

OSMANLI HUKUKUNDA ZİLYETLİK

İkinci Kısım (*)

ZİLYETLİK DAVALARI

Yazan : Choucri CARDAHI

Çeviren : Asis. Halil CİN

1 — Zilyetlik Davalarının Türleri :

Fransız Kanunu, meni müdahale, yedin iadesi ve eski hale getirme olmak üzere üç türlü zilyetlik davası kabul etmektedir. Bunlara ara sıra başka zilyetlik davaları da eklenmektedir. Ancak bu davaların mevcut olmadığını kabul etmek hususunda ittifak edilmektedir. Fransız doktrini, aynı kaidelere tabi üç şekli olan tek bir zilyetlik davasının mevcut olduğunu hararetle müdafaa etmektedir. Aksine, mahkeme içtihatları, bir birinden farklı üç zilyetlik davasının mevcut olduğunu ve yedin iadesi davası ile eski hale getirme davasının, müdahalenin meni davasının tâbi olduğu kaidelerden ayrı kaidelere bağlı olduğunu ileri sürmektedir.

Osmanlı Hukukunda kaç türlü zilyetlik davası vardır? Sulh Hakimleri Kanunu, 24. maddesinde, ancak iade-i yed davasından bahsediyor. Bununla beraber Mecelle'nin sustuğu hallerde müraaat edilmesi gereken İslam Hukuku prensipleri, az çok karakterize olmuş fakat müdahalenin menine yaklaşık gibi görünen def-ül taarruz adlı bir dava kabul ediyor. Bu dava bidayet mahkemesinin görevine girip, 15 sene sonra zaman aşımına uğrar; zilyetliğin ihlali halinde açılabilir.

Def-ül taarruz davası dışında, Sulh Hâkimleri Kanununun, istimalinin ihlali halinde sulama hakkını himaye etmek için bir zil-

(*) 1926 tarihinde La Revue critique de législation et de jurisprudence da yayınlanmış olan bu makalenin I. kısmı, tarafımızdan Türkçeye çevrilerek, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisinin XXII - XXIII cildinde yayınlanmıştır.

yetlik davası bahsettiğini zikretmek gerekir. Bu, sulama irtifak hakkına has, Sulh Hakimleri Kanununun, bu iki davanın tatbik şartları bakımından aralarında hiç bir fark gözetmiyerek tanzim ettiği yedin refi davası ile aynı şartlara tâbi müdahalenin meni davasının bir nevidir.

Meni müdahale davası hakkında söylenenlerden sonra, aşağıdaki incelemeler, Sulh Hakimleri Kanunu tarafından teferruatlı bir şekilde düzenlenmiş olan zilyetlik davalarına ait olacaktır. Bunlar, Yedin iadesi ve sulama irtifak hakkına ilişkin men'i müdahaledir.

Bu arada, Mısır Kanunlarının da meni müdahale, yedin iadesi ve eski hale getirme olmak üzere üç türlü zilyetlik davası kabul ettiğine işaret edelim.

2 — İstimali Zilyetlik Davalarıyla Himaye Edilen Haklar :

Fransız Hukukunda, zilyetlik davası maliklik durumundan fiilen istifade eden kimseye verilmiştir. İstimali zilyetlik davalarıyla korunan irtifak hakları, prensip olarak, Fransız Medeni Kanununun zaman aşımı ile iktisap edilmesine cevaz verdiği irtifakların aynıdır. Bu zilyetlik davaları, intifa, kullanma hakkı gibi şahsi irtifak haklarına da uygulanır. Devamlı ve aynı olan irtifak haklarına gelince, bunlar zaman aşımı bakımından yeterli bir zilyetlik yardımıyla iktisap edilmeye müsaittirler. İstimalleri, bir senede ve bir aile babasının tahsisine istinat etmese bile, zilyetlik davalarıyla himaye edilmektedir. Ancak zaman aşımı ile iktisap edilen fasılasız ve aleni olmayan irtifak haklarına gelince; zilyetlik davacısı, zilyetliğine dayanarak hadim gayrimenkulün malikinden sadır olan bir senet ibraz ettiği zaman, bu senet, fasılalı irtifakların zaman aşımına uğramazlığından çıkan tolerans hükmünü bertaraf eder. Bundan, bahis konusu irtifak haklarının bir senede istinat ettikleri zaman, üçüncü şahısların tecavüzlerine karşı zilyetlik davalarıyla himaye edilmiş olduğu neticesi çıkar.

Osmanlı Hukukunda himayesi için bir zilyetlik davası tanınmış olan irtifak hakkı, sulama irtifak hakkı (hak-el şurb) (1) ve sulama irtifakının değişik bir şekli olan içme suyu alma hakkı (hak el choffa) dır. Şüphesiz ki bu sulama irtifakı alenidir.

(1) Hak el şurb, hayvanları sulamak ve sulama faaliyetleri için kullanılmak üzere su almak hakkıdır.

Devamlı mı yoksa değil midir? mesele münakaşa edilebilir; fakat öyle görünüyor ki, Fransız içtihatları böyle bir irtifaka devamlılık vasfı tanımıştır; çünkü istimali için, nihai olarak insanın şimdiki fiilini nazarı itibara almadığından dolayı, böyle bir irtifaka devamlılık karakteri tanımaktadır (2).

Zaten bu noktayı teorik bir gaye ile tetkik ediyoruz. Gerçekten bir irtifakın devamlı yahut fasılalı, alenî yahut alenî olmadığını bilmek vakıası, Osmanlı Hukukunda ehemmiyeti haiz değildir. Zira, irtifak hakkı bu karaktere sahip olsun olmasın, 24. maddenin ifadesine göre, irtifak hakkını tesis eden ve kullanılmasının ihlalin-den evvel, bu haktan istifade edildiğini doğrulayacak bir senet ibraz etmek şarttır. Fransız Hukukunda durum böyle değildir. Senet, ancak fasılalı bir irtifak hakkı bahse konu olduğu zaman istenir; diğer faraziyelerde, zilyetlik vakıası ziyetlik davası hakkı bahsetmeye yeterlidir.

Diğer taraftan, İslâm Hukuku, devamlı irtifaklarla münkati irtifak hakları arasında bu ayrımı yapmış gibi görünmüyor (3).

Fransız Hukuku, etrafı çevrildiği takdirde geçiş hakkını bir zilyetlik davasıyla himaye etmektedir. Osmanlı Hukukunda, bu irtifak ancak sadece bir mülkiyet davası açılması imkanını verebilir.

3 — Zilyetlik Davalarının İstimal Şartları

Fransız Hukukunda bu şartlar bütün zilyetlik davaları için aynı değildir. Mahkeme içtihatları daha az sert görünüyor ve yedin iadesi davasının kabule şayan olması için, müdahalenin menî yahut eski hale getirme davasındaki kadar fazla şart aramıyor. Yedin iadesi davasının kabule şayan olması yolunda aranılan şartları tetkik etmek için, men'î müdahale ve eski hale getirme davasının istimal şartlarını kısaca izah etmek gerekir:

Men'î müdahale ve eski hale getirmeye taallük eden şartlar, bilindiği gibi üç tanedir :

1 — Zilyetlik, zaman aşımı ile iktisap için lüzumlu şartları uhdesinde toplamalıdır.

(2) Voir Cass. 6 Nov. 1871 D 72. I. 299- Voir également arrêt de la Cour d'Appel mixte d'Egypte du 10 avril 1901. Bull. XII, P. 23.

(3) Voir en ce sens Morand, op. cit., P. 370 et arrêt de la Cour d'Alger du 24 janvier 1891 dans Rev. Alg. 1892, 2, 267.

2 — Zilyetlik bir sene devam etmeli.

3 — Zilyetlik davası, ihlalden itibaren bir sene içinde açılmış olmalıdır.

Birinci Şart: Zilyetlik devamlı olmalı, yani anormal inkıta olmaksızın ve tasarruf konusu şeyin mahiyetine uygun fiiller vasıtasıyla gerçekleşmelidir.

Zilyetlik münkati olmamalı yani fasılasız olarak bir sene devam etmelidir.

