

OSMANLI HUKUKUNDA ZİLYETLİK

Hukuki Niteliği, Sonuçları Ve Zilyetlik Davaları (1).

I

Yazan :
Choueri CARDAHI

Çeviren :
Asistan Halil CİN

Bu makalede münhasıran Osmanlı Hukukunda zilyetlik davalarını incelemeyi istedik. Bunları, ayrıntılı bir şekilde yabancı hukukla, özellikle Fransız Hukuku ile, mukayeseli olarak incelemekle yetineceğiz. Gerçekten, zilyetlik davaları çok müphem bir şekilde 11 Nisan 1329 Tarihli Sulh Hakimleri Kanununun bazı maddeleriyle düzenlenmiştir.

Şimdiye kadar, bu davaların hukuki niteliğini ve sonuçlarını belirtmek için hiç bir doktriner çalışmaya girişilmedi.

Bununla birlikte, bu makaleye daha fazla genişlik vermek suretiyle, çizmiş olduğumuz dar sınırı aşmak zorunda olduğumuza inanmaktayız. Gerçekten, zilyetlik davalarını incelemeye başlamadan önce, gerektiği ölçüde, zilyetliği, zilyetlik davalarının sağladığı himayeyi ve aynı zamanda bu aynı hakkın (2) sonuçlarını incelemek, bize uygun hattâ zaruri göründü. Zaten bu, izliyeceğimiz plânı bize gösteriyor. Birinci kesimde, zilyetliğe atfettiğimiz önem dolayısıyla, ikinci kesimin konusunu teşkil edecek olan zilyetlik davaları hariç, zilyetliği, onun hukuki nitelik ve sonuçlarını inceleyeceğiz.

-
- (1) Zilyetliğe ilişkin mevzuat, artık Türkiye'de mer'i değildir.
 - (2) Çevirenin Notu: Türk İsviçre Hukuk Doktrinde Zilyetlik bir aynı hak olarak kabul edilmemektedir. Ancak Türk Temyiz Mahkemesi, 9/10/1943 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında, zilyetliğin bir aynı hak olduğuna hükmetmiştir. Bk. İçtihatları Birleştirme Kararları. Hukuk Kısmı. 1930 - 1947. Sh. 242.

I. KESİM.

Zilyetlik.

Zilyetliğin Tarifi: Osmanlı Hukukundaki zilyetliği tarif etmeden yahut tarif etmeye girişmeden önce, modern hukukta bu kelimeye verilen iki anlamı kısaca hatırlatmakta fayda vardır.

Klasik Teorinin mirasçısı olan Fransız Hukuku, zilyetlikte iki unsuru tefrik ediyor: Maddî unsur (corpus) ve şey üzerinde bir aynî hak, özellikle mülkiyet hakkı elde etmek niyeti, iradesi olan ve animus adıyla anılan psikolojik unsur. İşte bundan dolayı hasılat kiracısı, intifa hakkı sahibi, vedia alan zilyet olarak değil, fakat vazüyet olarak kabul edilmiştir. Gerçekten bu kimseler başkası yerine, yani çıplak mülkiyet sahibi, kiralayan, vedia veren hesabına tasarruf ediyorlar. Bu nazariye, Fransız yazarlarınca aşağı yukarı oy birliği ile kabul edilmiştir (3).

Bununla beraber Jhering bu görüş tarzına muhaliftir. O, zilyetliğin psikolojik unsurunu kaldırmıyor; O'na göre, zilyet olmak iradesine sahip olmak gerekir. Bu sebeb'e bir mahkûm, zincirlerine zilyet değildir. Jhering, animusu başka bir tarzda anıyarak, onun şey üzerinde icra edilen fiilî hakimiyette zimnen mevcut olduğunu kabul ediyor (4).

İşte, zilyetliğin alanını genişleten Alman, İsviçre ve Brezilya Hukukları bu anlayıştan mülhemdirler. Böylece Fransız Hukukunun aksine olarak, Alman Hukuku, şey üzerinde fiili hakimiyet sahibi olan herkesi zilyet olarak kabul ediyor. Meselâ: Hasılat kiracısı, adi kiracı, rehinli alacaklı, intifa hakkı sahibi, müstevda yahut geçici olarak şeyi elinde bulundurmaya mecbur olan kimse sıfatıyla, şeyde fiili hakimiyete sahip olan herkesi, zilyet olarak kabul ediyor. Aynı zamanda, adına zilyet olunan kimse de zilyettir.

