

Romada Aynî Haklar

(Jus Rerum)

Asistan. Dr. Şakir Berki

Aynî hak bir şahsın bir şey üzerinde vasıtasız ve her kese karşı dermeyan edilebilecek olan yetkisidir. Roma hukukunda aynî hakkın hangi şeyler üzerinde tesis edilebileceğini anlayabilmek için, bu bahsin ilk faslını şeylerin tasnifine ve, Roma hukukunda mamelek mefhumu daha ziyade şeylerle ilgili bulunduğundan, Patrimoniuma tahsis etmeği doğru bulduk. e

Birinci Fesil

Şeylerin tasnifi ve Mamelek (Patrimonium).

I — Şeylerin tasnifi.

Justinianus hukukuna da geçmiş olan ve Gaius tarafından yapılmış bulunan (1) tasnifi takip edeceğiz.

1. Res eXtra Patrimonium (2) (Mameleke dahil olmayan şeyler).

2. Res in Patrimonium (Mameleke girebilen eşya)

1. Res extra patrimonium.

(1) — İmparatorluk devrine kadar Roma hukukunda res in corporalislerin henüz doğmamış olduğu görülüyor: R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p. 341, n. 1; Aksi manada: Ed. Cuq, Manuel, 1928, p. 237.

(2) — R. Monier gibi bazı müellifler (Manuel, 1945, t. I, p. 343) yukarıdaki tabirler yerine res extra commercio ve res in commercio tabirlerinin kullanılmasını daha muvafık bulmakta iseler de, bunun daha doğru olamayacağı kanaati de güdülebilir. Fihakika, eğer bir şey res extra commercio kategorisine dahil ise mameleke dahil olmayan bir şey, yani res extra patrimonium dur. Bilâkis, Res extra patrimonium tâbiri daha şamil ve binnetice daha elverişlidir, zira, eşya mutlâka commercium «dar manada hukukî muamele» ile mameleke dahil olmaz: Occupatio, specificatio, ilh. bunu teyide kâfidir.

Gerek maddî, gerek hukukî imkânsızlık dolayısı ile ferdî mameleke dahil olmayan şeylerdir. Bu itibarladır ki bu şeylere Res nullius da denir.

Res extrapatrimonium iki kategoriye ayrılır:

A — Res nullius divini juris.

Dini gayelere tahsis edilmiş olmaları sebebi ile mameleke giremeyen eşyadır .

Aşağıda zikri geçen eşya res nullius divini juris kategorisine dahildir:

a) Res sacrae. (3)

Pontifler tarafından büyük ilâhlara tahsis edilmiş olan şeylerdir: İbadet yerleri, ibadete yarayan eşya bu nevidendir. (4)

b) Res religiosae. (5)

Mezarlar (sepulcra) ve etrafını çeviren arsacıklar bu kategoriye giren dinî eşyadandır. Bu eşya üzerinde bazı şahıslara tanınmış olan nezaret ve ziyaret hakkı (ius sepulcri) ölünün akrabalarına aittir.

c) Res sanctae.

Tanrıların himayesine terk edilmiş addolunan şehir duvarları (surlar) erazi sınırları res sanctae dendirler.

B — Res nullius humani juris. (6)

Justinianus hukuku bu kategoriye dahil eşyayı üçe ayırıyor:

a) Res communes.

Mahiyetleri, tabii yapıları itibariyle mameleke dahil olmayan şeylerdir: Akar sular, hava, deniz gibi.

b) Res publicae.

Roma devletinin mamelekine hâs, Roma halkına ait eşyadır. Limanlar, yollar, parklar gibi.

c) Res universitatis.

Müstakil mameleklere dahil bulunmakla beraber halkın faydalanmasına amâde olan şeylerdir. Belediyelere ait hamamlar, tiyatrolar gibi. (7)

(3) — G. Le Bras, Studi-Riccobono, III, p: 23 et s.

(4) — Roma halkının reyî ile dinî mahiyet almış olan bir şey yine onun reyî ile bu vasfı kaybedebilir.

(5) — Ed. Cuq, Rev. hist. de droit, 1930, p: 383 et s; Ed. Cuq, Le rescrit d'Auguste sur les violations de sépultures (Rev. hist. de droit, 1932, p: 109 et s.)

(6) — Karadgé, Les choses publiques en droit romain, Thèse, Paris, 1928.

(7) — Bu eşyadan faydalanmasına mani olunan her Romalı hakarete uğramış sayılır ve actio injuriarum dan faydalanır: Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 318.

2. Res in Patrimonium.

Bir şey ya doğrudan doğruya mameleke salihdir, veya evvelâ ferdi mameleke salih değilken bilâhara hukuki bir muamele ile salih olur. Amme mallarının, meselâ amme kölesinin fertlere satılması halinde hal böyledir.

Biz bu paragrafta mahiyetleri itibariyle, başka bir deyimle, doğrudan doğruya ferdi mameleke girmeye amâde bulunan eşyanın tasnifinden bahsedeceğiz.

Romada Res in patrimonium tasnifi res extra patrimonium tasnifinden daha ehemmiyetlidir; çünkü, borçlar hukuku ve ticaret hayatının temelini bu eşya teşkil eder.

Res in patrimonium iki kısma ayrılır:

A — Res Mancipi.

B — Res nec Mancipi. (8)

Bu tasnif İmparatorluk devrine kadar Romada eşyanın en esaslı tasnifi olarak devam etti.

A) Res Mancipi grubu Roma ziraat hayatına yarayan bütün menkul ve gayri menkul eşyayı ihtiva eder: İtalya erazisi, köleler, binalar, çift hayvanları (9) ve araçları ilh. gibi zirai ve iktisadi hayatın zaruri elemanlarını teşkil eden eşya res Mancipi dir.

B) Res nec Mancipi grubuna Mancipi olmayan bütün eşya dahildir: Eyaletlerdeki erazi, koyun ve keçi, para nec Mancipi eşyadandır.

Res nec Mancipi ler ziraat hayatı ile yakından ilgili olmadığından Romalılarca daha az kıymetli şeylerdir.

Eşyanın res Mancipi ve res nec Mancipi olarak ikiye taksiminin hukuki ehemmiyeti mülkiyetin intikali usullerinde göze çarpar (10): Res nec Mancipi ler Traditio, res Mancipi ler Mancipatio veya in jure cessio ile devredilirler.

Romalılar Res in patrimoniumu hukuki mukadderatı bakımından da tali taksime uğratmışlardır:

(8) — P. Koschaker, Z. der. Sav. Stift, 1938, p. 259 et s; Cornil, Rev. hist. de droit 1937 p: 555 et s; A. Giffard, Mancipium (Rev. de philologie, 1937. p: 396 et s:

(9) — Deve ve fil res Mancipi değildir: R. Monier, Rev. hist. de droit, 1930, p: 119 et s.

(10) — F. de Visscher, Rev. des études latines, 1936, p: 130 et s. Ancak res Mancipiler Mancipatio ile devredilebilirler: Gaius, 11, 18 - 19; Resit kadınlar res nec Mancipi leri vasiinin rızasına lüzum olmadan, res Mancipi leri ise mutlaka müsadese ile devredilebilirler: Gaius, 11, 80.

C — Genera ve species eşya.

Hukukî muamelede taraflar verilecek şeyi tasrih etmemişlerse şey genera, yani gayri muayyendir, etmişlerse muayyen (species) dir. Bu taksimin hukukî ehemmiyeti şudur: Res genera nın borçlusu alternatif bir borcun borçlusu gibidir. Şey kusur haricinde zayi olsa bile aynı cinsten diğeri verilecektir. Halbuki, res species de kusur haricinde ziya borcun sukut sebebidir.

D — Res qui numero, qui pondere, mensurave.

Sayılabilen, tartılabilen ölçülebilen eşya.

Bunlar hukukî muamelâtta ayrı ayrı belirtilmiş olmalarına lüzum ve hattâ bazan da imkân olmayan eşyadır: para, buğday gibi.

Bu tasnifin hukukî ehemmiyeti ancak bu eşyanın lare aktine mevzu teşkil edebilecekleri ile izah olunabilir.

E — Mütecanis (basit) ve mürekkep eşya. (11)

Klâsik devir hukukçuları mameleke dahil olan ve müstakil varlık gösteren şeyleri üçe ayırırlar:

a) Tamamiyle müstakil bir varlık gösteren şeyler: bir direk, bir köle gibi.

b) Maddî bakımdan tamamiyle müstakil varlıklardan, eşyadan meydana gelen şeyler: sürü gibi.

Bu taksimin hukukî ehemmiyetini şu suretle izah etmek mümkündür:

1°) Basit şeyler hukukî muamelenin bütün neticelerine tâbidirler: bir köleyi satın alan onun bütününe, her kısmına sahip olur.

2°) Mürekkep şeylerden ikinci kategoriye girenler hukukî muamelenin bütün neticeleri ile ilgili değildirler: bir evi usucapio ile iktisap eden şahıs evin mülkiyetine sahip olur ise de, evin malzemesi başkasına ait ise malzemeye sarî değildir. (12)

3°) Müstakil ve mütecanis şeylerden müteşekkil mürekkep şeyin bütününün iktisabı onu teşkil eden bir ve hattâ daha ziyade müstakil şeyin iktisabı ile mümkün değildir: Bir sürüye sahip olabilmek için buna dahil bir veya dört koyunun usucapio su kâfi değildir. Fakat, bir sürüye istihkak davası onu teşkil eden her müstakil şey (koyun) hakkında ayrı ayrı rei vindicatio ya müracaatı icap ettirmez.

(11) — P. Bonfante, Corso, 11, 1926, p: 100 et s; G. Micolier, Pécule et capacité patrimoniale, 1932, p: 78 et s.

(12) — Bossovki, Studi Riccobono, III, p: 257 et s.

F — Mütemmim cüzü, teferruat ve semere.

a) Mütemmim cüzü.

Asli veya mürekkep şeyden filen ve hukuken ayrılmasına imkân olmayan, ayrıldığı taktirde bunların cevheri aslisinde iktisadî ve kıymet bakımından esaslı değişikliğe meydan veren şeylere mütemmim cüzü, tamamlayıcı parçaları denir. Bir evin çatısı, hibeye dahil şeylerden birinin ayrılması hibe mevzuunun cevherinde maddî ve hukukî noksanlıklara mahal vereceğinden, çatı ve hibe mevzuundan ayrılan şey mütemmim cüzüdür. (13)

Şu halde mütemmim cüzülerin hukukî mukadderatı asıl şeyin tâbi olduğu hukukî muamele ile tayyün eder: saatin kulpu, saat satılırken satılmış sayılır.

b) Teferruat. (instrumento). (14)

Asli şeyin kullanılmasını kolaylaştıran ve ondan ayırdığı zaman cevheri aslisine, özüne tesir etmeyen sahip şahsın iradesine tâbi bulunan şeydir.

Romada erazinin işlenmesine yarayan köle ve hayvanlar ve ziraat alâti erazinin teferruatındandır. Arazi sahibi isterse erazi ile birlikte bu teferruatı satabilir, dilerse yalnız eraziyi (asli şey) devreder.

c) Semere (Fructus).

Asli şeyin kıymeti eksilmeksizin, düşmeksizin yarattığı maddî veya hukukî şeylerdir. Ağacın meyvesi, paranın faizi gibi.

Roma hukukçuları semere ile hasılatı birbirine yaklaştırmak suretiyle birlikte mütalâa ederler. Faiz ve kira bedeli de semeredir. (16)

Şu halde, semere iki çeşittir:

1°) Tabii semere.

Asli şeyin fitretinde; cevherinde bulunan semerelerdir: koynunun sütü, yünü gibi. (17) Kölenin çocuğunu (Patrus ancillae) semere sayıp saymamak münakaşalı idi: Müspet cevabı takip eden Q Mucuis Scaevila'nın fikrini ana rahmindeki partus ancillae için doğru bulmak lâzımdır. Aksi takdirde, yani

(13) — İşaret edelim ki hibe mevzuundan ayrılan her şey mütemmim cüzü sayılamaz, sayılabilmesi için umumî efkârın ayrılan o şeyin mutlâka mevzu dahil bulunması zaruretine hükmetmesi gerekir.

(14) — Steinwenter, Fructus cum instrumento, 1942, p: 110.

(16) — Pomponius (D. 50, 16, fr. 121) faizi semereden saymaz.

(17) — Hayvan yavrusu doğmadan evvel semere, doğduktan sonra Fructus separati den ziyade asli şeydir. Mamafih, yavruyu besi bakımından anasından ayırmakta mahzur varsa, Fructus separati saymak lâzımdır.

çocuk doğduğu andan itibaren, menfi mütalâada bulunan Junius Brutus u takip etmek doğru olur; zira, Roma hukuku imtidadınca filen şahsiyet ahline geçmiş, yani doğmuş olan köleler ana ve babaları gibi hukukun himayesine nail olmuş bulunmak suretiyle tam manası ile res Mancipi olmaktan kurtulmuş bir varıktan, insandan ibarettirler. (18)

Aslî şeyle olan ilgilerine göre tabii semereleri üçe ayırmak mümkündür:

a) Fructus pendentes.

Aslî şeyle irtibatı kesilmemiş olan semerelerdir ki, tam manası ile semereye tekabül etmezler.

b) Fructus separati.

Aslî şeyden arızî olarak ayrılan meyvelerdir. Rüzgar ile dökülmüş elmalar buna misaldir.

c) Fructus recepti.

İrade ile toplanmış olan semerelerdir. Bunlar da ya exi trantes, yani halen mevcut, veya consumpti, yani yenilmek veya satılmak suretiyle elden çıkarılmış, istihlâk edilmiş olan semereler olarak ikiye ayrılır.

Semerelerin bu taksiminin bilhassa iade bakımından ehemmiyeti vardır: hüsnü niyetli zilyed fructus consumpti lerden prensip itibariyle mesul değildir.

2°) Medeni (hukukî) semereler.

Evelce de beyan olunduğu üzere Roma hasılat ile medeni semereleri bir tutmuştur. Medeni semere ile kanunî semere arasındaki en bariz fark bu berikilerin aslî şeyin bir parçası olmadığıdır. İcar bedeli ve faizde hal böyledir.

G — Menkul ve gayri menkul eşya. (19)

İmparatorluk devrine kadar şeylerin en ehemmiyetli tasnifi res Mancipi ve res nec Mancipi olarak devam ettiğiinden, menkul ve gayri menkul tasnifine ancak bu devirden itibaren raslanır. Mamafih, bu tasnifin Romada ehemmiyeti yok denilebilecek kadar sönüktür. (20) Fakat, her halde, cüz'î ehemmiyeti de mülkiyetin intikalinde mevzu bahis değildir.

II — Patrimonium (Mamelek).

1. Umumî bilgi.

Mamelek bir şahsın para ile ölçülebilen hak ve mükellefiyetlerinin hepsini ihtiva eden mücerret hukukî bir zarftan ibarettir. Şu halde mamelek anla-

(18) — Partus ancillae için, bakınız: Basanof, Partus ancillae, Thèse, Paris, 1929.

(19) — B. Klüber, Res mobiles und res immobiles (St. Bonfante, 11, p. 346 et s.).

(20) — R. Monier, Manuel, t. 11, 1944, 353, no. 254, n: 3, 4.

mına aynı haklar ve borçlar ve nihayet miras hukukunun aktif ve passif hükümleri girer. Sırf şahsa bağlı özel hukuk ve kamu hukukunun hak ve mükellefiyetleri mameleke dahil değildir: aile reisiği, devlet şefliği, oy hakkı ilh mamelek mefhumu haricindedir.

Romalılar mamelek mefhumunu ilk zamanlarda tanımıyorlardı, ve sonraları da, hattâ Justinianus hukukunda bile, mamelek mefhumunu modern manası ile kabul etmediler.

İlk zamanlarda patrimonium paterin emrinde bulunan malları ifade eder, alacak ve borçları ihtiva etmez. Bu, adrogatio ile evlâtlığa alınan şahsın bütün mallarının evlât edinen patere intikal etmesine mukabil, borçlarının sönmesi hadisesi ile teyid edilir. Pretör hukukunun bu hususta koymuş olduğu islâh edici kaide (21) Romada mamelek mefhumuna doğru bir ilerleyiş olarak kabul de edilemez; çünkü, borçlardan mesuliyet bizatihi mamelek mefhumundan doğan bir neticedir.

Esasen pretörün yaptığı yenilik alacaklılar lehine alınmış münferid tedbirlerden ibaretti.

Bazı müellifler (22) Roma hukukunda mamelek mefhumunun belirtilmekte oluşuna mirascının müteveffanın mallarına sahip olmakla beraber ocağının ibadetini devam mükellefiyetine de tâbi bulunduğunu zikretmektedirler. Fakat sacra borcunu mamelekle ilgili görmek doğru değildir, zira mameleke dahil borçlar para ile taktir edilebilecek borçlardır.

Romada res corporales ile res in corporalesi de ihtiva eden patrimonium mefhumunun menşeiini mirascının müteveffanın alacaklılarına karşı mesul tutulduğu tarihe kadar uzatmak lâzımdır. Şu halde, patrimonium tabiri Romada her şeyden evvel maddî eşyayı ifade eder. (23)

Roma hukukunda modern mameleki ifade edebilecek olan tek tabirin «Universitas juris» olduğunda ekseriyetle karar kılınmıştır. (24) Bu tabir ile Romada, bilhassa, miras bahsinde, mamelek mefhumu belirdi.

(21) — Pretör hukukunun bu husustaki faaliyeti için Capitis deminitio ve Adrogatio onun neticeleri bahislerine bakınız.

(22) — R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 347, No: 249.

(23) — Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 916. Aksi manada: Giffard, Précis, 1934, t. I, p: 320

(24) — R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 348: Hermogeni anus (D. 50; 16: fr: 222) tarafından kullanılır. Pecunia tâbiri de hukukî manasıyla mameleki ifade etmeyip ancak patrimonium un aktif kısmının bütün şumulünü göstermeğe yarar.

Peculium'uda Romada mamelekin nikişafına dair beliren bir müessese olarak kabul etmek doğrudur. Fakat, bazı müelliflerin hilâfına olarak, köleyle ait peculiuma quasi patrimonium mahiyeti izafe etmek bizce doğru değildir; çünkü, hukukî manasında mamelek mefhumunun aktif kısmı daima zenginleşmeğe amâdedir. Halbuki köle ve hattâ alieni jurisler prensip itibariyle kendileri için ehil değildirler. Bundan başka, hukukî manasiyle patrimonium ona dahil kıymetlerin hak sahibi tarafından devrini mümkün kılan bir mefhumdur. Alieni jurisler P. Q. castrense lerinde ölüme bağlı tasarruflarda buunmazlardı.

