

MECELLE'DE İSTİHKÂK DAVASI

Dr. Osman KAŞIKÇI (*)

1. Genel Olarak Mecelle

Bilindiği üzere Mecelle, 1868-1876 yılları arasında kitaplar halinde hazırlanarak yürürlüğe girmiş olan İslâm - Osmanlı özel hukukunun bir kısmını tedvin eden bir kanundur (1). İslâm hukukunda istihkak davası yerine Mecelle'de istihkak davası kavramını kullanmamızın bir kaç sebebi vardır. Bunların başında şüphesiz Mecelle'nin derli toplu bir kanun olması gelmektedir. Gerçekten İslâm hukuku, niteliği gereği konuları biraz dağınık bir şekilde ele almıştır. Mecelle ise hemen hemen modern kanunların sistematiğine uygun şekilde İslâm hukukunu sistematik bir şekilde tedvin etmeye çalışmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere Mecelle, yeni hükümler getirmeyip var, fakat dağınık olan İslâm hukuku kurallarını bir araya toplamıştır. Ayrıca Mecelle, yüzyıllar boyunca İslâm-Türk devletlerince tatbik edilen hanefî mezhebi içerisindeki en muteber görüşleri esas aldığı için ihtilaflardan arınmış ve uygulanmış olan hususları içermektedir (2).

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

- (1) Mecelle hakkında geniş bilgi için bkz. Mardin, Ebulûlâ: Medeni Hukuk Cephesinden Cevdet Paşa, İstanbul 1946, s. 171 vd; Mardin, Ebulûlâ: Mecelle, İslâm Ansiklopedisi; Onar, S. Sami: İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Kodification'u Mecelle, İÜHFİM, C. XX, S. 1-4, Sene 1954 nüshasından ayrı basım, s. 1 vd.; Öztürk, Osman: Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s. 108 vd.; Ahmed Nazif: Teceddüt-Tekamül Mecelle Meselesi, Sebülürreşat, 1339, S. 579, s. 99 vd.; Celâl Nuri: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 64, s. 1384 vd.; Küçük Hamdi: Mecelle Hakkında, Sırat-ı Müstakim, 1339, S. 577, s. 77 vd.; Mustafa Asım: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 65, s. 1417 vd.; Velidedeğlü, H. Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın 100. Yıldönümü Münasebeti İle Neşredilen Kitaptan Alınmış Ayrı Baskı, İstanbul 1940, s. 51 vd.; Türk Medeni Hukuku, C. 1, Cüz. 1, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul 1956, s. 64 vd.; Yavuz, Hulusi: Mecellenin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 85 vd vd.; Aydın M. Akif: Bir Hukukçu Olarak Ahmet Cevdet Paşa, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 32 vd.; Aydın, M. Akif: Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX'dan ayrı basım, İstanbul 1989, s. 31; Kahraman, Hayrettin: İslâm Hukuk Tarihi, İzmir 1974, s. 201 vd., Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmet: Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. 2, İstanbul 1990, s. 155 vd.
- (2) Coulson, N. J.: A History Of Islamic Law, Edinburg 1964, s. 151; Mardin, Ebulûlâ: Development of the Şari'a Under the Ottoman Empire, Law in the Middle East, Edited By. Majid Khadduri and Herbert J. Liebesni Vol. 1, Origin and Development of Islamic Law, Washington, D. C. 1955, s. 288; Onar, s. 1 vd.; Yavuz, Hulusi: The Compilation Of The First Ottoman Civil Code, İslâm Tetkikleri Dergisi, C. VIII'den ayrı basım, İstanbul 1984, s. 89.

2. Kavramın Tanıtılması

Günümüz hukukunda malikin haksız zilyetten malını geri almak için açtığı davaya istihkak davası denmektedir (3). Mecelle'de istihkak davası yerine mülk davasından söz edilmiştir (m. 1757-1760) (4). Bununla birlikte istihkak talebinde bulunan anlamında müstehuk kavramına da yer verilmiştir (m. 1746). Aslında mülk davası kavramı maksadı daha net bir şekilde ifade etmektedir. Çünkü istihkak, hak istemek, hak sahibi olmak hali, hak kazanma gibi anlamlara gelen (5), bu sebeple de sadece malikin değil haklı zilyedin haksız zilyede karşı açtığı zilyetliğe haklılık (menkul) davasını da içeren geniş bir kavramdır (6). Oysa mülk davasında davacı, yalnız maliktir ve malik, mülkiyet hakkına dayanarak haksız zilyede karşı açtığı malının iadesi için bu davayı açmaktadır. Başka bir ifade ile mülk davasının amacı, malikin mülküne vasıtasız olarak zilyet olmasını sağlamaktır. Oysa istihkak davası isminden de anlaşılacağı üzere haklılık davasıdır. O halde mülk davası, istihkak davasının bir alt kavramı olup, şu şekilde formüle edilebilir. Her istihkak davası mülk davası değildir, fakat her mülk davası bir istihkak davasıdır. Bununla birlikte fıkıh kitaplarında da istihkak kavramı kullanıldığı için (7) biz de istihkak davası kavramını kullanmayı uygun buluyoruz.

3. Konunun Düzenlenişi

Mecelle'de de istihkak davası, belirli bir başlık altında düzenlenmemiştir. Sadece konuya ispat açısından "Kitab'ül-Beyyinat vet-Tahli'f'de yer verilmiştir. Ayrıca Mecelle Cemiyeti, dağıtılmadan önce istihkak mevzuunun ayrı bir kitap halinde hazırlanarak yürürlüğe girmesini kararlaştırmış, fakat söz konusu cemiyetin toplantıları tatil edildiği için istihkak kitabı kanunlaşmamıştır (8). Üzerinde kimin hazırladığına ilişkin bir işaret olmamakla birlikte Ali Haydar Efendi tarafından hazırlandığı yazarın başka bir eserinden anlaşılmaktadır (9). Arşivde yaptığımız araştırmalar sonucunda Ali Haydar Efendinin sözünü ettiği istihkakla ilgili belgeleri elde ettik. Transkribini ve orijinalini metnin sonuna ekleyeceğimiz belgede sadece istihkak davasının konusu üzerinde durulmaktadır (10). İstihkak

(3) Oğuzman, K./Selçü Ö.: Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992, s. 272 vd; Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, C. 2, Konya 1993, s. 79-83.