İsviçre Medeni Kanunu, şeyin fiilî hakimiyetine sahip olan kimşenin zilyet olduğunu tasrih etmektedir (919 Md). Brezilya Medeni

(3) Bununla beraber aksi fikir için Bk. Colin et Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil Français. t. I. p. 878-879. Saleilles éléments constitutifs de Possession. (Revue Bourguignonne, t. IV. p. 518). Radulesco, Notion et éléments constitutifs de la Possession. thèse, 1923.

(4) Bk. Planiol, Traité élémentaire de Droit Civil. t. I. P. 696.

Kanununun verdiği zilyetlik tarifi, Alman Teorisinden mülhemdir. (Brezilya Medeni Kanunu, Md. 485),

Osmanlı Hukuku, daha açık bir deyimle Hanefi Mezhebi hangi anlayışı benimsemiştir?

Maliki Mezhebinde, Morand'ın belirttiği gibi, zilyetlik, her iki unsuru (animus ve corpus) değil, fakat yalnız birisini, corpusu ihtiva eder (5). Gerçekten Maliki Mezhebinin büyük imamlarından birisi (El Khalil, trad. Perron 2; p. 38), zilyetliği şöyle tarif ediyor: «Kendi hesabına, kendisi için elinde tutmak. Her hangi bir cismi, her hangi bir hayvanı, herhangi bir evi elinde tutmak, onun tasarruf imkanına sahip olmaktır.»

Osmanlı Hukukunda da böyle midir?. Mecelle, zilyetliğin kesin bir tarifini vermiyor. İslam Hukukunda bir zilyetlik doktrini bile mevcut değildir. İslâm Hukukçuları bu aynı hakkı incelemeye teşebbüs etmemişlerdir (6). Mevzuatın genel tutumundan, zilyetlikte fiilî hakimiyet unsuru ile birlikte, şeyin maliki gibi davranma iradesinin de mevcut olması gerektiği hususu, istihraç edilebilir. Mesele: Hasılat kiracıları, ariyet alanlar, adi kiracılar gerçek zilyet olarak kabul edilemezler. İslâm Şarihlerinin zilyet hakkında verdikleri çeşitli örnekler, daha çok animusun mevcudiyetine delâlet etmektedirler.

Diğer taraftan, zilyetliğin sonuçlarına daha şimdiden eğilirseki görürüz ki, hukuk doktrininde meselenin yakından incelenmemesine rağmen, kanun zilyede; yani corpusa ilâveten, Klâsik Doktrinin anladığı şekilde, animus dominiye sahip olan kimseye, bu doktrinin, sadece corpusa sahip olanlara tanımadığı büyük avantajlar tanımaktadır. Fakat Klâsik nazariye ile ilgisini kesmiş olan hukuk sistemleri, zilyet gibi kabul ettikleri vazüyetlerin hakkını, zilyetlik davalarıyla himaye etmektedirler. Son haliyle Fransız Kazâi İcâhatları bu yolda yürüdü ve daha sonra göreceğimiz gibi, maddî yahut manevî cebirle tasarruftan mahrum edilmiş bulunan kiracıların,

(5) Bk. Morand, Avant-projet du Code Musulman Algérie. F. 376.

(6) Çevirenin Notu: Mecelle 1679. maddesinde zilyetliği tarif etmektedir. Mecelle'de zilyetliğin hüküm ve neticelerine taallük eden hükümler vardır. Bk. 1754, 1755 ve sonraki maddeler. Müellifin bu konudaki sözleri fazla mübalâğalıdır. İslâm Hukukunda da bir zilyetlik telâkkisi mevcuttur. Bk. Bousquet, Précis de Droit Musulman. P. 197 - 202. Milliot, Introduction à L'Etudes du Droit Musulman. P. 602 - 606.

hasılat kiracılarının, yedin iadesi davası açmalarını tecviz etti. Bu, zilyetliğin materyalist anlayışına doğru bir evrimin birinci devresi gibi telakki edilebilir.