Modern mamelek anlamı şahsiyetle ilgili olduğundan ve modern hukukta herkes şahsiyetten müvasatten faydalandığından mamelekin aktif ve passif kısmı daima açıktır: bir şahıs aktif kısmı istediği kadar zenginleştirmekte ve passifi azaltmakta serbestir. Romada köle bizzat mameleke dahil bulunduğu için onun pekkülüne quasi patrimonium adı vermek hayli güçtür.

2. Mamelek bakımından Roma hukuku ile modern hukuk arasında ki fark.

A — Prensipte fark.

Modern hukukta herkes şahsiyete sahiptir, binnetice, bir mameleke sahiptir. Romada, kölelik Romanın inkirazına kadar devam ettiği için, herkes mameleke sahip değildir.

B — Mamelekin faydalanan şahıslar bakımından fark.

Zamanımızda iktisap ve iltizam ehliyetine, yani hem aktif hem passif ehliyete ve hattâ yalnız ikincisine sahip olan herkes mameleke tahditsiz olarak sahiptir. Romada, rüşde erişmiş olsa bile, alieni juris lerin mamelek hüriyetleri kısıntıya uğramıştır. Roma, tam mamelek ehliyetini ancak sui juris lere tanır.

İkinci Fasil.

Mülkiyet (Dominium) (25)

I — Mülkiyetin menşei ve tarihçesi.

1. Mülkiyetin menşei.

Bazı hukukçular (26) Romada mülkiyetin ilk defa res mancipi ler üzerin-

(25) — P. Huvelin, Cours, I. 1927, p: 425 et s; R. Besnier, Observations sur les vicissitudes de la notion romaine de la propriété: (Annales d'hist écon et sociale. 1937, p: 320 et s.

(26) — Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 243, 292; Girard, Manuel, 1929, p: 272.

de mevzu bahis olduğunu, bazıları da (27) mülkiyetin en eski devirlerde res nec Mancipi ler hakkında da kabul edilmiş bulunduğunu iddia etmektedirler.

Milâttan evvel ikinci asırda meriyete giren lex aquilia nın her çeşit ve hattâ res nec Mancipi sayılan keçi ve koyun sahiplerini de çift hayvanları sahipleri gibi himaye etmiş olması bu asırlarda res nec Mancipi lerin de mülkiyet mefhumuna dahil bulunduğunu ispata bir veskia sayılabilir. Mamafih, birinci kategoriye dahil hukukçulara uyarak, Romada ilk defa hukukî manasiyle mülkiyet anlamına giren res Mancipi lerden olan araziyi zikretmek muvafık olur. Nitekim, ikinci fikri güden hukukçuların hepsi mülkiyetin tarihçesinden bahsederken tarihçenin mebdesine res Mancipi olan arazi üzerindeki mülkiyeti dahil etmektedirler. Şu halde, bu müellifler, dolayısıyla olsa bile Romada mülkiyetin en eski devirlerde res Mancipi ler üzerinde mevzu bahis olduğunu kabul etmiş addedilebilirler.

2. Mülkiyetin tarihçesi. (28)

Bazı müellifler (29), arazi mülkiyetinin ilk defa kabilelere ait bulunmuş olduğunu, bazıları ise (30), paterin Heredium a sahip bulunmasını ileri sürerek, erazi mülkiyetinin hususi mülkiyete dahil bulunduğunu iddia etmektedirler. Bazı hukukçular da Romada paterin ziraatine terk edilmiş erazi üzerinde hususî gayri menkul mülkiyetinin mutlak olduğu fikrindedirler. (31)

En son Roma hukuku eser (32) ve makalelerinde bile henüz münakaşatlar ile dolu olan bu meseleye katiyete yakın bir hal çaresi bulabilmek fikrimizce aşağıdaki ayırdı göz önünde tutarak hükmetmekle mümkündür:

1°) Romanın çobanlıktan kurtulduğu devre kadar arazi mülkiyetinin hususi mülkiyete değil kabile mülkiyetine dahil olduğunu müdafaa etmek bu hayatın mahiyetine uygundur. Hakikaten, henüz çobanlık devresinde yaşa-

(27) — P. Koschaker (Z. der. saw. Stift. 1918, p: 259 et s.); F. de visscher, Mancipium et res Mancipi: „Studia, 1936, p: 317 et s); R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 355 et s. Bu müellifler, res nec Mancipi lerin de actio sacramentum in rem ile talep edilmekte ve mülkiyetin gerek res Mancipi, gerek res nec Mancipi ler için kabul edilmiş olduğunu iddia etmektedirler.

(28) — Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 916 et s; P. Collinet, Rev. hist. de droit, p: 694; Mommsen, Droit public, VI, I, 1889, p: 26 ets; Girard, Manuel, 1928, p: 280 et s; R. Besnier, Rev. hist. de droit, 1934, p: 436 et s.

(29) — Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 916; Kaila, L'unité foncière en droit romain, 192

(30) — Piganiol, Origines de Rome, 1916, p: 228 et s.

(31) — Il trasferimento della Proprietà, 1924, p: 26 et s.

(32) — R. Monier, Manuel, 1945, p: 356 et s.

yan kavimlerde gayri menkul (arazi) üzerinde hususi mülkiyetten bahsetmek umumiyetle mümkün değildir.

2°) Romada zirai ekonomi hayatı başladığı tarihten itibaren ferdi erazi mülkiyetinden bahsetmek yerinde olur. Çünkü bu hayat, hususi mülkiyete zarurî ve kat'i olarak yer verir. (32)

Fakat işaret edelim ki, zirai ekonomi safhası ile on iki levha kanunlarına kadar geçen devrede erazi üzerindeki hususi mülkiyeti ziyedlikle beraber giden fidi bir mülkiyet olarak kabul etmek, bu devrede hususi mülkiyeti gösterir metin yokluğunun icap ettirdiği zarurî bir mütalâa olur. (34)

Erazi üzerinde tam manası ile hususi mülkiyetin resmen kabulü tarihini aşağı yukarı katiyete yakın bir rakamla belirtmek lâzım gelirse, Lex Thoria dan (M. E. 114) bahsetmek lâzımdır. Filhakika, ancak bu kanun ile dir ki Devet erazisi (Ager Publicus) ferdi erazi (Ager privatus) ye inkılâp etmeğe başladı. (35)

II — Mülkiyetin şumulü. ve tahdidi.

1. Mülkiyetin şumulü.

Menkul mülkiyetinin şumulünü belirtmekte güçlük yoktur. Gayri menkul mülkiyetinin maddi şumulü hudut tayini (limitatio) ile ve şekle riayet edilerek tespit edilmekte idi. Hudut ihtilâfları actio finium regundorum ile hallediliyordu. (36) Erazinin sathı üzerinde yapılan bu tahdit erazinin alt ve üstüne şamil değildi. Binnetice, dominus soli, (gayri menkul maliki) erazinin derinliğine bütün muamelede bulunabilirdi.

(33) — Romada zirai ekonomi hayatının başlangıç tarihini Roma şehrinin şöyle böyle teşkilâtlandığı devirlere kadar çıkarmak yanlış olmaz. Su halde, Romanın başlangıcından Oniki levha kanunlarına kadar geçen devrede erazi üzerindeki hususi mülkiyeti red eden görüş tarzlarını kabul muvafik düşmez.

(34) — Bu mütalâa paterin, aile sefinin tasarrufu altında bulunan ağı occupatorii, vani işgal edilmiş, ziyedliğe alınmış Devlet arazisi için devlete muayyen bir hasılat vermesi mükellefiyeti ile de tevîit olunabilir: R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 359, No: 259, n: 6.

(35) — G. Bloch et J. Garçonpino, Histoire romaine, t. II, p: 190 et s; 242 et s; A. Piganiol, Annales d'hist. écon. t. I, 1929, p: 382 et .

Kanun 35 Tribu ye ait araziden Roma vatandaşları tarafından, aile sefleri tarafından işgal edilmiş erazi üzerinde hususi mülkiyeti tanıyordu. Fakat bu kanundan sonra hususi mülkiyete çevrilmemiş olan Ager Publicus üzerinden yine vergi alınmaya devam olundu: Trapenard, L'Ager Scripturarius, p: 15 et s; 212 et s.

Pleblerin tekrar Romanya'ye yerleşmelerini temin için bunlara erazi dağıtan Lex Sempronia (M. E. 134) da erazi üzerindeki hususi mülkiyetin resmen tanınması için bir mebde olarak zikredilebilir.

(36) — Buckland, Rev. hist. de droit., 1936, p: 745 et s.

2. Mülkiyet hakkının tahdidı.

Kirit mülkiyeti hukuki cepeden kısıntıya tâbi değildi. Jus utendi, jus fruendi ve jus abutendi istenildiği gibi kullanılabilirdi. Binaenaleyh, malik şeyi istediği gibi kullanır, meyvelerini istediği şekilde istihlâk eder ve jus abutendi yi dilediği gibi kullanır, yani şeyi satar ve hattâ tahrip edebilir.

Mamafih, Roma hukukunda bilhassa gayri menkul mülkiyetinin hukuken kısıntılara uğradığını görüyoruz. (37) Bu tahditleri iki bakımdan gözden geçireceğiz :

1°) Özel menfaatler dolayısı ile kısıntılar:

Komşu eraziden diğerine ağaç dallarının sarkmasına diğer erazi sahibi muhalefet edemez: komşu erazi sahibi diğer eraziye düşen meyvelerini toplamak için bu eraziye girebilir; komşu erazi sahibi erazisi üzerinde diğer eraziye tehlike getirebilecek hareketlerde bulunamaz.

Bu kısıntılar Oniki levha kanunlarında yazılıdır.

2°) Genel menfaat namına mülkiyete konan tahditler.

Bu kısıntılar arasında bilhassa şunları anmak lâzımdır: İnşa edilmiş bir binaya dahil, onun mütemmim cüzü haline gelmiş bulunan bir direk, sahibi tarafından sökülüp alınamaz. (38) Malzemesi satılmak için bina tahrip olunmaz. (39) Nihayet, amme menfaati için özel mülkiyete son verilebilir. Ancak bu, Roma hukukunda teknik manasında istihlâk müessesesinin varlığına delil teşkil edemez. Zira, Romada özel mülkiyetin bertaraf edilmesi yalnız savaş harekâtına zarurî olan eraziye inhisar ediyordu: İslâm hukukunun hilâfına olarak, Roma hukukunda istihlâki prensipde teknik bir kaideye bağlayan bir hükme tesadüf olunmamaktadır.

Diğer cihetten ammeye ait bir binanın inşası için gayri menkul mülkiyetine tecavüz edilmiyordu. (40) Mamafih, majistraların bazı hallerde kanun veya senato kararına dayanarak erazi sahiplerini erazinin tamamını veya bir kısmını satmaya zorlama yetkilerinin mevcudiyetinden Romada teknik ol-

(37) — E. H. Kader, L'exercice de la propriété à la fin de l'époque classique: (Rev des études latines, 1937, p: 136 et s.)

(38) — R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 363, n: 1,

(39) — Girard, Textes, 6 éd. p: 132 et s; May, Rev. hist. de droit., 1935, p: 1 et s. Sahildeki gayri menkul sahipleri deniz nakil vasıtalarının ve bilhassa gemilerin iskele ihtiyacını reddedemezler.

(40) — Bonfante, Corso, 11, 1926, p: 249 et s.

Romada mülkiyete konulan tahditler arasında işletilmeyen arazinin işgal edilebileceğini: (Ed. Cua, Manuel, 1928. p: 248), başkasının arazisinde maden ocağı keşfeden kimsenin bu arazi sahibinin rızasına bile muhtaç olmaksızın bunu işletmeğe yetkili bulunmasını: (Ed. Cua, Manuel, 1928. p: 245, n: 4) ve nihayet, gayri menkul sahiplerinin harap vaziyette bulunan evlerini tamir ettirmeleri mükellefiyetini: (R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 368, n: 2) kaydetmek lâzımdır.

mamakla beraber istimplâk müessesesinin nüvesini kabul etmek yerinde olur.

III — Mülkiyet çeşitleri.

1. Kirit mülkiyeti. (Dominium ex jure quiritium)

Romalı şeye taalluk eden, Roma vatandaşlarına ait ve jus civile ce müteber intikal ve iktisap usullerine göre iktisap edilebilen bir mülkiyet tipidir. Kirit mülkiyeti tam manası ile mülkiyet hakkı yaratan, yani hak sahibine jus utendi, jus fruendi ve jus abutendi yi bahşeden bir mülkiyet tipidir.

A — Kirit mülkiyetinin şartları.

Yukarıdaki tariftan anlaşılacağı üzere kirit mülkiyetinin doğumu için üç esaslı şarta lâzımdır:

1°) Mevzu Romalılara ait bir şey olmalıdır.

2°) Malik Romalı vatandaş olmalıdır.

3°) İktisap jus civile ce müteber usullerden biri ile vaki olmalıdır.

Bu üç şarttan birinin yokluğu şahsı, iktisap edeni, şey üzerinde malik değil zilyed kılar.

B — Kirit mülkiyetinin müeyyidesi.

Kirit mülkiyeti çeşitli davalar ile himaye edilmekte idi. Bu davalar sırası ile şunlardır:

a) Actio rei vindicatio. (istihkak davası)

Şeyin zilyedliğini kaybetmiş olan malik bu davaya müracaatla onu 178 — Hukuk dergisi Cilt V — 12 nci makale geri alabilir. Dava, Justinianus zamanında şeyi elinde bulunduran herkese karşı açılabilir. (47)

İspat külfeti davacıya (malik) düşer.

Actio rei vindicatio nun neticeleri Formüllü dava usulü ile fevkalâde yargılama devrinde bazı farklar gösterir.

1°) Formüllü dava usulü devrinde actio rei vindicatio nun neticeleri: davalı, şeyi aynen, şey mevcut değilse veya aynen tazminden feragat ediyor-sa nakden iade ile mükellef olduğu gibi miktarı davalının yeminine itimod edilerek tespit edilmiş veya edilecek olan zarar ve ziyarı da ödemeye mec-

(41) — Justinianus, Rei vindicatio nun neticelerinden kurtulmak maksadı ile şeyi terk eden zilyede, asıl zilyedi zaman aşımından faydalandırmak ve onu şey üzerinde malik kılmak maksadı ile kendini zilyed gösteren ve bu suretle davayı kabul eden şahsa karşı da actio rei vindicatio nun açılabilceğini kabul etmiştir: Girard, Manuel, 1929, p: 366, n: s; Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 299.

burdur. Hüsnüniyetli zilyed, *litis contestatio* dan sonra vaki ziyadan mesul değildir. (42) Meğerki, şey kusuru ile zayi olmuş olsun, Suiniyetli zilyed kusur haricindeki ziyadan mesul olacağı gibi şey üzerinde *litis contestatio* dan evvel veya sonra vaki kıymet düşüklükleri ile de mülzemdır.

Formülü dava usulü devrinde *actio rei vindicatio* semerelerin iadesini sağlamaz.

Hüsnüniyetli zilyed zarurî ve faydalı masrafları tenzil etmeğe haklıdır. Şeyin kıymetini artırmayan faydalı masrafların lüks masraflar tenzil edilemez. (43) Suiniyetli zilyed bu masrafları tenzil edemez.

2°) Fevkalâde yargılama usulü devrinde *actio rei vindicatio* nun neticeleri: Zilyed aynen teslimde zorlanabilir; dava *litis contestatio* dan evvel şeyin semerelerin iadesine de şamildir. Justinianus zarurî masrafların tenzili bakımından her iki zilyed arasında fark gözetmez, hattâ kötü niyetli zilyede bazı faydalı masrafları isteme hakkını bahşeder. (44) Nihayet, Justinianus, *ius tollende yi*, yani lüks masrafları şeye zarar vermeksizin alma hakkını hüsnü niyetli zilyede odluğu kadar suiniyetli zilyede de tanır. Mamafih, malik, sökülen şeylerin söküldükten sonraki kıymetini vermek veya şey söküldüğü takdirde hiç bir kıymet ifade etmeyeceğini ispat etmek şartı ile *ius tollendin*in kulanılmasına mani olabilir. (45)

b) *Actio negatoria* ve *actio prohibitoria*. (46)

Kirit mülkiyetinin kullanılmasına müdahale edildiği veya mutlak vasfı ihlâl edildiği vakit malikin açacağı dava tipleridir. *Actio rei vindicatio* malikin zilyedliği kaybetmesi halinde açıldığı halde bu iki davanın açılması zilyedliğin elden çıkmış olması şartına bağlı değildir.

1°) *Actio negatoria*.

Bu dava başkasına ait erazide haksız olarak intifa veya aynî irtifak hakkı kullanılması halinde malik tarafından açılır. Malik, mülkiyetine giren şeyin kanunen bu haklarla takyit edilmiş olmadığını iddia ve ispat eder. (47)

(43) — Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 303, n: 6; aksi manada: Bonfante, Corso, II, 2. p: 308, n: 1.

(44) — R. Monier, Manuel, 1945, I, p: 376, n: 2.

(45) — *Actio rei vindicatio* nun teferruatlı neticeleri için: Giffard, Précis, 1934, I. p: 399 - 401.

(46) — R. Monier, Manuel, 1945, I, p: 376, n: 4; 377, n: 1.

(47) — Her iki dâvâdc da ispat külfetinin kime terettüp ettiği katıyetle malûm değildir. Bu hususta ileri sürülen fikirler için bakınız: Girard, Manuel, 1929, p: 374, n: 4.

Başkasının arazisinde haksız yere irtifak hakkı kullanmak isteyen mahkûmiyeti bu hakkı bir daha kullanmamasına dair kendisinden söz almaya inhisar eder; bu sözü yerine getirmese para cezasına çarptırılır. (Gaius, Inst. IV, 51).

2°) Actio prohibitoria ile malik, erazisi üzerinde bir şey yapmak isteyen şahsın bu filine son verir.

c) Actio ad exhibendum.

Aynı bir dava olup bilhassa maddeten karışmış bulunan şeylere istihkakı temin eder. (48) Davanın gayesi karışmış olan şeyin ayrılması ve bilâhara actio rei vindicatio ile geri alınmasından ibarettir.

