

MENKUL DÂVASI

Asis. H. Cumhur ÖZAKMAN

GİRİŞ

Genel Olarak: Medeni Kanunumuz «Hakkın himayesi» ayırımı altında MK md. 898 ve devamı maddelerinde hali hazır zilyede, sırf o şeye zilyed bulunması nedeniyle, bir hak karinesi tanımıştır. Buna göre hali hazır zilyedin o şey üzerinde iddia ettiği hakkın mevcudiyeti karine sayılmıştır. MK md. 898; «Menkul bir şeyin zilyedi onun maliki addolunur» hükmü ile mülkiyet karinesini kabul ederken, MK md. 899/f. 1'de zilyedin başkasının mülkiyet karinesine dayanabileceği ve MK md. 899/f. 2'de de feri zilyedlerin iddia ettikleri hakkın varlığı karine olarak kabul edilmektedir.

Bu hak karinelerinin sonucu olarak, zilyed kendisine yapılacak taleplere karşı o şey üzerinde herhangi bir hak ispat etmeksizin sırf bu karinelere dayanarak şeyi muhafaza edebilmektedir. MK md. 900'de bu husus «Bir menkulün zilyedi, aleyhine ikame edilen bütün dâvalara karşı tercihe şayan bir hakkın sahibi olduğunu dermeyer edebilir. Gasp ve tecavüz fiillerine dair olan hükümler bâkidir» şeklinde ifade edilmiştir.

MK md. 902 ise; «Yedinden sirkat olunan veya kendisi tarafından kaybedilen veya rızası olmaksızın diğer herhangi bir suretle elinden alınan bir menkulün zilyedi istihkak dâvası ikame edebilir» şeklindeki hükmü ile evvelki zilyede bazı hallerde hali hazır zilyedin hak karinesini çürüterek şeyi geri alabilme imkânı tanımıştır. MK 898, 899. maddelerde olduğu gibi burada da bir hakkın varlığı aranmaz. Evvelki zilyed, mülkiyet, rehin veya irtifak gibi herhangi bir hakkını ispat etmek zorunda değildir. Aşağıda ay-

rıntıları ile inceleyeceğimiz gibi MK md. 902 (ZGB Art. 934, BGB §§. 935 - 1007) evvelki zilyedin sahip olduğu hak ile ilgilenmeksizin onu hali hazır zilyedin hak karinesini çürütme imkânını ve şeyin iadesini talep hakkını tanımaktadır.

Türk Medeni Kanunu evvelki zilyede bu hakkı tanıırken, tevdi edilmiş mallarla rıza hilâfına elden çıkan mallar arasındaki ikili ayırımı muhafaza etmiştir. Tevdi edilen şeyi hak sahibi olmayan bir kimseden hüsnüniyetle iktisap eden bu şahsın iktisabı muteber kabul edilmiştir. (MK md. 901) MK md. 902'nin uygulanabilmesi için madde metninden de anlaşıldığı gibi şeyin evvelki zilyedin elinden, hırsızlık, kaybolma şeklinde veya herhangi bir surette rızası dışında çıkmış olması gerekir.

Bunun yanında MK md. 903; «Zilyedin rızası olmaksızın elinden alınan parayı ve hâmile muharrer senetleri, hüsnüniyetle iktisap etmiş olan kimse aleyhinde istihkak dâvası ikame olunamaz» hükmüyle para ve hâmile yazılı senetlerde iyiniyetli hali hazır zilyedi korumuştur. Ancak, zilyedin kötünüyetli iktisabı halinde para ve hâmile muharrer senetlerin iadesi için menkul dâvası açılacaktır.

Nihayet MK md. 904. suiniyetli hali hazır zilyede yöneltilecek iade taleplerinin zamanaşımına tâbi olmadığını belirtirken evvelki zilyedin suiniyeti ile ilgili bir hüküm sevketmiştir.

§ 1. Menkul dâvasının tarifi ve konusu :

I. Tarifi :

Rızası dışında zilyedliği sona erdirilen bir kimsenin, hali hazır zilyedin hak karinesini çürütüp kendi zilyedliğine ait hak karinesine dayanarak malı geri alma imkânına (1) MK md. 902'de «İstihkâk Dâvası» adı verilmektedir. Aynı terim MK 903 ve 904. maddelerde de kullanılmıştır. Yargıtay da çeşitli kararlarında (2) kanuna uygun olarak istihkâk dâvası terimini kullanmıştır. Ancak, doktrin-

(1) ÖGÜZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 87.

(2) YHGK, 3/3/1954 t, E. 3/98, K. 32; Y4HD, 18.6.1953 t, E. 3475-K. 2760 YHGK, 23.12.1931 t, E. 3/98, K. 96 (Olgaç, Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, İstanbul 1957, C. II, sah. 624, 625, 626).

de (3) bu terim, MK md. 618'deki mülkiyete dayanan istihkâk dâvası ile karıştırılabilecek nitlikte bulunduğundan, haklı olarak tenkid edilmişse de bir terim birliğine ulaşamamıştır. Bu konuda, istirdat dâvası (4), zilyedliğe haklılık dâvası (5) ve Menkul Dâvası (6) terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.

İsviçre Medeni Kanununun, MK'902 ve 904'ncü maddelerini karşılayan 934, 935 ve 936. maddelerinde «abfordern» ve ZGB 933'ün kenar başlığında «Rückforderungsrecht» terimleri kullanılmıştır. Bunlar iadeyi talep ve iadeyi talep hakkı anlamına gelmektedir. BGB §. 1007'nin kenar başlığında «Herausgabeanspruch des frühere besitzers» (evvelki zilyedin iade talebi) tâbirine yer verilmiştir. İsviçre ve Alman doktrininde zilyedliğe haklılık dâvası (Besitzesrechtsklage) (7) veya menkul dâvası (Fahrnisklage) (8) terimlerine yer verilmiştir.

Türk doktrininde bu konuda terim birliğinin bulunmamasının sebebi herhalde dâvanın niteliğidir. Diğer iade taleplerinden birçok noktalarda ayrılması ve bu noktalardan biri veya diğeri nazara alınarak isimlendirilmesi terim farklılığına yol açmaktadır. İstirdat

(3) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 87, 88; SAYMEN/ELBİR - Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, sah. 98 dpn. 31; REİSOĞLU, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1969, C. I, b. 3, sah. 65 dpn. 17; GÜRİSOY, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, sah. 94; AKİPEK Menkul Davası, Ankara 1959, sah. 14 vd; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) Birinci Kitap, Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1972, 2. b sah. 246; KARAHASAN, Gayrimenkul Hukuk Dâvaları, İstanbul 1971, sah. 270.

(4) SAYMEN/ELBİR, age, sah. 99; KARAHASAN age, sah. 270.

(5) GÜRİSOY, age, sah. 93, 94.

(6) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 87; REİSOĞLU, age sah. 67; TEKİNAY, Eşya Hukuku, İstanbul, 1970-1971, sah. 113; AKİPEK Türk Eşya Hukuku, sah. 246.

(7) HOMBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht 3. Ab. Besitz und Grundbuch, (IV. 3) Zürich 1938, Art. 943 No. 9; PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl. Ed. 2 München 1970 § 1007, 1, 2, 3; ERMAN, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Aufl. Bd. 2 Münster 1962 § 1007; JURISTISCHE KARTHOTHEK, Karte No: 646, Sektion V, sah. 2; KNİEP, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, Jena 1900, sah. 415; DİLCHER, Sachenrecht 2. Aufl. Berlin - New York 1972, sah. 45 vd.

(8) TUOR, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl. Zürich 1965, sah. 443.

dâvası terimi kanaatimizce İİK md. 72'deki dâva ile karışabileceğinden bu teknik terimin kullanılması mahzurludur (9). Diğer yandan evvelki zilyedin şeyi geri alabilmesi o şey üzerinde herhangi bir hakkını isbatına bağlı olmadığından zilyedliğe haklılık terimi de karışıklığa yol açabilir.

MK md. 902 ve 903. maddelerde dâvaya ancak menkullerin konu olabileceği açıkça düzenlenmiş bulunduğu ve herhangi bir terim karışıklığına mahal bırakmayan «Menkul Dâvası» terimini doktrinde olduğu gibi biz de isabetli görüyoruz.

II. Konusu :

1. M e n k u l l e r : Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi dâvanın konusunu menkuller teşkil etmektedir. Menkul mülkiyetinin mevzuunu düzenleyen MK md. 686 menkulleri; «bir yerden diğer yere nakledilebilen eşya ile gayrimenkul mülkiyetine dahil olmayan ve temellüğe salih bulunan tabii kuvvetler» olarak tarif etmiştir. Menkul eşya olarak nitelendirdiğimiz bir yerden diğer yere taşınabilen şeylerin menkul dâvasına konu olabilmeleri için bunların öncelikle özel mülkiyete konu teşkil edebilecek şeyler olması gerekir.

Özel mülkiyete konu olmayan menkuller ve amme hizmetlerine tahsis edilmiş, ammeye ait mallar için menkul dâvası açılmaz (10). Bir gayrimenkulün mütemmim cüzünü teşkil etmek üzere onunla birleştirilmiş bulunan (menkul) şeyler artık o gayrimenkulün hukuki akibetine tâbi olduklarından ve müstakil varlıklarını kaybettiklerinden onlar içinde menkul dâvası ikame edilemeyecektir. Buna karşılık MK'nun 654 maddesinde düzenlenmiş bulunan menkul inşaat, gayrimenkulün mütemmim cüzünü teşkil etmediği ve menkul hükümlerine tâbi bulunduğu için menkul dâvasına konu teşkil edebilecektir (11). Diğer yandan müstakil varlığını muhafaza etmesi nedeniyle teferruat, menkul dâvasının konusunu teşkil edebilecektir.

(9) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 15.

(10) ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C II. b 3 İstanbul 1966, sah. 1311.

(11) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 21.

Gemiler, Medenî Kanununun sistemi içinde mütalâa edilirse menkul kavramına dahil edilebilirler. Ancak, TK ve İİK bu konuda özel bir rejim getirmişler ve gayrimenkullere ilişkin bazı müesseseleri, gemilere de teşmil etmişlerdir (TK md. 891, İİK, md. 23, 136).

18 gross tondan küçük gemiler için menkul hükümleri uygulanırken, bu tonajı aşan gemiler için sicile kayıt prensibi getirilmiş ve bunlar üzerinde aynı hak iktisapları, hakkın gemi siciline tesciline bağlı tutulmuştur. Bu nedenle Medenî Kanunda menkuller için getirilmiş hak karineleri 18 gross tonu aşan gemiler hakkında hüküm ifade etmeyeceğinden MK 902 maddenin de uygulanacağından bahsedilemez. 18 gross tonun altındaki gemilere, menkul eşya olarak kabul edildiğinden, Medenî Kanunun menkullere ilişkin bütün kaideleri ve dolayısı ile menkul dâvasını düzenleyen hükümler de uygulanacaktır. Diğer yandan teferruatla ilgili kurala uygun olarak Ticaret Kanunu bir geminin teferruatı hakkında menkul dâvası hükümlerinin uygulanacağını özel olarak belirtmiştir (TK md. 869/f. 2, C. 1).

Şartları mevcut olduğu ve niteliklerine uygun düştüğü ölçüde Medenî Kanunun menkul dâvası hükümlerinin özel hava gemileri hakkında da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (12).

Yargıtay «Hususi ahkâmı ihtiva eden hayvan sirkatinin men'i hakkındaki Kanununun 11 ve 12. maddeleri hükmü nahiye veya belediye meclisleri tarafından satılan hayvanlara karşı vukubulan istihkak dâvalarına münhasır olup Kanunu Medenin 902. maddelerine muhalif değildir» şeklindeki bir kararıyla, Hayvan hırsızlığının men'i kanununda (13) çalınmış hayvanlar hakkında menkul dâvası açılmasını engelleyen özel bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir (14). MK md. 686, temellüke elverişli olmaları ve gayrimenkul mülkiyetine dahil olmamaları şartı ile tabii kuvvetlerin de menkul mülkiyetine konu teşkil edebileceklerini kabul etmektedir (15).

(12) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 22, 22 dpn. 69-73 a, 23.