(4) Ali Haydar: Dürer'ül-Hükkâm Şerh-u Mecellet'il-Ahkâm, C. 4, İstanbul 1330, s. 372.

(5) Türk Hukuk Lügatı: İstihkak; Özcan, Hüseyin: Ansiklopedik Hukuk ve Kanun Deyimleri Sözlüğü, Ankara 1975, İstihkâk; Altay, Şakir: Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1962, İstihkak; Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1966, İstihkak.

(6) Menkul davası ile istihkak davası arasındaki fark için bkz. Görgün, Şanal: İflasta İstihkak Davası, Ankara 1977, s. 11.

(7) Kâsânî: Bedâ'üs-Senâi Fî Tertib-iş-Şeraif, C. 7, Beyrut 1974, s. 23 vd; İbn-i Rüşd (Ter. Ahmet Meylanî) Bidayet'ül-Müçtehid ve Nihayet'ül-Muktesid, C. 4, İstanbul 1991, s. 101; Zuhayli, Vehbe: (Ter. A. Efe, B. Eryarsoy, F. Ulus, A. Ural, Y.V. Yavuz, N. Yıldız) İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, C. 6, İstanbul 1994, s. 449.

(8) BOA, Dosya Usulî İdareler Tasnifi, Esas No: 49/11, Gömlek No: 5/29.

(9) Ali Haydar, Mecmuat'ül-Cedide, İstanbul 1332, s. 1 vd.

(10) Bkz. metnin sonundaki belge.

davası ile ilgili olarak Mecelle'de usule ilişkin hususlara yer verilmiş olması konuyu bir bütün haline getirmektedir. Bu sebeple Türk Tarihine önemli katkıları olacağını düşündüğümüz belgeyi burada Mecelle'deki hükümlerle birlikte değerlendireceğiz.

Ayrıca Kitab'l-Gasb vel-İtlaf ta yer verilen hükümlerden gerçek malikin açtığı yedin iadesi ve tazminat davası ile ilgili hükümlerden istihkak davasının niteliğine uygun olan hususlar da vardır. Bu sebeple istihkak davasında söz konusu hükümlerden de yararlanmak mümkündür. Zaten Mecelle'de malik olanlardan başkalarının açabilecekleri iade ve tazminat davaları ilgili kitaplarda ayrı ayrı incelenmiştir (11). Ayrıca Mecelle haksız zilyedi korumamaktadır. Bu sebeple gasb ve itlaf kitabındaki gasbla ilgili hususların hemen tamamının istihkak davası ile ilgili olduğu söylenebilir. Zaten istihkak davası, malikin elinden malının hem rıza ile hem de rızası dışında çıkması hallerini kapsamaktadır. Bu sebeple istihkak davası ile ilgili hususların önemli bir kısmına gasbla ilgili hükümler arasında yer verildiği söylenebilir.

3- İstihkak Davasının Çeşitleri

İstihkak davasını, mülkiyeti tamamen sona erdiren ve zilyetliği esas malike iade eden istihkak davası olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür (12). Mülkiyeti tamamen ortadan kaldıran istihkak davası, sadece kölelerin hürriyete kavuşması ile ilgilidir. Buna göre bir kimsenin satın aldığı köle, daha sonra hür insan olduğunu dava ve ispat etse o kimsenin hür olduğuna hükm olunur. Çünkü insanlarda hürriyet asıl esaret ise istisnaî bir durumdur. Bu sebeple hür olduğunu ispat eden bir kimsenin artık hiç bir şekilde köleliğine hükm olunamaz. Söz konusu köle bir kaç defa satıma konu olmuş ise, bayiler arasındaki daha önce kurulmuş olan satım akti hakimnin hükmüne gerek kalmadan kendiliğinden sona erer ve herbir müşteri bayiinden vermiş olduğu ücreti geri alabilir.

Zilyetliğin gerçek malike geçmesine sağlayan istihkak davası ise, bir kimsenin rızası dışında elinden çıkan malının kendisine iadesini sağlayan bir davadır. Bu davada mülkiyet sona ermeyip, sadece mal haksız zilyetten haklı zilyede (malike) iade edilmektedir. Esasen istihkak davası deyince akla gelen bu sonuncu davadır. Bu sebeple incelememizin temelini de bu nevi istihkak davası oluşturmaktadır. Bu anlamda istihkak davasını da kendi içerisinde ikiye ayırarak incelemek gerekir. İstihkak davasına konu olan şeyde istihkakın elde edilmiş şekli belirtilmiyorsa buna mülk-i mutlak, sebep belirtiliyorsa buna mülk-i mukayyed veya mülk-i bisebep davası denmektedir (m. 1678) (13). Ayrıca istihkak davasında malik olma tarihi belirtilip belirtilmemesine göre de mülk-i müverrah

(11) Mesela rehlin rehin alan kimsenin elinde iken başka birisi tarafından gasb veya itlafı durumunda rehin alan yedin iadesi veya tazminat davası açabilir (m. 742).

(12) Zuhayli, 6/449.

(13) Ali Haydar, 4/372.

ve mülk-i gayr-ı müverrah davası olmak üzere ikili bir ayırım yapılabilir (m. 1757, 1760).