Zilyetlik nizasız olmalıdır; yani eski zilyedi şeyi terk etmeye mecbur eden maddi cebir (zor kullanma) ve manevi cebir (ağır ve ciddi tehditler) le ihlal edilmemiş olmalıdır.

Zilyetlik malik sıfatıyla olmalı; ve bir şey malik olma niyetiyle elde bulundurulduğu zaman; başka bir deyimle, fiili hakimiyete (corpus) a animus domini eklendiği zaman, malik sıfatıyla tasarruf edilmiş olur.

Nihayet zilyetlik şüphesiz olmalı; yani yukarda izah edilmiş olan bütün vasıfları itiraz kabul etmez bir şekilde uhdesinde toplamalıdır.

İkinci Şart: İncelediğimiz vasıfları haiz olan zilyetlik, bir men'i müdahale ve eski hale getirme davasının temeli olabilmek için 1 sene devam etmelidir.

Üçüncü Şart: Bu şart 23. maddeden çıkmaktadır; zilyetlik davaları, ihlalden itibaren ancak bir sene içinde açıldıkları takdirde kabule şayan olurlar.

Fransız Hukukunda yedin iadesi davasına gelince: Uzun bir tereddütten sonra, mahkeme içtihatlarında kesin olarak takarrür etmiş olan sistem şöyledir: Yedin iadesi davasının kabule şayan olması için ne bir senelik zilyetliğe ne fasılasız ve malik sıfatıyla zilyetliğe ihtiyaç vardır. Sadece elde bulundurma, yani nizasız ve ale-ni olmak şartıyla, maddi ve fiili bir zilyetlik yetişir.

Yedin iadesi davası, zilyetlikten mahrumiyetten itibaren bir senelik süre içinde ikame edilmiş olmalıdır.

Böylece, büyük bir yazarın işaret ettiği gibi, bu son içtihat, zilyetliğin himayesinin şümulü konusunda Fransız Hukukunu, hiç olmazsa biraz müstakil olan ve zilyetliğinde bulunan şey üzerinde az

çok bir hakimiyete sahip bulunan vazilyetleri kanunun himaye ettiği zilyetler arasında sayan Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarına yaklaştırmıştır (4).

Şimdi Osmanlı Hukukuna geçiyoruz: Bu paragrafa geçmeden önce, zilyetlik davalarının bu tarzının, şimdiye kadar hiç bir doktriner incelemenin konusu yapılmadığına yeniden işaret etmekte fayda vardır. Bununla beraber, kanun hükümleri yakından incelenerek onları esinleyen genel düşünceleri ortaya çıkarmak ve görünüşte, mantıken eleştirilmemiş bir sistemden çıkmış gibi görünmeyen dağınık hükümleri teorinin çerçevesi içine sokmak mümkündür.

Sulh Hakimleri Kanunu tarafından öngörülmiş olan zilyetlik davalarının istimal şartları, Fransız Hukukundan farklı olarak, ileride göreceğimiz bir istisna hariç, aynıdır.

Osmanlı Kanunu, zilyetlikten mahrum edilme (izale-i yed) halini nazara almaktadır. Bu, yedin iadesi davasının açıldığı mutad haldir. Ancak yedin iadesinin şu iki karakteri gösterdiği söylenebilir :

Gerçekten, Fransız Hukukunda meni müdahale, prensip olarak, zilyedi zilyetliğine karşı vukubulmuş ihlallere karşı korumaya matuf olduğu halde, yedin iadesi, cebir yahut şiddet neticesi zilyetlikten mahrumiyet halini icabettirir.

Osmanlı Hukukunda, kanun iki nevi yedin iadesi davası kabul ediyor :

Zilyetlikten mahrumiyet halinde açılan yedin iadesi davası vardır; bu mahrumiyet, şiddet yoluyla (bu kelimeyi en hafif manasında alarak) keyfi bir fiil, haksız bir hareket neticesinde vukubulmalıdır.

Ve bu yedin iadesinin yanında, kanun, kuvvet kullanma yahut tehdit suretiyle zorla tasarruftan mahrumiyet halinde açılan bir başka yedin iadesi davasının mevcudiyetini kabul etmektedir. Bu sonuncu davada, kanun koyucu, gayet açıkça belli edilmiş taarruzî bir fiil istiyor gibi görünmektedir.

Bu konuda Osmanlı Hukukunu, Hollanda Kanununun hükümlerine yaklaştırmak mümkündür (5). Halbuki alelittlak yedin iadesi

(4) V. Glasson et Tissier, *Traité théorie et pratique de procédure civil*, 2e édition, P. 525.

(5) V.C. civil de Hollande, art. 618.

davası, cebirle zilyetliğinden mahrum edilmiş zilyedi himaye eder. (V; art. 619).

Şimdi, şiddet yoluyla zilyetlikten mahrumiyet halinde açılan yedin iadesi davasına mukabil basit yedin iadesi davası diye adlandırığımız davanın istimal şartlarını tetkik edelim :

A) *Basit Yedin İadesi* : Basit yedin iadesi davasında kanun sunuları istiyor :

- 1 — Bir zilyetlik olmalı.
- 2 — Bu zilyetlik malik sıfatıyla olmalı.

3 — Ve Fransız kanunundan farklı olarak, kanun, zilyetlik davasının süresi içinde açılması gerektiği hiç bir özel müddet tayin etmemiştir.

Birinci Şart : Tabiidir ki, zilyetliğinin iadesini isteyen davacının, herhangi bir zilyetliğin mevcudiyetini isbat etmesi gerekir. Zilyetlik nizasız olmalıdır; çünkü zilyetlik bir cebir neticesi doğmuşsa, tecavüzün mağduru tarafından açılacak bir yedin iadesi davasına cevaz verilmiş olurdu.

Diğer taraftan, zilyetlik alenî olmalıdır. Çünkü bu zilyetlik harici fiillerle açığa vurulmazsa, davacı müşterek hukukun isbat vasıtalarıyla fiili hakimiyetini nasıl isbat edebilirdi?

Fransız Hukukunda meni müdahale davası bahse konu olduğu zaman, zilyetliğin iadesini isteyen kimsenin bu zilyetliği hiç olmazsa bir sene devam etmiş olmalıdır.

Osmanlı Hukukunda basit yedin iadesi davası için durum aynı mıdır? Şüphesiz ki, kanun bir sene devam etmiş olan bir zilyetlik istemiyor. Ancak İslam Hukukunda zilyetliğin uzunca bir müddet, meselâ 10 aydan beri devam etmesi şartıyla zilyetlik davalariyle himaye edildiğine Morand işaret etmiştir. Moran'dın kanaati, Maliki Mezhebinin büyük hukukçularından biri olan Sidi El Khalil'e istinad eder (6).

Bu 10 aylık müddet, Hanefi Mezhebinde istenir gözükmüyor; istenseydi bile, kanun onu zilyetlik davalarının kabule şayan olması için aramazdı.

(6) Voir. Khalil, art. 1666; Morand, Avant-Projet du code de droit musulman algérien, P. 462.

İkinci Şart: Zilyetliğin malik sıfatıyla olması gerekir. Kanun koyucu, yukarıda söylemiş olduğumuz gibi, zilyetlik davasını ihdas ederken, zilyetliği ve sadece vazüyetlik vakıasında tezahür eden zilyetliği değil fakat malik sıfatıyla bir zilyetliği himaye etmek istemiştir. Bu konuda, malik sıfatıyla zilyetlik istenen şartlara sahip olunca, bu bölümdeki ısrarı veçhile, bu şekilde kanun koyucu tarafından düzenlenen zilyetlik davasının, mülkiyet davası alanına tecavüz edip etmediği ve hakkın esasına taallük eden davayı lüzumsuz kılıp kılmadığı sorulur. Gerçekten de, yedin iadesi davacısı bir mülkiyet senedi ibraz etmeli ve zilyetlikten mahrum edildiğini de isbat etmelidir.