(13) 5617 s. Hayvan Hırsızlığının Men'i Kanunu (RG. s. 7467, 27. Mart. 1950 t).

(14) OLGAC, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi C II İstanbul 1957, sah. 626; WIELAND (Terc. Karafakı), Kanunu Medenide Aynı Haklar, C I, II Ankara 1946, sah. 827.

(15) Kanunun bu hükmü doktrinde tenkid edilmektedir. Bu konuda bak. OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1965, sah. 265; SAYMEN/ELBİR, age. sah. 388; Menkul Dâvası, sah. 23, 24.

Tabii kuvvetler üzerinde zilyedlik tesis etmek oldukça güçtür. Bunlar üzerindeki hâkimiyet ancak tüketim anında belirgin bir hal almaktadır (16). Menkul dâvasının konusunu teşkil edecek bir şeyin iadeyi talep anında hali hazır zilyedin zilyedliği altında bulunması gerekmektedir. Tabii kuvvetler üzerinde tüketim sureti ile bir zilyedlik tesis olunabildiğinden menkul dâvası hükümleri uygulama alanı bulamaz. Diğer yandan tabii kuvvetlerin istihkak iddialarına konu olmaları ve iflâsta masaya dahil edilmeleri de kabul edilmemektedir (17).

2. Tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkullerin durumu: Medeni kanunun 905. maddesinden anlaşılacağı üzere, tapuda kayıtlı bulunan gayrimenkullerde, hak karinesi ve karineye dayanarak zilyedlik dâvası açma yetkisi ancak sicilde hak sahibi olarak gözüken kimseye aittir (18). Bunun yanında vasıtasız zilyedler, zilyedliklerinin ihlâl edilmesi halinde kuvvet kullanabilirler ve zilyedliği koruyan dâvaları açabilirler (MK md. 905/c, 2).

Tapusuz gayrimenkullere doktrinde bazı yazarlar (19) menkul-ler hakkındaki hükümlerin uygulanabileceğini savunmaktadırlar. Yargıtay da çeşitli kararlarında (20) menkul dâvasına ilişkin hükümün tapusuz gayrimenkuller hakkında uygulanabileceğini savunmuştur.

12/6/1963 t. E. 8/30, K. 26 s. kararında Yargıtay «.....kanun metninden, sözü geçen, 902 ve 904 üncü maddelerinin, taşınabilir mallar hakkında uygulanabileceği anlaşılmakta ise de kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, tapuda kayıtlı olmayan tapusuz mallar hakkında da bu hükümlerin» (21) uygulanacağını genel olarak kabul etmiştir.

Diğer yandan 3/6/1964 t. E. 270/D-8, K. 396 sayılı kararında Yargıtayı «1 — Medeni Kanununun 894, 895, 896, 897. maddeleri hü-

(16) SAYMEN/ELBİR, *abe. sah.* 389; AKİPEK, *Menkul Davası*, *sah.* 23; WIELAND (Terc. Karafakih), *age. sah.* 334, 335.

(17) AKİPEK, *Menkul Dâvası*, *sah.* 24 *dpn.* 77.

(18) OĞUZMAN, *age. sah.* 98; HOMBERGER, *age. Art.* 937 N. 6.

(19) AKİPEK, *Menkul Dâvası*, *sah.* 24, 25; AKİPEK, *Türk Eşya Hukuku*, *sah.* GÜRİSOY, *age. sah.* 95; REİSOĞLU, *age. sah.* 65, 66.

(20) YHGK. 12/6/963 t, E 8/30 K. 26; 3/6/1964 t, E 270/D-8, K. 396 (KARAHASAN), *age. sah.* 277, 305, 306).

(21) KARAHASAN, *age. sah.* 277.

kümleri, mal üzerinde zilyedlikten başka hiç bir hakkı bulunmayan kimsenin zilyedliğini korumak için konulmuştur. Halbuki Medeni Kanununun 902, 903, 904. maddelerinde düzenlenen zilyedliğe istihkak dâvaları, zilyedliği herhangi bir hakka dayanan kimse tarafından açılabilir dâvalardır. Tapuda yazılı olmayan bir taşınmaz mal üzerinde aralıksız, çekişmesiz ve malik gibi, yirmi yıl zilyed bulunmuş olan kimse, Medeni Kanununun 639. maddesinin birinci fıkrası gereğince o malın kendi malı olarak tescilini isteme yetkisini elde etmiş olduğundan, herhangi bir hakka dayanmayan zilyed durumunda olmayıp, malın kendi malı olarak tescilini isteme hakkına dayanan zilyed durumundadır. Medeni Kanununun 895. maddesine dayanan bir yedin geri alınması dâvası değil, fakat sözü edilen kanununun 902 ve 904. maddelerine dayanan bir zilyedliğe istihkak dâvasıdır ve bundan dolayı, yukarıda anılan 897. maddedeki zaman aşımına bağlı tutulamaz.

2 — Diğer yönden, dâvacının taşınmaz malını, dâvalının elatması yüzünden 3-4 yıl kullanılmamış olması, zilyedlikten vazgeçme olarak kabul edilemez.

3 — Tapusuz taşınmaz malın yirmi yıl zilyedliği sonunda 639. ncu maddeye göre kendi malı olmak üzere tescilini istemek yetkisini kazanmış bir kimsenin, zilyedlikten vazgeçmiş olduğunu gösteren bir durum gerçekleşmedikçe, kötü niyetle elinde bulunduran herhangi bir kimseden Medeni Kanununun 904. ncu maddesi uyarınca, malı her zaman geri isteyebileceğine» (22) diyerek MK. 639. maddedeki şartları haiz zilyedlerin MK. md. 902 ve 904'e dayanarak istihkak dâvası açabileceklerini belirtmiştir (23).

Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullere menkul dâvasının şartlarının uygulanıp uygulanamayacağı konusu öncelikle bu gayrimenkullerin MK. 898 vd'da düzenlenmiş bulunan hak karinelerinden istifadesi sorununa bağlı bulunmaktadır. Doktrinindeki bir kısım yazarlar ve Yargıtay kararlarının aksine, biz de tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerin bu karinelerden faydalanamayacağı görüşünü (24) benimsiyoruz. MK. md. 898-904 menkuller için düzen-

(22) KARAHASAN, age. sah. 305, 306.

(23) OĞUZMAN, age. sah. 92 dph. 159.

(24) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1973, sah. 92, 93; KARAHASAN, age. sah. 276, 277; ACEMOĞLU, Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu, İstanbul 1965, sah. 70, 103; TEKİNAY, age. sah. 120.

lenmiş ve bu durum bütün maddelerde sarahaten belirtilmiştir. Tapulu gayrimenkullere ilişkin hak karinesini düzenleyen MK. md. 905'de de tapusuz gayrimenkuller hakkında MK. md. 898-904 hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir sarahat bulunmamaktadır (25). Bu tür gayrimenkullerde hakkının varlığını ispat eden kimsenin hakkı korunur (26). Eski hukuka göre tapuda kayıtlı bulunmayan bir gayrimenkulün maliki, ancak hakkının varlığını ispat ederek mülkiyeti koruyan dâvalardan faydalanabilecektir. Hakkını ispat etmek ancak zilyedliği koruyan dâvalardan ve zilyedliğin idari yoldan korunmasına hizmet eden 5917 s.k. hükümlerinden faydalanabilir, veya zilyedliğin sebepsiz iktisabı (condictio possessionis) açabilir. (MK. md. 895) (27), fakat hak karineslerinden faydalanamaz ve dolayısıyla tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında menkul dâvasına ilişkin hükümler uygulanamaz.

§ 2. Menkul dâvasının mahiyeti :

I. Dâvanın mahiyeti :

Menkul dâvasını rızası dışında zilyedliği sona erdirilen bir kimsenin, hali hazır zilyedin hak karinesini çürütüp kendi zilyedliğine ait hak karinesine dayanarak şeyi geri alabilme imkânı şeklinde tarif etmiştik. Dâvanın temelini zilyedlik dolayısıyla dayanılan hak karinesi teşkil etmektedir. Bir şeye sırf zilyed olmak dâvanın neticesini tayin etmez. MK. 898 ve devamı maddelerde düzenlenmiş bulunan hak karineleri hakkın varlığının dâva konusu olmasını önleyecektir. Dâvacı, dâvalının hak karinesini çürütmek için kendi hakkını ispatla yükümlü değildir. Kanunun tanıdığı imkânla, dâvalının hak karinesinin çürütülmesi ve şey üzerindeki evvelki zilyedliğini de ispat eden dâvacının ihtilâflı şey üzerinde üstün bir hakkının bulunduğunu kabul için yeterlidir. Hak karinesi bu halde artık dâvacı lehine hüküm ifade eder. Bazı yazarlar (1) menkul dâvasının

(25) KARAHASAN, age. sah. 276; HOMBERGER, Art. 930 N. 3, Art. 937 N. 1.

(26) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 99.

(27) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973 sah. 99 dnp. 160.

(1) AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 106; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 257.

bir hak dâvası olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Bunun sebebi zilyedliği bir hak olarak kabul etmiş olmalarıdır. Menkul dâvası bizce zilyedlik ve hak dâvalarının arasında yer almaktadır. Sırf zilyedliğin neticeye ulaştırmaması ve hakkın varlığının ispatı gerekmemesi bu görüşü benimsememize yol açmaktadır. Dâvacı, dâvalının hak karinesini çürütebildiği takdirde, onun o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğu karinesi doğar. Aksi takdirde dâvalının hak karinesi geçerli olacaktır. Karinelerin üstün bir hakkın varlığına delil teşkil etmesi dâvanın «üstün bir hakka dayanan dâva» olarak ifade edilmesine sebep olmuştur (2). Netice ve bilhassa dâva sonunda verilen kararın niteliği açısından terim, isabetli olmakla beraber, hakkın mevcudiyetini ispat gerekli olmadığından bu konuda karışıklığa yol açabilir.

Dâvayı kazanmak için dayanılan hakkın mutlaka mülkiyet veya mahdut aynı hak olması gerekmez. Dâvayı kazanacak olan, birine nazaran üstün hakka sahip bulunduğu kabul edilen diğer taraftır. Örneğin kira veya bir şahsi hakka dayanan kimse bu dâvayı kazanma imkânına sahiptir.

Bu sebeple dâva aynı bir dâva mahiyetinde değildir. Ancak diğer bir açıdan menkul dâvası bir eda dâvası niteliğine sahiptir. Şöyle ki; dâvacının hak karinesini kendi lehine tesis ettiği hallerde, dâva konusu şeyin ona iadesi gerekecektir. Hâkim dâva sonunda prensip olarak şeyin üstün hak sahibine iadesine karar verecektir (3).

Genel kural bu olmakla beraber, dâvacı her zaman dâva konusu şeyin iadesini talep etmeyebilir. Dâvalının dâva konusu şey üzerinde bir şahsi hakkının bulunduğu hallerde, evvelki zilyed menkul dâvasını o şey üzerindeki hakkının tanınması için bu dâvayı açmış olabilir (4). Uygulamada pek rastlanılmamakla beraber bu ihtimalin söz konusu olduğu hallerde menkul dâvası bir tesbit dâvası niteliğini gösterir.

(2) JUR. KAR. sah. 2, 3; PALANDT, age. sah. 954; ERMAN, age. sah. 231; HOMBERGER, age. sah. Art. 934, N. 17, Art. 936 N. 2.

(3) JUR. KAR. sah. 3; HOMBERGER, age. sah. 1007, Art. 934 N. 20; ERMAN, age. § 1007; PALANDT, age. § 1007; TUOR, age. sah. 450; AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 108; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku sah. 258; GÜRİSOY, age. sah. 99.

(4) HOMBERGER, age. sah. Art. 934 N. 20; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 108; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 258; GÜRİSOY, age. sah. 99.

II. Dâva sonunda verilen kararın mahiyeti :

Menkul dâvasında hak karinelerinden istifade edilerek zilyedlik ilişkisinden ziyade maddî hukuk ihtilâfları çözüme bağlanmaktadır. Dâvalıya kendisinin tercihe şayan hak sahibi olduğunu ispat ederek de iadedden kurtulabilme imkânının verilmiş olması (5) dâvada maddî hukuk meselelerinin de nazara alındığını göstermektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ise dâvalıya, dâvacının o şey üzerinde hakkı olmadığını ispat ederek iadedden kurtulma imkânını da vermiştir (6).