Jusinianus, bu davanın suiniyetli inşaat sahipleri aleyhine de açılacağı kabul eder. Fakat, inşaata dahil olan şeyin, yapıda kullanılmış olan malzemenin, geri alınması için değil tazmin için kabul edilmiştir.

Kirit mülkiyeti şahsî davalar ile de müeyyidelenmiştir (49):

1°) Cautio damni infecti.

Cumhuriyet devrinden itibaren erazi sahibi, hattâ servitüd sahipleri inşaat yapan komşu erazi malikinden inşaat dolayısıyla zarar husulü halinde tazmin edeceğine dair vaadde bulunmasını isteyebiliyorlardı. Bu suretle vaadde bulunmuş olmak inşaatın devamına sed çekmenin önüne geçiyordu. İnşaatın zarar gören komşu erazi maliki actio ex stipulatu ile zararın tazminini istiyordu. Vaad tutulmadığı takdirde pretör komşu erazi sahibine inşaatın mülkiyetini bile verebiliyordu.

2°) Interdictum quod vi aut clam. (50)

Komşu erazi sahibine zarar verici bir yapının kaldırılmasını veya, yapı bitmiş ise, zararın tazminini sağlamak maksadı ile verilen interdictum dur. Ancak, inşaatın komşu erazi sahibinin yasağına (vi) rağmen veya hileli bir şekilde (clam) yapılmış olması şarttır.

Klâsik devirde bu interdicta ya inşaat müddeinin erazisinde yapılmış olduğu, Justinianus devrinde ise inşaatın müddei ve müddeialeyh e ait erazi üzerinde kurulmuş bulunduğu halde müracaat edilir.

3°) Operis novi denuntiatio. (51)

Bir erazi sahibinin erazisi üzerinde diğer erazi veya gayri menkulü zarara sokacak veya harabiyete sevkedecek inşaatda bulunmamasını bildirme-

(48) — Bu dava actio rei vindicatio dan ekseriya evvel açılır ve onun bir başlangıcı olarak işlerdi: rei vindicatio da bulunmak isteyen şahıs şeyin hüviyetini iyice anlamak için kendisine ait olup olmadığını peşinen bilmek maksadı ile zilyedi şeyi Majistra önüngetirmeğe zorladı. Demek ki, menkuller hakkındaki istihkak dâvalarında actio ad exhibendumun açılması âdetti.

(49) — Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 574 et s;

(50) — R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 379, n: 2.

(51) — O. Martin, Etudes girard, 1913, t. I, p: 123 et s.

si ve bunu yerine getireceğine dair verilen sözün yerine getirilmemesi halinde komşu erazi sahibine tanınan davadır.

4°) Actio aquae pluviae. arcendae.

Hâdim erazi sahibinin hâkim eraziden inen suların mecrasını değiştirtmeğe yarayan bu dava Justinianus devrinde mülkiyetten gayri aynı hak sahiplerine de tanındığı gibi, bunların ve hâdim erazi sahibinin hâkim eraziden akan sudan faydalanmalarını da temin eder.

2. Pretör mülkiyeti. (In bonis habere)

A — Pretör mülkiyetinin mahiyeti.

Jus civile gereğince bir şey üzerinde tam manası ile mülkiyete sahip olabilmek için o şeyin jus civile nin gösterdiği yol ve şekillerde devredilmiş olması lâzımdır. Aksi takdirde, şeyi iktisap eden, jus civile nazarında possessor (zilyed) den ibarettir. Binnetice, rei vindicatio'ya maruz kalarak şeyi iadeye mecbur tutulur. Şey bir semen mukabilinde, yani beyi akdi ile iktisap edilmiş olsa bile, mancipatio veya in jure cessio ya riayet edilmedikçe yapılan teslim (Traditio) aynı neticeyi doğurur. Bu haksız neticeden ötürü olmalıdır ki pretör res mancipi ye ve Romalı vatandaş elinde bulunan res nec mancipi yi devr alan şahsı himaye etmek maksadı ile onu güya şeyi jus civile ce iktisap etmiş gibi farz etmek suretiyle jus civile şekilciliğinin mülkiyet sahasına aks eden bir mahzuru bertaraf etmiştir. Bu suretle şey, onu iktisap edenin mamelekinin aktif kısmına (in bonis) dahil olur. (52)

Pretör mülkiyetine sahip olabilmek, şeyin her zaman hüsnü niyetle iktisap edilmiş olması şartına bağlı değildir; çünkü pretör mülkiyeti bazan pretör emri ile zorla da iktisap edilir. Bonorum venditio ve bonorum possessio hallerinde hal böyledir.

Bazı müellifler (53) hüsnü niyetli zilyedi pretör mülkiyeti sahibine benzetmekte, bazıları da bu fikri red etmektedirler. (54) Hüsnüniyetli zilyed satıcının asıl malik olduğunu zannederek şeyi alan kimse olduğuna göre. Ve, evvelce de gördüğü üzere, actio rei vindicatio da mülkiyet mevzuunun mutlaka aynen teslimine lüzum bulunmadığından hüsnüniyetli zilyede pretörlerinin bonis habere yi bahşetmeleri isabetsiz bir hareket tarzı olamazdı. (55)

(52) — Bu itibarladır ki pretör mülkiyeti ekseriya Proprété bonitaire tabiri ile ifade olunur: Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne, II vol. 1889 - 1890.

(53) — Ch. Appleton, Propriété prétorienne, t. 1, p: 12.

(54) — Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 249, n: 2 et 3; Bonfante, Corso, 11, 2, p: 320, 323.

(55) — Mamafih, nev'i, vasfı ve sıfatı ile tayin edilen şeyler hakkında bu fikir istisna teşkil edebilir. Meselâ bir kölenin hüsnüniyetli zilyedine köle üzerinde yalnız intifa hak-

Pretör mülkiyeti res mancipi ve res nec mancipi ler üzerinde caaridir.

B — Pretör mülkiyetinin müeyyideleri.

In bonis habere actio ve exceptio lar ile himaye edilmekte idi

a) Actio publiciana (56)

Menşei ihtilafli olan ve fakat Sbinus zamanında malum olduğu iddia olunan (57) bu dava ne vakit, hangi devirde yaşadığı belli olmayan Publicius adındaki bir pretör tarafından yaratılmıştır.

Dava, pretör hukukunca mülkiyete sahip olanların, Klâsik devirden itibaren de usucapio ile iktisap yolunda bulunan her zilyedin istihkak davası mahiyetindedir. Jus civile ye uygun olmayarak satılan res mancipi nin müşterisi (zilyed) ve diğer zilyedler bu dava ile şey üzerinde usucapio nun bitiminde jus civile ce mülkiyet hakkı doğuracak olan zilyedliği tekrar elde ederler. Bu gayeye erişebilmek için, pretör, zilyed lehine olmak üzere hâkime güya usucapio müddeti bitmiş, dolmuş gibi hükmetmesini emrediyordu. Bu suretle Publiciana actio ya farazî bir actio rei vindicatio mahiyeti verilmekte idi.

Zilyed gerek hüsnüniyetli, gerek suiniyetli bulunsun, yani res mancipi yi formaliteye uymadan iktisap etmiş olsun, dava formülü aynı idi. (58) Formülde hüsnüniyetin zikrine de lüzum yoktu. (59).

Justinianus hukukunda, kirit ve pretör mülkiyeti ayırdı hemen hemen kalktığında, Publiciana actio yalnız hüsnüniyetli zilyedin zilyedliğini himayeye münhasır kaldı.

Davalı, şeye daha evvel zilyed bulunduğunu ispat ederse dava kaybedilir. Meselâ davalı da şeyi davacının satıcısı bulunan asıl malik olmayan kmiseden daha evvel aldığını ispat ederse zilyedlik iade olunmaz. Fakat bu netice pretör mülkiyetinden faydalanan zilyed için mevzu bahis olamaz. Her nekad, şeyin jus civile ye göre maliki bulunan şahıs exceptio justî dominii yi, yani şeye jus civile ce malik olduğuna dair defii ileri sürülebilirse de, pre-

ki sahibi sıfatını vermek iktiza ederdi, binnetice, zilyed tarafından yapılan azadi muteber saymak doğru olamazdı.

(56) — Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne: (Rev, gén. du droit, 1923, p: 161 et s.

(57) — Girard, Manuel, 1929, p: 375, n: 2,

(58) — Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 304; Girard, Manuel, 1929, p: 376; Giffard, Précis, t. I, 1938, p: 402, n: 2.

(59) — R. Monier, Manuel, 1945, I, p: 381; Aksi manada: Lenel, Das edictum, 3 éd. p: 179.

tör mülkiyeti sahibi bu defiyi replicatio rei venditae ve traditae ile ref edebilir, zira, pretör, mülkiyeti şeyin jus civileye uyulmaksızın satılması ve teslim edilmiş olması halinde bahşediliyordu.

Davanın neticeleri prensip itibariyle actio rei vindicatio nun neticeleri gibidir.

b) Pretör mülkiyetini himaye eden exceptio lar.

Pretör mülkiyetini himaye eden exceptio lar daima pretör mülkiyeti malikin lehine netice doğurur. Çünkü pretörün kendisine mülkiyet hakkı tanıdığı zilyed henüz jus civile ye göre malik durumuna geçmemiştir, ancak bu suretle hak sahibi olmaya pretör tarafından himaye ile desteklenen bir namzedden ibarettir. Öyle bir namzet ki, usucapio müddetince kirit hukukunca malik addedilmektedir. Şu halde, şey üzerinde kirit maliki rei vindicatio da bulunduğu zaman, zilyed (pretör mülkiyeti sahibi) bu iddiaya karşı kirit mülkiyetine kat'i namzetlik sıfatını dermeyer suretiyle her zaman galip çıkacaktır. Halbuki kirit mülkiyetine sahip olduğunu mücerret zilyede (pretör mülkiyetine sahip olmayan zilyede) karşı dermeyer eden şahıs davayı kazanabilir; çünkü şeyi ona devrettikten sonra yine jus civileye uygun yollar-dan biri ile tekrar iktisap etmiş olduğu def'inde bulunabilir.

3. Peregrin mülkiyeti ve Eyalet erazisi üzerindeki mülkiyet

A — Peregrin mülkiyeti.

Jus commercium a sahip olan yabancılar müstesna, peregrinler dominium ex jure quiritium dan faydalanamazlar. Bununla beraber, pretörler ve Eyalet majistraları bu peregrinlerin de bir şey üzerindeki hakimiyet ve haklarını kirit mülkiyeti neticelerine müncer olan davalar ile himaye ettiler. Bunu temin için pretör hâkime peregrinlerin bazı hallerde, pretör hukukunca meşru sayılan hususlarda, aynen roma vatandaşı muamelesi görmeleri lüzumunu formülde bildiriyordu. (60)

Nihayet, Gaius, peregrinlere hâs mülkiyet hakkından bahsediyor: peregrinler kendi siteleri kanunlarınca mülkiyete sahip olabiliyorlardı. (61).

B — Eyalet erazisi üzerindeki mülkiyet. (62)

Prensip itibariyle ve bilhassa ilk devirlerde İtalyadaki, ve, sonraları fet-hedilmiş eyaletlerdeki erazi özel mülkiyete dahil olmuyor, amme mülkü

(60) — Gaius, Inst. IV, 37.

(61) — Mamafih bu hak Romanın müsaade ettiği nisbette muteberdi: Girard, Texte 1937. p: 69.

(79) — Falletti, Evolution de la juridiction civile du magistrat provincial, p: 45, 85. et s.

(Ager publicus) addediliyordu. Ancak, bu erazide oturup erazi vergisi verenin durumu filî bir malik durumunu ifade ediyordu. (63)

Bazı müellifler (64) ayalet erazisindeki fertlerin bu erazi üzerindeki hakların mülkiyetle alâkası olmadığını iddia etmektedirler Bu fertlere verilen aynı davalar actio re ivindicatio ya benzetilebilirse de, erazi üzerinde jus abutendi yi kullanamayacakları noktasından hareket edilerek sözü geçen müellifleri takip etmek fikrimizce uygundur. (65)

IV — Kirit ve pretör mülkiyetinin, ve binnetice, Actio rei vindicatio ve Publiciana actio ayırının ortadan kalkması.

Justinianus un iki constitutiones inden biri nudum jus quiritium u, diğeri res mancipi ve res nec mancipi tasnifini ehemmiyetten düşürdüğünden ve bu suretle İtalya erazisi ile Eyaletler dahilindeki gayri menkuller arasında da fark kalmayınca, ve nihayet bütün Roma sakinleri de vatandaş sayılınca, Justinianus hukukunda mülkiyet (Proprietas) şekillerinin ortadan kalkmış olduğu anlaşılır.

Bu surete, Roma ile modern hukuk arasında mülkiyet şekli bakımından bir fark kalmamış oluyor.

Ancak, mülkiyete sahip olmak bakımından iki hukuk arasında bariz farklar vardır ve berdevamdir: Romada ancak vatandaşlar mülkiyete sahip olabilirler, modern hukukda ise yabancılar da mülkiyet hakkına prensip itibariyle sahiptirler. Romada köleler mülkiyetten mahrumdurlar, modern hukukda kölelik mevzu bahis olmadığından herkes hakka sahiptir.

V — Ferdî ve Kollektif mülkiyet.

1. Ferdî mülkiyet.

Bu paragrafa kadar maliki hep tek bir şahıs olarak farz ettik.

Ferdî mülkiyet, şeye hukuken hâkim olan şahsın jus utendi, jus fruendi ve jus abutendi prensip itibariyle yalnız kendisi tarafından kullanılmasını içap ettiren mülkiyet tabiri ile ifade olunabilir.

(63) — İmparatorluk devrinden itibaren Eyalet arazisi, Hükümdar ve Roma halkına ait olmak üzere hukuken ikiye ayrıldı. Hükümdara ait olana Praedia Tributaria, halka ait araziye de Praedia stipendiaria denir: Gaius, Inst, 11; 7, 21.

(64) — Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 251.

(65) — Aksi manada: R. Monier, Manuel, 1945, t. 1, p: 366 et s.

Müellif, eyalet arazisinden faydalanma hakkına sahip bulunan ve ona zilyed olan ferdin bu araziye Traditio ile devredebileceği hakikatını mütalâasına destek etmekte ise de, Traditio mülkiyeti değil, evvelce görüldüğü üzere mülkiyetin iktibası için,

2. Kollektif mülkiyet. (66) (Dominium communio)

Kollektif mülkiyet jus uttendi, jus fruendi ve hattâ jus abutendiye en az iki şahsa veren bir mülkiyet tipidir.

En eski Roma hukuku göz önünde tutulursa bu tarifi yerinde olduğuna hükmedilir, çünkü Cumhuriyetin son senelerine kadar Roma hukukunda müşterek mülkiyete sahip olanlar, socius (şerik) ler şeyin tamamı üzerinde mülkiyete sahip idiler (67), yani şey üzerinde ferdi mülkiyet hükümleri caari idi. (68)

Cumhuriyet devri sonlarından itibaren her socius un ancak kendi hissesi üzerinde jus abutendi yi kullanabileceği kabul edilmek suretiyle eski sistem değişti: şeyin tamamen, bütünü devri diğer socus lerin rızasına bağlıdır. (69)

A — Socius un hakları ve diğer şeriklerle münasebeti.

1°) Her socius müşterek mülkiyet üzerinde diğer şeriklerin haklarını ihlâl etmemek şartı ile semerelerden hissesi nisbetinde faydalanabilir, binnetice,

2°) Bütün şeriklerin jus utendi sini ihlâl edecek olan, meselâ, müşterek eraziye bina yapılamaz.

3°) Müşterek mülkü tamir ettiren socius diğer şerikler tarafından tazmine müstahaktır. (70)

B — Müşterek malikler arasındaki münasebtin müeyyidesi.

Bazı müellifler Justinianus devrinden evvel de bu hususda aynı mahi-

daha doğrusu itikali için lâzım gelen hukukî imkânı, muhiti yaratır. Diğer cihetten, eyalet arazisinden faydalanan şahsın bu arazi üzerindeki zilyedliğini özel hukukdaki zilyedliğe benzetmek doğru değildir. Zira, traditio ile elden ele geçen eyalet, arazisine hâkim her zilyed vergiyi ödemekle mükelleftir? Şu halde, eyalet arazisinde hakkı olan fertlerin zilyedliğini nevi şahsına münhasır bir zilyedlik olarak mütalâa etmek yerinde olur.

(66) — Collinet, Rev. hist. de droit, 1932, p: 597; Jaen Caudement, Etudes sur le régime juridique de l'indivision, Strasbourg, 1934, p: 525.

(67) — Collinet, Rev. hist. de droit, 1934, p: 106; R. Monier Les nouveaux fragments des intitutes de Gaius, 1933, p: 24 et s; J. Gaudement, daı geçen eser, p: 18;

(68) — Mamafih, her socius un kendi başına köleyi satması veya azâd etmesinin imkân dahilinde olduğunu iddia etmek lâzımdır. Aksi manada: R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 370 n: 3

(69) — Justinianus, socius a, diğerlerinin hissesine düşeni eda şartı ile, müşterek mülkiyete dahil köleyi azâd etme selâhiyetini verdi: J. Macqueron, La controverse classique sur le jus adscendi en matière d'affranchissement: (Rev. hist. de droit, 1929, p: 580 et s.)

(70) — Marcus Aurelius tazmine iştirak etmeyen şerikin mülkiyet hakkından mahrum edilceğini kabul etmişti: D. 17, 2, fr. 52, 10.

yette bir şirket akdi davasının mevcudiyetini ileri sürmektedirler. (71) Şirket akdinin müeyyidesi olan *actio pro socio* yu mukaveleden doğan müşterek mülkiyetin müeyyidesi olarak kabul etmek yerindedir.

Justinianus hukukunda *actio communi dividundo* şerikler arasındaki münasebeti teyid ve tanzim eder. Dava, hisselerin ayrılmasını temin ettiği gibi, bir şerikin kusurundan zarar görmüş olan diğer şerikleri tazminata da müstahak kılar.

VI — Mülkiyet hakkının ziyası.

Şahsi haklara, alacak haklarına aykırı olarak, mülkiyet hakkı daimilik gösterir, yani şey devam ettiği müddetce hak bakidir. Bu takdirde mülkiyet hakkının ancak şahıs değiştirmesi mevzu bahis olur. Prensip bu olmakla beraber mülkiyet hakkı gerek maddî, gerek hukukî bazı sebepler ile ortadan kalkabilir.