Osmanlı Kanun Koyucusu, Sulh Hakimleri Kanununda, şeyi vazülyet olarak elinde bulunduranların haklarını himaye etmek şöyle dursun, Klâsik Doktrinden mülhem olan hukuk sistemlerinden daha ileri giderek, ancak malik sıfatiyle zilyetliğı, zilyetlik davalarıyla himaye etmektedir. Filhakika Fransız Hukukunda zilyet, aksi sabit oluncaya kadar, malik farzedildiğı halde; Osmanlı Hukukunda genel kaide, daha sonra belirteceğimiz bir istisna hariç, zilyetlik davacısının bütün itirazların dışında, zilyetliğinin iğreti (précaire) olmadığını, mülkiyet senedini ibraz etmek suretiyle isbat etmek mecburiyetinde olmasıdır. Şu halde bundan, Osmanlı Hukukunun, çeşitli unsurlarını belirterek, zilyetliğin kesin nevini ortaya koymasa da, hiç olmazsa malik olma iradesinin tahakkuk etmiş olduğu zilyetliğe hukuki neticeler izafe ettiği görülür. İşte bundan dolayı denebilir ki, bir bakıma Osmanlı Hukuku Klâsik Teoriyi Kabul ediyor.

Zilyetlik bu şekilde belirtince, şimdi Osmanlı Hukukunda zilyetliğin hangi hakları bahsettiğini kendimize soralım.

Fransız Hukukunda zilyetlik, müteaddit neticeler tevhit eder :

I — Menkullerde zilyetlik, zilyet lehine bir mülkiyet karinesi yaratır. «Menkullerde zilyetlik, mülkiyetin hukuki dayanağını teşkil eder» kaidesiyle Code Civil, 2279. maddesinde, bunu izah etmektedir.

II — Gayrimenkullerde zilyetlik, bazı karakterleri uhdesinde topladığı ve bir müddet devam ettiği zaman, gayrimenkulün mülkiyetini usucapio ile zilyede kazandırır.

III — Zilyet, hüsnüniyetli olduğu zaman semere'lerin maliki olur.

IV — Gayrimenkullerde zilyetlik, ondan istifade eden lehine bir mülkiyet karinesi yaratır; o suretle ki, ihtilaf halinde zilyet, isbat külfetinden beri kılınmıştır.

V — Gayrimenkul zilyedi, üçüncü şahısların tecavüzlerine karşı, zilyetlik davaları adı verilen özel davalarla himaye edilmiştir.

Osmanlı Hukukunda, zilyetlik bu neticeleri doğurur mu?. İncelenmesi gereken şey budur. İşte bu amaçla, Osmanlı, Fransız ve bazan yabancı hukuktaki çözüm yollarını gözönüne alarak, sırayla bu meseleleri tetkik edeceğiz. Bununla beraber, evvelcede söylediğimiz gibi, bu makalenin ikinci kesiminde incelenecek olan zilyetlik davalarının etüdünde fazlaca duracağız.

I. NETİCE :

Osmanlı Hukukunda, menkullerde zilyetlik bir mülkiyet karnesi yaratır mı?

Fransız Hukukunda, menkullerde zilyetlik ehemmiyetli bir netice hasıl eder. Zilyet hüsnüniyetli olduğu zaman, kendisine karşı, prensip olarak, istirdat davası açılamaz. Şu halde hüsnüniyetli zilyet, şeyin gerçek malikine karşı korunur. Sadece zilyetlik, mülkiyetin, hüsnüniyetli zilyede intikal etmesi için yeterlidir. Code Civil'in, 2279. maddesinde tecviz ettiği garip netice budur (7). Ancak çalınmış ve kaybolmuş şeyler için bir istisna vardır. Bu halde, 2279. maddenin II. fıkrası, malike 3 sene zarfında bir istihkak davası açmak hakkını tanıyor. Sırf ahlâk noktai nazarından ve hakkaniyet açısından, zilyetliğin bu neticesi gayrı tabiidir. Akli selime uygun bu prensibe aykırı olarak, bir menkulün müktesibi, onun maliki olacak; halbuki onu devreden bizzat mülkiyet hakkına sahip değildir. Bu kaide, her ne kadar adalet yönünden savunulamazsa da, herkesin bildiği gibi, meşruiyetini kamu yararı mülahazalarında bulur. Menkul bir şeyin zilyedi, gerçekte o şey kendisine ait olmasa bile, onun maliki sayıldığından; bu zilyetle muamele yapan hüsnüniyetli üçüncü şahıslar kendilerini emniyette hissederler. Onlar, her halde zilyedin şey üzerinde kendilerine tanıdığı hakkı elde ederler.

Buna karşılık Roma Hukuku, malike üstünlük tanıdı. Roma Hukuku, Malike, bütün durumlarda 3 sene zarfında, menkul şeyi, malikinden başka bir şahıstan iktisap eden hüsnüniyetli zilyetlere karşı, rei vindicatio davası açmak hakkını temin etmiştir. Ancak 3 senelik zilyetlikten sonradır ki, ekonomik menfaatler, zilyetliğin mülkiyete kalbi ile, malikin hakkına üstün tutuluyordu.