Fransız Hukukunda, zilyetlik davasının istimali bakımından malik sıfatıyla zilyet sayılmak için, bu zilyetliğin bir mülkiyet senedi ile isbat edilmesi şart olmayıp, sadece şeyi iğreti olarak almamış olmak yetişir (7). İğretilik mefruz sayılmadığına göre, davacının başkası için işgal ettiğini ve onun sadece iğreti bir vazüyet olduğunu isbat etmek davalıya düşer.

Osmanlı Hukukunda durum aynı değildir. Bu konuda hiç bir ihtilâf olmadığı halde, bir mülkiyet senedine dayanarak malik sıfatıyla zilyet olduğunu isbat etmek, geçici olarak zilyed olana değil, zilyetlik davacısına düşer. Kanun bu konuda çok titizdir. O ancak gerçekten mülkiyete vücut veren zilyetlikleri himaye etmek istemiştir.

Üçüncü Şart: Fransız Hukukunda, zilyetlik davası bir senelik müddet içinde ikame edilmiş olmalıdır. Davacı bir seneyi hareketsiz geçirmişse, zilyetlik davası açmak hakkından mahrum olur. Bu yalnız zilyetliğin ihlâlinden beri bir yıl geçmesiyle davalının zilyetliği elde etmiş olması halinde değil, davalının her hangi bir haklı zilyetlik iddiasında bulunmadığı hallerde de böyledir.

Zilyetlik davasının kabule şayan olması için istenen bu bir senelik müddeti, Osmanlı kanun koyucusu Sulh Hakimleri Kanununda hiç bir veçhile belirtmemiştir.

Mamafih, bakanlar kurulunun talebi ve Devlet Şûrasının mütaalası üzerine, 20 Ramazan 1329 tarihli bir irade ile bu müddet öngörülmüştür. Fakat ne yazık ki böyle davaların muvakkat karakteri ile ahenk halinde olan bu rejimin kendisi bir seneden fazla devam etmemiştir. Çünkü 17 Sefer 1330 tarihli bir irade ile, 1329 tarihli

(7) Cass. 23 Aout 1884 s. 86. I. 165.

irade ilga edilmiştir (8). Kont Ostroroğ tarafından teklif edilen Sulh Hakimleri Kanunu öntasarısı, bu bir senelik müddeti yeniden alacağı yerde, bir seneden pek kısa, bir aylık bir müddeti öngördü (9). Fakat kanunlaşan kati metin hiç bir müddetten bahsetmiyor; öyleki, basit yedin iadesi davası zilyetlikten mahrumiyet tarihinden itibaren, davaların mutad sukut müddeti olan 15 sene içinde açılabilir.

Bir aylık müddet belki yetersiz; fakat buna karşılık, 15 senelik müddet de çok uzundur. Kanun zilyetlik davasını süratli bir adaletten istifade ettirmek gayesiyle Sulh Hakimlerinin yetkisi dahiline soktuğu halde, zilyetlik davalarının müstacel olan karakteri kaybolmuştur.

Zaten kanun koyucuların ekserisi, meselâ İtalyan Kodu, Portekizli Kodu, Şili Kanunu, Arjantin Kodu, Mısır Kodu, zilyetlik davasının ikamesi için kısa, ekseriya bir senelik müddet kabul etmişlerdir. Yalnız Prusya Kodu, sadece ihlâl vakiasının yakın bir zamanda vukubulmasını istemektedir. Bu yakın zaman ise, her davada duruma göre yorumlanmaktadır.

B) *Cebir Sebebiyle Yedin İadesi Hakkında* : Genel olarak, yedin iadesinin bu çeşidi, Fransız Hukukundaki yedin iadesine çok yaklaşıyor.

Yedin iadesi, Sulh Hakimleri Kanununun 24. maddesinde şöyle ifade edilmektedir : «Bir kimsenin bâsenet uhdei tasarrufunda bulunan emvali gayrimenkuleye ahârı tarafından tecavüz ve müdahale olunarak ihdası yed edildikte, mutasarrıf olan kimse iade-i yed davası ikamesiyle ziyedi hakiki bulunduğunu bâsenet ve ihdası yeden mukaddem, münazâaun - fi h zilyet olduğunu esbabı subutiye-i saire ile isbat ettikde, yed-i hadisenin refine hüküm olunarak müddaabih yedi kadime sahibine iade olunur. Sahibi senet işbu tariki kanuniye müracaat etmeksizin cebren ve tegallüben gayrimenkulü zabtettiği ve tarafı ahâr dahi müracaat eylediği takdirde, hali sâbıkın iadesiyle sahibi senede tariki kanuniye müracaat etmesi tenbih olunur.» Bu yedin iadesi davasını karakterize eden şey, kanunsuz ve bizzat ihkakı hak eden failin suçlu olarak kabul edilmesi ve amme intizamına muhalif fiilin tamirinin istenmesidir.

(8) V. Dustour III, P. 738, Dustour IV, IV, P. 87.

(9) Voir. art. 12 l'avant - projet.

Burada sırası gelmişken şunu da söyliyelim: Osmanlı Kanunu, zorla malından mahrum edilmiş olan kimseye, o anda kuvveti kuvvetle defederek korunmak ve kendi şahsi kuvvetiyle zilyetliğini tesis etmek hakkını kabul etmeye kadar gitmiş midir?

Bir menkul bahse konu olduğu zaman olumlu olarak cevap vermek mümkündür. Kanun, cebir suretiyle menkul bir malından mahrum edilmiş olan kimseye, zilyetliğine dönmek için sırasında kuvvet kullanmaya müsaade etmiştir (10).

Bununla beraber kanun şu şartı koymaktadır: Bu, kanunun kullandığı hususi deyimle, o anda yetkili merciye müracaat etmek imkânının bulunmamasıdır. Kaldı ki bu hüküm İslâm Hukukunun prensiplerine uygundur.

Bir gayrimenkul bahse konu olduğu zaman, mesele çok şüphelidir. Mahkeme içtihatları menfi istikamettedir. Güçlük, her zaman olduğu gibi, Osmanlı Hukukunun bu konuda açık bir hüküm koymayışından doğmaktadır. Halbuki Alman Kodu (Art. 859), birbirini takibeden iki faraziye kabul ediyor ve iki halde, kanunen yasak edilmiş bir fiille zilyetliğinden mahrum edilmiş kimsenin bizzat ihkakı hak etmesine müsaade ediyor.

Arjantin Kodu, 2470. maddesinde, zilyetliğin zilyede, zilyetliğini korumak için yardımın geç kalacağı ahvalde, kâfi bir kuvvet istimali suretiyle tecavüzü defetmek hakkını verdiğini derpiş etmektedir. Brezilya Kodu da, zilyetlikten mahrum edilmiş zilyedin, aynı anda olmak şartıyla kuvvetle kuvveti defetmesini kabul etmektedir (11).

Osmanlı Kanunu, yabancı mevzuatın çoğu tarafından kabul edilmiş olan zilyetlikte meşru müdafaa konusunda pek vazih değilse de; bununla beraber, Osmanlı kanun koyucusunun, cebren zilyetliğinden mahrum edilmiş olan zilyede toleranslı davrandığı ve göreceğimiz gibi, ona zilyetlik davasının istimal şartlarını ehemmiyetli bir şekilde kolaylaştırmış olduğu bir gerçektir.

Böylece cebir sebebiyle yedin iadesi diye adlandırdığımız bu yedin iadesi, Fransız mahkeme içtihatlarının yedin iadesine uyguladığı hususi ve son derece geniş şartlardan az bir farkla istifade eder. Burada, zilyetlikten mahrum edilmiş olan davacının, nizasız

(10) Arg. tiré de l'art. 130 de Code Pénal Ottoman.

(11) Ord. lir. 4 Art. 58, Parag. 2.

zilyet olduğunu ve kuvvet yoluyla zilyetliğinden mahrum edilmiş olduğunu isbat etmesi yeterlidir. Bu zilyetliğin malik sıfatıyla olması şart değildir. Metinler bu davayı açabilme hakkını vazüyetlere, kiracılara yahut daha başkalarına da tanımaktadır.