4- İstihkak Davasında Yargılama

a) Tarafları

aa) Davacı

İstihkak davasında davacı sadece maliktir. Bu sebeple zilyetliği mülkiyetten başka bir sebebe dayanan (emanet, ariyet, rehin gibi) kimseler mülkiyete dayanan istihkak davası değil yedin iadesi davası açabilirler. İstihkak davası açan malikin söz konusu malın mülkiyetini kazanış şekli önemli değildir. Miras, satım veya hibe ile mülkiyeti kazanmış olabilir. Birden fazla kişinin bir şeye birlikte (müşterek veya iştirak halinde) malik olmaları durumunda hissedarlardan her birisi istihkak davası açabilir. Ancak iştirak halinde mülkiyette ortaklardan birisi istihkak davası açtığı ve talep doğrultusunda karar verildiği takdirde davacı ortak sadece kendi hissesini teslim alabilir (m. 1101).

bb) Davalı

İstihkak davasında davalı, haksız zilyettir (m. 1635) (14). Bu sebeple bir mal satılıp teslim edildikten sonra istihkak iddia edilse davalı, müşteridir. Ancak satılıp da teslim edilmeyen bir anda istihkak iddiası ile dava açılrsa, bayi zilyet ve müşteri de malik olarak dava arkadaşı olurlar (m. 1636) (15).

İştirak halinde mülkiyetde ortaklardan birisi davalı olarak gösterilebilir. Davalı olan tereke ise ve mirasçılardan birisi davalı gösterilmiş ise, davalı mirasçının ikrarı sadece kendisine bağlar, fakat iddia başka delillerle ispat edilirse bütün mirasçıları bağlar. Ayrıca terekeye dahil olan bir aynda istihkak iddia edildiği takdirde, sadece o ayının zilyedi olan mirasçının davalı olarak gösterilmesi lazım ve kafidir (m. 1642) (16).

Buna mukabil müşterek mülkiyette ortaklardan birisi davalı gösterilerek talep doğrultusunda alınan karar, sadece davalı ortağı bağlar. Zaten müşterek mülkiyette ortaklardan birisi diğerinin hissesindeki istihkak davasında davalı olarak gösterilmez (m. 1643).

b) Konusu

Her türlü mal istihkak davasına konu olabilir. Bilindiği üzere Mecelle'ye göre mal, insanın yaratılışı gereği kendisine meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirebilen şeylerdir. Bunlar menkul olabileceği gibi gayrimenkul de olabilir (m. 126) (17). Ancak Mecelle'nin satın akti ile ilgili prensiplerinden hareketle söz

(14) Zuhayli, 6/450.

(15) Ali Haydar, 4/255.

(16) Ali Haydar, 4/280 vd.

(17) Ali Haydar, 4/327.

konusu malın mütekavvim olması gerektiği söylenebilir. Mal-ı mütekavvim, kendisinden yararlanılmasında hukuken bir sakınca olmayan ve elde edilmiş (mührez) mal demektir (m. 127). Buna göre hür bir insan, ölü hayvan ve domuz gibi dinen alım satımı yasak olan şeyler ile denizdeki balıklar gibi henüz elde edilmemiş mallar istihkak davasına konu olmazlar (18). Yukarıda da belirtildiği üzere hür bir insan her nasılsa bir satıma konu olmuş ise hür insan olduğunu iddia ve ispat ederek hürriyetine kavuşabilir.

Mecelle'ye göre mürur-ı zaman, hakkı sona erdirmese veya mülkü iktisab sebebi olmasa da dava açma hakkını sona erdirmektedir. Buna göre bir şeye nizasız ve fasilasız olarak 15 yıl mülkiyet kasdı ile zilyed olan kimse bu şeyin maliki olacağından ona karşı istihkak davası açılmayacaktır (m. 1660). Mürur-ı zaman, mutasarrıfa dava açılabilir andan itibaren işlemeye başlar (m. 1667). Dava açma hakkı mirasçılara intikal ettiği için zamanın bir kısmı muris diğer kısmı da mirasçılarda zamanında geçmesi mümkündür (1970). Aynı şekilde bayi ile müşteri, hibe eden ile hibeyi kabul eden kimse de mirasçılar gibidir (m. 1671). Yukarıda belirtilen sürelerde dava açılmış olması mürur-ı zamanı keser (m. 1666). Burada önemle belirtmek gerekir ki, mürur-ı zaman müddeti geçmiş olmasına rağmen bir kimse zilyedi olduğu şeyin davacıya ait olduğunu hakim huzurunda ikrar etse o şeyi davacıya vermek zorundadır (m. 1674).

Tenakuz istihkak davasına manidir (m. 1647). Mesela bir kimse bir yerin başka birisine ait olduğunu beyan ettikten sonra, aynı yerin kendi mülkü olduğunu iddia ve dava etmesi durumunda davası dinlenmez. Hatta söz konusu davada vekalet veya vesayet yolu ile de davacı olamaz (m. 1648).

c) İstihkak Davasında İspat

İstihkak davasında ispat yükü davacının üzerindedir. Davacı, dava konusu şeyin maliki olduğunu ve malın haksız bir şekilde davalının zilyedliğinde bulunduğunu ispat etmek zorundadır. Davacı davasını kural olarak her türlü delil ile ispat edebilir. Ancak bir kimsenin satın aldığı bir malda istihkak iddia ve ispat edilerek elinden alındığı takdirde, o kimsenin bayiiine başvurarak semenin iadesini talep edebilmesi için istihkak iddiasının yazılı delil veya şahitler ile ispat edilmiş olması gerekir. İstihkak, eğer müşterinin ikrarı ile veya yeminden kaçınması ile sabit olursa bu suretde müşteri semeni bayiden geri isteyemez. Zira ikrar sadece ikrarda bulunana bağlayıp başkasının hakkına delil ve hüccet olamaz (m. 1754).