(7) Bk. Colin et Capitant, Cours élémentaire de Droit Français t. I. P. 911 v.d.

Romen sistemini kabul ettikten sonra, Almanya, «menkullerde zilyetlik, mülkiyetin hukuki dayanağını teşkil eder» şeklindeki Fransız Kuralını kabul etti. Buna karşılık, 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanunu, 1466 paragrafında, mevzuu menkul bir şey olan mülkiyet hakkının 3 senelik bir zilyetlikten sonra, usucapio ile iktisap edileceği hükmünü koymaktadır; Şu kadarki bu zilyetlik hakkı bir sebebe dayansın ve hüsnüniyetli olsun (8.) Avusturya Medeni Kanunu model alınarak hazırlanan, Sırp Kodu da bu görüş tarzını kabul etmiştir (9).

Osmanlı Hukukuna gelince; bu hukukun benimsediği görüş yukarıda izah edilmiş olan iki görüş tarzından farklıdır. İslam Hukunun prensiplerine ve Mecelle'nin 890. maddesine göre, gerçek malik, menkul malını gasıptan talep edebilir. Bu görüş, «zilyetlik, menkullerde mülkiyetin hukuki dayanağını teşkil eder» kaidesinin inkârıdır. Yukarıda işaret edildiği gibi, genel olarak, İslam Hukuku kamu faydasını inkâr ediyor. Haklılık mefhumu üzerindeki kaidelerine dayanarak, gasbı hiç bir tarzda meşrûlaştırmayı kabul etmiyor (10). Kaldığı işte bu sebepten, malikin, malını müktesipten talep etmesine müsaade edilmektedir.

Diğer taraftan her ne pahasına olursa olsun, hakkı muzaffer kılmak ve gasbı bütün hukuki neticelerinden mahrum etmek endişesi; İslam Hukukunu, hüsnüniyetli müktesibe, haksız malikten iktisap edilmiş şeyi, iktisabi zaman aşımı ile iktisap etmek hakkını reddetmeğe kadar götürdü. Roma Hukuku ve onunla birlikte bazı kanunlar, bir taraftan hüsnüniyetli müktesibe karşı, menkuller alanında her türlü istihkak iddiasını kabul etmeyen ananevi kuralı benimsememişler, diğer taraftan da gerçek malik tarafından istihkak iddiasında bulunulmasını kabul etmişlerdir. Ancak bu davanın 3 sene gibi kısa bir zaman zarfında ikame edilmesi lazım geldiğini, bu sürenin dışında haksız müktesibin hakkının usucapio ile sağlanacağını hükme bağlamışlardır. Denilebilir ki bu anlayış, gerçek malikin menfaati kadar, ticari muamelelerdeki emniyeti de göz önüne almıştır. Bu, iki görüş tarzını bir dereceye kadar uzlaştıran, telifci bir çözüm şeklidir.

(8) Péritch, La Matérialisation Des Droits Privés dans Revue Trim. De Droit Civil; année 1913, P. 113.

(9) Péritch, age. P. 113.

(10) Baqué de Sarrac, De La Propriété Immobilière En Droit Musulman. Thèse, 1924 P. III.

Buna karşılık, usucapio fikrine tamamen muhalif olan Osmanlı Hukuku, rei-vindicationun (istirdat davası) açılması zamanını tahdit etmiyor; bu dava gasbın vukuu tarihinden itibaren 15 senelik müddet içinde yani dava zaman aşımı süresinde açılabilecektir. Bu sahada, adalatin haksızlık haline inkılap etmesinden korkmaya mahal yok mudur?. Bu aşırı çözüm tarzı, kamu düzenine zararlıdır; özellikle menkullerin alış verişini istikrarsız hale getirir. Bu görüş, beiki ticaretin mevcut olmadığı yani İslam hukukunun teşekkül ettiği devirlerde savunulabilirdi. Fakat şimdi işlerin geniş bir tarzda geliştiği ve Osmanlı Devletinin modern bir ticaret kanunu kabul ettiği bir zamanda, böyle bir kaidenin yaşaması, günlük muamelelerde ağır karışıklıklar doğurmaya müsaittir.

II. NETİCE :

Gayrimenkullerde zilyetlik, zaman aşımı ile mülkiyetin iktisabını mucip olur mu?.