Taraflardan birinin veya diğerinin dâvayı kazanması onun o şey üzerinde üstün bir hakkı olduğu yolundaki karineyi getirebilmesine bağlıdır. Kanunun dâvacıya veya dâvalıya bazı kolaylıklar tanımış olması dâva sonunda verilecek kararın zilyedlik dâvalarına ilişkin karardan ayrılmasını gerektirmektedir.

Doktrinde büyük bir çoğunluk bu gerekçelerden hareket ederek dâva sonunda verilen kararın kesin hüküm teşkil ettiğini kabul ederler (7). Bu nedenle de karar zilyedlik dâvasından farklı olarak temyiz edilebilir (8). Bir kısım yazarlar ise (9) kararın niteliğinin, «dâvacının menkul dâvasını zilyed olmak hususundaki muayyen ve müşahhas bir hakka istinat ettirip ettirmediğine göre» değişeceğini kabul etmektedirler.

Bu görüşü savunanlar, tarafların zilyed olma konusundaki hakların mahkemede ileri sürülmediği hallerde, hakkın mahiyeti kararda da belirtilmemiş olduğundan maddî hukuk bakımından verilen kararın kesin hüküm niteliğini taşımayacağını, diğer hallerde ise kararın bir kesin hüküm mahiyeti arz ettiği sonucuna varmışlardır.

Bizce dâva sırasında maddî ihtilâfların çözüldüğü ve tarafların dayandıkları hak karinelerini çürüterek bu karineleri kendi lehle-

(5) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 90-91; TUOR, age. sah. 445; TEKİNAY, age. sah. 115; REİSOĞLU, age. sah. 65.

(6) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1973 sah. 91 dpn. 151 (JdT. 1959 I. 119).

(7) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 19; JUR. KAR. sah. 4; PALANDT, age. § 1007; ERMAN, age. § 1007; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku sah. 258; TEKİNAY, age. sah. 117.

(8) TEKİNAY, age. sah. 117.

(9) AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 108, 108 dpn. 69.

rine tesis imkânlarına sahip olmaları, dāva sonunda verilecek kararın bir kesin hüküm teşkil ettiği görüşünü haklı göstermektedir.

Dāva sonunda verilen kararın taraflar açısından kesin hüküm niteliğini taşıması, menkul dāvasından sonra hakka, özellikle mülkiyete dayanan bir istihkak dāvası açılıp açılmaması konusunda önem taşır. Menkul dāvası, dāva şartlarının mevcut olmaması, süresi içinde açılmamış olması, husumetin yanlış tevcih edilmiş olması sebebi ile red edilmişse, dāvacının mülkiyete dayanan istihkak dāvasını açmaya hakkı vardır. Ancak dāvacı bu konudaki karineyi çürütmediği ve kendi lehine bir hak karinesi tesis edemediği hallerde dāvacıya, mülkiyete dayanan istihkak dāvasını açma hakkı tanınmamaktadır (10).

Dāvada bir hakkın varlığı ileri sürülmemiş de olsa, çekişme hak karinelerine dayandığı için ve karar taraflar arasında kesin hüküm teşkil edeceğinden görüşlerinin aksine (11) dāvacı aleyhine mülkiyete dayanan bir istihkak dāvası açılabileceğini kabul etmiyoruz.

Menkul dāvasına ilişkin bir kararın varlığına rağmen mülkiyete dayanan bir istihkak dāvası açılmışsa, bu konudaki kesin hüküm açılan dāvaya bir defa teşkil eder (12).

§ 3. Menkul dāvasının şartları :

Menkul dāvasının hangi hallerde açılabileceği MK'nun 902 ve 904. maddelerinde belirtilmiştir. Bu şartları; menkulün, zilyedin elinden rızası dışında çıkmış olması veya hali hazır zilyedin menkulün zilyedliğini kötü niyetle iktisap etmiş olması ve evvelki zilyedin iktisabının da kötü niyetle vukubulmamış olması şeklinde sıralayabiliriz. Dāvacının hali hazır zilyed aleyhine menkul dāvasını açabilmesi için bu şartların hepsinin gerçekleşmiş olması aranmaz. Evvelki zilyed bu şartlardan birine veya diğerine dayanarak dāvayı açabilir. Evvelki zilyed, dāva konusu şeyi iktisap ederken kötü niyetli idi ise dāvalı da bunu ispat ederek dāvanın reddini sağlayabilir.

(10) AKİPEK, Menkul Dāvası sah. 118.

(11) AKİPEK, Menkul Dāvası sah. 119.

(12) JUR. KAR. sah. 4; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 19.

I. Seçimlik şartlar :

Menkul dâvasının açılabilmesi için MK. md. 902/c. 1'de belirtilen halin, menkulün kaybolmuş, çalınmış, veya diğer hangi bir şekilde evvelki zilyedin elinden çıkmış olması gereklidir. Seçimlik şartlardan diğeri ise MK. md. 904/c. 1'de; «Bir menkule suiniyetle zilyed olan kimse her zaman evvelki zilyed tarafından iadeye icbar olunabilir.», şeklinde ifade edilmiştir.

Ancak bu iki şartın birlikte bulunması, menkul dâvasının açılabilmesi için gerekli değildir (1). Dâvacı bu iki halden birinin varlığı halinde de dâvayı hali hazır zilyed aleyhine açabilir. Hali hazır zilyedin iyiniyetli olması halinde ise dâvanın açılabilmesi için ilk şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

1. Menkulün evvelki zilyedin elinden rızası dışında çıkmış olması :

Medeni Kanununun 902. nci maddesinin kenar başlığı «Gaip veya sirkat edilen eşya» şeklinde ifade olunmuştur. Halbuki ZGB Art. 934'ün kenar başlığı «Bei ahbanden gekommenen Sachen» şeklindedir. Yine BGB §. 935 ve §. 1007/f. II'de aynı terim kullanılmıştır. Terim, zilyedin zilyedliğini rızası dışında kaybetmiş olması anlamına gelmektedir ki bu da MK. md. 902'nin kenar başlığının ifadesinden çok daha geniş halleri kapsamaktadır. Zaten MK. md. 902'nin metninde kenar başlığı aşan «rızası olmaksızın diğer her hangi bir suretle elinden alınan bir menkulün zilyedi» şeklinde genel bir ifade yer almaktadır. Menkulün çalınmış olması veya kaybedilmiş bulunması malın zilyedin elinden rızası dışında çıkmış olduğu hallerin tipik örnekleri olduklarından kanun koyucu bunları metinde ayrıca belirtmeyi uygun görmüştür (2). Zilyedin menkul malı unutmaması, kaybetmesi gibi kendi fiili ile elinden çıkmış olması, başkasının malı zilyedin elinden rızası hilâfına alması ve tabii hâdiseler sonucu çeşitli şekillerde evvelki zilyedin elinden rızası dışında çıkmış olması da bu kavramın sınırları içine dahil olmaktadır (3).

(1) AKİPEK, Menkul Davası sah. 26; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku sah. 247; FEYZİOĞLU/DOĞANAY/AYBAY, Eşya Hukuku Dersleri İstanbul 1966, sah. 46, 47; TUOR, age. sah. 443.

(2) HOMBERGER, age. Art. 934 N, 2-3.

(3) HOMBERGER, age. Art. 933 N, 2-3; AKİPEK, Menkul Davası, sah. 27.

Kaybolmuş mallar, zilyedin zilyedliğinin devir veya terk kasdı olmaksızın iradi olmayan bir fiil sonucunda ortadan kalkmasıdır. Zilyedliğin bu şekilde ortadan kalkmasında üçüncü şahsın da rolü yoktur (4). Zilyedin malı düşürmesi veya unutmaları hallerinde bu anlamda bir kaybolmuş mal söz konusudur. Bir zilyed yardımcısı ya da temyiz kudretini haiz olmayan ferî zilyedin elinden terk yolu ile çıkmış bulunan mallar da kaybolmuş sayılır. Kaybolan mallar üzerinde sahibinin terk iradesi bulunmadığından bu malları bulan kimse ihraz yolu ile malik olamaz ve bulunan mallar hakkında MK. md. 693 ve devamı hükümleri uygulanmak gerekir. Kaybolmuş bir malı bulan kimse aleyhine evvelki zilyed tarafından menkul dâvası açılabilir.

Tabii hâdiseler neticesinde (sel baskını, fırtına v.s.) mal üzerinde zilyedliğini kaybeden kimse o malını tekrar ele geçirmek ve üzerinde zilyedliğini tesis amacı ile hali hazır zilyede karşı menkul dâvası açabilir (5). MK. 902. madde hükmünün hayvanlar hakkında da uygulanacağını daha önce de belirtmiştik. Ancak MK. md. 698'in son cümlesi karşısında «Bir kimsenin arı ile meşgul kovana uçan başkasının arıları» için menkul dâvası açılmıyacaktır.

Çalınmış mallar dışında, malı dolandırıcılık ya da emniyeti suiistimal yolu ile çıkmış menkuller MK. md. 902 anlamında birer rıza hilâfına çıkmış mal değildir (6). Evvelki zilyedin, zilyedliğinin rızası dışında sona erdiği fakat malın rızası dışında elinden çıkmamış olduğu haller bu kavrama dahil edilemezler (7). Ferî zilyedin malı hüsnüniyetle bir üçüncü şahsa satmış olması bir örnek olarak gösterilebilir. Bu haller MK. md. 901'in kapsamına dahil olduğundan menkul dâvasına esas teşkil etmezler (8). Eğer zilyed zilyed-

(4) AKİPEK, Menkul Davası, sah. 30.

(5) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 92; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 3; REİSOĞLU, age. sah. 67.

(6) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 3; PALANDT, age. § 935; SAYMEN/ELBİR, age. sah. 99; REİSOĞLU, age. sah. 67; AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 33.

(7) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1973 sah. 90; TUOR, age. sah. 443; PALANDT, age §§ 935, 1007; ERMAN, age. § 935; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 2; OFTINGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, das Sachenrecht 2. Ab. (IV) Zürich 1952, Art. 884 N. 368; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 248.

(8) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 2; OFTINGER, age. Art. 884 N. 368; OĞUZMAN, age. sah. 90; FEYZİOĞLU/DOĞANAY/AYBAY, age. sah. 46.

liğini rızası ile devretmiş, fakat devir sebebi muteber değilse menkul dâvası açılmaz. Bu halde ancak, zilyedliğin sebepsiz iktisabına dayanan iade dâvası açılabilir (9). Yine zilyedliğin rıza ile devredildiği fakat mülkiyetin geçmediği hallerde menkul dâvası açılmaz (10).

Örneğin, «Bir mümeyyiz küçük veya mümeyyiz mahcur kanuni mümessilinin izni bulunmadan bir malı satıp teslim etmiş ise, zilyedliğini rızası ile devretmiştir, fakat alıcı mülkiyeti iktisap etmemiştir. Malı geri almak için menkul dâvası açılmaz. Yine ifa edilmiş bir satışın esaslı hata yüzünden iptali halinde de menkul dâvası açılmayacaktır.» (11). Bu gibi hallerde zilyedlik rıza ile devredildiğinden yalnız mülkiyete dayanan istihkak dâvası açılabilir. Ancak hile ve tehdit halinde mülkiyeti nakleden işlem ile birlikte zilyedliğin devrindeki rıza da sakat olduğundan hem mülkiyete dayanan istihkak dâvası hem de menkul dâvası açılabilir (12).

Söz konusu menkul mal zilyed yardımcısı tarafından üçüncü bir şahsa devredilmiş ise zilyedin elinden rızası hilâfına çıkmış sayılmaktadır (13). Zilyed yardımcısının şey üzerinde her hangi bir zilyedliği söz konusu değildir. Mal zilyed yardımcısı tarafından malı veren kimse için ve onun hâkimiyeti altında kullanılmaktadır. Buna karşılık vekil gibi başkası için zilyed sıfatını haiz bulunan kimselerin iyi niyetli üçüncü kişilere devrettikleri mallar hakkında menkul dâvasının açılmıyacağını kabul etmek gerekir.