4 — *Zilyetlik Davalarında Usul*: Fransız Hukukun da «actori incumbit probatio» kaidesi mucibince, davacı zilyetliğin maddi unsurunu isbat etmelidir. Bir yıllık zilyetliğin ve ihlâlin isbat edilmesiyle davacının külfeti sona erer. Adı geçen zilyetliğin devamlı olmama, gayri kanunilik, iğretilik ayıplarıyla malûl olduğunu isbat etmek hasmı olan davalıya terettüb eder.

Zilyetlik davaları konusunda, müşterek hukukun isbat şekilleri de aynen kabul edilmiştir. Şu halde sulh hakimi, ister ikrar yahut yemin ister keşif vasıtasıyla, ister bir soruşturma ile ve isterse mülkiyet senetleri ile olsun hadise hakkında aydınlanabilir.

Osmanlı Hukukunda, Sulh Hakimleri Kanununun 24. maddesine göre zilyetlik davacısı :

1 — Zilyetliğinin mesnedi olan mülkiyet senedini ibraz etmeli.

2 Zilyetlikten mahrumiyet anında ihtilâflı gayrimenkulün zilyedi olduğunu isbat etmelidir.

A) Mülkiyet senedinin ibrazı, zilyetliğin bir mülkiyet hakkı üzerine inşa edildiğini ve bir bakıma, malik olmak sıfatıyla olduğunu isbat etmek için kanun tarafından istenmektedir. Fransız Hukukunda, hakim bu senetleri ancak zilyetliğin meşru olup olmadığını araştırmak ve onu hukuken tavsif etmek için tetkik eder. Bu, genel olarak hasmın, davacının zilyetliğini lekeleyen bir geçicilik iddiası üzerine vukubulur; çünkü evvelce de belirttiğimiz gibi, geçicilik mefruz değildir. Mahalli mevzuatta durum tamamıyla aynı değildir. Davacı, zilyetliğinin haklılık vasfı konusunda, davalı tarafından hiç bir ihtilâf çıkarılmaması halinde bile senedini ibraz etmeye mecburdur.

Bundan başka, kanun zilyetlik davasını gören hakime hakkın esası hakkında hüküm vermeyi yasakladığından, bu ibrazın ancak zilyetliği tavsif etmek için konduğuna inanmak gerekir.

B) Bundan başka, davacı zilyetlikten mahrumiyetin vukubulduğu anda zilyet olduğunu isbat etmelidir.

Bu vakıa, müşterek hukukun bütün isbat vasıtalarıyla, meselâ ikrar, yemin, tahkikat ve keşifle bile isbat edilebilir. Bu son usul kaidesi, Sulh Hakimleri Kanununun bir yeniliğidir. O daha önceleri Osmanlı Hukukunda bilinmiyordu.

5 — *Zilyetlik Davalarında Görev* : Bütün davalar, görev noktai nazarından sulh hakiminin görevi dahilindedir. Gayrimenkulün gerçek durumu hakkında kendisine başvuru sulh hakimidir. Bu kaide Fransız ve Osmanlı Hukukunda müşterektir. Yalnız iki mevzuat arasındaki aşağıdaki farka işaret etmek gerekir. Fransız Kanununa göre, sulh hakimi ihtilâf halinde olan menfaatin konusu ne olursa olsun bütün davalara bakabilir ve kararlarına istinaf yoluyla daima itiraz edilebilir. Halbuki Osmanlı Hukukunda, sulh hakiminin zilyetlik davaları konusundaki hükümleri ancak temyiz edilebilir.

Bu hal tarzı tatminkâr mıdır? Osmanlı kanun koyucusu, istinafi kaldırırken, zilyetlik davalarının faydalılığı konusunda, bazı müelliflerin, bu davaların zilyetlik ve onu takiben mülkiyet konusunda bir ön ihtilâf meydana getirdiği ve bunların kabili istinaf hükümlerin verilmesine sebep olduğu ve bu halin bir kaç karış toprak hakkında bile zuhur edebileceği tarzındaki tenkitlerini nazara almak mı istemiştir (12)? Bu mümkün fakat zayıf bir ihtimaldir.

Her halükârda, kanun tasarısı, Osmanlı kanun koyucusunu bu yolu izlemeye zorlayan sebebi göstermemektedir.

Diğer taraftan, kanun koyucunun istinafi kaldırarak bu konuda sürat getirmesine rağmen, dava zaman aşımı olan 15 senelik müddet yerine oldukça kısa bir müddet, meselâ bir senelik bir müddet koymayı düşünmediği nasıl kabul edilebilir?

Bu konuda, İrlanda Kanununun, davacıları bu kanun yolundan mahrum etmeye kadar götürmeksizin, sürat isteyen genel menfaat ile istinafin garantisini icabettiren fert menfaatini uzlaştıracak bir ölçü kabul ettiğini hatırlatalım. İrlanda Kanunu, zilyetlik konusunda verilmiş olan hükmü istinafa rağmen geçici olarak icrası emredilebilen hükümler arasına koymaktadır.

(12) V. Béranger (Dans les Mémoires de l'Académie des Sciences politiques, t. I, 2 sér. 1837 p. 478) Alauzet conclut seulement à la suppression de l'appel en matière possessoire (p 281 et suiv.) V. Garsonnet, op. cit., t. I, p. 686.

6 — *Mülkiyet ve Zilyetlik Davasının İçtima Edemiyeceği Prensipleri* : Bir zilyetlik davasını rüyet eden sulh hakimi, kararında zilyetlik ve mülkiyet davasını içtima ettiremez. O, sadece zilyetlik davası hakkında hüküm vermelidir. Fransız Usul Kanununun 24. maddesinin emredici şekilde kabul eylediği kaide budur. Gerçekten, sulh hakimi zilyetlik davasını ihmal edip, doğrudan doğruya yahut dolayısıyla mülkiyet meselesini hallettiği takdirde; zilyetlik davası teorisinin nazara alınmayacağı ve kanun koyucunun zilyede vermek istediği himayenin tamamıyla hayali olacağı şüphesizdir.

Osmanlı Hukukunda, hakim için mülkiyet ve zilyetlik davalarını içtima ettirme yasağı, Sulh Hakimleri Kanununun 5 ve 27. maddelerinden doğmaktadır. Kanun, 5. maddesinde, sulh hakimi «...Eshabı istimalinden menedilmiş olan hakkı şirb davalarını esasa intikal etmeksizin dahi kabili temyiz olmak üzere rüyet ve hükmeder» kaidesini koymuştur. Yedin iadesi davasında, davalının yedinin refine dair verilen kararın, davacının ühtilâflı gayrimenkule malik olduğunu tazammun etmiyeceği 27. maddede derpiş edilmiştir.

1 — *İlk Olarak* : Bu yasaklama, Fransız Hukukunda, Osmanlı Hukukunda olduğu gibi, hakime uygulanabilen ve ikiye irca edilmesi kabil çok sayıda önemli sonuçlar doğurur.

a) Zilyetlik davasına bakan hakim, kararında istihkak davası hakkında hüküm vermektan imtina etmelidir.

b) Zilyetlik davasına bakan hakim, münhasıran hakka dayanan sebeblerle zilyetlik davasını kabul yahut reddetmektan imtina etmelidir.

2 — *İkinci Olarak* : Zilyetlik ve istihkak davaları arasında mevcut olan ayrılık, taraflara kabili tatbik olan bir ikinci kaide tarafından ortaya konmuştur. Bu, Fransız Hukukunda, usul kanununun 26. maddesinde ifade edilmektedir. Bu kaide, tarafların zilyetlik davalarıyla işe başlamağa mecbur olduklarına işaret ediyor. Taraflar ancak zilyetlik önmeselesinin hallinden sonra, mülkiyet davasına müracaat edebilirler. Bu kaidenin müeyyidesi, önce mülkiyet davası açmış olan davacının, sonradan zilyetlik davasına dönemesidir. Bu şekilde hakkının kaybolmasına razı olan kimse, artık sulh hakimine başvuramaz. Gerçekten temyiz mahkemesi içtihatlarının son durumuna göre, davacı tarafından doğrudan doğruya mülkiyet davası ikamesi, zilyetlik davasından zımnem feragati ta-

zammun eder (13). Zilyetlik davası, zilyetliğin ihlâlinin mülkiyet davasının ikâmesinden önce vukubulmuş olduğunu tabii farzediyor.