İstihkak davasında malik olma tarihi önemlidir. Bu sebeple bir kimse bir şeyin bir yıldır maliki olduğunu ancak onu kaybettiğini dava ettiği takdirde, başka bir kimse aynı mala iki yıldır malik olduğunu iddia etse, daha önceki davaya

(18) Ali Haydar, 1/229; Ansay, S. Şakir: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara 1958, s. 89.

devam edilmekle birlikte sonuçta iki yıldır malik olan ispat ederse mal ona verilir (m. 1760). Tarih beyan olunmayan istihkak davasında zilyet olmayan kimsenin beyyinesi esas alınır. Mesela bir kimse başka bir kimsenin zilyetliğinde olan bir malın kendisinin olduğunu iddia ve ispat etse, zilyet olan kimse de kendisinin gerçek malik olduğu için zilyet olduğunu iddia etse, bu takdirde zilyet olmayan kimsenin beyyinesi esas alınır (m. 1757). Bu durum alım satım gibi bir sebeple söz konusu mala malik olunması durumunda söz konusudur (m. 1758). Buna mukabil istihkak iddiası yavrulama (nitac) gibi tekerrürü mümkün olmayan bir sebebe dayanıyorsa bu takdirde zilyedin beyyinesi tercih edilir (m. 1759). Ayrıca burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da bir mala tek başına malik olma iddiasının birlikte malik olma iddiasına tercih edileceğidir. Gerçekten mesela iki kişiden birisi bir mala tek başına malik olduğunu diğeri de birlikte malik olduklarını iddia ve ispat etse tek başına malik olanın iddiası kabul olunur (m. 1756).

İstihkak davasında iyiniyetli olmak şart değildir. Bu sebeple mesela bir kimse kendi mülkü olduğunu söyleyerek bir malı başka bir kimseye satarken akit meclisinde bulunup da, hiç bir özrü olmadığı halde sükut eden kimse daha sonra söz konusu malda istihkak iddia edebilir. Ancak sükut eden kimsenin bayiin miras hakkına sahip yakını olmaması şarttır. Ayrıca müşterinin söz konusu malda malik gibi tasarrufu ettiğini bildiği halde özürsüz olarak sükut eden kimsenin sonradan istihkak iddiasında bulunması durumunda davası dinlenmez (m. 1659) (19).

Aynı şekilde istihkak davasından sonraki semenin iadesi davasında iyiniyetin önemi yoktur. Başka bir ifade ile başkasına ait olduğunu bilerek bir şeyi satın alan kimse (müşteri), hak sahibinin istihkak iddia ve ispat ederek malını geri alması durumunda, müşteri semeni bayiden geri alabilir.

d) Hükmü

İstihkak davasında haklı olduğunu ispat eden malik, haksız zilyetden malını geri almaya hak kazanır. İstihkak davası çok defa tazminat davası ile birlikte açıldığı için ikisini birlikte incelemek gerekecektir. Söz konusu mal gayr-ı menkul ise haksız zilyet onun üzerinde herhangi bir değişiklik yapmadan malike iade etmesi gerekir. Eğer haksız zilyet, istihkak davasına konu olan mal üzerinde kendi iradesi ile bir değişiklik yapar ve bu değişiklik gayr-ı menkulün değerinin düşmesine sebep olursa bu zararı tazmin etmek zorundadır (m. 905). Ayrıca haksız zilyet gayr-ı menkul üzerinde bina yapsa veya ağaç dikse bunları kaldırarak gayr-ı menkulü teslim eder (m. 906). Bununla birlikte bina ve ağaçların kaldırılması gayr-ı menkule zarar verecekse müstehikul-kal' (yıkıldıkları veya söküldükleri takdirdeki ücretlerinden yıkma veya sökme ücretleri düşülerek elde

(19) H. Reşit Paşa; Ruh'ul-Mecelle C. 7, İstanbul 1328, s. 221-223.

edilen bedel<m.885>)leri verilerek bina veya ağaçlarla birlikte iadeleri sağlar. Ancak haksız zilyet iyiniyetli ise, kendisinin hak sahibi olduğunu zannederek bina veya ağaçları dikmiş ve bunların bedeli gayr-ı menkulün bedelinden azla ise, bu takdirde bina veya ağaçların sahibi gayr-ı menkulün bedelini vererek ona da malik olur (m. 906). Görüldüğü üzere burada iki önemli husus vardır. Bunlardan ilki haksız zilyedin iyi niyetli olması, ikincisi ise, gayr-ı menkulün üzerine yaptıklarının gayr-ı menkulün değerinden fazla olması. Bunun en güzel misalini bir kimseye babasından miras kalan arsaya, arsanın değerinden fazla değerinde bir bina yapması fakat sonradan başka birisinin arsa üzerinde istihkak iddiasında bulunarak arsayı alması teşkil eder.

İstihkak davasına konu olan mal menkul ise, mal aynen mevcut ise malikine iade edilmesi gerekir (m. 890). Malın aynen iadesi durumunda haksız zilyede bir şey lazım gelmez (m. 892). Haksız olarak zilyetliği elde edilen menkul mal haksız zilyedin hareketi sonucunda veya herhangi bir hareketi sonucunda veya herhangi bir hareketi olmadan telef olacak olsa, söz konusu mal, tıpkısı bulunabilen mallardan ise tıpkısını, tıpkısı bulunmayan mallardan ise haksız zilyet olduğu andaki değerini tazmin etmek zorudur (m. 891). Haksız olarak zilyet olunan mal, meyve veya zebze gibi şeylerden olup da haksız zilyedin elinde iken korumak suretiyle şekli ve diğer özellikleri değişirse mal sahibi malı aynen kabul edebileceği gibi bedelinin tazminini de talep edebilir (m. 897, 899). Aynı şekilde haksız zilyet malda bir fazlalık meydana getirdiği takdirde mal sahibi dilerse malı kabul eder ve fazlalığın bedelini verir, dilerse malını tazmin ettirir (m. 898).

Haksız olarak zilyet olunan malda kendiliğinden meydana gelen fazlalık sahibine aittir (m. 903). Ancak söz konusu fazlalığın iktisabında istihkak davasının mutlak veya mukayyet olmasının önemi vardır. Mutfak istihkak davasında fazlalığın tamamı gerçek malike ait olurken, mukayyet istihkak davasında gerçek malikin hakları belirttiği sebebin vakti ile sınırlıdır. Mesela istihkak davasına konu olan malın üç yıl önce başka birisinden satın alındığı beyan edilerek istihkak davası açılması durumunda (mülk-i mukayyed), malik ancak üç yıllık semereye malik olacaktır. Oysa sadece malik olduğunu iddia ve ispat ettiği takdirde söz konusu malın bütün semelerine malik olacaktır (20).