Doktrinadaki yazarların büyük çoğunluğu, kendisi için zilyed başkası için zilyed ayırımını ihmal ettiklerinden mümessil, vekil gibi kimselerin durumunu zilyed yardımcılığı açısından ele almakta ve her olaya göre ayrı ayrı incelemektedirler.

(9) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1973 sah. 88; v. TUHR, (Terc. Edege) Borçlar Hukuku C. I İst. 1952, sah. 445.

(10) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 88; TUOR, age. sah. 442; HOMBERGER, age. Art. 943, N. 4, 7.

(11) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri 1973 sah. 89, dpn. 142; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 44.

(12) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri 1973 sah. 89, 89 dpn. 142; OĞUZMAN, Bir akdın hile sebebi ile iptali azami bir müddetle tahdit edilmiş midir? (İBD. C. XXVII, s. 4 İstanbul Nisan 1953'den ayrı bası).

(13) HOMBERGER, age. Art. 943 N. 4; PALANDT, age. § 935; GÜR-SOY, age. sah. 96 REİSOĞLU, age. sah. 67; OFTINGER, age. Art. 884 N. 368; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 36-38; ERMAN, age. sah. 142.

Biz bu ayırımı nazara aldığımız için doktrinadaki tartışmalara girmiyoruz (14).

Müşterek zilyedlikte her zilyed malı müstakilen kullanma hakkına sahiptir. Müşterek zilyedlerden biri malın kullanılması sırasında üçüncü bir şahsa devrederse diğer zilyedler üçüncü şahsa karşı şeyin iadesi için menkul dâvası açamazlar. Bu nedenle malın onu kullanan zilyede tevdi edilmiş olduğu kabul edilir ki (15) bu da MK. 901. maddenin kapsamına dahil olduğundan MK. md. 902 uygulama alanı bulamaz.

Buna karşılık iştirak halinde zilyedlikte o şey üzerinde tasarruf etmek için diğerlerinin de izni gerekmektedir. Hal böyle iken zilyedlerden biri malı üçüncü şahsa devretmişse MK. md. 902 anlamında «malın rıza dışı elden çıkması» söz konusudur (16). Ancak iştirak halinde zilyedlikte malın bir kişi tarafından kullanılması veya idaresi için bir karar alınmış olup da bu şahıs malda tasarruf etmiş ise olayı yine MK md. 901 çerçevesinde mütalâa etmek gerekir (17).

Vasıtalı asli zilyed, vasıtasız ferî zilyedin zilyedliğini gasbederse vasıtasız ferî zilyed kendisine ait karineyi vasıtalı asli zilyede karşı kullanamayacağından (MK. md. 899/f. II) menkul dâvası açamaz (18).

Kanun hükmü icabı, evlilik mukavelesi ile veya özel bir hukuکی durum dolayısıyla eşlerden biri diğerinin malları üzerinde zilyedliğe sahip ise ve bu malları iyiniyetli üçüncü bir şahsa devrederse yine MK. md. 901 uygulanacağından, menkul dâvası açılmaz. Ancak böyle bir halde malların eşin elinden rızası hilâfına çıktığını kabul etmek gerekir (19).

(14) AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 37 vd; HOMBERGER, age. Art. 943 N. 5; GÜRŞOY, age. sah. 96; EGE, 27 II 154, 36 II 346, 38 II 189.

(15) HOMBERGER, age. Art. 944 N. 6; AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 35; GÜRŞOY, age. sah. 96.

(16) HOMBERGER, age. Art. 919 N. 12; Art. 934 N. 6; JUR. KAR. sah. I; GÜRŞOY, age. sah. 96; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 36.

(17) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 6.

(18) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1973 sah. 88; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 225.

(19) HOMBERGER, age. Art. 933 N. 26, Art. 934 N. 8; PALANDT, age. § 935; ERMAN, age. §. 935; JUR. KAR. sah. I.

Evvelki zilyed malı elinden rızası dışında çıkmış olduğu hallerde iyiniyetli hali hazır zilyede karşı menkul dâvasını açabilecektir. Ancak, kanun iyi niyetli hali hazır zilyedin durumunu hafifletmek ve iktisadî hayatta güveni korumak için bu konuda bazı sınırlar getirmiştir. Söz konusu şart gerçekleşmiş dahi olsa bu sınırlamalar mevcutsa artık iyi niyetli hali hazır zilyede karşı menkul dâvası açılmaz veya dâvanın açılması semenin ödenmesi şartına bağlanmıştır. Sınırlamalar mahal ve iktisap konusu malın cinsi açısından MK. md. 902/c. son ve MK. md. 903'de ifade edilmiştir.

a — *Mahal açısından getirilen sınır* : MK. md. 902/c. son: «.....bu menkul aleni bir müzayedede veya bir pazarda veya ona mümasil eşya satan bir tacirden iktisap olunmuş ise hüsnüniyetle hareket eden birinci ve sonraki müktesipler aleyhine istihkak dâvası ancak verilen semenin iadesi şartı ile ikame olunabilir.....» şeklindeki hükmü ile bu konudaki tahditlerden mahale ilişkin olanı belirtmektedir.

Cümlede aleni müzayede ile aleni ihtiyari veya cebri şekilde açık arttırma yolu ile yapılan satışlar ifade edilmektedir (20). Açık arttırma yolu ile yapılan bir satışın bir makamın izni ile yapılmış olup olmamasının önemi yoktur. Önemli olan müzayedenin aleni olarak yapılmış olmasıdır. İcra memurunun pazarlıkla yapmış olduğu satışların da bu kavramın içine girdiği kabul olunmaktadır (21). (İİK. md. 98).

Menkul bir malın pazardan satın alınmış olması halinde de iyiniyetli hali hazır zilyed bu korumadan istifade eder. Pazar aynı cinsten malların umuma arz edilerek satıldığı bir yerdir. Ancak, iktisap edilen menkul eşyanın pazarda satılmasının olağan olması gerekir. Örneğin yalnız elbise satılan bir pazardan bir saat satın alınmış olması halinde hali hazır zilyed bu korumadan istifade edemez.

(20) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 24; PALANDT, age. §. 935; ERMAN, age. §. 935; JUR. KAR. sah. 4; TUOR, age. sah. 445; OFTINGER, age. Art. 884 N. 372; EICHER, age. sah. 214; GIERKE, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena, 1897, sah. 29; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 89; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 256.

(21) AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 88; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 24; İİK. md. 98 çalınmış ve zayi olmuş şeyler hakkında MK. 902, 903 ve 904. maddelerini saklı tutmuştur. Bu konuda bak. BERKİN, İflâs Hukuku, 4. b. İstanbul 1971 sah. 367; BERKİN, İcra Hukuku Dersleri, 2. b. İstanbul 1969, sah. 110-151.

Alıcının malı pazarda görerek satım sözleşmesini yaptığı fakat malın pazar dışında kendisine teslim edilmiş olduğu hallerde, alıcı bu korumadan istifade eder (22). Borsalar da pazarla eş değerde sayılırlar.

Malı iyiniyetle iktisap eden hali hazır zilyedin bu sınırlamadan faydalanabileceği diğer bir hal de, hali hazır zilyedin malı aynı şeylerin satımı ile uğraşan bir tacirden satın almış olmasıdır (23).

Yukarıda sözü geçen yerlerden malı iktisap eden iyiniyetli hali hazır zilyed aleyhine ancak ödenen semenin kendisine verilmesi şartıyla menkul dâvası açılabilir (24). Mala iyiniyetle zilyed olan kimsenin o malı aleni bir müzayededen, pazardan veya mümasil eşya satan bir tacirden iktisap eden ilk şahıs olması aranmaz. Şöyle ki; iyiniyetli hali hazır zilyed malı bu şekilde iyiniyetle iktisap eden kimseden devralmışsa kendisine karşı açılan menkul dâvasında semenin iadesini isteyebilir (25). Hali hazır zilyed semeni almadan malı iade etmişse, semenin kendisine ödenmesini ayrıca dâva edebilir. Yargıtay da buna uygun olarak «Hırsızlık olduğunu bilmeden pazardan satın aldığı ve sahibinin müracaatı üzerine savcılık tarafından elinden alınıp sahibine verilen hayvan bedelinin tahsili için, satın alan tarafından hayvan sahibi aleyhine açılan dâvanın dinlenmesine» karar vermiştir (26).

İyiniyetli hali hazır zilyede bu yüzden ödenecek miktar onun menkul mal için ödediğine eşit olacaktır. Malı devraldığı kişinin o şey için ödediği meblâğ nazara alınmaz. İyiniyetli hali hazır zilyed ödediği semen kendisine iade edilinceye kadar malı alıkoyma hakkına sahiptir. Ancak iyiniyetli hali hazır zilyed mal kendi yedinde bulunduğu süre için semenin faizini isteyemez (27).

Uzerinde durulması gereken önemli bir mesele de evvelki zilyedin malı geri alabilmesi için ödediği bedeli malı iyiniyetli zilyede

(22) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 25.

(23) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 26; OFTINGER, age. Art. 884 N. 372 (BGE 36 II 352) JUR. KAR. sah. 4.

(24) YHGK. 8/6/1966 t. E. 4/117 - K. 179 (KARAHASAN, age. sah. 304, 305).

(25) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İst. 1973, sah. 92, dpn. 155; HOMBERGER, age. Art. 934, N. 27.

(26) YHGK. 30/6/1965 t. E. 4/145-K. 270 (OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 92, dpn. 156; Sİ, 1966 s. 3 sah. 65).

(27) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 29; AKIPEK, Menkul Dâvası sah. 97 vd.

satana karşı rücu edip edemeyeceğidir. Konuyu çeşitli açılardan ele almak gerekir :

Hali hazır iyiniyetli zilyede zilyedliği devreden evvelki şahıs kötü niyetli ve fiili haksız ise dâvacı bu yüzden uğradığı zararı BK. md. 41 uyarınca kendisine tazmin ettirebilecektir. Ancak malın zilyedliğini hali hazır zilyede devreden kimsenin iyi niyetli olması halinde dâvacının hangi hukukî sebebe dayanacağı tartışma konusu olmuştur (28).

Zilyedliğini hali hazır zilyede devreden kimsenin suiniyetli olması halinde dâvacı isterse BK. md. 41 hükümlerinden başka MK. 908. madde hükümlerine de dayanabilir.

Şey üzerinde zilyed olmak hususunda üstün bir hakkı bulunmasına rağmen evvelki zilyed malını geri alabilmek için ödediği bedel neticesi bir zarara maruz kalmıştır. Menkul dâvasına konu teşkil eden şey suiniyetli zilyed tarafından kendisine iade edilseydi evvelki zilyed de bu bedeli ödemek zorunda kalmayacaktı. Onun bu zararı malı devreden kimsenin suiniyetli olmasının bir neticesidir. Yani malı devreden, şeyi elinde bulundurmamak ve dolayısıyla şey üzerinde tasarrufta bulunmak yetkisi olmadığını bilmesine rağmen onun hüsnüniyetli bir zilyede MK. md. 902'deki şartlarla satmak suretiyle dâvacıyı zarara sokmuştur. Bu itibarla evvelki zilyed ödediği bedeli MK. md. 908 uyarınca tazmin ettirme imkânına sahip olabilecektir. Bu maddenin tatbiki için ayrıca kusur aranmamaktadır (28a).

Dâvacının, malın zilyedliğini devreden kimseden bedeli tahsil imkânı bir kısım yazarlar tarafından (29) zapta karşı tekeffül hükümlerine dayandırılmıştır. Buna göre dâvacı; dâvalıya satış bedelini ödemek suretiyle hakikatte satıcının müşterisine karşı olan satılanın zabtından doğan teminat borcunu ödemiş olacaktır. Bu sebeple de ödediği nispette dâvalının, satıcısına karşı olan haklarına halef olur (30). Bedeli ödeyen dâvacının hali hazır zilyedin satıcıya karşı sahip olduğu zapta karşı tekeffül hakkına halef olduğu görüşü, bedeli alan hali hazır zilyedin artık zilyedliği devreden

(28) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 28.

(28a) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 101, 102.

(29) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 97 dñn. 30.

(30) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 97, 98.

kimseye karşı herhangi bir talep hakkı bulunmayacağı ve dolayısı ile de dâvacının sözü geçen imkâna sahip bulunmadığı gerekçesi ile tenkid edilmiştir (31).