Osmanlı Hukukunda durum aynı mıdır? Mesele nazik ve bazı gelişmeler kaydetmiştir.

Önceleri, mülkiyet davası asliye mahkemesince görüldüğü halde, sonradan 25 Temmuz 1325 tarihli bir irade mucibince, vilâyet encümenleri zilyetlik davalarını rüyete başlamışlardır.

Zilyetlik davacısı zilyetliğin himayesi yoluna başvuramadan mülkiyet davası ikâme etmişse, artık o andan itibaren zilyetlik davası açmak onun için imkânsız olur. Bu husus, Şûrayı Devlet tarafından onanmış bulunan bakanlık genelgesinden doğuyordu. Şüphesiz bu genelgeler kanun kuvvetine sahip değildi; fakat Sulh Hakimleri Kanununa yapılan dört ilâve onları, zilyetlik davalarının sulh mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde, idare meclisleri tarafından ve bu meclislere ilişkin usullere uygun olarak görüleceğini kabul ederek, zımnen kanun kuvvetine yükseltti.

Mülkiyet davasının mahkemede olduğu bir sırada idare meclisine müracaat edilmişse, zilyetlik davasının kabule şayan olmadığına karar vermek gerekir.

Bununla beraber, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, ihlâl yahut zilyetlikten mahrumiyet, mülkiyet davasından sonra (bu davanın ikâme edilmesinden sonra) vukubulmuşsa, şüphesiz ki hiç bir şey davacıyı zilyetlik davası açmaktan menedemez.

Bu fikirler düzeni ile konuyu bitirirken, Fransız Usûl Kanununun, 27. maddesinde, zilyetlik davasını kaybeden davalının, mülkiyet davası açmadan önce, aleyhine verilen hükmün icabını tam olarak yapmasını ve bütün mahkeme masraflarıyla birlikte zarar ziyânı ödemesini istediğini kaydedelim.

Böyle açık bir hüküm mevcut olmadığına göre, Osmanlı Hukukunda, mülkiyet davası açacak kimse, davasının kabule şayan olması için zilyetlik davasında kendisi aleyhine verilen hükmün icaplarını önceden yerine getirmeye mecbur mudur? Bu soruya olumsuz cevap verilebilir; çünkü aksi takdirde kanuna başka bir hüküm eklenmiş olurdu.

(13) Cassa. 16 fév. 1877; SİREY; 1883, 1, 462.

Kaldı ki, mülkiyet ve zilyetlik davasının içtima edemeyeceği kaidesini benimseyen Mısır Kodu da, 27. maddenin yukardaki hükmünü kabul etmiyor. Aynı şekilde, bu metnin yokluğunda Mısır mahkeme içtihatları, Fransız noktai nazarının aksine olarak, daha önce zilyetlik davasında mahkûm edilmiş olduğu zarar ziyanları henüz ödememiş olan bir mülkiyet davacısının davasını kabule şayan olarak kabul etmeyi vazife saydılar (14).

Şu halde özet olarak ve bu kısmı bitirirken diyebiliriz ki, yaptığımız tahditler hariç, mevzuatın bu günkü durumunda, Lübnan Temyiz Mahkemesinin de karar verdiği gibi, hakim için olduğu kadar davanın tarafları için de, zilyetlik davası ile mülkiyet davasını içtima ettirmek yasaktır (15).

Zilyetlik Davalarının Karakteri. Kime Karşı Açılabilirler?

Zilyetlik davaları gayrimenkul davalarıdır ve ancak gayrimenkullere uygulanır; menkullerde asla uygulanamaz. Bununla beraber, bu son nokta doktrinde ihtilâfıdır. Ancak mahkeme içtihatları daima menfi görüşü savunmuşlardır. Kaldı ki, Dubost'un usul kanunu reform tasarısı, menkulleri sarîh olarak zilyetlik davası sahasından çıkarmıştır.

Zaten Fransız ve Osmanlı Kodları, bazı şartların tahakkuku halinde menkul zilyetliğini himaye eden bazı yabancı mevzuatlardan, bu cümleden olmak üzere İngiliz ve Venezüella Kanunlarından, bu noktada ayrılmaktadırlar.

Zilyetlik davaları aynı yahut şahsi davalar mıdır? Meselenin pratik önemi şu iki noktada kendini gösterir :

1 — Zilyetlik davaları şahsi ise, ancak ihlâlin ve zilyetlikten mahrumiyetin failine, onun külli haleflerine ve ika edilmiş olan gayrimüşru fiilin şerikleri olan cüzi haleflerin mirasçılara karşı ikame edilebilir. Aksine zilyetlik davaları aynı davalar ise, hakla teçhiz edilmiş olacaklarından, ihlâlin yahut zilyetlikten mahrumiyetin faili olsalar bile, ihtilâflı gayrimenkulün bütün vazüyetlerine karşı ikame edilebilirler (16).

(14) Jugement du Caire dans l'affaire Mosseri et Beheri R. C. 648. 24 Confirmé par l'arrêt de la cour 12 Mars 1902. V. Lusena. Précis de procédure Egypt P. 149.

(15) V. Arrêt cour de cassation du Gd Liban, en date du 10 juillet 1924, No. 80.

(16) Bourbeau A. 7 No. 290-291; Aubry et Rau, T. 2, p. 168 et 189.

Müdahalenin meni davasının aynı bir dava olduğunu kabul hususunda, Fransız hukukçuları genel olarak ittifak etmektedir. Müdahalenin meni, zilyetlik hakkını korumak gayesine sahiptir. Öyleyse zilyetlik bir aynı haktır (17).

Yedin iadesi konusunda mesele daha karışıktır. Müelliflerin çoğu, müdahalenin meni davasından farklı olarak, yedin iadesinin şahsi bir dava olduğu fikrindedirler. Filhakika, yedin iadesinin bir zilyetlik meselesini halletmediği kabul edilmektedir. Yedin iadesi, yaratıcı prensibini umumi sükunu ihlâl eden cebir vakiasında bulur. Yedin iadesi, bilhassa gayrıkânuni bir fiilin tamiri için tesis edilmiştir. Şu halde yedin iadesi, cürmün önlenmesine matuftur ve böylelikle yedin iadesi şahsi bir dava gibi telâkki edilir.

Osmanlı Hukukunda mesele ne durumdadır ?

Sulama hakkına (hakkı şirb) taallük eden müdahalenin men'i, yukarda izah ettiğimiz sebebler dolayısıyla, karakterize olmuş aynı bir dava gibi görünüyor. Bu nokta güçlük arzetmez. Fakat mesele, Osmanlı Hukukunda yedin iadesinin karakterini tayin etmek bahse konu olduğu zaman nazikleşmeye başlıyor. Bize göre, basit yedin iadesi ve şiddet sebebiyle yedin iadesini birbirinden ayırdetmek gerekir.

Basit yedin iadesi davası, aynı bir davadır. Filhakika O, aynı bir hakkı, zilyetlik hakkını himaye ediyor ve kim olursa olsun gayrimenkulün bütün vazüyetlerine karşı ikame edilebiliyor. Sulh Hakimleri Kanununun 25. maddesi, evvelce de gördüğümüz gibi, malların bir satış yahut miras gibi bir sebeble üçüncü şahısların ellerine geçmesi halinde, iadesinin talep edileceği faraziyesini isdihdaf ediyor.

Aksine şiddet sebebiyle yedin iadesi, tarifi güç melez bir karaktere sahiptir. Bu noktayı açıklığa kavuşturmak için şu iki ihtimali gözönünde bulundurmak gerekir.