1. Mülkiyet hakkını ortadan kaldıran, ziyaa uğratan maddî sebepler.

Bu sebepler şunlardır:

1°) Mevzuun tamamıyla zayi olması. Kısmen ziya halinde, mülkiyet geri kalan kısım üzerinde berdevamdır.

2°) Bir ehli hayvanın kaçıp bir daha dönmesinin mümkün bulunmayışı. Bu takdirde hayvan ya ölmüştür, veya vahşileşip av hayvanları zümresine dahil olarak *res nullius* a inkilâp etmiştir. (72)

3°) *Res mancipi* veya *res nec mancipi* nin sahibi tarafından istekle terk edilmiş olması da bunlar üzerindeki mülkiyet hakkının ziyai neticesini verir.

2. Mülkiyet hakkının hukuki sebepler ile ziyası.

Res privata nın *res divini humani juris* lerden *res religiosae* ye çevrilmiş, inkilâp etmiş olması bu mülkiyetin, ferdî mülkiyet hakkının hukuki sebepler ile ziyasına misal olarak gösterilebilir. *Res privatae* nin *res publica* haline geçmesi şey üzerindeki özel mülkiyet hakkının daimî ziyasına sebep olmayabilir.

(71) — Poissel, *Nouv. Rev. hist.*, 1879, p: 420 et s;

Bazı müellifler de aynı neticeyi istisnâî hallere inhisar ettirmektedirler: R. Monier *Manuel*, 1945, I, p: 371 et s.

(72) — Sabiniyenlerin bu fikri Proculienlerce şu şartla muteberdi: terk edilen şey diğer bir şahıs tarafından iktisap edilmiş olmadıkça ilk malikin mülkiyet hakkı sönmemiştir. Julien Sabiniyenlerin fikrini takip etmiş ise de, Proculienlerin fikrini kabul daha doğrudur, çünkü, rıza ile terk eden şahıs o şeyin zilyedine karşı zaman aşımından evvel *actio rei vindicatoria* açabilmek yetkisine sahiptir. Bu yetki *Usucapio* veya *praescriptio* için kabul edilmiş olan müddetin son bulması anında ortadan kalkar ki, bu da ilk malikin mülkiyet hakkının zevali manasını ifade eder.

Çünkü bu takdirde, şey, amme mamelekine, devlet patrimonium una dahil, ve binnetice, mülkiyetin sahip değiştirmesi mevzubahis olur.

Mülkiyet mevzuunun mülkiyetin iktisabı veya intikali yollarından biri ile devredilmiş olması, mülkiyet hakkının ziyasına değil, sahip değiştirmesine yol açar. Bu neticenin husulü için Roma hukukunda da kaide şudur: İntikal iskati ecele veya infisahî şarta bağlı olarak yapılamaz. (73) Bu kaide mülkiyet hakkının daimiyet vasfının makul bir neticesidir. (74)

Justinianus hukukunda bu kaidenin hibe, fideicommissum ile istisnalara uğradığı görülmektedir.

Üçüncü Fasil.

Z İ L Y E D L İ K

(Possessio)

Mülkiyet hakkından farklı olarak, zilyedlik bir şey üzerinde hukukî değil filî bir hâkimiyettir. Bu prensibin tek istisnası aslî zilyedlikde mevzu bahistir.

1 — Zilyedliğin menşei ve tarifi.

1. Zilyedliğin menşei. (75)

Zilyedliğin menşei ararken mülkiyetin menşeiine de temas etmek ve bundan netice çıkarmak zarurîdir. Paulus (76) gibi bazı Roma hukukçularının bu gün itibarda olamayacağı katıyetle belirtilemeyen fikirlerine uyararak zilyedliğin Proprietas dan evvel mevcut olduğunu kabul etmek lâzımdır. Filhalka, Romada mülkiyet kabul edilinceye kadar Roma vatandaşlarının devlete ait erazide vergi vermekle adetâ malik durumunda bulduklarını görmüşük. Fakat hakikatle bunlar Proprietas a değil, rekabe (çıplak mülkiyet) Devlete kaldığı cihetle, bu arazi üzerinde Usus ve usuşfructus (istimal ve intifa) haklarına sahip olduklarından, hukukî durumları vazulyedinkinden, yani possessio naturalis in yarattığı durumdan farksızdır.

Şu halde, Roma hukuku tarihine hâkim olmuş nazariyeden hareket edilirse, ilk zamanlarda Romada possessio nun mevcudiyetini ve hattâ proprietasa tekaddüm ettiğini kabul etmemek mülkiyetin menşei hakkındaki sarîh tarihî bilginin mevsukiyetini inkâr etmek olur.

(73) — P. Collinet, Etudes historiques sur le droit de Justinien, t. I., 1912, p: 174 et s.

(74) — E. Petit, Mélanges Cornil, II. 1926, p: 210 et s.

(75) — Westrup, Rev. Hist. de droit, 1933, p: 224; Giffard, Précis, t. I. p: 366, n: 1.

(76) — D, 41, 2, fr. 1, 2;

Mamafih, poessessio nun menşeiini onun proprietasa karine teşkil eden bir müessese olduğunu hesaba katarak araştırıcı bir sistem takip edilirse, yukarıdaki mütalea kıymetini kaybeder, ve bu takdirde, zilyedliğin menşeiini mülkiyetin tanınmış olduğu tarihe kadar indirmek iktiza eder.

2. Zilyedliğin tarifi.

Zilyedlik, bir şey üzerinde ona malik olmak niyeti ile kurulan filî hakimiyettir.

Bu tariftten zilyedliğin ekseriya onunla beraber giden ve bu cihetten zahiren ona benzeyen mülkiyetle, şeyin filen bir başkası elinde kalmasına mahal veren vazulyedlikten ayırd edilmesi zarureti doğar.

1°) Zilyedliğin mülkiyetten farkı.

Mülkiyet bir şey üzerinde hukukî hakimiyetin ifadesi olduğundan şeyin daima malik elinde bulunmasını icap ettirmez. Halbuki zilyedliğin ispatı ekseriya şeye maddeten hâkim bulunmakla mümkündür.

2°) Zilyedlikle vazulyedlik arasındaki fark.

Zavulyed, zilyedliğin teşekkülü, iktisabı için gerekli unsurlardan olan animus a sahip değildir. Binnetice, şey üzerinde prensip itibariyle Jus abutendi den faydalanamaz. Hırsız, çalınan şey üzerinde zilyedir, çünkü şeyi mamelekine dahil etmek için, şeye olmak niyeti ile ona el koymuştur. Buna mukabil, meselâ, fuzulî vekil (Negotiorum gestor) vazulyedir.

II — Zilyedliğin tarihçe ve çeşitleri.

Roma, şey üzerindeki her filî hâkimiyeti zilyedlik nazariyesi içinde mütaâla etmiş ve Roma hukuk tarihi boyunca bu nazariyeye itibar olunarak çeşitli zilyedlik tipleri kabul edilmiştir.

1. Klâsik devirde zilyedlik tipleri.

A — Possessio civilis.

Justa causa ya dayanan ve şey üzerinde kirit mülkiyetini yaratan filî bir hakimiyettir. Zilyed, aşağı yukarı pretör hukukunca malik durumundadır, ve, interdicta larla himaye görür.

B — Possessio ad interdicta.

Şey üzerinde ancak ve ancak filî hâkimiyete sahip bulduklarını iddia eden şahısların zilyedliğidir. Bunlar, bu itibarla, zilyedliği himaye eden interdicta larla himaye görmüşlerdir. Bunların şey üzerindeki hakimiyetleri şeyi iktisap için değildir. Şu halde, possessor civilis, animus possidendi ye,

bunlar ise yalnız mücerret zilyedliğe sahip olan kimselerdir, ve himaye edilmiş olmaları, şey ellerinde bulunduğundandır. (77)

C — Possessio naturalis.

Bir şahısla bir şey arasındaki az çok devamlı filî her münasebeti ifade eder. Possessio naturalis tam manası ile possessio olmayıp, zilyede (Possessor naturalis) şey üzernide filî bir faydalanma imkânı bahsedebilir; halbu ki Possessio ad interdictada zilyed (Possessor pro possessor) şey üzerinde in-tifa hakkına da sahiptir. Alieni juris lerin, Depositumda vedia alanın zilyedlikleri bu nevidendir.

Possessio corporalis (possessio naturalis) zilyed lehine mülkiyete kari-ne olmadığından (78) zilyedliği himaye eden interdicta ları bahşetmez. Possessio corporalis (vazulyedlik) de iki kısma ayrılır:

- a) Muhik sebebe dayanmayan vazulyedlik.
- b) Muhim bir sebebe dayanan possessio naturalis.

İkincisine misal olarak rehinle temin edilmiş alacaklının vazulyedliği ile-ri sürülebilir. (79)

2. Justinianus hukukunda zilyedlik ve tipleri.

Justinianus ıslâhat yapmak isterken possessio yu daha karışık hale koy-muştur: Justinianus possessio civilis ve possessio naturalis taksimini devam ettirmiş olmakla beraber possessio ad interdicta yı birinci kategoriye dahil eylemiş, ve nihayet, bazı hallerde vazulyedliği de interdicta lar ile himaye etmiştir.

III — Zilyedliğin iktisap ve ziyatı.

1. Zilyedliğin iktisabı. (80)

Bir şeyin zilyedliğine sahip olabilmek için zilyedliğin manevi unsuru olan Animus ile maddî unsurunu teşkil eden Corpus un bir şahısta toplan-ması lâzımdır.

(77) — Bu çeşit zilyedler arasında, bâtil bir muamele ile şeyi elinde bulunduranları da dahil edilmekte idi: D, 24, 1, fr. 26, pr.; Dumont, Les donations entre époux, 1928; p: 43 et s; Karı koca arasındaki hibe mevzuu bunlardan birinin zilyedliği altına girebiliyordu.

(78) — Böyle olunca, vazulyedlikle possessio içtima edebilir: Gaius, Inst. IV, 153; D, 41, 5, fr. 2, pr.

(79) — D. 9, 4, fr. 22, 1; R. Monier, Manuel, 1945, t. 1, p: 389, n: 1.

(80) — Saleilles, Etudes sur les éléments constitutifs de la possession: (Rev. bourgui-nonne, 1894, t. 4.); Ihering, Rôle de la volonté dans la possession, 1891; Micolier, Pécule et capacité patrimoniale, 1932, p: 542 et s.

A — Corpus.

Roma hukukunda, bilhassa ilk devirlerde, Corpus un elde edilebilmesi için şahsın (zilyed namzedi) bizatihi şeye filen hâkim olması lâzımdı. Sonraları şeyi temsil eden bir vasitanın da Corpus u nakledebileceği kabul edildi, hattâ gayri menkulün corpus u traditio brevi manu ile de, yani erazi hududunun el ile işaret edilmiş olması ile de tesis edilebiliyordu.

Corpus un mutlaka zilyed tarafından temin edilmesine lüzum yoktur. (81) alieni jüris ler pater, procurator lar ve vasiler, vekil (mandator) ve fuzulî vekil (negotiorum gestor) müekkilleri için copus u elde edebilirler. (82)

B — Animus.

Klâsik devir hukukçuları himayeye müstahak hukukî manada bir possessio dan bahsedebilmek için zilyedin animus unsuruna sahip olmasını şart koşarlar. (83)

Mamafih, Aşağı İmparatorluk devrinden itibaren zilyedliğin iktisabı için mutlaka corpus unsuruna lüzum bulunmadığına şahit oluyoruz. Filhakika, icarda mucir vazulyeden, yani possessor corporalis den ibarettir ve kiralar larken tam bir zilyed olmayı düşünmemiştir. Netice itibariyle, kiraya veren corpus a sahip olmadığı halde kiralanan şeyin zilyedidir. (84)

Justinianus hukukunda, hukukî manası ile possessio Savigny nin görüş tarzına hâkim animus un mevcudiyeti ile muteberdir. (85)

2. Zilyedliğin ziyatı.

Corpus ve animus unsurlarından her ikisinin veya bunlardan yalnız birinin elden çıkması zilyedliğin ortadan kalkmasını doğurur:

(81) — Paulus, Sent. V, 2, D. 41, 3, fr, 41; Le Bras, l'évolution générale du procureur, 1922, p: 88 et s.

(82) — Giffard, Précis, 1934, t. 1, p: 340, no: 570; R. Monier, Manuel, 1945, t. 1, p: 390, n: 3

(83) Animusun mahiyeti Savigny ile Ihering münakaşasına yol açmıştır: Savigny ye göre zilyeden animus domini'ye, Ihering'e göre ise animus possidendi ye sahip olması lâzımdır. Animus domini zilyeden şey üzerinde malik gibi hareket etmesi ve kontrolde bulunmasını icap ettirir. Animus possidendi sırf şeyin muhafaza edilmesi istek ve niyetini ifade eder. Modern mevzuatın ekserisi Ihering görüşünü kabul etmiş bulunmaktadır: Giffard, Précis t. 1. p: 351 et s) bu tesiri etrafı ile izah etmiştir.

(84) — D. 13, fr, 37.

Zamanımız hukukunda kiraya verenin corpusu tapu sicili vasıtası ile tecelli eder.

(85) — R. Monier, Manuel, t. 1, p: 391, n: 5.

A — Corpus un ziyayı ile zilyedliğin son bulması.

1°) Şeyin zilyed tarafından istekle terk edilmesi. İstekle terk, hiç değilse terk anında animus dan da vaz geçmeyi ifade edeceğinden zilyedlik şeyin terki ile ortadan kalkar.

2°) Corpus un daimi surette ve istek haricinde elden çıkması halinde de animus mevcut olmasına rağmen zilyedlik ortadan kalkar.

3°) Klâsik devir hukuku, bilhassa ziraati teşvik maksadı ile, erazi üzerindeki ihmali corpus un ziyasına benzetmiştir. Mamafih, hileli occupatio şeyin mülkiyetini iktisaba elvermez, ve bilhassa, bir erazinin bir kısmında corpus devam ederken diğer kısmında etmemiş olması bu kısım üzerinde occupatio ya mahal vermez. (86)

Justinianus hukukunda possessio jure (hukukî zilyedlik) animus unsuru ile tahakkuk edeceğinden, corpus un ziyayı ehemmiyetsizdir. Corpus un ziyayı zilyedin arzusu veya fiili ile vuku bulmadıkça, zilyedlik bakidir. Binaenaleyh, gaiplik ve savaşta esir düşmüş olmak ancak vazulyedliğin ziyasına sebep olur, zilyedliği kaldırmaz. (87)

IV — Zilyedliği himaye eden interdictum lar ve bunların mahiyeti.

1. Zilyedliği himaye eden interdiler. (88)

Zilyedliği himaye eden interdicta lar ya zilyedlik mevzuunun elden çıkmamasını, veya elden çıkmış olan zilyedliğin tekrar iktisabını sağlarlar.

A — Zilyedliğin elden çıkmamasını sağlayan interdiler.

a) Interdictum uti possidetis. (89)

Bu interdiler gayri menkuller üzerindeki zilyedliği himaye ederler. (90)

b) Interdictum utrobi.

Menkuller üzerindeki zilyedliği himaye edici interdilerdir. Bunlar, Justinianus dan evvel, elden çıkmış olan zilyedliğin himayesini, tekrar elde et-

(86) — Teferruat için: Albertario, Rev. hist. de droit, 1931, p: 20 et s.

Meraların üzerinde corpus un kiş mevsiminde mevcut olmayışı, ve şey üzerinde corpusun muvakkaten kalkmış bulunması zilyedliğin zevali neticesini vermez: D. 43, 16 fr 1, 24; Paulus, Sent. V. 2, 1.

(87) — Mamafih, şeyin zorla gasbı zilyedliğe son verir: D. 43, 16, fr. 1, 24.

(88) — Alelâde vazulyedlik actio injuriarum ile himaye ediliyordu: R. Monier, Manuel, 1945, t. 1. p: 393, n: 8.

(89) — Girard, Textes, p: 165, n: 247.

(90) — Gaius, Inst, 4. 151.

mesini sağlamakda idi iseler de Justinianus *interdictum utriusque* nin de *interdictum possidetis* gibi şeyin *corpus* u elde bulunduğu hallerde istenebileceğini kabul etti. (91)

B — Zilyedliğin tekrar elde edilmesini sağlayan enterdiler.
(*Interdictum recuperande possessionis causa*)

Bu *interdictum* lar üç-tiptir:

a) *Interdictum unde vi*.

Justinianus devrinde bir sene içinde kullanılması kararlaştırılan, kabul edilmiş olan, ve bir çeşit gösteren bu *interdictum* Klâsik devirde iki çeşit idi:

1° *Interdictum unde vi cottidiana*.

Erazi üzerindeki meşru zilyedliği zorla alınmış şahıs lehine verilen enterdilerdir.

2° *Interdictum unde vi armata*.

Zilyedliği silâh kullanarak elinden alınmış şahıs lehine verilen bir enterdilerdir.

Bu iki enterdi arasındaki fark şudur: sonuncusunda zilyedlik meşru olmasa bile zilyed himaye edilir.

b) *Interdictum de precario*.

Zilyedlik mevzuunu talebi üzerine eline geçirmiş olup da iade etmeyen şahıs aleyhine verilen enterdilerdir. (92)

c) *Interdictum de clandestina possessione*.

Zilyedin yokluğundan, gaybubetinden faydalanarak şeyi alan şahsa karşı verilen enterdilerdir.

İmparatorluk devri *actio momentariae possessionis* i kabul etmekle zilyedliği aşağı yukarı mülkiyet gibi, ve hattâ mülkiyetten daha kuvvetli bir surette himaye etmiştir. (93) Dava otuz senelik bir müddet içinde açılır.

2. Zilyedliği himaye eden enterdilerin mahiyeti.

Pretör hukukunda zilyedliğin himaye edilmesinin sebebi büyük münakaşalar doğurmuştur. (94)

(91) — D. 43, 31, Fr. 1; 1; Just, Inst. IV, 5, a a.

(92) — D. 43, 26, fr. 2, pr.

(93) — C. Théod, 4, 22, 1; Ed. Cuaç, Manuel, 1928, p: 322 et s.

(94) — Ed. Cuaç, Rev. his. de droit 1894, p: 5 et s; Dumont, Rev. hist. de droit, 1932, p: 813; Giffard, Précis, t. 1. p: 346 et s.