BK. md. 109 (OR. Art. 110)'da yer alan halefiyet hallerinden dâvacının yararlanması acaba söz konusu olabilir mi? BK. md. 109/b 1 de; «Başkasının borcu için rehin edilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet hakkı veya sair diğer bir aynı hakkı haiz bulunduğu takdirde» şeklinde gerçekleşeceği belirtilen halefiyetin, dâvalının şey üzerinde rehin hakkına sahip bulunduğu hallerde mevcut mudur? Evvelki zilyed bedeli herşeyden önce malın iadesini sağlamak için ödemiştir. BK. md. 109/b. 1'de belirtildiği gibi malı rehinden kurtarmak gayesi yoktur. Bu halde malı rehnedenden ile malı satmış bulunan kimse arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Böyle bir ayırım ile malı rehnedenden kimsenin durumu haksız yere ağırlaştırılmış olacaktır (32).

Şeyi, bedeli karşılığında geri alan evvelki zilyedin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak bedeli geri alma imkânı doktrinde (33) tenkid edilmiştir. Bu konuda satıcının mamelekinde meydana gelen artmanın haksız olmadığı, evvelki zilyedin bedeli ödemesinin kanunun kendisine yüklemiş bir borç olduğu ve fakirleşme ile zenginleşme arasında bir illiyet bağının bulunmadığı ileri sürülmüştür (34).

Evvelki zilyedin MK. md. 902 uyarınca ödediği bedeli geri alabilmesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilmesi ancak malı devreden kimsenin iyiniyetli ve malın bulunmuş olduğu hallerde mümkün olacaktır.

Nihayet, MK. md. 902 uyarınca ödemek zorunda kaldığı bedeli evvelki zilyed BK. md. 41, MK. md. 908 uyarınca tazmin ettirebilecektir. Evvelki zilyedin bu bedel için BK. md. 414, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanıp dayanamayacağı tartışma konusu olmuştur (35). Evvelki zilyedin bedeli ödeyerek malı geri alması halinde,

(31) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 97 dpn. 31, sah. 98 dpn. 33; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 29'da CC. Fr. md. 2280'deki hükmün bizim sistemimizle bağdaşmadığını belirtmektedir.

(32) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 29; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 99.

(33) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 99 dpn. 38-39.

(34) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 99.

(35) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 100, 103.

hali hazır zilyedin ödediği bedel, malı kendisine satanın mamelekinde karşılıksız hale gelecektir. Satıcı bu bedel miktarındaki zenginleşmesi ile evvelki zilyedin hâkimiyet sahasında tasarrufta bulunmaktadır ki (BGB §. 954) bunun BK. md. 414 yoluyla tahsili mümkündür.

MK. md. 902 son cümleden bedelin iadesi dâvanın bir şartı şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak kanun «.....istihkak dâvası ancak verilen semenin iadesi şartı ile ikame olunabilir.....» şeklindeki hükümle, bedelin iadesini dâvanın bir şartı olarak getirmek istememiştir. Yargıtayın çeşitli kararlarında (36) olduğu ve doktrinde (37) de kabul edildiği gibi bedelin iadesini talep hali hazır zilyede tanınmış bir haktır. Bu itibarla hali hazır zilyed bedelin iadesini talep etmedikçe veya bunu def'i olarak ileri sürmedikçe hâkimin kendiliğinden bedelin iadesine hükmedememesi gerekir.

Menkul dâvasına konu olan şeyin iadesi için bedeli talep hakkı yalnız mal üzerinde mülkiyet hakkını iktisap edenlere ait değildir. Şey üzerinde bu şekilde bir mahdut aynı hak, özellikle rehin hakkı iktisap eden iyiniyetli hali hazır zilyedlerin de bedelin iadesini istemeğe hakları vardır (38). Ancak, burada iadesi gereken bedel, zilyedin sahip olduğu hakkın bedelidir, yoksa semen anlamında kullanılmış değildir.

Rehin hakkı, malı MK. md. 902/c. 2 gereği iktisap etmiş kimse tarafından iyiniyetli hali hazır zilyed lehine tesis edilmişse ödenecek miktar rehni tesis eden kimsenin ödediği semene eşit olmalıdır. Bunun içinden rehin hakkı sahibi kendi hakkını karşılayan miktarı talep edebilecektir (39). Eğer rehnedilen şeyin kıymeti hali hazır zilyedin talep hakkından düşükse bu halde şeyin değerinin rehin hakkı sahibine ödeneceği kabul edilir (40). Rehin hakkı sahibinin

(36) Y. 4HD. 18/6/1953 t. E. 3478/K. 278 (OLGAÇ, Türk Medeni Kanunu Şerhi sah. 256); Y. 3HD. 14/11/1964 t. E. 8363/K. 6553; «.....Hayvanın gerçek malikine teslimi halinde alıcının 902. maddeye uygun bu hayvanın satış parasını istemek hakkıdır.» (OLGAÇ, Türk Kanunu Medeni Şerhi 2. bası, İstanbul 1969 md. 902 N. 2).

(37) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 30; AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 92, 93.

(38) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 31; OFTINGER, age. Art. 884 N. 372, 373; BGE 36 II 341; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 90.

(39) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 32

(40) OFTINGER, age. Art. 884 N. 373.

de bedel kendisine ödeninceye kadar malı alıkoyma hakkı vardır (41). Rehin hakkını tesis eden kimsenin tacir olması ve malı MK. md. 902/c. 2'ye göre iktisap etmemiş olmasında ise malın semenin iadesine gerek yoktur, yalnız rehinin teminat altına aldığı miktarın iadesi yeterlidir (42).

b — Menkul Dâvasına konu olan şey açısından getirilen sınırlar :

İyiniyetli hali hazır zilyede karşı açılacak menkul dâvasında ilk sınırlama semenin iadesi şeklinde idi. MK. md. 903 ise iyiniyetli hali hazır zilyede karşı menkul dâvasının hiç açılmadığı halleri sıralamaktadır. Buradaki sınırlamaya esas, dâva konusu menkul kıymetlerdir. Bunlar kanunda; «Zilyedin rızası olmaksızın elinden alınan para ve hamile muharrer senetler» olarak ifade edilmiştir.

Amaç iyiniyetin korunmasından çok, iktisadi hayatta tedavüle güvenin sağlanmasıdır. Zilyedin rızası olmadan elinden çıkan para ve hamile muharrer senetleri iyiniyetle iktisap etmiş bulunan kimse artık iade zorunda değildir (43).

Para terimi tedavülde bulunan madeni ve kâğıt paraları da kapsar. Para ile eş değerde bulunan banknotlar ve yabancı para da bu kavrama dahildir (44). Ancak tedavülden kaldırılan para ve özel kıymetli bulunan para koleksiyonları hakkında MK. md. 903 uygulanmaz.

MK. 903. madde «rızası olmaksızın zilyedin elinden alınan ve hamile muharrer senetleri, hüsnüniyetle iktisap etmiş olan kimse aleyhine istihkak dâvası ikame olunamaz» hükmüyle hamile muharrer senetleri para ile aynı esaslara tâbi tutmuştur. Bunun sebebi hamile muharrer senetlerin para gibi tedavül etmesi ve senedin

(41) BGE 71 II 93 (OFTINGER, age. Art. 884 N. 373).

(42) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 33.

(43) HOMBERGER, age. Art. 935 N. 1; PALANDT, age. §. 935 N. II; ERMAN, age. §. 935 N. 4; TUOR, age. sah. 444; JUR. KAR. sah. 4; OFTINGER, age. Art. 884 N. 276, 277; OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 91; FEYZİOĞLU/DOĞANAY/AYBAY, age. sah. 48; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 70 vd.; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 251; REİSOĞLU, age. sah. 70 vd.; TEKİNAY, age. sah. 122; SAYMEN/ELBİR, age. sah. 103.

(44) HOMBERGER, age. Art. 935 N. 2; JUR. KAR. sah. 4; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 70.

zilyedinin senede bağlı bulunan hakkın sahibi sayılmasıdır (45). Bu gruba tren, vapur, sinema ve tiyatro biletleri, vestiyer markalarının da dahil olduğu kabul edilir (46).

Hamilin elinden bu şekilde çıkan para ve hamile muharrer senetleri iktisap eden şahıs kötüniyetli olsa dahi, para veya hamile muharrer senetler onun mameleki ile karışmış, teşhis ve ayırma imkânı kalmamışsa menkul dâvasının konusu ortadan kalkmış olur (47).

Gerek semenin iadesi ile menkul dâvasının açılabilirdiği gerekse MK. md. 903'de belirtilen hallerden hali hazır zilyedin faydalana-bilmesi için aranan iyiniyet MK. md. 3 anlamında sübjektif iyini-yettir (48). İyiniyet asıldır, ancak halin gerektirdiği ihtimamı gös-termeyen, örneğin, herhangi bir şahıstan, üzerindeki çok düşük bir bedelle, bir senet satın alan kimse iyiniyet iddiasında buluna-maz (49). Aynı şekilde bankalar kendilerine gelen senetleri kaybe-dilmiş veya çalınmış senetlerle ilgili resmi yayınlarla karşılaştırır-lar. Bu uygulama kural haline gelmiştir. Ancak böyle bir karşılaşt-ırmanın ihmal edilmesi sonucu bankanın elde ettiği senet, sahi-binin elinden çalınma, kaybolma gibi rıza dışı sebeplerle çıkmışsa artık iyiniyet iddiaları dinlenemez (50). Bunun yanında bankalar şüpheli durumlarda senet devir işlemini yapan kimsenin tasarruf yetkisi bulunup bulunmadığını incelemelidir (51). Söz konusu iyini-yet iktisap anında mevcut olmalıdır. Malın evvelki zilyedin elinden

(45) Çalınma, kaybolma yahut sair bir şekilde rızası hilâfına sahibin elinden çıkan hamile yazılı senetleri, senet sahibinin ayrıca iptal et-tirebileceği konusunda bak. TK. md. 573.

(46) HOMBERGER, age Art. 935 N. 3, 4; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 70.

(47) BGE. 47 II 267; OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 91 dpn. 152 HOMBERGER, age. sah. 935 N. 2; TUOR, age. sah. 444.

(48) HOMBERGER, age. Art. 935 N. 6; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 89; KARAHASAN, age. sah. 273; JUR. KAR. sah. 3.

(49) JdT. 1921 I 488 (REİSOĞLU, age. sah. 36); OLGAÇ, Türk Me-deni Kanunu Şerhi md. 903 N. 2.

(50) SAYMEN/ELBİR, age. sah. 104; REİSOĞLU, age. sah. 71, 71 dpn. 39; OLGAÇ, Türk Medeni Kanunu Şerhi md. 903 N. 2; BGE. 25 II 846, 35 II 586, 38 II 356, 39 II 467, II 264. 83 II 132, (JUR. KAR. sah. 3; TUOR, age. 444; HOMBERGER, age. Art. 935 N.

(51) JdT. 1944 I 439, 1968 I 175 (REİSOĞLU, age. sah. 71 dpn. 38; OLGAÇ, Türk Medeni Kanunu Şerhi md. 903 N. 2).

çalınma veya kaybolma veya sair suretle rızası hilâfına çıktığı ve mali iktisap eden kimsenin bu durumu zilyedliği iktisaptan sonra öğrenmiş olması, onun iktisabını engellemez.

2. Hali hazır zilyedin suiniyetli olması : Dâvacı menkul dâvasını açmak istediği zaman iki şarttan birine dayanmak zorundadır. Seçimlik olan bu şartlardan ikincisi ise hali hazır zilyedin suiniyetli olmasıdır.

Suiniyetli hali hazır zilyed malın evvelki zilyedin elinden rızası hilâfına çıktığını veya malın devreden şahsa tevdi edildiğini bilen veya bilmesi gereken şahıstır (MK. md. 901, 904).

Tevdi edilmiş mallar ve zilyedinin elinden rızası hilâfına çıkmış menkuller için suiniyetli hali hazır zilyede karşı menkul dâvası açılabilir (52). Ancak malı iyiniyetle müstevdiden devralan kimse o mala malik olmuştur. Bu kimseye ve bundan sonraki maliklere (diğer müktesipler suiniyetli olsalar dahi) karşı menkul dâvası açılmaz. Zilyedliğin iktisap şekli dâvanın açılmasında rol oynamaz (53).