Birinci İhtimal : Usulüne uygun bir senet mucibince tasarruf edilen bir gayrimenkulü, şiddet kullanılarak zabteden, sonra onu iyi niyetli bir üçüncü şahsa satan ve elinde senedi bulunmayan bir kimse bahis konudur. Bu hal ne tapu senedi ve nede kadastro bürosunun mevcut olduğu küçük Lübnan'da ortaya çıkabilir. Bu halde, yedin iadesi iyi niyetli vazülyede karşı açılabilir ve mahkeme se-

(17) Aubry et Rau, t.é, p. 168 e 189.

netlerin tetkiki sonucunda, 25. madde mucibince, zorla zilyetliğinden mahrum edilmiş olan kimsenin lehine karar verir. O zaman yedin iadesi davası aynı bir karakter arzeder.

İkinci İhtimal : Burada sağlam bir senede sahip olan kimsenin, senetsiz tasarruf eden kimsenin yedindeki gayrimenkulü zorla ele geçirmesi ve ona zilyet olduktan sonra, bir üçüncü şahsa satmış olması halini nazara almak gerekir. Senedi olmayan zilyet, 24. maddenin öngördüğü şiddet sebebiyle yedin iadesi davasını ikame etmek hakkını haizdir.

Bu dava, iyi niyetli kabul edilen ve cebir vakiasında şerik olmayan üçüncü şahıs müktesibe karşı ikame edilebilir mi? öyle geliyor ki hayır; ve bu konuda halen mevcut sebepler, Fransız Hukukunda yedin iadesi davasının şahsi karakteri lehinde ileri sürülen sebeplerden daha kuvvetlidir.

Gerçekten, Fransa'da yedin iadesi davası, daha çok gayrikanunî ve umumi sükûna muhalif bir fiilin tamiri ve fer'i olarak zilyetliğin himayesi için ihdas edilmiştir.

Kanun koyucunun mahalli mevzuatta bu özel yedin iadesi davasını tesis ederken, bilhassa değil, belki münhasıran, bizzat ihkakı hak eden cezalandırmak maksadına sahip olduğunu söylemek mümkündür. Kanun koyucunun ihdas ettiği dava, bir zilyetlik silahı değil, fakat umumi sükûnun bir vasıtasıdır. Öyleki, aynı zamanda halenki davaya vücut veren bu faraziye, bizzat ihkakı hak fiili Ceza kanununun 130. maddesiyle cezalandırılmış olduğundan, cezai takibatlara bile sebep olabiliyordu.

Zilyetliğe Dair Kararın İhtiva Ettiği Hüküm :

Zilyetlik davasını bitiren karar, zilyetlik davasını ya tamamen yahut kısmen reddedebilir veya tamamen kabul edebilir.

1 — *Zilyetlik Davasının Reddi* : Davacı, zilyetlik davasının kabulü için gerekli hususları yeterli bir şekilde isbat edemediği takdirde, sulh hakimi talebi reddetmeğe mecburdur.

2 — *Zilyetlik Davasının Kabulü* : Zilyetlik ve ihlâli isbat edilmişse, sulh hakimi halin muhafazasına yahut davacının yedinin iadesine karar verecektir. Bundan başka sulh hakimi, davalıyı, talep tarihinden beri toplamış olduğu semerelerin (hatta kötü niyetli olduğu takdirde talep tarihinden önce toplamış olduğu semerelerin)

iadesine mahkûm eder. Bu hal tarzı, Maliki Mezhebinin prensipleriyle bağdaşabiliyordu. Yukarıda tebarüz ettirdiğimiz gibi, Sidi el Khalil'in İslâm Hukuku Kodunun 855. maddesi, iyi niyetli zilyedin, kendini zilyetlikten mahrum eden karara kadar topladığı semerelerin maliki olacağını hükme bağlamaktadır.

Aksine Hanefi Mezhebine göre, gasbedilmiş gayrimenkulün endüstriyel semereleri, gasıbın mülkü olur. Bu prensibin tatbiki cümlesinden olmak üzere, Sulh Hakimleri Kanununun 31. maddesi şu hükmü koymaktadır: «Yedi hadise sâhibi münazaun-fih olan mahalle ziraat edipte mahsul mevsimi idrak etmişse, iadei yed davası usulen sabit oldukça mahsulatını biçerek müddaabihten nefi yed eylemesi müddealeyhe emrolunur.»

Biraz evvel gördüğümüz gibi, zilyetlik davasını kazanan davacı; Mecelle'nin 907. maddesine göre, hasılat sebebiyle vukubulan kıymet düşmesi için bir tazminatla birlikte arazisini istirdat eylemek hakkına sahiptir.

Sulh hakimi, ihlâl sebebiyet veren şeylerin kal'ini ve işgal edilen yerlerin eski haline getirilmesini emredebilir mi? Doktrinde çoğunluk ve mahkeme içtihatları olumlu anlamda fikir beyan etmektedirler. Bu şekilde hareket ederek ve gerekli tedbirleri alarak, sulh hakimi zilyetlik ve mülkiyet davasını içtima ettirir gibi gözükmektedir; fakat bu sadece görünüştedir. Gerçekten işaret etmek gerekir ki, adı geçen tedbirler hakkın esası hakkında hüküm vermek amacını değil, fakat sadece tecavüzdün önceki haline getirerek, yahut daha sonra yapılabilecek ihlalleri önliyerek, zilyetliğe hürmet ettirmek amacını güder. Sulh hakiminin, görevi dışına çıkmadıkça, kararında bahis konusu olan tedbirleri emrederek, zilyetlik ve mülkiyet davasını içtima ettiremeyeceği kabul edilmektedir (18).

Sulh hakiminin, davacının talebi üzerine, zilyetliğin ihlali olarak kabul edilen şeylerin ve bir tren şefinin gasbettiği toprak üzerinde tesis ettiği çitin kaldırılmasını emretmeye görevli olduğu kabul edilmiştir (19).

Hatta sulh hakiminin, sadece görevli değil, fakat ihlal teşkil eden şeylerin kal'ini emretmeye mecbur olduğu da kabul edilmektedir (20). Sadece, davacının arsası üzerine davalı tarafından ya-

(18) Cf. Belime No. 368; Aubry et Rau, loc. cit; Contra. Garsonnet.

(19) Cass. 30 Janv. 1837, S. 37-1-613; 15 Févr. 1836. S. 38-1-239, 2 Avril 1883. S. 84.1.120; Troplong, t. I, No. 325 et s.; Aubry et Rau, t. p. 161.

(20) Cass. 18 Juin 1866, S. 66.1.365.

yapılmış işler söz konusu olduğu zaman değil, fakat aynı zamanda bu işler davalı tarafından kendi arsası üzerinde yapıldığı zaman ve hatta sulh hakiminin bu işlerin haklı olarak yapıldıklarını kabul ettiği ve davalının mülkiyet davasını kazanması gerektiği zaman bile durum budur (21).

Temyiz Mahkemesi, hakimin, davalıyı, mülkiyet davasını isbat edememesi sebebiyle, onun tarafından inşa edilmiş duvarı yıkmaya ve şeyleri eski hallerine getirmeye mahkûm etmesi halinde, görevini aşmadığına karar vermekle bu fikirden uzaklaşmış görünüyor (22).

Gerçekten, başkasının zilyetliğini ihlâl eden fiillere teşebbüs eden kimse, haksızdır. Fakat Mahkemenin arazi hakkında hüküm vermesinden evvel, yapılmış olan şeylerin yıkılmasını emretmek ölçünün en sert olduğu hallerdendir. Kaldığı işte bu sebepten, bu tedbiri öngören 27. maddenin değiştirilmesi ve yapılmış olan şeylerin kalı için muayyen bir müddet vermenin, hakim için bir hak olması da istendi (23).