Haksız zilyetliğin elde edilmiş şekli önemli değildir. Bu açıdan kendisine mal emanet edilen kimsenin emaneti inkar etmesi ile (m. 901), bir malı malikinin rızası dunda alan (gâsıp) veya gasıbdan gasb arasında fark yoktur. Sadece sonuncu halde davanın niteliği değişir. Bu durumda malik ayının iadesi için sonuncu gasıba müracaat etmek zorundadır. İlk gasıba ancak tazminat davası açabilir (m. 910).

Bir malın bir kısmında istihkak iddia edildiği takdirde geriye kalan kısmı

açısından bu bir kusur değilse, müşteri geri kalan kısmı iade edemez. Mesela müşterinin aldığı iki top kumaşın birisinde istihkak iddia ve ispat edilerek elinden alınsa, bunların birbirinden ayrılmasında zarar olmadığı için kalan kumaşı müşteri bayie red edemez. Ancak bir kısmında istihkak iddia edilen şeyin hane ve bahçe gibi bir şey olması durumunda, söz konusu kısmın geri alınması kalan kısmın kusurlu olmasını sağlıyorsa, müşteri seçimlik bir hakka sahip olur, dilerse kalan kısmı da red eder ve dilerse istihkakla alınan kısmın sememini bayiden geri alır.

Bununla birlikte parça parça teslim olunan bir şeyde teslim alınmış veya alınmamış kısmında istihkak iddia ve ispat edilse, bu durumun kalan kısma kusur irs edip etmemesine bakılmaksızın müşteri bir hakka sahip olup, dilerse kalan kısmı kabul eder dilerse red ederek semenden istihkak iddia edilen kısmı indirir.

Bir kimse başka bir kimsenin elinde olan hande bir hak iddia ettikten sonra belirli bir miktar üzerinde sulh olursa fakat sonradan söz konusu hanenin bir kısmında istihkak iddia ve ispat edilerek o kısmı alınsa, hane sahibi sulh olduğu kimseye vermiş olduğu sulh bedelinden bir şey alamaz. Çünkü önceki hak sahibinin hakkının kalan kısımda olması muhtemeldir. Ancak hanenin bütünü istihkak iddia edilerek alınacak olsa, o zaman sulh bedelini ödeyen kimse bu bedeli geri alabilir. Aynı şekilde bütünü üzerinde istihkak iddia edilip bir kısmı ispat edilir ve geri alınırsa sulh bedelinin o hisseye tekabül eden kısmı talep edilebilir.

Bir kimse altın alacağına karşılık gümüş üzerinden sulh olursa, fakat sonradan gümüş üzerinde istihkak iddia ve ispat edilerek geri alınsa sulh akti batıl olup yine altın alacağı talep edilebilir.

Sonuç

Günümüz hukukundaki istihkak davasının yerine Mecelle mülk davası kavramını kullanmıştır. Bu kavramın maksadı daha açık bir şekilde ifade ettiği söylenebilir. Çünkü istihkak genel bir kavram olup hak etme manasına gelmekte olup, zilyetliğe haklılık davasını da içerisine almaktadır. Bu sebeple sadece mülkiyet hakkına dayanak istihkak iddia edilmesine mülk davası demek, bize daha doğru görünmektedir. Bununla birlikte istihkak davası kavramını değiştirmek istemedik.

Mecelle'de bu husus belirli bir başlık altında tanzim edilmiş değildir. Bununla birlikte istihkak davası ile ilgili hususlara gerek beyinat gerekse gasb ile ilgili kitaplarda dağınık bir şekilde yer verilmiştir. Ayrıca aşağıda trankiribini ve orjinalini verdiğimiz belge Mecelle için hazırlanmış olmakla birlikte cemiyetinin toplantıları tatil edildiği için kanunlaşmamıştır. Söz konusu belgede istihkak davasına konu olan hususlara açıkça yer verilmiştir. Mecelle'de konuya ilişkin hususlarda istihkak davasının yargılamasına ilişkin olduğu için bu ayrı parçaların

bir araya getirilmesinin gerek hukuk tarihine gerekse günümüz hukukuna katkısı olacağına inandığımız için bu konuyu işlemeyi gerekli gördük.

İstihkak davası, mülkiyeti tamamen sona erdiren veya mülkiyeti gerçek malikte iade eden olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bunlardan ilki kölelerin satıma konu olduktan sonra hürriyetlerini iddia ve ispat etmeleridir ki günümüzde kölelik müessesesi tamamen kaldırdığı için bunun üzerinde durmayı gerekli görmedik.

İkincisi ise bir şeyin mülkiyetinin gerek malikinın rızası ile gerekse malikinın rızası dışında elinden çıkması durumunda malın gerçek malikin zilyetliğine dönmesini sağlayan istihkak davasıdır. Bu dava da mülkiyete sahip oluş sebebi belirtilmemiş ise mutlak, belirtilmiş ise mukayyed veya bisebep olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılabilir. Ayrıca istihkak davasında malik olma tarihi belirtilmiş ise müverrah belirtilmemiş ise gayr-ı müverrah istihkak davası şeklinde isimlendirilebilir. Bu davayı sadece malik açabilir. Davalı ise haksız zilyettir. Malik, istihkakını ispat ettiği takdirde malı kendisine verir. Tabii olarak mal aynen mevcut ise aynen, mevcut değil ise tazmini söz konusu olacaktır. Başka bir ifade ile istihkak ve tazminat davası birlikte açılabilecektir.

İstihkak İle İlgili Bir Belge:

"Bab'ül-İstihkâk

İstihkak iki nevidir. Nev-i evvel yalnız mülkiyeti iptal ve izale eder. Eşyada hürriyet-i asliye gibi. Meselâ bir adamın iştiara eylediği köle yine lîl-asıl hürrüm deyu ettiği davasını isbat eylese ol kölenin hürriyetine hükm olunur. Çünkü hürriyet hukuk-ı ilâhîden olarak bu hükm âmme-i nâs üzerine hükm demek olduğundan fîma ba'd ol şahıs üzerine hiç kimsenin rakabe ve memlûkiyet davası mesmu' olmaz ve istihkakın iş bu nev'-i evveli bayiler beyninde cârî olan ukudun kâffesini kâdînin hükmüne muhtaç olmaksızın fesh eder.