Müşterek zilyedlerden biri zilyetliğin iktisabında suiniyetli ise bu diğer müşterek zilyedlerin iyiniyetini bertaraf etmez. İştirak halindeki zilyedler ancak müşterek şey üzerinde tasarrufta bulunmak, şeyi kullanmak zorunda olduklarından içlerinden birinin suiniyeti diğerlerinin iyiniyetini bertaraf eder (54).

Temsil yoluyla zilyedliğin iktisabında, temsilcinin suiniyetinin MK. md. 904'ün uygulanmasına tesir edip etmeyeceğini, temsilin kanuni veya iradi olarak gerçekleşmesine göre incelemek gerekir. Kanuni temsilde, temsil olunanın iradesi nazara alınmayıp kanuni temsilci yalnız başına hareket ettiğinden onun suiniyeti MK. 904'cü maddenin uygulanmasını gerektirecektir (55).

İradi temsilde temsil olunanın suiniyetli temsilci yolu ile iktisaplara tesir edecektir. Temsil olunanın iyiniyetli fakat temsilcinin suiniyetli bulunması hallerinde ise temsil olunanın iktisabını mu-teber saymak gerekecektir.

(52) BGE 79 II 61 (TUOR, age. sah. 443).

(53) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 51; TUOR, age. sah. 443.

(54) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 51.

(55) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 54.

II. Evvelki zilyedin zilyedliğini kötüniyetle iktisap etmiş olmaması :

Menkul dâvası ile ilgili diğer iki şart dâvalı açısından ele alınmış olmasına karşılık MK. md. 904/c. 2 konu ile ilgili diğer bir şartı dâvacı (evvelki zilyed) bakımından ifade etmiştir. Buna göre; «.....evvelki zilyed iktisabı hüsnüniyetle vukubulmamış ise bu zilyed kendisinden sonraki hiç bir zilyed aleyhine istihkak dâvası ikame» edemeyecektir. Evvelki zilyedin suiniyeti, dâvalı tarafından ispat edilebildiği takdirde, dâva red olunacaktır (56). Dâvacının suiniyetli olup olmadığı burada da sübjektif hüsnüniyet kıstasına göre tayin edilecektir. Dâvacıda aranan hüsnüniyet onun zilyedliği iktisabı anında mevcut olmalıdır. Bu halin bütün zilyedlik süresince devam etmiş olması aranmayacaktır. MK. md. 904/c 2 menkul dâvası açmak imkânını her iki tarafında suiniyetli olması halinde kaldırmıştır. Bununla «in parti turpi tudine melior est pars possidentis» kaidesi benimsenmiş ve suiniyetli zilyedler arasından hali hazır zilyed tercih edilmiş olmaktadır (57).

MK. md. 904/c. 2'de ifade edilen hüküm hem rıza hilâfına elden çıkmış mallar, hem de hali hazır zilyedin suiniyetli olduğu hallerde uygulanacaktır. MK. md. 904'ün kenar başlığı «suiniyet halinde» olarak ifade edilmiştir, taraflardan birinin veya her ikisinin de suiniyetli olduğu hallerde uygulanır. Yoksa bazı yazarların (58) ifade ettikleri gibi, dâvacının suiniyeti, suiniyetli hali hazır zilyedler aleyhine açılacak menkul dâvasını düzenleyen hükümde, sistem hatası olarak yer almaktadır. Bu sebeple de MK. md. 904 hükmünün, malın evvelki zilyedin elinden rızası hilâfına çıktığı hallerde de uygulanacağı sonucuna ulaşmak yersizdir.

(56) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 89.

(57) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 89 dpn. 145 (JdT. 1959 T. 115) sah. 90; AKİPEK, age. sah. 53; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 249; KARAHASAN, age. sah. 272; SAYMEN/ELBİR, age. sah. 102; REİS-OĞLU, age. sah. 68; TEKINAY, age. sah. 115; TUOR, age. sah. 444 (IGE. 84 II 259); HOMBERGER, age. Art. 936 N. 5; PALANDT, age. §. 1007 N. 4.

(58) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 53; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 248.

§ 4. Menkul dâvasında taraflar :

I. Dâvacı :

Zilyedlikleri rızaları hilâfına sona erdirilen iyiniyetli evvelki zilyedler menkul dâvasında dâvacı olabilirler (1). Bunların zilyedliklerinin aynı veya şahsi bir hakka dayanması dâvada taraf olma açısından bir fark yaratmaz. Dâvacı olabilmek için mutlaka evvelki zilyed sıfatına sahip olmak gerekir. Örneğin tavuğu başkasının bahçesine yumurtlayan kimse, yumurtayı menkul dâvası açarak talep edemez (2). Menkul dâvasını açabilmek için mala zilyed olmuş bulunmak gerektiğine göre lukata bulan ve hapis hakkına sahip bulunan kimseler de bu dâvayı açabilirler. Buna karşılık kiralayan hapis hakkını kullandığı mallar için menkul dâvası açamaz.

Dâvacının zilyedliğinin vasıtalı veya vasıtasız zilyedlik olmasının önemi yoktur. Dâva konusu şeyin vasıtasız zilyedin elinden rızası hilâfına çıkmış olması halinde vasıtalı zilyed de şey üzerindeki zilyedliğini rızası hilâfına kaybetmiş olacaktır (3). Malın kiracının elinden çalınması halinde kiralayan da menkul dâvası açmak imkânına sahiptir (4). Vasıtalı zilyedin talebi malın vasıtasız zilyede iadesi şeklinde olmalıdır. BGB §. 869'daki bu çözüm MK. sistemimiz bakımından da kabul edilmektedir (5). Ancak, vasıtasız zilyedin malı istememesi ya da geri alabilecek durumda olmadığı hallerde vasıtalı zilyed malın kendisine iadesini isteyebilmelidir. Ayrıca vasıtalı zilyedin malı vasıtasız zilyeden her zaman geri isteyebileceği hallerde, malın önce vasıtasız zilyede iadesinin istenmesine gerek yoktur. Evvelki zilyed bu halde iadenin doğrudan doğruya kendisine yapılmasını talep edebilir. Vasıtasız zilyedin malı yetkisi olmadığı halde suiniyetli bir üçüncü şahsa devrettiği hallerde vasıtalı zil-

(1) HOMBERGER, age. Art. 934, N. 9; PALANDT, age. § 1007 N. 2; ERMAN, age. §. 1007 N. 3; OĞUZMAN, age. sah. 88; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 55; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku sah. 251; KARAHASAN, age. sah. 69.

(2) TUOR, age. sah. 448.

(3) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 55.

(4) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 88.

(5) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 9; OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 88; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 56; REİSOĞLU, age. sah. 69.

yed malın kendisine iadesini talep edebilecektir (6). Gerek vasıtalı gerekse vasıtasız zilyedin menkul dâvasına ilişkin talepleri müstakildir. Ancak bu talep hakkı bazı yazarların (7) savundukları görüşün hilâfına BK. md. 148 (OR. Art. 150) anlamında müteselsil bir talep hakkı değildir. Vasıtalı zilyede bu konuda bir talep hakkı tanınmış olmakla beraber, bu talep malın kendisine iadesini istisnaen sağlayabilir. Mal ancak, vasıtasız zilyede iade edilebileceğine göre burada BK. md. 148 anlamında müteselsil alacaklılıktan değil, ancak ona benzer bir ilişkiden bahsedebiliriz (8).

Vasıtasız zilyedin malda münhasır zilyedlik iddia etmesi halinde vasıtalı zilyed menkul dâvası açarak mal üzerinde zilyedliğine bağlı hakkının tanınmasını isteyebilecektir (9).

Vasıtalı asli zilyed vasıtasız ferî zilyedin zilyedliğini gaspederse vasıtasız ferî zilyed kendisine ait karineyi vasıtalı asli zilyede karşı kullanamayacağından (MK. md. 899/f. 2) menkul dâvası açamaz (10).

Menkul mal üzerinde müşterek zilyedlik varsa müşterek zilyedlerden her biri müstakilen menkul dâvası açabilirler (11). Ancak dâvayı açan kimse iadenin kendisine yapılmasını isteyemez. Müşterek zilyedlerden herbiri şeyin tamamı üzerinde hâkimiyetlerini kullanabilirler de bu hâkimiyet diğer müşterek zilyedler için de mevcuttur. Bu itibarla iade talebi, şeyin müşterek zilyedlerinin tamamını kapsayacak şekilde olmalıdır (12). İştirak halinde zilyedlikte zilyedlerden birinin bu konuda temsil yetkisine sahip olmadıkça menkul dâvasını tek başına açmak yetkisi yoktur. Dâva hakkının iştirak halindeki zilyedlerin tamamı tarafından kullanılması gerekir (13). Müşterek ve iştirak halindeki zilyedlerden biri şey üzerin-

(6) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 56.

(7) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 9.

(8) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 55; v. TUHR, age. C. II sah. 831, 882.

(9) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 88.

(10) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 88.

(11) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 10; AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 56.

(12) AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 56; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 10.

(13) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 10; AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 56.

de münhasır zilyedlik iddiasında bulunursa diğerlerinin ona karşı menkul dâvası açabileceği kabul olunmaktadır (14).

II. Dâvalı :

Menkul dâvasında dâvalı, dâva tarihinde dâva konusu şeyi elinde bulunduran kimsedir (15). Dâvalının iyiniyetli veya kötüniyetli olmasının bu konuda bir önemi olmadığı gibi hali hazır zilyedin malı bir aynı veya şahsi hak iddiası ile elinde bulundurmasının da önemi yoktur.

Menkul dâvası vasıtalı ya da vasıtasız zilyede karşı açılabilir. Vasıtalı zilyede karşı açılacak dâva sonunda vasıtalı zilyedliğin devrine karar verilebilecektir. Mal o tarihte (vasıtalı) zilyedin elinde bulunmadığından dâva konusu şeyin dâvacıya iadesi imkânsızdır. Dâvacının dâvayı vasıtasız zilyede karşı açtığı hallerde neticeye daha çabuk ulaşılabilecektir. Vasıtasız zilyed dâvayı kabul konusunda vasıtalı zilyeden yetki almak zorunda değildir ve husumetin vasıtalı zilyede tevcihi gerektiğini de ileri süremez. Vasıtasız zilyedin yapacağı tek şey dâvayı vasıtalı zilyede ihbar etmektir (17). Vasıtasız zilyed aleyhine alınan karar vasıtalı zilyedi bağlamayacağından bu sefer vasıtalı zilyed malı alan dâvacıya karşı istihkak dâvası açabilecektir. Vasıtasız zilyeden başka şey üzerinde bir de vasıtalı zilyedin bulunduğu hallerde dâvanın hem vasıtasız hem de vasıtalı zilyede karşı yöneltmesi herhalde en isabetli çözüm yolu olacaktır (18).

Dâva konusu mal üzerinde müşterek zilyedlik varsa dâvanın, müşterek zilyedlerden biri aleyhine açılması ancak onun müşterek

(14) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 69.

(15) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 12; JUR. KAR. sah. 3; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 59; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 253; GÜRİSOY, age. sah. 97; KARAHASAN, age. sah. 271, 272; REİSOĞLU, age. sah. 69 YHGK 3/3/1954 t. E. 3/31 - K. 32 (OLGAÇ, Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, sah. 624).

(16) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 60; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 253.

(17) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 63; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 12.

(18) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 12.

zilyedliğinin iadesi sonucunu doğurur. Bu nedenle açılacak menkul dâvasının bütün müşterek zilyedlere yöneltilmesi gerekir.

Eğer mal üzerinde iştirak halinde zilyedlik varsa, menkul dâvasının iştirak halindeki zilyedlerin tamamına karşı açılması gerekir (19).