Sulh hakimi, teminat mukabilinde işlerin devamına bile müsaade edebilir. (Garsonnet bu görüşte)

Hatta gösterildiği gibi, bir başkası tarafından tasarruf edilen toprak üzerinde bazı şeyler yapıldığı zaman, sulh hakimi zilyedin durumunu muhafaza ederek, sadece toprağın zilyetliğini değil, fakat toprağın fer'i olan eserleri de ona vermeye mecburdur. Mütemmim cüzüne ve eserlerin yapıcısına terettüp etmekte olan tazminatların tesviyesine dair C. Civ. in 555. maddesinin tatbikine gelince; bunlar mülkiyet davasını gören hakime gönderilmelidir. Bu faraziye, zilyetliğinde rahatsız edilen yahut zilyetliğinden mahrum edilen zilyedin, zilyetlik davalısı tarafından yapılan şeyleri, kendisine ait olan toprak üzerinde bulması halini isdihdaf eder görünmektedir.

Bu meselenin Fransız Hukukunda nasıl çözümlendiğini gördük; şimdi Osmanlı Hukukundaki tanzim tarzını göreceğiz :

Kazai içtihatlarla konu teşkil eden hallerin ekserisi, Fransız Hukukunda, müdahalenin menı davasına taallük etmekte ve bu

(21) Bourbeau No. 434; Aubry et Rau, 5 ed. t. 2, P. 243; Contra : Belime, No. 367.

(22) Req. 6 Déc. 1871, D. P. 72.1.136.

(23) V. Glasson et Tissier, 3 éd. 1925, P. 534. Bazenet, Les actions Possessoires, P. 535.

içtihatlar, ihlâlin, tamamen başkasının arsası üzerinde inşa edilmiş bulunan eserlerden doğduğunu kabul etmektedir. Hakimin, ihlâli sona erdirmek için bu eserlerin yıkılmasını emretmesi normal bir harekettir.

Osmanlı Hukukunda, gerçek müdahalenin meni davası, (mülkiyet davası ile karışan def'ül taarruz denilen dava nazara alınmaksızın) ancak sulama irtifak hakkı için öngörülmüştür. Bu özel halin dışında, kanun ancak yedin iadesi davasından bahsetmektedir.

İmdi, sulama irtifakının istimaline vukubulmuş olan ihlali kaldırtmak için, hakim, Fransız hakiminin yaptığı gibi, davacının, bir akar sudan serbest istifadesine zarar veren fiillere karşı korunmasına matuf zilyetlik davasında, ihlâl sebebiyet veren şeylerin kaldırılmasını emredebilmelidir (24). Yedin iadesi için durum aynı mıdır? Kanunun isdihdaf ettiği ihtimal, gerçek zilyedin, zilyetliğini elde etmek istediği gasbedilmiş toprağın, zilyetlik davası tarafından inşa edilmiş binalarla kaplı olduğu zaman mı tahakkuk edecektir?

Bu binaların geleceği ne olacaktır? Fransız Hukukunda, zilyetlik davasında haklı çıkan davacıya, sadece gasbedilmiş toprağın değil, fakat toprağın mütemmim cüzü olan şeylerin de iade edilmiş olduğunu evvelce görmüştük. Zaten, gerçekten arsa üzerinde inşaat yapan kimseye terettüp eden tazminatın ödenmesi ve C. Civil'in 555. maddesinin tatbikine taallük eden bütün bu meseleler, mülkiyet davasına bakan hakimin görevi içine girecektir.

Çözüm tarzı Osmanlı Hukukunda da aynıdır. Şu manada ki, hakim görevini aşmış olmaksızın bu binaların ve ağaçların kaderini, bunları tanzim eden Mecelle'nin 906 ve sonraki maddelerine uygun olarak tayin edemez. Fakat bu çözüm tarzı bir bakımdan farklılık arz etmektedir :

Fransız Hukukunda, zilyetlik davasını kazanan davacı, toprağın olduğu kadar, oraya yapılmış olan binaların da zilyedi olmaktadır.

Bu durumda, Osmanlı Hukukunda bahis konusu binalar ve ağaçlar, bir aylık bir müddet içinde yetkili mahkemeye müracaat etmesi ve dava sabit olduğu takdirde, davacının maruz kalabilece-

(24) Aynı mahiyette : Cass. Fr. 14 Mars 1882.

ği zararın tazminini garanti eden bir teminat göstermesi şartıyla, davalının zilyetliğinde bırakılır.

Davalı bu teminatı gösteremediği takdirde, ağaçlar ve binalar, teminat göstermesi şartıyla davacıya tevdi olunur. Her iki taraf da teminat göstermeye muktedir değilse, binalar ve ağaçlar bir yedimeine tevdi edilir. Sulh Hakimleri Kanununun 29. maddesi tarafından öngörülen hal tarzı budur.

Tezahür edebilen diğer ihtimaller, meselâ bir bahçe duvarının yapılması gibi, derpiş ve tanzim edilmemiştir. Bu hale Fransız Hukukunun çözüm tarzının tatbikine ve bu eserlerin kal'i için hakime yetki vermeye hiç bir şey mani olmasa gerek.

Şimdiye kadar, zilyetlik davası hakkında verilen kararın ihtiva edebileceği hükümleri inceliyerek, sadece davacının zilyetlik davası ikamesi halini nazara aldık. Fakat sırasında, davalının, kendi zilyetliğinin tanınmasını hakimden istemesi de mümkündür.

Fransız Hukukunda, tarafların her birinin, iddia ettikleri zilyetliği isbat etmeleri kabul edilmiştir. Bir çok ihtimaller ortaya çıkabilir :

Birinci İhtimal : Davacı ve davalı, herbiri zilyetliklerini isbat ediyorlar; fakat bu iki zilyetlik, müşterek olarak ihtilâflı gayrimenkulün bütününe şamildir. Bu durumda, hakim her iki tarafın zilyetliğinin muhafazasına karar verecektir (25).

Benzer bir ihtimal, tamamiyle aynı tarzda, Osmanlı Hukukunda ortaya çıkamaz. İhtilaf halinde bulunan iki tarafın iddia ettiği zilyetliğin isbatı, Fransız Hukukunda olduğu gibi, zilyetlik davasının kazanılması için kâfi değildir.

Ostrorog tarafından teklif edilmiş olan Sulh Hakimleri Kanunu tasarısına göre, sadece zilyetliğin isbatı, tek başına bir zilyetlik davasının kabulü için yeterli olabiliyordu (26). Fakat kanun kuvvetini haiz olan kat'i metine göre, zilyetliğin isbatından sonra, ayrıca bu zilyetliğin bir mülkiyet senedi mucibince vukubulduğunu tevsik için bir senet ibraz etmek gerekir. Dosyada mevcut senetlerin taaddüdü, ihtilâflı gayrimenkulün taksim edilmemiş olmasından doğuyorsa, o zaman taraflar Sulh Hakimleri Kanununun

(25) Bourbeau, Art. 7.

(26) Voir. Art. 58 al. 2.

24. maddesine göre müştereken zilyet olacaklardır. Aynı maddenin son fıkrasına göre, «tarafeynin hiç biri tasarruf senedi ibraz etmediği takdirde, esas temellük davasını rüyete mezun mahkemeye müracaat etmeleri tarafeyne ihtar olunur».

İkinci İhtimal : İki taraf zilyetliklerini isbat etmişlerdir; fakat bu iki zilyetlik birbirine hasım ve biri diğeri ile kabili telif değildir. Hakim, ya tarafları müşterek zilyetliklerinde bırakacak yahut müşterek zilyetlik hakkında karar vermeksizin, ister kayıtsız şartsız, ister bir haciz tesis ederek, ister muvakkat bir istifade hakkı vererek yani ihtilâflı gayrimenkulün tarafların biri yahut diğeri nezdinde muvakkaten muhafazasına müsaade ederek, taraflara mülkiyet davası açmalarını sağlık verecektir.

Fransa'da bu nevi çözüm tarzının ortaya çıkardığı münakaşaya girmeksizin, kazai içtihadın teorisini belirtelim: İçtihat, bu faraziyede, hakimin, ister kayıtsız şartsız, ister haciz yahut muvakkat istifadeyi emrederek bu hususu ele alamıyacağını, fakat ister bu zilyetliği taraflardan birine ihale ederek, isterse tarafları halenki zilyetliklerinde muhafaza ederek, zilyetlik meselesi üzerinde kati bir karar vermek durumunda olduğunu savunan müelliflerin çoğunluğunun kanaatinin aksine olarak, tarafları mülkiyet davası açmaya gönderebileceği fikrindedir (27).