Zilyedliği himaye eden enterdilerin mahiyeti hakkında iki sistem çar-
pısmıştır:

a) Savigny sistemi. (95)

Sawigny, ziyedliği himaye eden enterdilerin amme intizamını temin et-
mek, şahsan ihkakı hakkın doğuracağı fenalıkların önün egeçilmesi için ve-
rilmiş majistra emirlerinden ibaret bulunduğu fikrindedir.

b) Ihering sistemi. (96)

Ihering, enterdilerin mahiyetini ziyedliđin mülkiyete karine olması nok-
tasından hareket ederek hal eder, ve bu enterdilerin bahşedilmesine mülki-
yetin himaye edilmesi mülâhazasının hâkim olduğunu ileri sürer. Ihering e
göre, ziyedlik mülkiyetinin karinesidir, ispat külfetini ziyede yüklemeyiz, bi-
naenaleyh, bu büyük menfaat pretörce himaye edilmek istenmiştir.

Her iki sistemin mantık bakımından olduğu kadar hukuk bakımından da
isabetli olduğunda şüphe yoktur. Fakat hukukî cepeden hangisi hakikate da-
ha yakındır? Bizce, ziyedliğin ispatına dair kat'î karineler daima mevcut
olacağından, mülkiyetin ispatı için ise bu aşağı yukarı imkânsız bulunacağı-
ndan (çünkü mülkiyet ziyedlikle kuvveden file çıkar) Sawigny nin fikri daha
isabetlidir. Ziyed ekseriya şeyi elinde buundurduğundan mülkiyetin karinesi
Corpus a hâkim bulunmakla esasen garantilenmiş demektir.

Ihering'in görüş tarzını Roma hukuku bakımından da katiyetle kabul
etmek hayli güçtür, çünkü, Romada possessio, propriétas kabul edilmeden
evvel de mevcuttu ve enterdiler ile himaye edilmekte idi. (97) Nihayet, enter-
dilerden hakikatte malik olmayan hırsızlar, gasıplar da faydalanırlar. (98)

Metinlerde Ihering in fikrine yer veren hükümler varsa da bunların da
isabetsizliği açığa vurulmaktadır. (99)

Digesta, «Quieta non movere: sükûneti ihlâl etmemek» hükmünü koy-
makla Sawigny ye hak vermiş oluyor.

Dördüncü Fası.

Mülkiyetin iktisabı

I — Mülkiyetin iktisabı yollarının tasnifi.

İktisap yolları çeşitli ve ihtilâflı tasnife tâbi tutulmuştur.

(95) — Traité de la possession, éd, 1803, fransızca tercümesi: 1886.

(96) — Fondement de la protectio porsessoire, 1865; Oeuvres choisies, 1893, p: 213 et s..

(97) — R. Monier, Manuel, 1945, t. 1, p: 384, n: 5.

(98) — Giffard, Précis, 1934, t. 1 p: 347, No: 585.

(99) — Giffard, Précis, 1934, t. 1; p: 348, n: 1,

Roma hukukuna uygun düşebilecek olan taksimin şu suretle yapılması ekseriyetce muvafık bulunmaktadır:

1. Jus civile ye göre iktisap yolları.

Bunlar, Mancipatio, in jure cessio, usucapio, adjudicatio ve kanundan ibarettir. (100)

Jus civile nin tanıdığı mülkiyetin iktisap yolları şekliyetcidir.

2. Jus gentium ca muteber iktisap yolları.

Şekliyetci olmayan ve Romalı olmayanlara olduğu kadar Roma vatandaşları lehine de işleyen iktisap usulleridir. En başta Traditio yu ihtiva eden bu yollarla kirit mülkiyeti değil, peregrin ve eyalet erazisi üzerindeki mülkiyet iktisap edilir. Occupatio da bu kategoriye giren iktisap yollarından biridir.

Her iki kategoriye dahil iktisap yollarının müşterek vasıfları:

Gerek jus civile, gerekse jus gentium a ait iktisap yolları ile mülkiyete sahip olabilmek için aşağıdaki şartlar müşterek ve lâzımdır.

1°) Şeyi devreden mülkiyete sahip olmalıdır, ona sahip bulunmalıdır. kaide bu olmakla beraber zarurî istisnalar mevcuttur: delinin kayımı, kendisine ait olmayan şeyi devredebilir.

Her irâdî intikal şeklinde aşağı yukarı şekilcilik vardır.

II — Jus civileye ait iktisap yolları.

1. Mancipatio. (101)

Şahsın hukukunda da rolleri görülmüş olan Mancipatio çok geniş şumulde bir hukukî muamele usulü, şekli, kalıbıdır.

Burada Mancipatio yu ancak mulkiyetin intikal usulü olduğu nisbet dahilinde tetkik edeceğiz.

A — Mancipatio nun şekli ve tarihçesi.

a) Mancipatio nun şekli.

(100) — Girard, Manuel, p: 305, no: 548; Georgesco, Rev. hist. de droit, 16. 4, p: 427, n: 1:

(101) — Dvelet tarafından yapılan intikalleri jus civile ye mutlâk olarak dahil etmek fikrimizce doğru değildir; zira, devletin gerek vatandaşlar ve gerekse yabancılar ile muamelede bulunması mevzuu bahistir, ve bu muamelât jus civile intikal usulleri ile vaki olmaz. Devletin müracaat ettiği intikat usulleri de bu sebeplerden ötürü, bazı müelliflere muhalif olarak: (Girard, p: 305, No: 548; Giffard, Précis, t. 1. 1934, p: 355; No: 593) jus gentium usulleri arasında mütalâa etmek daha doğrudur.

Mancipatio bir terazi ve maden külçesini tartan libripens i, ve nihayet, erkek ve baliğ beş şahidin huzurunu icap ettirir. (102)

Devredilecek şeyin veya sembolün de mevcudiyeti şarttır:

Mancipatio da aktif rol devr alacak olan şahısdadır. Bu, devredilecek şeyin kiritler hukukunca kendisine ait olduğunu bildirir bir formül kullanırdı. Bu formülü beyandan sonra şeyi devralacak olan şahıs hakikî veya farazî bir semen de tayin ederdi; bunun üzerine Libripens teraziye ona uzatır ve müşteri, elindeki maden külçesi ile teraziye vurduktan sonra şey libripens tarafından kendisine verilirdi.

b) Mancipatio nun tarihçesi.

Klâsik devirde mancipatio hakiki ve peşin bir beyi muamelesi idi. (103)

Para, maden külçesi ile temsil olunmaktan kurtulduğu devirde mancipatio yapmacık, farazî bir beyi muamelesine inkılâp etti. (104) Mamafih, mancipatiodaki bu değişikliğin tarihini kesin olarak beyan imkânsızdır. Bu hususda Mr. Girard, Oniki levha kanununun metnine dayanmakla meseleyi müsbet ve tarihî bir hakikatle ispat etmektedir. (105)

Bu suretle mücerret bir muamele haline geçmiş olan mancipatio nun tatbik sahası da genişledi: hakiki bir beyi den sonra şeyin devrini sağlayan bir usul olarak tatbik edildi. İvazsız intikallerde de kullanıldı (hibe gibi). Aynî garantilerin tessiinde de rol aldı.

B — Mancipatio ile devredilebilen şeyler.

Gaius (106), kirit mülkiyetinin iktisap ve intikaline yarayan mancipatio nun tatbik sahasını tahdit etmiştir: res mancipi ler mancipatio ile devredilirler.

(102) — H. Lévy - Bruhl, La formule vindictoire: (Rev. hist. de droit, 1932, p: 206); R. Besnier, Rev. hist. de droit, 1934, p: 456 et s.

(103) — Mancipatio muamelesinde huzuru lâzım beş şahit hususunda fikir ayrılıkları mevcuttur: bazılarına göre bu şahitler şeyi devredenin satış akdine rıza göstermek üzere getirdiği aile efradındandır. Bazı müelliflerce (Giffard, précis, t. 1, p: 359, n: 3) şahitler gentilis veya vicinilerden ibaret olup kefil rolünü oynarlar. Mr. Leifer, 1936, p: 66 et s. şahitlerin şeyin devrine rıza göstermekle mükellefi bulunduklar fikrindedir. Mancipatio yazılı bir muamele olmadığından şahitlerin rolünün muameleyi tevsik etmekten ibaret bulunduğuna hükmetmek lâzımdır.

(104) — Giffard, Précis, t. 1, p: 359. Aksi manada: R. Monier, Manuel, 1945, t. 1, p: 405

(105) — Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 273.

(106) — Girard, Manuel, p: 300: Cum nexum faciæt mancipium que, uti ligua nuncupassit, ita jus esto: tartma olmasa bile şey tarafların beyanı ile intikal eder; aksi manada Appleton, Rev. Général de droit, 1921.

Mamafih, Klâsik devirde inci, elmas gibi kıymetli res nec mancipiler ile Eyalet erazisinin de mancipatio ile devredildiği metinlerden anlaşılmaktadır. (107) Bu sonuncu halde, eraziden bir sembol hazır bulunmalıdır. (108)

C — Mancipationun neticeleri ve tatbik sahasından kalkışı.

a) Mancipationun neticeleri.

1°) Şeyi iktisap edene kirit mülkiyetini nakleder. (109)

2°) Auctor, şeyi devreden, eski hukuk devrinden itibaren şeyin gizli ayıplarından mesuldür. Auctor, bilhassa gayrin mamelekine dahil bir şeyi devretmiş ise iki mükellefiyete maruzdur:

Müşteriye karşı açılacak olan rei vindicatio da onu müdafaa etmek. Üçüncü şahıs (malik) davayı kazandığı takdirde satıcı (auctor) actio auctoritatis ile semenin iki misline mahkûm olur.

Şeyin servitüd ile mükellef olmadığına dair yapılan beyanın sahteliği halinde, auctor, actio de modo agri ye maruz kalır ve semenin iki mislini öder.

b) Mancipatio nun tatbik sahasından kalkışı.

Aşağı İmparatorluk devrinde mancipatio nun sözden ibaret bir muamele tipi olarak kaldığı görülmektedir. Mancipatio yazılı bir muamele şeklini aldı ve eski usul üzere farazi tartma ve şekli merasim ortadan kalktı.

Justinianus hukukunda res mancipi ve res nec mancipi taksimi ehemmiyetini resmen kaybetmiş olmakla mancipatio, mevkiini filen Traditio ya terk etmiştir. Nihayet, Justinianus mancipatio yu resmen kaldırdı. (110)

2. In jure cessio.

A — In jure cessio nun menşei.

Bazı müellifler bu iktisap usulünün Romada mülkiyetin iktisabına ait hiç bir usulün mevcut olmadığı devirlerde tatbik edilmekte olduğu kanaatindedirler. (111)

(107) — Inst, II, 22.

(108) — Ed. Cug, Manuel, 1928, p: 273, Girard, Textes, p: 847 et s.

(109) — Gaius, Inst, I, 121; aksi manada: F. de Visscher, Studia et documenta, 1936 p: 307.

(110) — Mancipatio nun bu ilk neticeyi doğurması semenin verilmiş olmasına bağlı değildir. Şekilcilik, mancipatio muamelesinin bitimi ile mülkiyetin de derhal devredilmiş olması neticesini icap ettirir: Giffard, Précis, 1934, t. I, p: 362, n: 1; R. Monier, Manuel, 1945, t. I, p: 411, n: 1.

(111) — Collinet, Etudes historiques sur le droit de Justinien, I. 1922, p: 222.

Bazı hukukçular in jure cessio nun mancipatio kadar eski bir usul olduğunu müspet deliller ile ileri sürmektedirler. Mr. Giffard, in jure cessio nun siteyi ilgilendirecek kadar ehemmiyetli intikallerde tatbik edildiği fikrindedir. Bu fikri in jure cessio nun menşesine esas tutmak yerindedir. Hakikaten, mancipatio yanında ayrıyeten in jure cessio gibi ve majistra huzurunda ceryan eden bir usulün menşesini ararken başka mülâhazatın derpişi, bizce, daha çok isabetli olamazdı. (112)

Bazı hukukçular in jure cessio yu farazi bir dava mahiyetinde mütalâa ederler: şeyi devredecek olan şahıs majistra huzurunda susar ve devr alacak olan Sacramentum in rem davası ile şeyin mülkiyetini iddia eder, bu iddia üzerine Majistra şeyin mülkiyetini iddiada bulunana devr emrini verir.

Hukukçuların ekserisi bu görüş tarzına muhaliftir. Bunlarca, in jure cessio majistra önünde oynanan bir komedi değildir: şeyi devredecek olan şahıs majistra tarafından dinlenir ve conta vindicatio da bulunup bulunmayacağı öğrenilir; yoksa majistra sırf şeyi devr alacak olan tarafın iddiası üzerine şeyin mülkiyetini devr emrini vermez. (113)

Şu halde in jure cessio yu hakiki bir legis actio şeklinde ceryan eden bir usul olarak mütalâa etmek yeni tetkiklerin ciabından olur.

C — In jure cessio nun tatbik sahası ve neticeleri.

a) In jure cessio nun tatbik edildiği halter.

Mancipatio dan farklı olarak, in jure cessio hem res mancipi, hem res nec mancipi lerin devrini sağlar.

b) In jure cessio nun neticeleri.

Mancipatio ya muhalif olarak, in jure cessio ile şeyi devreden şahıs sonradan çıkacak mesuliyeti mucip hallerden dolayı takibe maruz değildir. Hattâ devredilen şey ona ait olmasa bile aleyhine açılacak hiç bir dava mevzu bahis olamaz. (114).

D — In jure cessio nun tatbik alanından kaldırılması.

In jure cessio daima majistra huzurunda ceryan eden bir usul olduğun-

(112) — R. Besnier, Rev. hist. de droit, 1935, p: 458 et s; Meylan, Rev. hist. de droit 1935, p: 771 et s; gibi müellifler in jure cessio nun mülkiyetin intikal usulleri henüz yaratılmamış olan devirlerde majistra, kendisine mülkiyeti terk edilmiş olan şahıs lehine bu terk muamelesini tasdik ediyordu. In jure cessio, mancipatio tatbik mevkiinde iken yine tatbik alanında bulunmuş olduğundan müelliflerin fikrine mesnet olan görüş tarzı doğru değildir.

(113) — Giffard, Précis, 1934, t. 1; p: 365, n: 2.

(114) — H. Lévy - Bruhl, La formule vindicatoire; (Rev. hist. de droit, 1932, p: 215

dan pratik değildi. Klâsik devir hukukunda, ancak Traditio ve Mancipatio ile devrine imkân bulunmayan intifa gibi bazı irtifak haklarının tesisine inhisar etti.

Dioclétien devrinden itibaren in jure cessio tatbik sahasından tamamiyle kalktı.

III — Jus gentium un tanıdığı iktisap yolları.

1. Traditio.

A — Traditio nun tarihçesi.

Tradere (teslim etmek) fiilinden müştak traditio bir şeyin diğer bir şahsa hiç bir şekil ve merasime lüzum olmaksızın verilmiş olması suretiyle mülkiyetin naklini sağlayan bir usuldür.

Oniki levha kanunu Traditio yolu ile satılan res nec mancipinin, semen ödenmiş olmak şartı ile, mülkiyetinin intikal edeceğini kabul eder.

Eski hukuk devri sonlarından itibaren Traditio res nec mancipi ler üzerindeki kirit mülkiyetinin de devrini sağlayan bir usul halinde geldi.

Nihayet, pretör, actio publiciana yı kabul etmekle res mancipi lerin de Traditio ile devredilmesini mümkün kıldı.

Eyalet erazisinin de Traditio ile devri kabul edilmek suretiyle, Traditio nun tatbik sahası genişledi.

B — Traditio nun şartları.

1°) Şeyin bilfiil teslim edilmesi lâzımdır.

Eski hukukda teslim fiilen olmalı idi. Menkuller tamamen teslim edilme-
li idi. Gayri menkullerde iktisap edecek olanın bütün erazide dolaştırılması
gerekliyordu. (115)

Mamafih, Klâsik devir hukuku aşağıdaki Traditio şekillerine yer vermiş
olmakla bu sonuncu teslim zorluğunu kaldırdı :

a) Traditio longa manu .

Bir erazinin devri için tradens accipiens e yüksek bir yerden erazinin
hududunu e lile gösterir ve o eraziyi ona devrettiğini beyan eylerse
traditio muteberdir.

(115) — Mamafih, bu neticelerin ivazsız intikallerde cari olduğunu kabul etmek lâzımdır : R. Monier, Manuel, 1945, t. 1, p. 406, n: 4.

b) Temsilî Traditio.

Bir evin anahtarı verilmek suretiyle traditio muteberdir. (116)

c) Traditio brevi manu.

Accipiens in alelâde vazulyedliğini hakiki possessio ya tahvil eden traditio tipidir. Meselâ şey, ona vazulyed bulunan kimseye devredilmek isteniyorsa, traditio nun filen yapılmasına lüzum yoktur. Bu takdirde tradensin, şeyi devredenin rızası kâfidir. Şu halde, traditio brevi manu da yalnız animus un nakli kâfidir.

d) Traditio instrumenti.

Justinianus hukukunda kabul edilmiş olduğu münakaşalı bulunan bu tip traditio ile şeyi temsil eden vesikaların, senetlerin devri bunların temsil ettiği şeyin de devrini sağlar. (117)

2°) Causa traditionis. (118).

Traditio ile mülkiyetin intikali yalnız şeyin teslim edilmiş olması ile mümkün değildir. Paulus (119) bunu teyid etmektedir.

Traditio, hukuken borç doğuran bir sebeple - meselâ trampa, çehiz tesisi, hibe, ödeme - vaki olmuş olmalıdır. Aksi takdirde accipiens alelâde bir vazulyed durumundadır, yani traditio mülkiyeti nakletmiş olmaz. İşaret edelim ki hukuken borç doğuran her sebep causa traditionis yerine geçmez: borç doğuran sebep meşru olmalıdır. Binaenaleyh, hukuken tanınmış olup da tradens ile accipiens arasında hüküm ifade etmeyen hukukî sebepler traditio ile mülkiyet intikalini sağlamazlar. Meselâ karı koca arasındaki hibe justa causa traditionis i ifade etmez.

Şu halde traditio daki hukukî sebep ona tekaddüm eden hukukî ve meşru bir muameleden ibarettir. (120)

(116) — Şu halde, tradere kelimesinin yalnız teslim etmek manasına değil birakmak, müsaade etmek manasına da geleceği mahzursuzdur: M. Philippin, *Mélanges Mahcim*, 1935, t. 1; p: 221 et s.

Menkullerin traditio ile intikalinde tradens in rellâka zilyed olması lâzımdır. Gayri menkullerin intikalinde ise buna lüzum olmayacağı tabiidir.