III. Menkul dâvası hakkı temlik olunabilir mi?

BGB. §. 931 de istihkak dâvası açmak hakkının temlik düzenlenmektedir. Ancak Türk ve İsviçre hukuklarında dâva hakkı esas hakkın bir cüzünü teşkil eder ve bu nedenle esas haktan ayrı olarak devredilemez ya da haczedilemez (20). Dâva konusu hak veya şey dâva sırasında temlik edilirse dâva ve müdafa hakkı da temlik edene intikal eder (HUMK. md. 186). Bu itibarla dâvacı dâva hakkını buna temel teşkil eden haktan (özellikle mülkiyet ve rehin hakkından) müstakil olarak temlik edemez. Hakkın temlik için zilyedliğin devri gerekmektedir. Oysa evvelki zilyedin dâva tarihinde şey üzerinde zilyed sıfatı yoktur.

Bu gerekçeler menkul dâvasından doğan talep hakkının da ancak zilyed olma konusundaki hakla birlikte temlik edilebileceği (21) ve dâvacının yalnız dâva hakkını temlik etmesi halinde bunun dâvanın takibi için verilmiş bir vekâlet anlamına geldiği görüşünün kabulüne yol açmıştır (22).

§. 5. Menkul dâvasında vazifeli ve selâhiyetli mahkeme :

Menkul dâvasında vazifeli mahkeme dâva konusu şeyin değerine göre tayin olunacaktır. Dâvada mahkemenin selâhiyeti ise HUMK.'nun 9. maddesine göre tayin olunacaktır. Buna göre dâvaya dâvalının ikametgâhı mahkemesinde bakılacaktır. Dâvanın müşte-

(19) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 12; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 62.

(20) BERKİN, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, sah. 57 vd.; POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri 5. b. İstanbul 1970 sah. 164 vd.; v. TUHR, age. sah. 914, C II.

(21) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 64.

(22) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 63, 64; v. TUHR, age. C. II. sah. 915.

rek ya da iştirak halindeki zilyedler aleyhine açıldığı hallerde dâvacı menkul dâvasını bunlardan herhangi birinin ikametgâhı mahkemesinde açmak hakkına sahiptir (HUMK. md. 9/f. 2).

Malın haksız bir fiil sonucu evvelki zilyedin elinden çıktığı hallerde dahi selâhiyetli mahkeme değişmez. Eğer dâvacı menkul dâvası yerine haksız fiil dâvasını tercih ederse artık HUMK. 21. madde hükmü selâhiyetli mahkemeyi tayin eder.

§. 6. İspat yükü :

Rızası hilâfına zilyedliği sona erdirilen kimse, hali hazır zilyedin hak karinesini çürüterek malın iadesini sağlayabilecektir (1). Ancak bunun karşısında kanun dâvalıya da çeşitli imkânlar tanımıştır.

I. Dâvacı açısından :

Evvelki zilyed rızası hilâfına elinden çıkan malı geri almak, menkul dâvasını kazanabilmek için çeşitli imkânlara sahiptir. Hali hazır zilyedin hak karinesini çürütmeğe hizmet eden bu imkânlar seçimliktir. Dâvacı bunlardan birine veya diğerine dayanmakta serbesttir. Dâvacının bu konuda sahip olduğu birinci imkân, dâvalının şeyin zilyedliğini suiniyetle iktisap ettiğini ispat edebildiği takdirde malı geri alabilmesidir. Suiniyetli zilyedin iktisap ettiği şey para yahut kıymetli evrak olsa dahi dâvacı MK. md. 904 hükmüne dayanabilecektir. Malın tevdi edilmiş kimseden iktisap edilmiş olmasında MK. md. 904'ün dâvacıya tanıdığı bu imkânın uygulanmasına engel teşkil etmez (2).

Hali hazır zilyedin malı iyiniyetle iktisap ettiği hallerde dâvacının menkul dâvasını kazanabilmesi için ikinci bir imkân daha tanınmıştır. Böyle durumlarda dâvacı dâva konusu menkulün elin-

(1) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 18; PALANDT, age. § 1007 N. 2. 3; Tuor, age. sah. 443, 444; JUR. KAR. sah. 3; OĞUZMAN, age. sah. 89. 90; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 65, 67; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 254; SAYMEN/ELBİR, age. sah. 101 vd.; TEKİNAY, age. sah. 114.

(2) OĞUZMAN, age. sah. 89, 89 dph. 143; JdT. 1955 I 315 (OĞUZMAN, age. sah. 89 dph. 143).

den rızası dışında çıktığını ispat ederek neticeye ulaşabilecektir. Ancak dâva şartlarını incelerken belirttiğimiz gibi dâvacının zilyedliğine rızası dışında son verilmiş olduğunu ispat etmesi hali hazır zilyedin hak karinesinin çürütülmesi için yeterli değildir (3). Bu MK. md. 902'de «Yedinden sirkat olunan veya kendisi tarafından kaybedilen veya rızası olmaksızın herhangi bir suretle elinden» alınmış olması şeklinde ifade edilmiştir. Bu itibarla emin sıfatıyla zilyeden malı hüsnüniyetle iktisap eden kimse aleyhine menkul dâvası açılmayacaktır. Evvelki zilyedin zilyedliği rızası dışında sona erdirildiği halde mal elinden rızası hilâfına çıkmamıştır.

Dâvacı dâvalının hak karinesini çürütmek için hangi imkânı seçerse seçsin ayrıca kendisinin malın evvelki zilyedi olduğunu da ispat etmesi gerekir (4).

II. Dâvalı açısından :

Dâvacı yukarıdaki hususlardan birini ispat ettiği takdirde dâvalının hak karinesini çürütmüş ve bu karineyi kendi lehine tesis etmiş olacaktır. Bu halde dâvalı iyiniyetli ise ve iktisap ettiği şeyler MK. md. 903'de belirtilen para veya hamile yazılı kıymetli evraktan ibaret ise, dâvalı bunları iadede kaçınabilecektir. Dâvalı menkul dâvasına konu şeyi aleni bir müzayedede veya bir pazarda veya ona mümasil eşya satan bir tacirden iktisap etmiş ise malın bedelinin kendisine ödenmesini isteyecektir. Bunlardan başka, dâvalı o şey üzerinde tercihe şayan bir hakkın sahibi olduğunu ispat ederek iadede kurtulabilir (5). Örneğin, «dâvalı kendisinin mala evvelce zilyed bulunduğunu ve malın kendi elinden rızası olmadan çıktığını ispat ederse tercihe şayan hak karinesi onun lehinedir. Şöyle ki; (A) nın zilyed bulunduğu malı (B) çalmış ve (Ü) ye satmıştır. Bu malı (Ü) den de (H) çalmış ve (A) bu malı (H) dan geri almış olsa, (Ü) nün aleyhine açacağı menkul dâvasında (A) tercihe şayan hak sahibi olduğunu ileri sürebilir (6). «Dâvalı aynı neticeye

(3) OĞUZMAN, age. sah. 90.

(4) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 66; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 254; TEKİNAY, age. sah. 114.

(5) OĞUZMAN, age. sah. 90; AKİPEK, Menkul Dâvası sah. 72 vd.; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, sah. 255; REİSOĞLU, age. sah. 70; TEKİNAY, age. sah. 114; TUOR, age. sah. 444.

(6) OĞUZMAN, age. sah. 91 dpn. 149.

üstün hakkının varlığını ispat ederek de ulaşabilir. Dâvalının tercihe şayan olarak ileri sürdüğü hakkın aynı veya bir şahsi hak olması önemli değildir.

MK. md. 904/c. 2, dâvalıya malı iadedden kaçınabilme konusunda bir imkân daha tanımıştır: Dâvalı, evvelki zilyedin şeyi kötüniyetle iktisap ettiğini ispat ederse iadedden kurtulabilecektir. Dâvalının da kötüniyetli olması bu konuda bir fark yaratmaz. Kanun evvelki ve hali hazır zilyedin kötüniyetli olmaları halinde hali hazır zilyedi korumuştur.

Dâvalının, evvelki zilyedin o şey üzerinde hakkı bulunmadığını ispat ederek malı iadedden kaçınıp kaçınamayacağı tartışma konusu olmuştur. Bir kısım yazarlar (7) bu imkânı dâvalıya, menkul dâvasının niteliği ile bağdaşmadığı gerekçesi ile, tanımamaktadırlar. Biz bu şekilde dâvalının malı iadedden kaçınmak hakkına sahip olduğunu kabul ediyoruz. Menkul dâvası sonunda verilecek kararın kesin hüküm niteliğine sahip olması ve istihkak dâvası açma imkânının artık bulunmaması tarafların ellerindeki bütün imkânları kullanmalarını haklı göstermektedir. Diğer yandan dâvacının şey üzerinde bir hakkı bulunmadığının ispat edilmesi ile birlikte dâvalının zilyed olmak hususunda üstün bir hakka sahip bulunduğu kabul edilebilir. Bir kısım yazarlar (8) ve İsviçre Federal Mahkemesi (9) bu görüşü benimsemiştir.

§. 7. Dâva süresi :

MK. md. 902 ve md. 904'de dâva süresi açısından bir ayırım yapılmamıştır. MK. md. 902'ye göre malı çalınmış, kaybolmuş ya da sair şekilde rızası hilâfına elinden çıkan evvelki zilyedler aleyhine ancak beş yıl içinde dâva açarak malın iadesi talebinde bulunabilirler. Dâvacının iyiniyetli hali hazır zilyede karşı menkul dâvası açma hakkına sahip bulunduğu bu süre malın rıza hilâfına evvelki zilyedin elinden çıktığı tarihten itibaren işlemeye başlar ve bu beş yıllık süre bir hak düşürücü süredir (1).

(7) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 80.

(8) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 18; JUR. KAR. sah. 3.

(9) BGE 84 II 259.

(1) HOMBERGER, age. Art. 934 N. 15; JUR. KAR. sah. 4; TUOR, age. sah. 448; OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 91; TEKINAY, age. sah. 138; SAYMEN/ELBİR, age. sah. 72, 73; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 111; GÜRİSOY, age. sah. 99.

Bu itibarla beş yıllık sürenin tatili ve kesilmesi söz konusu olmadığı gibi hâkim de bunu resen nazara almak zorundadır. Dâvalının bu süreyi ileri sürmemiş olduğu hallerde, hâkimin bunu resen nazara alarak dâvayı reddetmesi gerekir (2).

Doktrinde bu beş yıllık sürenin geçmesi ile hali hazır zilyedin bir aynı hak iktisap edeceği çoğunlukla kabul edilmektedir (3). Bu görüşe göre dâva süresi geçtikten sonra evvelki zilyed mülkiyete dayanan bir istihkak dâvası açamayacaktır.

Buna karşılık biz, dâva süresi geçtikten sonra evvelki zilyedin mülkiyete dayanan bir istihkak dâvası açabileceğini kabul ediyoruz. MK. md. 902/c. 1'de belirtilen beş yıllık süre iyiniyetli hali hazır zilyedler lehine getirilmiş bir tahdittir. Bu süre geçtikten sonra iyiniyetli hali hazır zilyede karşı menkul dâvası açılmaz. Oysa istihkak dâvası hiç bir süreye tâbi olmadığından dâvacının bunu her zaman açmak imkânı mevcuttur. Sırf bu maddede belirtilen sürenin geçmesi hali hazır zilyede malik sıfatını kazandırmaz. Mülkiyete dayanan istihkak dâvası açma imkânı ancak mülkiyet hakkının sona ermesi ile ortadan kalkar. Bu da ancak MK. md. 701'deki şartların gerçekleşmesi ile mümkündür. Bundan başka MK. md. 902 ve MK. md. 701'de işleyecek sürelerin başlangıcı farklı olabilir (4). Aksi görüşü (5) kabul ettiğimiz takdirde mülkiyete dayanan istihkak dâvasını MK. md. 902'deki süreye bağlı olarak kısıtlamış oluruz.

Kötüniyetli zilyedlere karşı açılacak dâvada herhangi bir süre söz konusu değildir. Bir menkule kötüniyetle zilyed olan kimse her zaman evvelki zilyed tara findan iadeye icbar olunabilir (MK. md. 904/c. 1) (6).

(2) Y4HD, 17/11/1964 t. E. 14808/K. 5359 (AD. 1965/1382; KARAHAN, age. sah. 305. Ancak yargıtay bu kararında sürenin hak düşürücü süre olduğunu belirtmekle birlikte beş yıllık süre için «zamanaşımı» terimini kullanmıştır.

(3) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 113 vd.; HOMBERGER, age. Art. 934 N. 21.