İmdi suret-i mezkûrede ol köle bir kaç elden geçmiş olsa ber veçh-i meşruh hürriyetine hükm olunarak sebili tahliye olundukda henüz ol şahıs akçesini bayiiinden almadan ol bayi akçesini bayi-i evvelden ve o dahi hükm-i kâdî lâlâhık olmasa da var ise kefilinden istirdad edebilir.

İstihkakın ikinci nev'i mülkiyeti bir şahısdan şahs-ı ahire nakl eder. Nitekim bir kimse aherin yedinde olan malı kendi mülkü olduğunu iddia ve isbat ile alması gibi. İstihkakın bu nev'i bayiler beyninde cari olan ukudun infisahını icab etmez ve bu nev'ile hükm-i zevaliye bulunan kimsenin ve kezalik anın bizzat yahud bilvasıta bayii olan kimselerin üzerlerine hükümdür. Binaenaleyh ol bayilerden birisinin istihkak davası mesmu olmaz. Belki nitac davası yahud ol malı asıl müstehikından almış olmak davası mesmu olur. Mesela bir kimse şahs-ı aherin yedinde bulunan atı kendisinin olduğunu dava ve isbat ederek hükm olu-

nub aldığında ol şahıs dahi akçesini bayiinden alabilüb ancak bayi-i merkur ben bu semeni vermem, zira müstehkû davasında kazıbdır. Zira ol at benim kısrağımdan doğdu yahut bayiimin veya bayiin bayiimin dahi mülkünde doğmuşdur deyu dava ve isbat eylese mesmu olub hükm-ü evvel batıl olur. Ve kezalik yine bu hayvanı ol müddei müstehkûdan almışdım deyu dava eylese yine mesmu olur.

Ve ol bayilerden birisi akçesini kendi bayiinden istirdad edecek oldukda tekrar ikame-i şühud ile isbata muhtaç olmaz. Lakin müşteri kendisinden akçeyi henüz istirdad etmeden kendü bayiinden akçesini istirdad edemez ve asıl olan kimseye hükm olunmadıkça kefilen akçe mütalebe olunamaz.

Bu minval-i muharrer mebi bil'istihkak ahz olundukda müşterinin bayiinin akçesini istirdad eylemesi dahi ol istihkakın beyyine ile yani şahideyn ile sabit olduğu vakitdedir ki beyyine ahre tecavüz eder hüccet ve delildir amma istihkak eğer müşterinin ikrarıyla yahud yeminden nükulu ile sabit olursa bu surette müşteri semeni bayiden istirdad edemez. Zira ikrar başkasının hakkın delil ve hüccet olamaz. Zira hüccet-i kasıradır. Binaenaleyh bir şahs-ı aherden işтира ve kabz eylediği hâmil carıye elinde doğurduktan sonra bir kimse müstehkû çıkub carıye kendi mülkü olduğuna dava ve isbat eylese carıyeyi ve veledini beraber alır. Amma eğer bu istihkak şahs-ı merkurun ikrarıyla sabit olsa, çünkü ikrar hüccet-i kasıra olduğundan ol kimse yalnız carıyeyi alabilüb veledi ona tabi olmaz. Teñakuz istihkak davasına manidir. Amma hürriyet ve talak ve neseb davalarına mani değildir. Mesela bir adem şu hane benim mülküm değildir, filanıdır dedikten sonra, ol hane benim mülkumdür deyu iddia eylese davası mesmu olmaz. Amma bir köle bir şahsa ben kulum beni satın al deyu o dahi işтира eyledikten sonra ol köle fil-asıl hür olduğunu akdemce azad olunmuş idüğünü dava ve isbat eylese hürriyeti sabit olur. Ancak ol köle dahi ol şahsı aldatmış olduğundan bayii gaib ve mekanı nâmalum olduğu surette müşterinin veriş olduğu akçeyi ol köle tazmin eder ve ba'de kendisi dahi bayii buldukda akçesini andan alır.

Kezalik bir zevce zevci ile mihrî üzerine muhalaa oldukdan sonra dönüb kabl'el-hul' zevcinin talak-ı selase ile kendisini tatlik etmiş idüğünü dava eylese mesmu olur. Zira talak zevcin elinde olmağla zevcenin haberi olmayarak tatlik etmiş olmak ihtimali vardır.

Kezalik bir şahıs bir sağır için bu çocuk benim oğlum değildir deyu oğlumdur dese mesmu olur. Kezalik bir şahıs ben filanın varisi değilim deyu sonra varisiyim dese ve cihet-ı irsî beyan eylese davası mesmu olur.

Davay-ı istihkakda tarih-i gaybete itibar olmayub belki tarih-i mülke itibar olunur. Yani bir şahıs bir kimsenin elinde olan bir meta için mülküm olub bir seneden beru yedimden zayı olmuşdu deyu dava ve isbat edüb kabl-hüküm meta ol kimesneye satan adem duyub meta-ı mezbur iki seneden beru benim mülküm olduğunu isbat ederim dese mesmu olmayub husumet mündefi olmaz, belki ol

şahsın isbatı mesmu olub meta' anın için hükm olunur.

İstihkak ilmi semenin istirdadına mani olmaz. Yani bir kimesne bir malı alırken bayiin malı olmayub gayrın malı olduğunu bilerek iştira edüb badehü mal sahibi malı dava ve isbat edüb müşterinin yedinde olsa müşteri dahi dönüb verdiği semeni bayiden istirdad eder.