(117) — Just, *Inst.*, 2, 1 45.

(118) — Ed. Cua, *Manuel*, 1928, p: 269; Giffard, *Précis*, 1934, t. 1, p: 368, n: 1.

(119) — A. Eherhardt, *Justa causa traditionis*, 1930; R. Monier, *Le malentendu sur la causa traditionis*: (*Studi Bonfante*, III, p: 217 et s).

(120) — Paul, *D.*, 41, 1, 31 pr; Gaius, *Inst.* 11, 20.

*Justa causa traditionis in butlanı traditio ile intikali bâtil kılmaz. Ancak, bu takdirde, tradens lehine şahsî bir davadan ibaret olan *condictio ob turpem* veya *condictio in debiti* veriliyordu. (121)*

Causa traditionis in mahiyetinde vuku bulan anlaşamamazlığın traditioyu hükümsüz kılacağına hükmetmek lâzımdır. Filhakika, justa causa traditionis traditio ile intikalin esaslı şartıdır. (122) Netice itibariyle, tradens şeyin teslimini beyi maksadı ile yapmış, accipiens de şeyi iare zannı ile almış, kabul etmiş olsa, mülkiyet intikal etmiş sayılamaz; tradens hibe maksadı ile hareket etmiş olsa bile hüküm aynıdır. (123)

Justinianus hukukunda *justa causa traditionis* üzerindeki ihtilâf nazara alınmaz. Binnetice, tradens in devri, accipiens in tesellüm arzusu intikalin muteber olması için kâfidir. (124)

C — Traditio nun neticeleri.

Mancipatio gibi *traditio* da şeyin mülkiyetini prensip itibariyle derhal nakleder. Fakat, *mancipatio* dan farklı olarak, şeyin teslimi gerek talikî şart gerekse talikî eccl ile geciktirilebilir.

2. Devlet mallarının intikali. (125)

Devletle fert arasındaki muamele de *ius gentium a* dahil iktisap yollarındandır, ve hiç değilse, yabancılar mevzuubahis bulunduğu zaman hal böyledir. Devletin vatandaşlarla olan münasebeti, mülkiyetin intikali bakımından tamamiyle *ius civile* usulleri ile vaki olmuş sayılmaz. Zira, Devlet vatandaşlara bir şeyin intikalini *ius civile* nin âmir hükümlerine uyararak yapmak mecburiyetinde değildi.

Diğer cihetten, Roma devleti icabında zor kuvveti ile de fertlerin mamelekine müdahale edebiliyordu.

Roma devleti fetihlerle genişleyip erazi ve köle bolluğuna kavuştuğu devirlerde fertle devletin karşılıklı rızaya müstenit mülkiyetin intikali yollarının fazlaştığı göze çarpar: Devlet savaş esirlerini ve ganimet malları vatandaşlara satmakla bu mallar üzerinde kirli mülkiyeti teessüs ediyordu. Bundan başka Senato para ihtiyacını gidermek maksadıyla Devlete ait binaları da sattırabiliyordu. (126)

(121) — Girard, Manuel, 1929, p: 318.

(122) — D., 12, 5, fr. 9.

(123) — R. Monier, S. tudi Bonfante, t. III, p: 217 et s.

(124) — Ulp, D., 12, 1, fr. 18, pr.

(125) — Just, Inst., 240; D., 41, 11, 9, 3.

(126) — Girard, Manuel, 1929, p: 305 et s.

Buraya kadar mülkiyetin iki tarafın iradesi ile iktisabı yollarını tetkik ettik.

IV — Tek taraflı iradeye dayanan mülkiyetin intikali yolları.

Umumiyetle, iki tarafın iradesine dayanan mülkiyetin iktisap yolları haricinde kalan intikal usulleri iktisap edenin ve kanun vazının iradesine müstenit yollar olmak üzere ikiye ayrılır. İtiraf edelim ki böyle bir tasnif mantıktır. Filhakika, bazı hallerde iktisap edenin iradesi rol oynamaksızın da, mülkiyet sırf kanun hükmü ile iktisap olunur veya intikal eder; terekenin intikali ve taksimi ile mirascının veya mirascıların iktisabı, ve nihayet selâhiyeti yine kanundan olan hakimın mülkiyeti dair verdiği karar kanuni intikal yollarının bâriz misalleridir.

Bu itibarla tek tarafın iradesine müstenit iktisap yolları ile kanun hükmünce iktisap yollarını ayrı ayrı paragraflarda tetkik etmeyi doğru ve zarurî bulduk.

Birtarafın iradesine dayanan iktisap yolları şunlardır: Occupatio, define, Usucapio, Praescriptio.

1. Birtarafın iradesine bağlı iktisap yolları.

1. Occupatio.

Hiç kimseye ait olmayan şeyler (Res nullius) in iktisabı usulüdür.

Occupatio ya mevzu teşkil edecek olan şeyler Romada şunlardır.. Mağlûp ordu efradına ait olup Roma vatandaşlarının ellerine geçen menkuller (127), av hayvanları da res nullius dur (128). İstekle terk edilen şeyler de occupatio ile iktisapolunabilir. (129) Deniz veya nehir veya ırmak kenarlarındaki kıymetli maden ve taşlar da res nullius gurubuna dahildir.

2. Define (Thesaurus) (130)

Çok eski zamanlardan beri aranmadığından sahihsiz olduklarına hükmedilen gizli kıymetlerdir.

(127) — Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 258.

(128) — Ganimet, res nullius değildir: Gaius, Inst. 11, 69; Toutoulon, Rev. d'hist. du droit, 1924, p: 208 et s.

(129) — İlk zamanlarda hayvan avlayanın mülkiyetine geçmiş sayılırdı, Klsik devirde vurulan hayvanın zilyedliğine de sahip olmak şartı koşuldu: D., 41, 1. fr. 51.

(130) — Res aerelictæ nin iktisabı ihtilâflıdır; Justinianus iktisap edilebileceğini (Inst. 2, 1, 47), bazı metinlerde ise terk edilen şeyin terk eden tarafından umuma karşı yapılan bir traditio da bulunmuş olduğuna dair hüküm vardır: D., 41, 7, 5. Binaenaleyh, şey ihraz edileceği ana kadar terk edenin mülkiyetinde kalmış sayılır.

Cumhuriyet devri sonlarında yetişen laik hukukçular defineyi içinde bulunduğu gayri menkulün cüzü mütemmimi addederler. İmparatorluk devri başlarından Hadrianusa kadar define Devletin mamelekine dahil edildi. Hadrianus, kendi gayri menkulünde define bulanı malik saydı, ve gayrin erazisinde kazara define bulmuş olan şahsa yarı mülkiyet hakkını tanıdı. (131)

Bazı değişikliklere uğradıktan sonra, define, Justinianus hukukunda Hadrianus kaidelerine tabi tutuldu.

3. Usucapio. ve Praescriptio.

A — Usucapio.

Bir şeyin zilyedliğini muayyen bir müddetle elde bulundurmakla o şey üzerinde mülkiyet hakkı yaratan bir iktisap usulüdür.

Occupatio ile usucapio arasındaki bariz fark, birincisinin sahipsiz mallar, ikincisinin malk bulunan şeyler üzerinde mevzu bahis oluşudur.

a) Usucapionun tarihçesi.

Oniki levha kanunları erazinin iki, menkullerin bir sene zilyedliğine sahip olunmuş bulunmakla o şeylerin iktisap edileceğini kabul eder. Binaların da usucapio ile iktisabı mümkündür. (132)

Usucapio kirit mülkiyetinin iktisabına yaradığından yabancılar lehine işleyen bir usul değildir, ve Eyalet erazisine de tatbik olunamaz.

Oniki levha kanunu usucapio şartlarını saymamış, ancak usucapio nun tatbik alanını göstermekle iktifa etmiştir: Mezarlar önündeki küçük arsalar, kadınlar vasinin rızası olmaksızın devrettikleri res mancipi ler (133), nihayet çalınmış şeyler usucapio ile iktisap olunamazlar. (134)

Lex Atinia (M. E. 2) bu şeyler üzerinde ancak alelade vazuyetlik mevzu bahis olabileceğini tasrih eder. (135)

(131) Bonfante (Mélanges Girard, I. 1912, p: 123 et s, Appleton (Studi Bonfante, III, p: 3 et s.

(132) — Define devlet arazisinde bulunduğu zaman hüküm aynıdır: Inst, II, 1, 39. Define nin mahiyeti ihtilâflıdır: Ed, Cua, Manuel, 1928, p: 280. Define kâsife de hak bahsettüğünden res nullius addedilmelidir. Ve yine bu sebepten dolayı, kanunî iktisap yollarından da sayılmalıdır.

(133) — R. Monier; Manuel, 1945, t. 1. p: 221, n: 3.

(134) — Gaius, Inst, 11, 47.

(135) — Gaius, Inst, 11, 45, 49.

Diğer iktisap yollarının zuhurundan sonra usucop'o bilhassa işlenmemiş halde bırakılan erazinin iktisabını sağlıyordu. (136)

İmparatorluk devri başlarında çıkan *lex Plautia* ve *lex Julia* zorla elde edilmiş erazi üzerinde usucapionun netice doğuramayacağını hükme bağlamak suretiyle usucapionun şartlarını belirtmiş oldu: *Justa causa* ve *hüsnüniyet*.

b) Usucapionun şartları.

1°) *Justa causa* *adquirendi*. (167)

Usucapio ile iktisap için şeyin muteber bir hukukî muamele ile zilyedliğine sahip olmuş olmak lâzımdır.

Justa causa çeşitli ihtimallere göre değişir: zilyed şeye *yraditio* ile hâkim olmuşsa, *justa causa* *traditio*daki gibidir. Zilyed, şeye *bizzat* el koymuş olabilir, bu taktirde *justa causa* pretörün emri olabilir. Nihayet, bazı hallerde, *justa causa* hukukî bir fiil olabilir: Zilyed, terk edilmiş bir eraziye hâkim bulunduğu zaman hal böyledir. (138)

Justa causanın mevcudiyetini ispat zilyede düşer.

2°) *Hüsnüniyet*.

Usucapiens'in şeyi asıl malikinden aldığını ve malikin şeyi devre ehil bulunduğunu bilmiş olması veya bildiğini samimiyetle zan etmiş olması lâzımdır. *Hüsnüniyet*, *justa causa* sı beyi akdinden ibaret olan usucapioda (*usucapio pro emptio*) yalnız usucapio başlangıcından değil, beyi akdinin inikadı anında da lâzımdır. (139) Zilyedin bilâhara suniyetli duruma düşmesi usucapio yu hükümsüz kılmaz. 140)

Suiniyetin ispatı müddeiye düşer. *Hüsnüniyet* daima var farz olunur. (141)

(136) — P. Huvelin, *Le furtum*, 1915, p: 255 et s; De visscher, *Rev. hist. de droit*, 1933, p: 617 et s.

(137) — F. de Visscher, *Rev. hist. de droit*, 1933, p: 630 et s. Giffard, *Précis*, t. 1. p: 376 n. 1

(138) — Oven, *Rev. d'hist. du droit*, t. 16. 4, p: 434 et s.

(139) — Pomponius, D. 41, 3, fr. 29. Sahipsiz tereke üzerindeki usucapio nun *justa causa* sı asıl mirasçısının terekeyi iktisap etmemesi hâdisesi ile izah ediyor.

Justa causa o kadar ehemmiyetli bir unsur idi ki, Klâsik devir hukukcuları usucapio yu *justa causa* ya göre tasnif etmişlerdir: Usucapio pro emptor (beyi sebebi ile usucapio,) usucapio pro legato, usucapio, pro herede ilâh: gibi. Sebebi evvelce tesbit edilemeyen usucapio ya usucapio pro suo denir: Albertario, *Studia et documenta*, 1935, 11, p: 266 et s.

(140) — Giffard, *Précis*, 1934, t. 1p: 380, n: 1.

(141) — Mamafih, bakınız: M. Levet, *Rev. hist. de droit*, 1933, p: 1. Müellif, hibe dolaşısıyla usucapioda *hüsnüniyetin* devamlılığı fikrindedir.

3°) Zilyedlik muayyen bir müddet devam etmiş olmalıdır. Bu müddet menkuller için bir, gayri menkuller için iki senedir.

Usucapio müddeti içinde zilyedlik inkıtaa oğramamış olmalıdır. Aksi takdirde, müddet yeni baştan doldurulmuş olacaktır. Eski hukuk devrinde, malik şeyi kullanmaya başlamış olmakla usucapio yu inkıtaa oğratabiliyordu. Klâsik devirde hukukî inkıta yerine tabii inkıta kabul edildi. Mamafih, pretör, küçükleri restitutio in integrum ile himaye edebilirdi.

B — Praescriptio.

a) Praescriptio longi temporis. (142)

Usucapio bilhassa eyalet erazisinin iktisabını temin edemiyordu. Bu boşluğu doldurmak için İmparatorlar uzun süreli bir possessio (longae possessionis) manasına gelen praescriptio longi temporis kabul ettiler. İlk defa Sévère ve caracalla (199) zamanında Eyalet erazisinin iktisabı için işleyen P. longi temporis, sonları, Antonin Caracalla devrinde, menkullerin iktisabında ve péregrinler lehine olmak üzere şumüllü bir tatbik sahası buldu. (143)

Yunan hukukundan alınmış olan praescriptio, usucapio gibi iktisabî mürurzaman mahiyetinde olmayıp, uzun zaman işlenmemiş erazinin zilyedine muhtemel bir actio rei vindicatio ya karşı defi hakkı veren bir vasitadan ibarettir. Yani, zilyede zilyed bulunduğu şey üzerinde muayyen müddet için açılacak davaları red hakkı verir. Binnetice, bu müddet hululünde şey başka bir şahıs eline geçmiş ise asıl malik actio rei vindicatio ile bu zilyede karşı hareket edebilir ve şeyi geri alabilir. Şu halde müesseseye iktisabî mürur zaman mahiyetini vermemek gerekir: Praescriptio longi temporis iktisabî mürurzaman olsa idi, asıl malikin actio rei vindicatio ya müracaat hakkı mahfuz olamazdı.

Asıl maliki olduğunu iddia eden şahsın ve zilyedin aynı şehirde ikamet edip etmemesine göre, müddet 10 ve 20 sene olmak üzere tesbit edilmiştir.

Asıl malik bu müddetler son bulmadan actio rei vindicatio ya müracaat etmiş ise, Praescriptio kesilir, ve şeyin yeniden zaptı lâzım gelir.

Praescriptio nun ihdas sebebi 10 veya 20 sene içinde sahibi tarafından takip edilmemiş olan şeyler üzerinde mülkiyet hakkı iddiasında bulunmanın mantıksızlığı düşüncesinden ibarettir.

(142) — Mamafih, Gaius (Inst. 11, 53), hüsnüniyet unsuruna lüzum göstermeyen usucapio hallerinden de bahsetmektedir.

(143) — Bonfante, Corso, 11, 2, 212 et s; Ed. Cua Manuel, 1928, p: 287 et s.

b) *Praescriptio longissimi temporis*.

Praescriptio longi temporis'e yalnız bir müdafaa vasıtalığı rolü vermenin mantıksızlığı anlaşılmış ve İmparatorlar müddeti uzatmakla ıskatî mürurzamanı ifade eden *Praescriptio longissimi temporis* i yaratmışlardır.

Bidayetde 40, bilâhara 30 sene müddetle bir şeye zilyed bulunan şahsa karşı açılacak istihkak davası redolunur. *Praescriptio longissimi temporis* usucapio gibi iktisabî mürurzaman mahiyetinde olmadığından, müddetin bitimi ile şey üzerindeki aynî takyidat da sukut eder.

c) İktisabî mürurzaman.

Justinianus, usucapio ile *praescriptio* kaidelerini az çok birleştirmek suretiyle iktisabî mürurzamana da yer verdi: 531 de çıkardığı bir kanunla *praescriptio longi temporis* i bütün gayri menkullerin iktisabına yarayacağını ilân etti, ve eski 10 ve 20 senelik müddetler yanında hüsnüniyet ve muhik sebebi de şart koştu. Men

Menkullerin iktisabı için üç senelik müddete tâbi bir usucapio nun devamını kabul etti.

Justinianus, hüsnüniyet ve muhik sebep bulunmayan hallerde *praescriptio longissimi temporis* in 30 sene olarak devamını kabul etti. Demek ki, Justinianus devrinde iktisabî mürurzaman usucapio ile *praescriptio longi temporis* in birleşmesi ile vücut buldu: Menkuller 3, gayri menkuller 10 ve 20 senelik iktisabî mürurzamana (*praescriptio longi temporis*) tâbidir.

Modern hukuk, bilhassa hüsnüniyet unsurunu aradığından ve menkuller için daha uzun süreli zaman aşımı prensibini götürmüş olduğundan, Roma hukukundaki iktisabî mürurzaman sistemi ile ilgisi mevcuttur.

V — Kanunî iktisap yolları.

1. Accessio.
2. Specificatio.
3. Semerlerin iktisabı.
4. Hâkim hükmü ile iktisap. (Adjudicatio)

1. Accessio.

A — Accessio nun tarif ve mahiyeti.

Aslî addedilen bir şeyle fer'î addolunan diğer bir şeyin birbirine karışması ve iktisadî bakımdan basit bir şey meydana getirmeleri haline accessio denir. Maddeten karışma accessio değildir. (144)

B — Accessio çeşitleri:

a) Gayri menkulün bir gayri menkul ile karışması.

Bir eraziye nehirlerin eklediği toprak parçaları ile o erzî arasında accessio mevzubahistir. Roma, hududu tahdit edilmiş erazi hakkında bu çeşit accessio yu kabul etmiyordu. Binaenaleyh, hudutlar haricinde kalan ek erazinin ancak occupatio ile iktisap edilebileceğini kabul eyliyordu. (145)

Inhidam halinde ağaçlar diğer erazide kök salmış olmadıkça accessio hükümlerine tâbi değildir.

b) Bir menkulün bir gayri menkul ile karışması.

Bir eraziye ağaç dikmek, bir arsa üzerinde inşaatta bulunmak bu ikinci accessio haline misal olarak verilmektedir. Birinci halde ağaç kökleşmedikçe accessio mevzubahis değildir. İkinci halde, yani bir erazi üzerine bir ev yapılması veya bir evin başkasına ait malzeme ile inşa edilmiş olması halinde malzeme ve bina eski sahibinin malı olmakda devam eder. Ancak, Oniki levha kanunu binanın malzeme sahibi tarafından yıkılmasını men eder. (146)

Görüliyor ki, bu hallerde tam manası ile accessio mevzu bahis değildir.

