin anlaşıldığı daha yakından incelendiğinde bu ayırımın isabetli olmadığı daha açık olarak ortaya çıkmaktadır. Borçlar Kanunu'ndaki sebepsiz zenginleşme hükümleri, iadenin kapsamının belirlenmesi bakımından iyi niyet – kötü niyet ayırımından hareket etmektedir. Buna göre, sebepsiz zenginleşen iade yükümlüsü olduğunu bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa iyi niyetlidir. Buna karşılık sebepsiz zenginleşen iade yükümlüsü olduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa kötü niyetlidir. Zenginleşenin kötü niyetli sayılması için iade ile yükümlü olduğunu bilmesi yeterlidir, ayrıca kime iadede bulunacağını bilmesi veya bilmesi gerekmesi aranmaz<sup>22</sup>. Bu, iadenin kapsamına ilişkin düzenlemenin tabii sonucudur. Aksi takdirde, yani iade ile yükümlü olduğunu bilmekle birlikte kime iadede bulunacağını bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen bir kimse iyi niyetli sayılacak olsaydı, o takdirde o, sebepsiz zenginleşme alacaklısının iade talebinde bulunduğu anda elinde kalan zenginleşme miktarı ile sorumlu olacaktı (bkz. BK m. 63/f. 1; TASARI m. 79/f. 1). Başka bir ifade ile elden çıkardığı veya tükettiği veya tahrip ettiği zenginleşme miktarı ile sorumlu olmayacaktı. Oysa kime iadede bulunacağını bilmemek zenginleşme konusunu elden çıkarmayı veya tahrip etmeyi mazur göstermez<sup>23</sup>. Dolayısıyla iade ile yükümlü olduğunu bilmekle birlikte kime iade edeceğini bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen zenginleşen de kötü niyetlidir. Böyle bir durumda kötü niyetli sayılmakla birlikte zenginleşeni ihtar gerekmeksizin temerrüde düşmüş saymak ve temerrüt faizi ile yükümlü kılmak uygun bir çözüm tarzı değildir.

<sup>21</sup> v. **Tuhr/Peter** [dn. 12], § 53 III 3, 512; Kötü niyetli haksız zenginleşenin ancak temerrüde düşmüş sayılabileceği tarihten sonra kazadan sorumlu olacağı ve temerrüt faizi ödemek zorunda kalacağı hususunda bkz. **Serozan** [dn. 4], § 27 N. 19.

<sup>22</sup> **Oğuzman/Öz** [dn. 4], 780; **Öz** [dn. 17], 147, 148.

<sup>23</sup> **Oğuzman/Öz** [dn. 4], 780, dn. 278.

Burada sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği andan itibaren zenginleşeni temerrüde düşmüş sayma eğiliminin ardında, muhtemelen zenginleşme anı ile ihtar anı arasındaki dönem bakımından para değerindeki düşüşlere karşı alacaklıyı koruma düşüncesi yatmaktadır. Temerrüt faizini zenginleşme anından itibaren işletmek suretiyle buna bir çözüm yolu aranıyor olabilir. Ancak bu sorun, iadenin kapsamına ilişkin bir konu olup temerrüde ilişkin hükümlerle çözülemez. Özellikle sebepsiz yere ödenen paradan kaynaklanan zenginleşmelerde, zenginleşme anından sonra geçen zaman dikkate alındığında iadenin kapsamı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında sebepsiz yere ödenen bir miktar paradan zenginleşenin elde ettiği bir faiz geliri varsa, o takdirde o da zenginleşmenin bir parçasını oluşturur. Ancak somut olayda böyle bir faizin elde edildiği ispat edilememiş olabilir. Bu takdirde İsviçre hukukunda bulunan çözüm şudur; Somut olayda hayat tecrübelerine göre faiz elde edildiği yolunda bir karine varsa, o takdirde ilk zenginleşme miktarına zenginleşme faizi (Bereicherungszins) adı altında bir faiz uygulanır<sup>24</sup>. Yargıtay, geçersiz bir taşınmaz satım sözleşmesi uyarınca ödenen satış parasının iadesinde farklı bir yol izlemektedir. Yargıtay'a göre, geçersiz bir taşınmaz satım sözleşmesi uyarınca ödenen satış parasının iadesinde, paranın alım gücü esas alınmalıdır. Alım gücünün karşılığı, çeşitli ekonomik etkenlerin (enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artış, maaş artışları vs. gibi) ortalamaları dikkate alınarak belirlenmelidir. Alım gücünün karşılığı, tapunun iptaline ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği<sup>25</sup> veya alıcının sözleşmenin ifa edilmeyeceğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği ana<sup>26</sup> veya dava tarihine göre<sup>27</sup> belirlenir. Kanaatimce İsviçre hukukunda kabul edilen çözüm tarzı hem hukuki izahı bakımından yerindedir, hem de pratik bir çözüm tarzıdır. Sebepsiz yere ödenen meblağ ile bundan elde edilen veya elde edildiği karine olarak kabul edilen<sup>28</sup> fa-

<sup>24</sup> BGE 116 II 692; 84 II 186; Eugen **Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988, 692; **Tuhr/Peter** [dn. 12], § 53 I, 502, dn. 12; Hermann **Schulin**, Basler Kommentar [dn. 7], Art. 64 N. 4a.

<sup>25</sup> Yarg. 13. HD, 24.06.2002, 5380/7636 (YKD 2003/3, 395).

<sup>26</sup> Yarg. 13. HD, 18.02.2002, 12326/1645 (YKD 2002/8, 1209).

<sup>27</sup> Yarg. 8. HD, 14.01.2005, 8656/266 (YKD 2005/5, 697).

<sup>28</sup> Hatta kötü niyetli zenginleşenin elde etmeyi ihmal ettiği semerenin değerinden de so-

izden oluşan toplam zenginleşme tutarına *ihardan itibaren* temerrüt faizi işlemelidir<sup>29</sup>.

## Sonuç

Temerrüde ilişkin BK m. 101 hükmü genel nitelikli bir hüküm olup gerek genel olarak haksız fiilden gerek sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar da bu hükmün kapsamındadır. Dolayısıyla haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarda borçlunun temerrüdü için kural olarak ihtar gerekir. İhtar kuralından prensipte ayrılmak için bir sebep bulunmamaktadır. Bunun istisnası, borçlunun, ihtarın gerekliliğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesidir. Başka bir ifade ile somut olayın durumuna göre borçlunun, ihtarın gerekliliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı düşüyor ise, o takdirde borçlu ihtar gerekmez. Somut olayın durumunu dikkate almayarak genel ilke olarak haksız fiillerde ihtar gerekli görmeyen ve sebepsiz zenginleşmede dürüstlük kuralı yerine iyi niyet – kötü niyet ayırımından hareket eden Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki düzenleme yerinde değildir.

rumlu olduğu görüşünde, **Serozan** [dn. 4], § 27 N. 19; v. **Tuhr/Peter** [dn. 12], § 53 III 3, 511, 512; Aksi yönde, **Öz** [dn. 17], 160, 161.

<sup>29</sup> **Öz** [dn. 17], 173, 176; Haluk Nami **Nomer**, Sebepsiz Yere Ödenen Paradan Kaynaklanan Zenginleşmelerde İadenin Kapsamı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2005/2, 223 vd.