Müşteri mebiin küllisini kabz etdikden sonra bazısı bil'istihkak alınsa yalnız ol mikdarda bey batıl olur. Bu suret de bazı mebiin bu veçhile alınması eğer bazı baki hakkaa mevrıs-i kusur değil ise müşterinin ol bakiyeyi semenden hisse-i musibesıyla alması lazım gelerek red ve iade edemez. Nitekim aldığı iki top kumaşın biri bil-istihkak alınsa bunların tefrikinde zarar olmadığından diğer kumaşı müşteri red edemez. Amma eğer mebiin hane ve ahçe misillü teb'iz ve tecziesinde zarar olan bir şey olarak bazısının istihkak ile alınması bazı baki hakka muceb-i kusur ise veyahud mebiin kılıç ile kını gibi zahirde iki şey ve hükümde bir şey ise müşteri bazı bakide muhayyer olur, dilerse red eder ve dilerse semende hissesiyle alır.

Mesela bir kimesne bir hane alub teslim etdikden sonra nısfı bil-istihkak alınsa müşteri nısf-ı bakide muhayyerdir. Dilerse nısfı hisseyi red edüb tamamen akçesini istirdad eyler ve dilerse ol hisseyi kabul edüb semenin nısfını istirdad eder. Kezalık iştira etmiş olduğu kılıcın kını istihkak olınsa kezalık kılıcı alub almamakta muhayyer olur.

Amma müşteri mebiin bazısını kabz edüb de bazısını henüz kabz etmemiş olduğu halde makbuza veyahud gayrı makbuza bir müstehk çıkub alsa bu suretde bazın istihkak olunması bazı baki hakda gerek mevrıs-i kusur olsun ve gerek olmasının müşteri bazı baki hakda muhayyerdir, dilese ber minval-i muharrer kabul eder ve dilerse red eder.

Bir şahıs aher kimesnenin elinde olan haneden hakk-ı meçhul dava edüb de şu kadar kuruş sulh olunduktan sonra ol hanenin bazısı bil-istihkak alınsa hane sahibi ol şahsa vermiş olduğu bedel-i sulhdan bir şey istirdad edemez. Zira caizdir ki, anın davası istihkak olunan hissede olmayub da bu son bakide ola. Amma suret-i mezkûrede eğer hanenin 'külli istihkak olunmuş olsa bedel-i sulhun cümlesi ol müddeiye istirdad olunur. Ve eğer müddei hanenin küllisini dava edüde bir mikdar şey üzerine mesela bir kuruşa ba'des-sulh hanenin bazısı mesela nısfı bil-istihkak alınmış olsa sahib-i hane bedel-i sulhdan bil-istihkak ahz ve ifraz olunan mikdarın hissesini mesela suret-i meşruhdan mezkûr bin kuruşdan beşyüz kuruşunu istirdad edebilir.

Bir şahıs bir kimse ile şu kadar altın davasından bir mikdar gümüş sulh olub ve gümüşü kabz ile meclisten kalkub yekdiğerinden ayrıldıktan sonra mezkur gümüşe bir müstehk çıkub alsa sarf manasında olmağla sulh batıl olub yine altunlara rücu lazım gelür. Yani ol altununu yine ol kimesneden alır."

باب الاستحقاق

استحقاقه ایکی نوعده نوج اول بانگله ملکینی ابدل وائله ایدر ایتبار حیه اصدلیکی مثلا بلامک
استی ایلدیکی کوله بدنی الاصل قرح دیو ایتدیکی دعوانی ایتبار ایلم اول کوله نیک حرتینه حکم
اولنیزه یونک حیه حقوقه الیهده اولردو بوهکم عامه نیکی اوزرنه حکم دیک اولدیغنده بیما بده
اول شخسه اوزرنه لکیم کیم نیک رقبه وعلوکیه دعواس مسوج اولن اوستحقاقک ایتونوج اولاییدر
نیزه جاری اولده عقودک کافی قافیضک حکم منجیع اولمضربنخ ایدر

ایمدی صورده مذکوره اول کوله برقیاج الوده کیم اولر بریه مشرع حرتینه حکم اوله زود سبیل نیک
اولدق کوز اول شخسه ایتدیکی با یغنده الوده اول بیج ایتدیکی بیج اولده و اودق حکم کت
دوهه اولمضربنخ کینینده استراد ایج بلور

استحقاقک ایکنی نوعی ملکینی بترتیبده شخسه آخه نقل ایدنه کیم برکیم آفرک بیزه اولده مال کند
ملکی اولدیندی ادها وایتبار ایلدکنی کی استحقاقک بونوعی با بعدنیزه جاری اولده عقودک ایتقاص
ایجاب ایتد و بونوعده حکم ذوالیه بولانه کیم نیک وکذک انک بالذمه با خود بالواظطه بی
اولده کیم نیک اوزر لینه حکم بناذ عبه اول با بعدده برینک ملکده دعواس مسوج اولن بلکم
تیاج دعواس یا خود اول مال اهل مستحقده الطی اولده دعواس مسوج اولور مثلا برکیم
شخسه آفرک بیزه بولانه آتی کت و سنک اولدیندی دعوی وایتبار ایدرک حکم اولنیزه
آلدیغنی اول شخسه دهی ایتدیکی با یغنده آل یلوب ایتجه بیج رفوع به بونوعی و بریم زرا مقوه
دعواسنک کافیدر لکرا اول آتا بنیم قسرا غنده طوعدی با خود با بیکرک وایب با بیکرک و
ملکک طوعسدر دیو دعوی وایتبار ایلم مسوج اولوب حکم اول باطل اولور وکذک
به بوهیونا اول مدان مستحقده ایتسیم دیو دعوی ایلم بیه مسوج اولور

صدا که بی بر خانه آید با شکر که در هر کجای زلفی با آن تصفیه آنست شکره زلفی بیخه در بدست زلفی
خضبی در آید با غما آنچه استراده آید و بدست اول خضبی قول آید با شکره زلفی
استراده آید که گفت استراده آید و بدست اول خضبی قول آید با شکره

خجسته اول در
اما شکره بیعت بیخه آید و بدست بیخه خضبه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست بیخه خضبه
بیخه خضبه آید و بدست بیخه خضبه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست بیخه خضبه
خضبه آید و بدست بیخه خضبه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست بیخه خضبه