Justinianus, başkasının erazisine suiniyetle malzemesi ile inşaatda bulunmuş olandan mülkiyet hakkını kaldırmak suretiyle vaziyeti tam manası ile accessioya çevirmiştir. (147)

c) Menkulün menkul ile karışması.

Bir kalasın bir gemide kullanılmış olması buna misaldır. Bu halde şeyin mülkiyetinin kime ait olacağı hususunda Sabinienler ile Proculienler arasında ihtilâf mevcuttu: sonunculara göre aslî şey iktisadî ve sosyal kıymeti üstün bulunandır, binnetice, gemi sahibi geminin cüzü mütemmimi haline gelmiş olan şeye de malik olmalıdır. Sabinienler şeyin maddeten büyüklüğünü kıstas tutmaktadırlar. Justinianus Proculienlerin fikrini tatbik sahasına koydu. (148) Proculien mektebine göre, başkasına ait kâat veya tahta üzerine yazılan yazının, ve dolayısı ile, tahta veya kâadın mülkiyeti de yazıyı yazana aittir. (149)

(145) — Meselâ bir direğin bir evin inşasında kullanılmış olması halinde accessio mevzubahis olamaz, çünkü ev yıkılınca direk sahibi direği aynen geri alabilir.

(146) — Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 261.

(147) — D. 6, 1, 23, 7 ve fr. 50.

(148) — Just, Inst. 11, 1, 30.

(149) — Mamfih bu görüş tarzının bazı mahzurları olbailir: Girard, Manuel, 1929, p: 351.

2. Specificatio. (150)

Başkasına ait malizeme ile yeni bir şey (nova species) yaratmaktır, üzümle şıra, şarap, sirke, veya, mermer veya başka bir taşla heykel vesaire yapmak gibi.

Nova species in kime ait olacağı da Sabinien ve proculienler arasında münakaxa edildi: Sabinienlerce, specificatio asıl şeyin cevheri aslısına, özüne hanel getirmiş olmayacağından nova speciesin mülkiyeti malzeme sahibine aittir: meselâ, sirke üzüm sahibine ait olacaktır. Proculien mektebine göre ise nova species müstakil iktisadî ve içtima' bir değeri haiz olduğundan, mülkiyet ona vücut verene bahşolunmalıdır. Yeni şeyi meydana getirenin hüsnüniyetli suiniyetli olmasının tesiri yoktur.

Bizans hukuku, mütavassıt bir hal çaresi kabul etti: Eğer malzeme yeni şeyden tekrar elde edilebiliyorsa nova species e vücut veren şey sahibi istihkak davasında bulunabilir: Bakırla sahan yapılması halinde hüküm böyledir. Mevaddı ibdidaiye eski haline çevrilemezse mülkiyet emek sahibinindir.

3. Semerelerin iktisabı. (151)

Semeler, Romada kâh kanunî, kâh fer'î yollar ile iktisap olunur. Filhakika, mülkiyet sahibinin semereleri iktisabı kanunî, intifa hakkı sahibinin iktisabı ise fer'îdir: Intifa hakkı sahibinin semereleri iktisap hakkı mülk sahibi ile aralarında yapılan mukaveleden doğmaktadır. (152)

Intifa hakkı sahibi, semereleri, toplamış olmakla iktisap eder. Binnetice, semerelerin derlenmelerinden evvel çalınmış olmaları halinde actio rei vindicatio yu açacak olan, şeyin malikidir. Halbuki, emphytéose da bu davayı açacak olan müstecirdir.

Semerelerin iktisabı meselesinde intifa hakkı sahibinin hüsnüniyetli olup olmasının ehemmiyeti vardır: Eski hukukda hüsnüniyetli zilyed semereleri usucapio ile (1 sene) iktisap ediyordu. Müddet semeresinin alındığı günden başlar. İmparatorluk devrinde ise ayrılma hadisesi ile semereler ayrılmış oldukları andan itibaren iktisap olunur (153) Justinianus devrinde, hüsnüniyetli zilyed mevcut semereleri iade ile mükelleftir.

(150) — Sabinienlerden olmasına rağmen Gaius bu hal çeresini kabul eder: etmiş: (Inst 11. 77-78) Justinianus da bundan mülhem olmuştur: (Inst. 11, 1, 33-34).

(151) — R. Piccard, Recherchers sur l'hist. de la spécification, Thèse, Lausann 1926.

(152) — Ramelet L'acqsisito des fruits, Lausanne, 1945.

(153) — Debray, Nouv. Rev. hist. 1909, p: 666 et s.

4. Hâkim hükmü ile iktisap yolları.

Hâkim, majistradan aldığı formül üzerine mülkiyeti intikal ettirebilir. Buna Romada üç halde tesadüf olunur:

A — Actio communi dividundo. (154)

Müşterek mülkiyet mevzuunun şerikler arasında hâkim tarafından taksimi davasıdır. Burada intikal edecek olan hisse hâkim tarafından tayin edildiğinden hâkim hükmü ile iktisap mevzu bahistir.

B — Actio familiae erciscundae.

Mirasın taksimi davasıdır. Mirasın taksiminde de hâkim bazı malların şu bazılarının bu mirasçıya devrine yetkili olduğundan, dava hâkim hükmü ile intikale müncer olur.

C — Actio finium regundorum.

Hudut tayin ve tahdidi suretiyle hâkim iki komşu arasında gayri menkul mülkiyetini, ihtilâflı bulunan erazi kısmını devre yetkilidir. 2)

VI — Kanun hükmü ile mülkiyetin iktisabı yolları.

Buraya kadar tetkik ettiğimiz bütün iktisap ve intikal yolları haddi zatında hep kanun hükmüyledir. Filhakika, kanun iki şahsın irade beyanına mülkiyetin intikali neticesini tanımamış olsa idi, ve tek tarafın iradesini yine böyle bir neticeye bağlayıcı hüküm ihtiva etmemiş bulunsa idi, ne aslı iktisap ve nede ferî iktisap yollarından bahsedilebilirdi.

Bizce, Tam manası ile kanunî iktisap yolu mülkiyet hakkına kanunen son verilen ve başkasının mülkiyetini diğerine nakleden teşri kuvvet iradesinden doğar: Meselâ, lex caducaria'nın çocuksuz ve bekâr kimselerin miras hisselerini diğer mirasçılara devretmesi, ve, definenin doğrudan doğruya devlete nakli tam manası ile kanunî iktisap ve intikal yollarının tipik misalleridir.

Bundan başka, mirastan iskâf, iskart edilenin hissesini diğer mirasçılara devir neticesine müncer olacağından tam manası ile kanunî iktisaba yol açan bir müesseseden ibarettir.

Bu izahattan anlaşılıyor ki, mülkiyetin iktisap ve intikal yollarının bütün manuel lerde tek taraflı, iki taraflı ilâh gibi kategorilere ayrılmış bulunmasını sırf tedris kolaylığını temin edici bir hareket tarzı, bir sistem olarak mütalâa etmekte mahzur yoktur.

(154) — Mamafih, semerelerin iktisabı anında hüsnüniyetin devamı şarttı: Giffard, Précis, t. 1, p: 392.

Beşinci Fasil.

Mülkiyetten gayri aynî haklar.

(Jura in re aliena)

I — Giriş.

Başkasına (155) ait şeyler üzerinde bir şey veya şahıs lehine tanınmış olan haklara mülkiyetten gayri aynî haklar denir. İrtifak hakları adıyla anılan bu haklar mülkiyetten ve şahsî (alacak) haklarından farklıdırlar:

1°) Mülkiyetten ayırdırlar, çünkü hak sahibi jus abutendi ye sahip değildir. Halbuki bir şeyin maliki bu hakka da sahiptir. Şu halde, irtifak hakları mülkiyet hakkının bahsettiği üç yetkiden ancak ikisini, veya yalnız bunlardan birini bahşeden haklardır. (156) Hak sahibi, ya usus (istimal) hakkına veya usus ile birlikte fructus a (intifa) malik olabilir, ve fakat hiç bir zaman jus abutendi ye sahip bulunamaz.

2°) İrtifat hakları şahsî haklardan, alacak haklarından da farklıdır, zira, bu sonunculara aykır olarak, irtifak hakları daimidirler, şu manada ki, üzerinde tesis edildikleri şey durdukça devam ederler, ve bu cihetten, her kese karşı dermeyeran olunabilirler.

II — Mülkiyetten gayri aynî hakların (irtifak) tasnifi.

İrtifak hakları genel olarak şu tasnife tâbi tutulurlar:

1. Jus civile irtifak hakları.
2. Pretör hukukunun tanıdığı mülkiyetten gayri aynî haklar.
Bunlar, Emphytéose, Hypotheca ve Superficium dur.

III — Hukukî mahiyetleri bakımından irtifak haklarının tasnifi.

Başkasına ait şeyler üzerinde bir gayri menkul veya şahıs lehine tesis edilen irtifak hakları iki kategoriye ayrılır:

1 — Aynî irtifak hakları (Servitutes rerum)

2. Şahsî irtifak hakları (Servitutes personarum)

Birinciler gayri menkul üzerinde diğer bir gayri menkul dolayısı ile, ve binnetice, o gayri menkule malik ve zilyed bütün şahıslar lehine tanınmış olan irtifak haklarıdır.

(155) — D. 10, 2, fr. 47, pr.

(156) — Mülkiyetten gayri aynî hakların esaslı prensibi, bu hakların daima başkasına ait şeyler üzerinde tesis edilebileceği ile izah olunur: Nemini res. sua servit: kendine has şey üzerinde irtifak hakkı tesis edilemez.

İkinciler, bir gayrı menkul üzerinde muayyen bir şahsa tanınmış olan aynî haklardır.

Şu halde, her iki kategoriye dahil irtifak hakları arasındaki bariz fark, birincilerinin daimiliği, ikincilerinin geçiciliğidir.

Bu farklarına rağmen aynî irtifaklarla şahsî irtifaklar arasında benzer noktalar mevcuttur:

1°) Her iki irtifat hakkı, hak sahibine aynî dava bahşeder.

2°) Her iki irtifat hakkı sahibi mücerret maliki irtifat mevzuu üzerinde müspet bir fiil ile tecelli edecek olan mükellefiyete tâbi tutamazlar. Aksi taktirde, irtifak hakkı sahibi ile malik arasında şahsî hak münasebeti mevzu bahis olurdu ki, bu, aynî hakların şahsî haklardan ayırdı prensibine aykırı düşer. İrtifak hakkı sahibinin ancak malikini şey üzerinde bu hakkın kullanılmasını menedici hareketlerde bulunmasını istemeğe hak vardır.

IV — Jus civile nin kabul ettiği mülkiyetten gayrı aynî haklar.

(Servitutes)

1. Aynî irtifak hakları.

Aynî irtifak hakları hâdim gayrı menkul (fond servant) üzerinde hâkim gayrı menkul (fond dominant) dolayısı ile kabul edilmiş olan irtifak haklarıdır.

A — Aynî irtifak haklarının müşterek vasıfları.

1°) Bütün aynî irtifak hakları iki gayrı menkul dolayısı ile mevzu bahistir.

2°) Bütün aynî irtifak hakları tecezzi kabul etmez, yani hak hâdim erazinin bütünü için mevzu bahistir ve hâkim erazinin bütün sahası lehine müllesestir. Binnetice, gerek hâdim, gerek hâkim erazi malikleri taaddüt etse bile hak devam eder.

B — Aynî irtifak çeşitleri.

a) Servitutes prediorum rustiquorum.

Bunlar, üzerinde yapı bulunmayan hâkim erazi lehine tesis edilen ve binnetice, ziraatçiler için mevzubahis irtifak haklarıdır. Bu irtifak haklarında hâdim ve hâkim arazinin her ikisi üzerinde de yapı bulunmasına lüzum yoktur.

Servitutes prediorum rustiquorum a şu dahildir:

1°) İter: bir eraziden yaya veya atla geçme hakkıdır.

2°) Actus: bir eraziden sürü geçirme hakkıdır.

3°) Via: araba ile geçme hakkıdır.

4°) Aqua ductus: Eski irtifak haklarından olup, hâdim eraziden hâkim eraziye arklar ile su geçirme hakkıdır.

Daha sonraları kabul edilmiş olan aquae haustus, hâdim eraziden su çıkarma hakkıdır. Hâdim erazide koyun veya sürü sulamak ve kum ve saire çıkarma hakkı da İmparatorluk başlarında kabul edilmiş olan aynı irtifaklardandır. (157)

b) Servitutes prediorum urbanorum. (158)

Üzerinde bina bulunan hâkim erazi lehine tanınmış irtifak hakkıdır. Bu irtifak haklarından hâdim erazide de yapı mevcuttur.

Servitutes prediorum rustiquorum ile urbanorum arasındaki diğer fark da, ikincisinde hâdim erazi sahibinden müspet bir fiilde bulunmasının da istenebileceğidir.

En eski servitutes prediorum urbanorum cloaca, yani lağam geçirme hakkıdır. Sonraları, komşu erazi ve bina duvarına destek koymak hakkı manzarayı kapamamak hakkı kabul edilmiştir. Destek vurma hakkında hâdim erazi sahibinin müspet fiilde bulunması, meselâ destek vurulan duvarın iyi halde tutulmasını temin etmek gibi, mecburiyeti kabul edilmiştir.

Servitutes urbanorum un kullanılması tarzını taraflar mukavelede tanımlayabilirler. (159)

2. Şahsî irtifak hakları (Servitutes personarum).

A — Giriş.

Muayyen bir şahıs lehine hayat müddetince veya daha kısa bir zaman için menkul veya gayri menkulleri üzerinde tanınmış olan aynı haklardır.

Aynı irtifak hakları ile bunlar arasındaki bariz fark iki cihetten hülâsa edilebilir:

1°) Aynı irtifak hakları müddetle mukayyet değildirler. Bir şahısla bir gayri menkul arasındaki ilgiden değil, iki gayri menkul dolayısı ile mevzubahis ilginin ifadesi olduklarından, aynı irtifaklar gayri menkul ile ilgili bütün şahıslar ile alâkalıdır.

2°) Aynı irtifak hakları menkuller üzerinde mevzubahis değildir.

(157) — Jus utendi veya ius fruendi nin veya bunlardan her ikisinin aynı zamanda mülkiyetten başka birine geçmiş olması mülkiyetten gayri aynı hakkın doğumunu sağlar.

(158) — R. Monier, Manuel, t. 1, p. 434, n. 3, 5.

(159) — Ed. Cuc, Manuel, 1928, p. 330 et s.

B — Şahsî itifak çeşitleri.

a) USUS (istimal hakkı)

Başkasına ait bir şeyin cevheri aslısına, özüne zarar vermeksizin ve semerelerinden, prensip itibariyle, faydalanmaksızın kullanılması hakkıdır.

Bilhassa vasiye¹ suretiyle intikal eden şeylerde mevzu bahisidir.

Roma hukukçuları itifak hakkı mevzu bahis olmaksızın istimal hakkının faideli olmayacağını çok erken düşünerek, hak sahibinin şahsî ihtiyaçlarının temini nisbetinde intifa hakkına da yer vermekle usus un hak sahibine yalnız istimal hakkı bahsedeceği kaidesine istisna koymak oldular. Nihayet, vasiyet edilen şey ev ise, usus hakkı sahibine habitatio yu da bahsettiler. (160)

Usus sahibi hakkının şumülü sürekli münakaşalara yol açmıştır? (161)

Münakaşa edilemeyecek olan cihet, hak sahibinin mutlaka semerelerden de faydalanabileceğine dair mentinlerde sarahat bulunduğudur. Ancak bu sarahata bakarak, usus ile ususfructus un farksızlığına hükmedilemez. Aradaki fark bârizdir: usus sahibi semerelerin hepsinden faydalanamaz, intifa hakkı sahibi ise şeyin bütün semerelerinden prensip itibariyle faydalanır. Diğer cihetten, intifa hakkı tam manası ile usus u da ihtiva eder.

b) Ususfructus (Intifa hakkı). (162)

1°) Intifa hakkının tarifi ve tarihçesi

Cumhuriyet devri sonlarında (163) görülen intifa hakkı, rakabeye (Proprietas) hâlel gelmemek, ve binnetice, şeyin özünde değişiklik yapılmaksızın, bir şahsın başkasına ait bir şeyi istimal ve bu şeyin semeresinden faydalanma hakkıdır.

Şu halde intifa hakkının mülkiyet ile farkı mücerret malikin jus abutendi den, intifa hakkı sahibinin ise ancak jus utendi ve jus fründi den faydalanabileceğinden ibarettir. Intifa hakkı, sahibine şey üzerinde malik hâkimiyeti bahsetmez. (164) ancak şeyin semerelerini derleme yetkisi verir. (165)

(160) — A. Georgesco, Leges privatae, 1932, p: 49, n: 2.

(161) — D. 7, 8, 2. 1. Hadrianus, bir ormanın usus maksadı ile vasiyetini intifa hakkından azâde saymaz.

(162) — Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 340; Riccobono, Studi scialoja, t. 1. 1904, p: 591.

(163) — Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 332 et s; Masson, Essai sur la onception de l'usufruit: (Rev. hist. de droit, 1934, p: 1 et s.)

(164) — Dumnot, Rev. hist. de droit, 1943, p: 41 et s.

Mamafih, Cumhuriyet devri başlarında da intifain mevcudiyetini kabul etmek lâzımdır. Çünkü kölenin çocukları üzerinde intifa hakkı mevzu bahis olup olmayacağı bu devirlerde münakaşa halinde idi: D. 7, 1. fr. 68.

(165) — D. 45, 3, fr. 26.

2°) Intifa hakkının mevzuu.

Intifa hakkı şeyin özünde değişiklik yapmağa, hak sahibine jus abutendi yetkisini vermeye mütahammil olmadığından, Klâsik davre kadar ancak ilk istimal ile istihlâk edilemeyen menkul ve gayri menkuller üzerinde tesis olunabiliyordu.