(4) Aynı görüş için bak. AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 112 vd.; REİSOĞLU, age. sah. 73 dñn. 45.

(5) BGE 48 II 47 (JUR. KAR. sah. 4; HOMBERGER, age. Art. 936 N.)4).

(6) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 93, 93 dñn. 164.

§. 8. Menkul dâvasının zilyedliğin iadesi ve mülkiyete dayanan istihkak dâvasından farkı :

I. Zilyedliğin iadesi dâvasından farkı :

MK. md. 895'de «Yedin iadesi» kenar başlığı altında düzenlenmiş bulunan bu dâvada menkul dâvasında olduğu gibi şeyin iadesini hedef tutmaktadır. MK. md. 895'in gayrın zilyed bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse o şey üzerinde tercihe şayan bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu iade ile mükellef olur, şeklindeki ifadesinden anlaşıldığına göre evvelki zilyed sırf evvelki zilyedliğini ve malın gasbedildiğini ispat ile yetinecektir. Zilyedliğin dayandığı hakkın varlığını ispatın gerekli olmayışı menkul dâvası ve yedin iadesi dâvasını bu açıdan birbirine yaklaştırır (1). Ancak bu husus dışında dâvalar arasında; konu, şart, mahiyet ve süre açısından çeşitli farklar vardır :

1 — K o n u a ç ı s ı n d a n : Yedin iadesi dâvasına hem menkuller hem de gayrimenkuller konu teşkil ederken, menkul dâvasına ancak menkuller konu olabilir. MK. zilyedliğe, yalnız menkul mallar açısından hak karinesi olma fonksiyonunu tanımıştır (2). Tapuya kayıtlı gayrimenkullerde hak karinesi ve buna dayanarak dâva açma yetkisinin ancak tapu sicilinde hak sahibi görünen kimseye ait olacağını ve tapusuz gayrimenkullerde ise hak karinesinden kimsenin faydalanamayacağını belirtmiştik (3). Tapusuz gayrimenkullerde ancak hakkının varlığını ispat eden kimsenin hakkı korunacağından, bunların da menkul dâvasına konu teşkil edemeyeceğini kabul ediyoruz.

2 — g a r t l a r ı a ç ı s ı n d a n : MK. md. 895'de düzenlenmiş bulunan yedin iadesi dâvası zilyedin elinden gasp sureti ile çıkmış olan şeyler hakkında uygulanabilir. Bu nedenle yedin iadesi dâvasında dâvalı tarafı ancak şeyi gasp yoluyla ele geçiren kimse ile onun külli halefleri teşkil edebilir (4). Buna karşılık menkul dâvası uygulama alanının sınırları daha geniştir. Menkul dâvası, men-

(1) TUOR, age* sah. 446.

(2) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 98.

(3) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 99.

(4) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 79; AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 121; HOMBERGER, age. Art. 927 N. 6.

kulün evvelki zilyedinin elinden rızası hilâfına çıktığı veya hali hazır zilyedin kötüniyetli bulunduğu bütün hallerde uygulama alanı bulabilecektir (5). Örneğin, kaybolan bir saati bulan kimse iadede kaçınırsa veya emin sıfatı ile zilyedden malı durumu bilerek temellük edene karşı yedin iadesi dâvası açılmayacağı halde menkul dâvası açılabilir (6).

3 — M a h i y e t i b a k ı m ı n d a n : Yedin iadesi dâvası doğrudan doğruya zilyedliğe dayanmaktadır. Bu dâvada üstün haktan prensip olarak bahsedilemez, meğer ki dâvalı mal üzerindeki tercihe şayan hakkını derhal ispat etsin. Bu itibarla dâvalının bir hak karinesinden faydalanmasından bahsedilemez. Zilyedliğin gasp suretiyle sona erdirilmiş olması yeterlidir. Menkul dâvasında ise dâvacı, dâvalının hak karinesini çürütmek ve bu karineyi kendi lehine tesis etmek zorundadır. Menkul dâvasında zilyedlik için üstün hak (7) tan hareket edilir ve dâvayı kazanan tarafın diğerine nazaran üstün hak sahibi olduğu kabul edilir.

4 — S ü r e a ç ı s ı n d a n : Yedin iadesi dâvası için amaca uygun olarak daha kısa hak düşürücü süreler kabul edilmiştir. (MK. md. 897). Zilyed gasp fiilini ve gasıbı öğrendiğinde derhal ve herhalde gasp fiilinden bir yıl içinde bu dâvayı açmak zorundadır. Menkul dâvasının iyiniyetli zilyedlere karşı açılabilmesi malın rıza hilâfına elden çıktığı andan itibaren işlemeye başlayan beş yıllık süre ile sınırlandırılmıştır. Suiniyetli zilyedlere karşı açılacak menkul dâvaları ise bir süre ile sınırlandırılmamıştır.

Menkul dâvası sonunda verilen karar kesin hüküm niteliğine sahiptir ve artık yedin iadesi dâvası açılmaz. Buna karşılık yedin iadesi sonunda verilen karar muvakkattir. Bu yolda verilen bir karar mülkiyet sebebiyle istihkak dâvası veya menkul dâvası açılmasına engel teşkil etmez. Dâvada prensip olarak üstün hakkın ileri sürülememesi de hakkın değil sırf zilyedliğin korunmasındandır. Nihayet, yedin iadesi dâvası, sonunda verilen kararın temyiz edilememesine karşılık menkul dâvası sonunda verilen karar temyiz edilebilir.

(5) AKİPEK, Menkul Dâvası, sah. 121; REİSOĞLU, age. sah. 73; TEKINAY, age. sah. 116; TUOR, age. sah. 447.

(6) TUOR, age. sah. 447.

(7) REİSOĞLU, age. sah. 73.

II. Mülkiyete dayanan istihkak dâvasından farkı :

MK. nun 902 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan menkul dâvası, MK. md. 618'de yer alan mülkiyete dayanan istihkak dâvasından farklıdır. Ancak her iki dâva içinde kanunda «istihkak dâvası» teriminin kullanılmış olması bunların karışmasına yol açabilir. Aralarındaki farklar çeşitli açılardan şu şekilde açıklanabilir :

1 — K o n u a ç ı s ı n d a n : Menkul dâvasının ancak menkullerde söz konusu olduğunu ve bu dâvanın Yargıtayın ve doktrin-deki bazı yazarların görüşlerinin aksine tapusuz gayrimenkullerde uygulanamayacağını yukarıda belirtmiştik. Buna karşılık mülkiyete dayanan istihkak dâvası hem menkuller hem de gayrimenkuller için açılabilir.

2 — U y g u l a m a a l a n ı b a k ı m ı n d a n : Menkul dâvasının açılabilmesi için malın evvelki zilyedin elinden rızası hilâfına çıkmış olması veya hali hazır zilyedin kötüniyetli olması gerekir. Buna karşılık mülkiyete dayanan istihkak dâvasının sınırları daha geniştir. Şöyle ki; malik tevdi edilmiş bir malını bu dâva ile geri alabilir. Malik zilyed olmadığı şeylerin iadesi için menkul dâvasını açamazken, bu şeyler üzerinde hakkını ispat ederek iadeyi sağlayabilir. Örneğin, komşusunun kümesine yumurtlayan tavuğun maliki yumurtanın iadesini ancak mülkiyete dayanan istihkak dâvası ile talep edebilir (8). Bir hayvanın maliki de bu hayvanın başkasına ait gayrimenkulde doğurduğu yavruları ancak mülkiyete dayanan istihkak dâvası ile talep edebilir (9). Yine zilyedliğin rıza ile devredildiği ve fakat mülkiyetin devrinin muteber olmadığı hallerde iade ancak mülkiyete dayanan istihkak dâvası ile sağlanabilir (10).

3 — İ s p a t y ü k ü a ç ı s ı n d a n : Mülkiyete dayanan istihkak dâvasında, dâvacı iadeyi sağlayabilmek için o şey üzerindeki hakkını ispat etmek zorundadır. Menkul dâvasında ise prensip olarak şey üzerindeki hakkın varlığı tartışma konusu olmaz. Dâvacı şeyi geri alabilmek için dâvalının hak karinesini çürütmek zo-

(8) TUOR, age. sah. 448.

(9) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, sah. 93.

(10) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 93.

rundadır. Bunu yaparken kendi hakkını ileri sürmeksizin kanunun tanıdığı bazı imkânlardan faydalanacaktır. Örneğin, hali hazır zilyedin kötüniyetli olduğunu ispat, menkulün dâvacının üstün hakkının varlığını kabule ve şeyin ona iadesine yeterlidir. Bu bakımdan menkul dâvasında dâvacının ispat yükü mülkiyete dayanan istihkak dâvasından daha kolaydır.

4 — M a h i y e t i a ç ı s ı n d a n : Mülkiyete dayanan istihkak dâvasının aynı bir dâva olmasına karşılık, menkul dâvasını şey üzerinde mülkiyet hakkı iddia etmeyen zilyedler de açabilir. Örneğin, kiracı malı çalan hırsıza veya bu malı hırsızdan satın alan kimseye karşı da menkul dâvası açarak o malı geri alabilir (11).

5 — S ü r e a ç ı s ı n d a n : Menkul dâvası iyiniyetli zilyedlere karşı 5 yıllık hak düşürücü süreye tabiidir. Mülkiyete dayanan istihkak dâvası ise herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Menkul dâvası için kabul edilen 5 yıllık süre geçse dahi malik mülkiyete dayanan istihkak dâvası açarak malı geri alabilir, meğer ki MK. md. 701'deki şartlar gerçekleşmiş ve hali hazır zilyed malı kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap etmiş bulunsun (12).

S O N U Ç

MK. 902 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan menkul dâvası evvelki zilyedin elinden rızası hilâfına veya hali hazır zilyedin malı kötüniyetle iktisap ettiği hallerde, malın evvelki zilyede iadesini sağlayan bir dâvadır. Kanunda istihkak dâvası terimi kullanılmış olduğu halde yalnız menkullerin bu şekilde geri alınabilmesi dâvayı menkul dâvası olarak adlandırmamıza sebep olmaktadır. Dâvayı kazanabilmesi için dâvacının, dâvalı lehindeki hak karinesini çürütüp, bu karineyi kendi lehine tesis etmesi gerekir. Dâvalı lehindeki hak karinesinin çürütülmesi ise esas hakkın varlığı tartışılmaksızın kanunun bu konuda tanıdığı imkânlarla sağlanacaktır. Dâvacı malın elinden rızası hilâfına çıktığını ispat ettiği takdirde iadeyi sağlayabilir. Ancak burada iyiniyetli hali hazır zilyedler lehine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Menkulü aleni bir müzaye-

(11) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 93.

(12) OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, sah. 93, 93 dñn. 164.

dede veya bir pazarda veya ona mümasil eşya satan bir tacirden iyiniyetle iktisap eden birinci ve sonraki müktesipler aleyhine menkul dâvası ancak verilen semenin iadesi şartı ile açılabilir. Rızası olmaksızın elinden alınan para veya hamile yazılı senetleri iktisap etmiş bulunan kimse aleyhine menkul dâvası açılmayacaktır. Nihayet iyiniyetli hali hazır zilyedler lehine getirilen bir sınırlama süre açısından dır. İyiniyetli zilyedler aleyhine açılacak menkul dâvaları 5 yıllık bir hak düşürücü süreye tabidir. Ancak bu süreyi geçiren kimsenin mülkiyete dayanan istihkak dâvası ile şeyi geri alma hakkı vardır.

Evvelki zilyedin malı geri alma konusunda faydalanabileceği bir diğer imkân, hali hazır zilyedin malı suiniyetle iktisap ettiğinin ispatıdır.

Bütün bunlara karşı dâvalı, evvelki zilyedin malı suiniyetle iktisap ettiğini veya kendisinin o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu ispat ederek malı iadedden kaçınabilir. Dâvayı kazanan tarafın o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğu kabul edilir.

MK. md. 895'de düzenlenmiş bulunan «yedin iadesi» dâvası ve MK. md. 618'de düzenlenen mülkiyete dayanan istihkak dâvaları konu, mahiyet, ispat yükü, uygulama alanı ve süre açılarından menkul dâvasından ayrılırlar.