رد آید
بر شکره آید که گفت اندک اول خانه در هر کجای زلفی و دعوی آید و بدست اول خضبه خضبه
اول خانه زلفی بیخه با شکره آید و بدست اول خضبه و بدست اول خضبه بیخه بر شکره آید
ایونز زلفی بیخه در هر کجای زلفی بیخه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست اول خضبه
فکر کرد و اگر خانه زلفی بیخه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست اول خضبه خضبه
و اگر در شکره خانه زلفی بیخه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست اول خضبه خضبه
بیخه شکره زلفی بیخه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست اول خضبه خضبه
اول خانه مقدار جزیی شد صورت شروع کرد که بیخه خضبه بیخه خضبه آید

بر شکره بیخه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست اول خضبه خضبه
فکر کرد و اگر خانه زلفی بیخه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست اول خضبه خضبه
بیخه شکره زلفی بیخه آید و بدست اول خضبه خضبه و بدست اول خضبه خضبه
اول خانه مقدار جزیی شد صورت شروع کرد که بیخه خضبه بیخه خضبه آید

۵۵۲

کذاک برخصی برضیایهینم برهوجیه نم ایشلم دکدر دیوب حکمه اولمده ریس مسوع اولور
 کذاک برخصی به فلانک وارثی دکلم دیوب حکم وارثیم ریس و جهت ارثی بایه ایسه
 دعوی مسوع اولور

دعوی استحقاقه تاریخ غیبه اعتبار اولوب بلکه تاریخ ملکه اعتبار اولور یعنی برخصی برخصیت انصافه
 برخصی ایچینم ملکه اولوب برسه بزود یرمه ضایع اولمشک دیوبجون واثبات ایدوب قبل الحکم
 فتعی اول کسبه همانمه اوم لایوب ضایع فریور ایکنه بزود نم ملکه اولر یعنی اثبات ایدوم ریس
 مسوع اولوب خصوصاً ضایع اولر بلکه اول شخصک اثباتی مسوع اولوب ضایع ایچینم
 حکم اولور

استحقاقه علم تحت استدادینه مانع اولر یعنی کسبه برای آؤکره باعلت مالی اولوب غیرک مال اولر یعنی
 بیرون اشته ایدوب یعنی مال صافی مالی دعوی واثبات ایدوب مستثنیک بنده آلمه
 مشرقی رضی دوزخ ودریک حقن باعیده استداد ایدر

مشتق جمعیت کلینی قهده نیکرکجه حکم بعضی بالاحقاقه آلمه یاکن اولمده هر بیج لیل اولور بوجورته
 بعضه جمعیت بوجوبه آلمه اگر بانه بعضه مورث حضور دکل ایسه مستثنیک اول باقی قهده هرجه
 بعضه سیم آلمه لازم کلرک ردو اعاد ایدر نه نیکم آلمه یعنی ایکنه حقن قساک بری بالاحقاقه
 آلمه بوندن تفریق ضرر اولر یعنی دیگر قسای مشتق ردایع مزاجا اگر بیع خانه فرعی مملو
 بعضه دوزخه شرع ضرر اولر بری اولر مه بعضه بعضه استحقاقه ایدر آلمه بعضه باع حقوق موجب
 ضرر ایسه ویاخورد بیج قیلد ایدر قبی بی ضرر ایکنه وکجه بری ایسه مشتق بعضه قهده غیر اولور
 دیکر ردایر ودریکه قهده بعضه اولور

اول با بعد در برین آقیمتی گندن با بعینت استرداد چنگ اولزده نگار اقامه شود و بدین اثناء تمام ارض
مکه مشرف کند و منتهی آقیمتی کهوز استرداد آنچه کند با بعینت آقیمتی استرداد این من
واصل اول که بجهت حکم اولزده گندن آنچه مصلحت اولزده

بر نواز محرم بیع با استخفافه اخذ اولزده مشربت با بعینت آقیمتی استرداد برین رضی اول استخفافه بدین ابد
یعنی شاهجه با ابد ثابت اولیغی وقده در کرمینه آخده تجاوز ایدر رجعت و دلدرد اما استخفافه اگر
مشربت آقراییم با خود رعیده نگوئیم ثابت اولورسم بوهودرت مشرف نمی با بعینت استرداد
زیرا آقراییم بقدر هفتاد ریل رجعت اولزده زیراجعت فتره در باز عید شخصی آخده اشترا
وقصد ایدکی همان جاریه ازله طوغور وقده حکم بکنه منقعه بیعیه جاریه کندی ملک اولیغی
و عود و ابناء بیع جاریه اولیغی برابر اولور اما اگر بو استخفافه شخص مردمک آقراییم
ثابت اولور چونکه آقراییم فتره اولیغیندر اول کیمه یا بکنه جاریه بی آک بیعیه و لدی
ا کا تابع اولزده تا قصه ملک و عود مافدر اما عیدت و طلوه و نب و عولزیم مانع و کلدرد مصلحت
بر آدم سرخانه بنیم ملک و کلدرد فذکره رید کردد صکی اول خانه بنیم ملک و دیواری ایس و عولزیم
مصرف اولزده اما بکولم برخصه به قولم بنی صلیحی آن دیوبه اولزده اشترا اید که فکله اول کولم بنی اولص
هر اولیغی و با خود آنچه آزاد اولزده اید و کنی و عود و ابناء ایس هر بی ثابت اولور آنچه اول کولم رضی
اول شخص آزاد اولیغیندر اید یعنی غائب و مکانی معلوم اولیغی هر بی مشربت و برسی اولیغی آقیمتی
اول کولم تصحیه ایدر و بعد گندن یعنی بودن آقیمتی نده اولور

کنند بر زوج زوج مهری او برین من له اولزده مکه و در زوج قبل الفسخ زوجت طلوه و ایدر کندی
تطایف نسبی اید و کنی و عود ایس مصرف اولور زیرا طلوه زوجت الفسخ و لغت زوجت خیر اولطیر
تطایف نسبی ایدر حتی دارور

32



50