Intifa hakkının ancak ilk kullanma ile yok olabilen şeyler üzerinde tesis edilememesi vasiyet ettiği mallar arasında bu gibi malların da devrini yapmış olan müteveffanın son arzusunun yerine getirilmesine, yani vasiyet serbestisi prensibine bir engel teşkil ediyordu. Bu mahzurun önüne geçmek için Klâsik hukukda Quasi ususfructus müessesesinin yer aldığı görülmektedir. Intifa benzeri diye tercüme edilebilecek olan bu tabir hukukî manası ile intifa hakkının değil, belki mülkiyet hakkının ifadesidir. Çünkü ilk kullanma ile yok olan şeylerden intifa o şeyin özüne (substantia rei) halel getirmeksizin mümkün değildir. Bu suretle, lehine intifa vasiyet edilen şahıs ilk istimal ile istihlâk edilen şeyi tıpkı mücerret malk gibi kullanmak, yani bu şey üzerinde jus abutendi yetkisini kullanmak imkânına sahip oldu. Ancak, intifa müddeti sonunda istihlâk edilen şeyin yerini tutan benzer bir şeyi veya bedelini (166) vermekle mükellef tutulmuş olmakla, şeyin cevheri aslîsinin iadesi göz önünde tutularak, müesseseye quasi ususfructus adı verilmekte mahzur görülmemiştir.

Quasi - ususfructus un kabulü ile, alacaklar üzerinde de intifa hakkının tanınip tanınamayacağı meselesi ehemmiyet aldı. Roma, Ususfructus nominum u da kabul etti; ve alacak üzerindeki intifa hakkını da quasi ususfructus a benzetti. Binnetice, hak sahibi intifa hakkı sonunda sermayeyi iade ile mükelleftir. (167)

3°) Intifa hakkı sahibinin hak ve mükellefiyetleri.

Intifa hakkı sahibinin hakları şu suretle hülâsa edilebilir: Intifa hakkı sahibi, hasılat müstesna, şeyin bütün sermerelerinden faydalanır; semere medeni, tabii olsun hüküm aynıdır. Intifa hakkı sahibi zilyed değil, aqelâde vazulyed durumunda olduğundan zilyedliğin himayesine ait enterdilerden faydaanamaz.

(166) — D. 7, 3, fr. 1, pr. (Ususfructus in fruendo consistit: intifa semereleri toplamaktan ibarettir.) Intifa hakkı mülkiyetin bir parçası bir kısmı da değildir. Vaucher (Usufruit et pars domini, Lausanne, 1940 aksi fikri güder. Bu görüş tarzının doğru olamayacağı intifa hakkı sahibinin semerelere derlendikleri andan itibaren malik olacağı prensibi ile taddia edilebilir. D. 22, 1, fr. 25, 1; Mamafih, tek bir istisna kabul edilmişti: D. 22, 1, fr. 28, pr.

(167) — Masson, Essaisur la conception de l'usufruit, p: 43 et s.

İntifa hakkı sahibinin mükellefiyetleri şunlardır: Pretörün müdahalesine kadar, intifa hakkı sahibi ile mücerret malik arasında hukukî bir münasebet mevcut değildi. (168) Netice itibariyle, intifa mevzuunun intifa müddeti sonunda iade edilmemesi, veya başkasına devredilmiş olması ve nihayet intifa hakkı sahibinin mirasçuları tarafından mücerret malikin intifa mevzuunu istemesine karşı konulması gibi tehlikeler doğabiliyordu. Bunun önüne geçmek için, pretör, mücerret malik lehine şu iki müessir tedbiri aldı:

a) İntifa hakkı sahibi intifa mevzuunu iyi bir adam, iyi bir aile şefi gibi kullanacaktır.

b) İntifa hakkı sonunda mevzu gerek intifa hakkı sahibi tarafından şahsen, ve gerekse mirasçuları tarafından iade edilecektir.

İntifa hakkı sahibi iki mükellefiyeti *Satisfatio ususfructaria*, yani, intifa hakkı kefaleti ile ve hakkın kullanılmasına başlamadan evvel vad etmekle mükellefti. (169)

C — *Habitatio* (Sükna hakkı).

Habitatio, usus hakkının bir evde oturmak şeklinde tecellisinden ibarettir. Justinianus hukukunda *habitatio* dan faydalanan şahıs ın evi kiraya verebileceği kabul edildi. (170)

D — *Operae*.

Köle, ve bazı hallerde de, hayvan hizmetinden faydalanmayı sağlayan bir nevi şahsî irtifak hakkıdır. Usus dan farkı, *capitis deminito* ile ortadan kalkmaması ve başkasına kiralanabilmesinden ibarettir. Müteveffa bu hakkı bilhassa lakrabası ve daha ziyade karısı lehine vasiyet yolu ile tesis ediyordu.

V — İrtifak haklarının tesis ve sukutu.

1. İrtifak haklarının tesis.

Cumhuriyet devri sonlarına kadar yalnız aynî irtifak hakları mevzubahis olduğundan ve mülkiyet hakkı ile mahiyetleri itibariyle farksız bulduklarından, tesisleri mülkiyetin iktisap yolları ile mümkündü.

(168) -- Nerva, alacak üzerindeki intifa hakkını ancak borçlu lehine yapılmasını ve borçlunun faizlerden kurtarılması fikrini gütmüş, fakat Proculus bu intifanın üçüncü bir şahıs lehine de tesis edilebileceği fikrini kabul ettirilmiştir: R, Monier, Manuel, 1945, p: 437

(169) -- Girard, Manuel, 1929, p: 392 et s.; Giffard, Précis, t. 1, p: 414, No: 705.

(170) -- Bu vadi peşinen alınmış olan mücerret malik pretörden himaye göremez. Aşağı İmparatorluk hukukunda mücerret malikin *Satisfatio usuructoria* yı bilâhara temin edebileceği de kabul edildi: Girard, Manuel, 1929, p: 395, n: 2.

İmparatorluk devri başlarından itibaren irtifak hakları res incorporalis mahiyetini almış olmakla tesis usulleri de değişti. Bu devirden itibaren iki tesis usulü görülmektedir:

1° Translatio servitutis (doğrudan doğruya tesis)

Bu yol ile, müteveffa vasiyetnamesinde bir şey üzerinde irtifak hakkı bahşedebilir. İn jure cessio da doğrudan doğruya tesisi temin edebiliyordu: servitüde sahip olmak isteyen, üzerinde servitüt hakkına malik olacağı şey ile majistra önünde muayyen formülü beyan eder, malik de *contraventicatio* da bulunmamış olmakla servitüd teessüs etmiş olur. Bu usul bilhassa intifa hakkı tesisi için müstamel idi.

Aşağı İmparatorluk devrinde servitutes prodiorum lar yine mülkiyet hakkına benzetilmekte olduğundan, tesisleri *mancipatio* ile ceryan etmekte idi.

Klâsik devirde irtifak hakları res incorporalis kategorisine dahil edildiklerinden *usucapio* ve *traditio* ile tesislerine imkân yoktur; çünkü *usucapio* zilyedliği, *traditio* teslimi icap ettirir; bu iki şart ise ancak res corporales ler için tahakkuk edebilir. (171)

2° *Deductio servitutis* (172)

Bu usul ile, şeyi devreden malik şey üzerinde kendine irtifak hakkı ayırdığını müşteriye bildirir. Buna bilhassa şu ihtimallerde raslanırdı: erazisini ikiye ayıran ve bir kısmını satan şahıs satılan parça üzerinde satmadığı erazi lehine aynı bir irtifak hakkı tesis edebiliyordu. Bundan başka, şeyini devreden şahıs şey üzerinde intifa hakkının bekasını derpiş etmek suretiyle hareket edebilirdi.

Justinianus hukukuna kadar irtifak haklarının tesisinde bazı yeni usuller ihdas olundu: Majistralar ötedenberi kullanılmakta olan ark açma hakkının muteber olması için bir şekil ve merasime lüzum görmüyordı. (173)

Justinianus hukukunda, *mancipatio* ve in jure cessio kalktığından bunlar irtifak haklarının tesisine yaramaz oldu; bu usuller yerine *pactus* ve *stipulatio* tatbikat sahasına konuldu. Bundan başka, servitüdlerin *Traditio* benzeri ve zamanaşımı ile tesisi usulleri de yer aldı. (174)

(171) — Just. Inst., II, 5, 5.

(172) — Servitüdlerin tesisine dair bu görüş tarzının tarihi malûm olmayan *lex Scribonia* ile ortaya çıktığına hükmetmek lâzımdır: Giffard, Précis 1934, t. 1, p. 416 et s.

(173) — A. Georgesco, Leges privatae, 1932, p. 51 et s.

(174) — Scaevola: D. 39, 3, 26; D. 8, 5, fr. 27; Rabel, Mélanges Girard, II, p. 407 et s.; Bonfante, Corso, III, p. 112 et s.

2. İrtifak haklarının sukutu.

İrtifak hakları sırası ile gözden geçireceğimiz şu usuller ile son bulur:

1°) Servitutes prediorum rustiquorum lar hâdim veya hâkim erazinin yok olması ile son bulurlar.

Şahsi irtifaklar, bilhassa intifa hakkı, hakkın kullanılmaması ve bu imkânsızlığa yol açan capitis deminitio ile, ve nihayet, mevzuun ortadan kalkması veya başka bir mahiyet alması (175) ile son bulur.

2°) Vazgeçme de irtifakların sukut sebepleri arasındadır.

Eski hukukda vaz geçme kâfi değildir. Vazgeçme muayyen şekil ve merasime riayet edilerek vaki olmalı idi. Mamafih, pretör, şekle riayet edilmeden yapılan feragatı kabul ediyordu. Bu takdirde, hak sahibinin jus civile ce hakı baki idi ise de malik feragatten sonra vaki olacak hak iddiasını exceptio ile red edebiliyordu.

3°) İrtifak hakkının kullanılmaması da sukut sebeplerinden biridir. Ancak, şu ayırda ehemmiyet vermek lâzımdır:

a) Klâsik devirde servitutes prodiorum rustiquorum, usus ve usufructus bir ve iki sene içinde kullanılmadığı takdirde sukut ediyordu (176) Bu müddetler justinianus hukukunda 10 ve 20 seneye çıkarıldı.

b) Servitutes prediorum urbanorum ların sukutu için yalnız ademi istimal kâfi değildir; aynı zamanda mücerret malikin şey üzerinde bu hakların kullanılmasını sağlayıcı fiil ve hareketlerde bulunması lâzımdır. Meselâ hakkın taallük ettiği sahaya bina veya hakkın kullanımını akim bırakacak daha başka fiillerde bulunması gerekirdi. Bu harekâta Usucapio liberatatis denir.

VI — İrtifak haklarının müeyyidesi.

İrtifak hakkı sahibi iki himaye vasıtası ile himaye ediliyordu.

1. Vindicatio servitutis (veya Vindicatio usufructus) (177)

Aynî irtifak ve intifa hakkı sahibi bu dava ile hakkın taallük ettiği şeyin

(175) — Malik, şey üzerinde irtifak hakkını kullanmakta olan şahsa mûsamaha (pati-
entia) ederse irtifak hakkının Quasi Traditio ile tesisi mevzubahistir. Klâsik devirden itibaren de, müddeti muayyen olmayan bir zaman aşımının irtifak haklarının tesisinde rol aldığı iddia edilmektedir: Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 345, n: 2. Justinianus hukukunda irtifak haklarının tesisi için lâzımgelen zaman aşımı sürelerinin 10 ve 20 sene olarak kabul edildiği ileri sürülmektedir: Giffar, Précis, t. 1, p: 419, n: 2.

(176) — Pierre - Eugène cavin, L'extinction de l'usufruit rei mutatio, Thèse, Lausanne, 1933

(177) — Paulus, Sent. 1, 17; III, 6. 30.

zilyedliğine sahip olur ve bu şey üzerinde hakkı kullanma imkânını elde eder.

Mamafih, erazi sahibinin de Actio negotaria ile erazisinin aynî irtifak hakları ile veya intfia ile mukayyet bulunmadığını iddia ve ispata hakkı mahfuzdur. (178)

2. Interdictum lar. (179)

Servitutes prediorum rustiquorum lardan geçit, ark açma ve su çıkarma hakları interdictum lar ile temin edilmişti.

Servitutes prediorum ubranorum lar için ancak bir tip interdictum tatbikatta idi: Interdictum cloacis (180). Bu enterdi ile hak sahibi lağımın temizletirilmesi ve tamirini temin eder.

Hak sahibinin gayrin erazisinde veya binasında müspet bir fiilde bulunmaya salâhiyetli kılan, meselâ, intifa, usus ve habitatio gibi, servitutes urbanorum sahipleri zilyedliğin himayesine ait enterdilerden faydalanırlar. Bu imkânın quasi possessio nazariyesine menşe teşkil ettiği umumiyetle kabul edilmektedir. (181)

VII — Mülkiyetten gayri pretör aynî hakları.

Hâkim tasnife göre, irtifak haklarından daha sonra kabul ve tanzim edilmiş olan mülkiyetten gayri pretör aynî hakları, sırası ile tetkik edeceğimiz şu dört tipi gösterir.

1. Superficium (üst hakkı) (182)

Başkasına ait bir erazi üzerinde yapılmış bir binadan muayyen bir kira vermek şartı ile faydalanma hakkıdır.

İlk devirlerde bu hak Devlete ait erazi üzerinde mevzubahis iken, sonraları, özel kişilere ait erazi üzerinde kabul edildi: muayyen bir eraziye kiralamış olan şahıs o erazi üzerinde yapacağı inşaattan da faydalanma hakkına sahip idi. Evvelâ şahsî bir hak olan superficium, sonraları, pretörün mü-

(178) — Bu dâva, Justinianus devrinde, actio confessoria adını taşır: Bonfante Corso, III, 1933, p: 121; G. Sergé, Mélanges Girard, II, 1912, p: 511 et s.

Hâkim, dâva edileni ya şeyin teslimine veya irtifak hakkının kullanılmasını teminen yapılacak olan hareketlerde bulunmamaya davet eder: Girard, Manuel, 1929, p: 1086, n: 2. Bu hükme riayetsizlik para cezasını muciptir.: 8, 5, fr. 7.

(179) — Lenel, Edictum, 3 éd, p: 190 et s.

(180) — Bonfante, Corso, III, p: 366 et s.

(181) — Girard, Manuel, 1929, p: 408 et s.

(182) — R. Monier, Manuel, 1945, p: 344, n: 3.

**dahalesi ile, aynı bir hak mahiyetini aldı, ve actio in rem ile müeyyidelen-
di. (183)**

Aşağı İmparatorluk devri bu hakkı teferruâtı ile tanzim etmiş, ve üzerin-
de superficies mevzubahis inşaatın irtifak hakları ile de mukayyet olabilece-
ğini kabul eylemiştir. (184)

Üst hakkı yaşayanlar arasındaki tasarruflar ile intikal edebileceği gibi,
mirascılara da geçer.

2. Jus in agro vectigali (veya, Jus perpetuum)

Devlete ait olup şahıslara gayri muayyen bir süre için ve Vectigal (4)
denilen bir gelir vermek suretiyle bahşedilen uzun vadeli erazi icarından
ibarettir.

Hak mirascılara intikal eder (185). Hak sahibi eraziye tecavüzün men'-
ini def'e yetkilidir. Nihayet, hukukçular bu hakka aynı bir hak mahiyeti tanı-
dılar. (186)

Jus in agro vectigali beşinci asır sonlarında Emphytéose la karıştı ve
rolünü ona terk etti. (187)

3. Emphytéose. (188)

Bidayetlerde İmparatorlara ait ekilmemiş erazinin işletilmesini temin
için yapılan bir icar mukavelesidir. İlk defa şimalî Afrikada meriyette iken,
sonraları Avrupada, ve bilhassa, İtalyada tanınmış ve Kilise erazisi ile ferdî
erazilere de tatbik edilmeye başlanmıştır.

Müessesenin adı, kiracının eraziye ağaçlandırması ve islâh etmesi ma-
nasına gelen yunanca bir kelimedendir. (189)

Mutad olarak İmparatorluk erazisine tatbik edilen bu mukaveleler ev-
velâ kiracıya muayyen ve senelik bir irad (canone) vermesi ve eraziye zira-

(183) — Hajje, Etude sur les locations à long terme et perpétuelles, Thèse, Paris, 1926,
p: 132 et et s; Ed. Cua, Manuel, 1928, p: 325 et s.

(184) — D. 43, 18, fr. 1, 9.

(185) — Gaius, Inst. III, 145.

(186) — D. 50, 16 fr. 210

(187) Beseler (Studia etdocumenta, 1937, p: 360 et s) gibi bazı müellifler aksi fikirde
iseler de metinler sarıhtir: D. 30, fr. 71, 5-6.

(188) — R. Monier, Manuel, 1945, t. 1, p: 446, n: 2.

(189) — W. Kamps, L'Emphytéose en droit grec et sa réception en droit romain, Recueil
de la Société J. Bodin, III, 1938, p: 67.

ate elverişli hale getirmesi şartı ile şeyin mülkiyetini ucuz bir bedel mukabilinde devre yarıyordu.

Kiracıya mülkiyet intikal etmeksizin ve ancak onu eraziyi işletmek şartı ile muayyen bir müddet sonunda ehemmiyetsiz bir miktar hâsılat yatırmaya mecbur tutan Emphytéose tipi de fazlası ile tatbik olunmakta idi.

Emphytéose da mirasçılara intikal eder. Hak sahibi mukavelede muayyen Şalvo canone yi ödedikçe eraziden çıkarılamaz:

Justinianus devri Emphytéose mukavelesinden doğan hakkı aynî bir hak olarak mütalâa eder. (190)

4. İpotek.

Alacaklının borçlunun menkul veya gayri menkulünü takyit etmesi hasebiyle ipotek de mülkiyetten gayri aynî haklar arasında mütalâa edilmelidir.

(190) — Binoenaleyh, hak sahibi mülkiyeti garantileyen davalardan faydalanır. Ancak üç seneden fazla bir süre içinde vergi veya gelir ödenmediği takdirde, mülkiyet asıl sahibine rücu eder. Bundan başka, kiracı mücerret malikin rızasını almadıkça araziyi satamaz. Bu hususta bir tefrik yapmak zarurîdir: 1) Eğer mukavele kiracıya araziye de devreden bir emphytéose tipi ise, bu rızaya mahal yoktu, 2) Aksi takdirde hal çaresi prensibi takip eder; *manatîh*; bu sonuncu halde de, malik şif'a hakkı kullanacağını beyan etmedikçe satışa muhalefet edemez.

Su halde, emphytéose un tam bir mülkiyet hakkı bahsedeceği fikrinde bulunmak doğru değildir, çünkü arazi sahibinin kiracı tarafından satılması halinde semenin bir kısmına hakkı vardır: Hoijie, op. cit, p: 136, 155 et s.