Osmanlı Hukukunda mesele nasıldır? Yukardaki faraziyeyi, esaslarını biraz değiştirerek nazara almak gerekir. İki tarafın, zilyetliği isbat etmek için aynı yahut başka şahıslardan sadır olan, birbiriyile uzlaşmaz ve biri diğerine zıt iki mülkiyet (yahut tasarruf senedi) ibraz ettiklerini farzedelim. Bu halde hakim neye karar vermelidir? 25. maddeye göre, hakim, önceki tarihli senedin zilyedine üstünlük vermeli ve bundan başka, zilyetlikten mahrumiyet anında zilyet olduğunu isbat ederse, davasını kabul etmelidir.

Çabuk netice doğuran bu hal tarzı, hukuk açısından daha az tenkide şayan değildir. Burada kanun koyucu, açık bir şekilde, ikta gibi, mülkiyetin zahiri karinesi gibi bizzat himaye edilmesi gereken zilyetliği değil, fakat mülkiyeti himaye ediyor; vakıa bu hal tarzı, zilyetlik davasını kazanan kimse lehine açıkça bir hak ihdas ediyor ve bu sebeble kanunun derpiş ettiği, «zilyetlik davası ile mülkiyet davasının içtima edemeyeceği» kaidelerini ihlâl ediyor.

(27) Voir Aubry et Rau, t. 2. p. 161; Rodiere, t. VII, No. 431 etc.; contra, Carré et Chauveau, t. I, Quest. II; Appleton, 394.

Genel Düşünceler :

Bu etütden açıkça anlaşılacağı üzere, Osmanlı Hukuku, bir sistematizasyon çalışmasına güçlükle yanaşmaktadır. Çünkü ekseriya genel fikirlerle idare edilmemektedir. Birbirine bağlı meseleler, ara sıra taban tabana zıt bir şekilde tanzim edilmektedir. Mecelle incelendiği zaman, kanun koyucunun, hukuku, ekseriya aralarında bir irtibat olmaksızın, sosyal hayatın ortaya çıkardığı çeşitli güçlükleri halletmeye matuf hakkaniyet kaidelerinin bir bütünü olarak nazara aldığı intibayı açıkça ortaya çıkar. Bu hukuk, prensiplere inmeksiz daha çok teferruat üzerinde durmuştur. Bu, genel fikirlerin yetersizliğinden yahut yokluğundan doğuyordu. Bu o derece doğru ki, büyük bir kısmı genel kaideler koyan ve «Kavaid-i Külliye» adı verilen Mecelle'nin ilk 100 maddesi, Mecelle'yi hazırlayanların fikrine göre, adaletin tecellisinde esas alınmamalıdır. İslâm hukukçuları, bu prensiplerin basit hükümler gibi malûmat kabilinden incelenmiş olduğu inancındadırlar.

Osmanlı Hukukunun bir başka karakteristiği onun özelliğini teşkil eder.

Genel fikirlerin yckluğu ve Osmanlı Hukukunun bu özelliği, evvelce belirtmek fırsatını bulduğumuz ve şimdi belirtilmesi daha uygun olan bir takım aksi neticelere sebcbiyet vermiştir. İşte bu anlayış, hukukun aşırı ferdiyetçiliği dolayısıyla, kanun koyucuyu, ferdi menfaati, umumî menfaatin zararına himaye etmeye götürmüştür. Kanun koyucu, iki menfaat arasındaki çatışmada toplumun menfaatinin, daima ferdin menfaatinin üstünde olması gerektiğini gözden kaybediyor gibi görünmektedir.

İşte bunun içindir ki, kanun koyucu, bir menkulün malikine, malını 15 sene içinde iyi niyetli müktesibin elinden almak hakkını vermiştir. Bu şekilde Osmanlı kanun koyucusu, bütün ticari hayatı felce uğratabilecek durumda olan böyle bir ölçüyü kabul etmekte tek başına kalmış bulunuyor. Çünkü, bazı mevzuatlar, menkuller hakkında istindat hakkını kabul etmişlersede, hiç olmazsa bu davanın çok kısa bir zamanda, meselâ 3 sene içinde açılması şartını koymuşlardır.

Diğer taraftan, mülkünün bir başkası tarafından uzun müddet işgal edilmesi halinde, mülkiyet hakkı sahibi olan kimsenin hakkını kaybetmiyeceği fikri, Mecelle'yi kazandırıcı zaman aşımını tanınamaya, ena kanuni bir mevcudiyet vermemeye götürmüştür. Mecelle'ye göre, hakiki malik, haksız zilyetler tarafından hakkına vukubulacak tecavüzlere karşı kendini koruyabilmelidir; bu sonuncuların zil-

yetliği çok eski zamanlara kadar inmelidir. Yabancı mevzuatlara zaman aşımını kabul ettiren genel ve temel düzen mülâhazaları ihmal ediliyor, ferdin menfaati üstün tutuluyor. Tecrübenin gösterdiği husus şudur ki, uzun zaman devam eden fiili bir durumu ihlal etmenin çok kötü olduğu ve sosyal düzenin belli bir ölçüde durumların değişmezliği ile ilgili bulunduğu sabit olmasına rağmen, bu husus Osmanlı kanun koyucusunun gözünden kaçmıştır. Ve diğer taraftan, şeyini uzun zaman istirdat etmeksizin gayrı meşru zilyedin elinde bırakan malik, ihmali sebebiyle hakkını kaybetmişse, mesuliyetini bizzat kendisi yüklenmelidir.

Fakat adaletsizliği tecviz eder görüldüğü için, hukuka aykırı olan bu usucapıoyu, Osmanlı kanun koyucusu, evvelce etraflı bir şekilde gördüğümüz gibi, bir usul oyunu ile kabul etmeye yönelmiştir. Osmanlı Hukukunun, prensip olarak zaman aşımına muhalif olduğu halde, dolayısıyla ve bazı kaide oyunlarıyla zaman aşımını sadece kabul etmekle kalmayıp, hatta zaman aşımı ile iktisap şeklini kolaylaştırmış olması tuhafliğina işaret etmek yerinde olur. Fransız Hukukunda, zaman aşımı, haklı sebep ve iyi niyet olmadığı zaman 30 senelik bir zilyetliği icabettirdiği halde, Osmanlı Hukukunda 15 sene sonra benzer bir neticeye vasil olunmaktadır.

Üçüncü Olarak : Kanun koyucunun, meşru malike hakkının tamamını teslim arzusu, kendisine, zilyedin istifadesinin karakterini, iyi yahut kötü niyetini hiç nazara almayan değişmez bir çözüm tarzı ilham etmiştir. Bununla beraber, adalet, iyi niyetli zilyedin kaderinin, âdi bir gasıbın kaderinden daha fazla himayeye lâyık olmasını istemiyor mu?

Mevzuatın delâlet ettiği genel fikirlerin yokluğu meselesine gelince; o, zilyetlik davalarının mülkiyet davalarıyla aynı süreye sahip olması mantıksızlığının sebebidir. Bu, tesirli bir çözüm tarzı değil midir? Zilyetlik davaları, prensip olarak âni durumları tanzim etmeye matuf olmaları sebebiyle, esas itibariyle muvakkattırlar. Meselâ, bir yedin iadesi davasının zilyetlikten mahrumiyet tarihinden itibaren 15 sene içinde açılabilmesi nasıl kabul edilebilir? Bu davaların istimali için yeter uzunlukta bir süre kabul etmiş olan mevzuatlar arasında Osmanlı Hukuku başta gelir.

Hülâsa, böyle bir mevzuat izah edilmeye muhtaçtır. Bazı hususlar hiç şüphesiz muhafaza edilmelidir. Bir kaç kaide, yeniden düzenlenmek ihtiyacında ve diğerlerinden çoğu yenilenmelidir. Türkiye, kanunlarını yeniden gözden geçirmenin örneğini bize verdi bile. Mandeter devletin bu yolu takip edeceğine güvenimiz var.