Osmanlı Hukukunda zilyetlik, zaman aşımı ile mülkiyet bahşeder mi?. Başka bir deyimle, iktisabi zaman aşımı İslam Hukukunca kabul edilmiş ve korunmuş mudur?. Böyle olmadığı hemen hemen müelliflerin büyük bir kısmı tarafından kabul edilmiştir. Herkesin bildiği gibi, iktisabi zaman aşımı, ancak genel fayda düşünceleri ile meşrûluk kazanır; fakat bu düşünceler o kadar kuvvetli idi ki Eskiler onu, insan cinsinin koruyucusu olarak tasvir ediyorlardı. İktisabi zaman aşımı olmasaydı, mülkiyet sağlam olmazdı ve her mamelek devamlı istihkak iddialarına maruz kalırdı. Fakat Osmanlı Hukuku, söylediğimiz gibi, münhasıran hususi menfaatin himayesini temin etmek için, genel fayda noktai nazarını ihmal ediyor; bu, kendisine az çok ferdiyetçi bir karakter veriyor. Bu bakımdan maliki mezhebinin fizyonomisi de böyledir. Bu mezhep de Hanefi Mezhebi gibi, usucapioyu hiç bir şekilde kabul etmiyor. Gerçi, Maliki hukukçularından biri (El Karchi) Sidi Khalil'in Şerhinde, şeyin, 10 sene zilyet bulunan kimseye ait olduğunu yazıyor. Fakat bu hadis, şüpheli gibi telakki edilmektedir. Cezayir ve Tunus'ta Fransız kazai içtihatları bir çok defa, Tunus'ta cari İslam örf ve adetlerince, gayrimenkul mülkiyetinin zaman aşımına uğramadığına (11) ve İslam Hukukunun, zaman aşımını mülkiyet iktisabının

(11) Bk. Arrêt de la Cour d'appel d'Alger du 17 Décembre 1896, dans J. Robe 1897, P. 96.

bir yolu olarak kabul etmediğine karar verdiği cihetle; işbu kazai içtihatlar, adı geçen hadisi nazara almamaktadırlar (12).

Zilyetlik, usucapio ile hak kazandırma fonksiyonuna sahip olmamakla beraber, mülkiyet hakkının sukutunu mucip olabilir mi?. Osmanlı Hukukunda ve genel olarak İslam Hukukunda, zaman aşımı, muayyen bir süre içinde kullanılmamış olan bir hakkın istirdadına engel gibi telakki olunur (13). Fakat hakkın kendisini sukut ettirmek neticesini doğurmaz.

Osmanlı Medeni Kanunu (Mecelle), bu konuda sarihtir. Uzun yahut kısa bir müddet zarfında, bir hakkın kullanılmaması hakkın sukutunu mucip olmaz. (Mecelle'nin 1674. Maddesi.) (14); sadece dava kabule şayan olmaz fakat hak mevcut olmakta devam eder. Bir mala 15 sene zilyet olan kimse, kötü niyetli bile olsa, hakiki malikin istihkak iddiasını reddettirebilir. O halde bu, kuvvetinden mahrum edilmiş, istimalinde tesirsiz bırakılmış ölü bir hak kıymetini haizdir, denemez mi?. Zaman aşımının bu nev'i İslam Hukukuna has değildir. Avusturya Medeni Kanunu, onu kesin bir şekilde hükme bağlamıştır. Bu, l'anspruchsverjährung (dava zaman aşımı) dır.

Avusturya Hukukunda, mülkiyet hakkı sahibi, hakkı bizzat sona ermediği ve zilyet de kötü niyetli olmasından dolayı şeyin mülkiyetini iktisap etmediği halde, davası zaman aşımına uğradığı için istihkak talebinde (La rei-vindicatio) bulunma hakkını kaybeder. Péritch, «zilyetliği kaybetmiş olan malik için, netice, hakkın mevcut olmadığı zamanki netice ile aynıdır. Zilyetliğini kaybeden malikin istihkak davasının zaman aşımına uğramasına rağmen, hakkının mevcut olmakta devam ettiği kaidesinin uygulanabilmesi için malikin şu veya bu şekilde, şeyini geri alabilmesini kabul etmek icab eder. Bu durumda malik, mülkiyet hakkı sona ermediği için, önceki zilyet tarafından, şeyden mahrum edilemez.» diyor (15).

Daha sonra inceleyeceğimiz dava zaman aşımının normal iş-

(12) Bk. Jugt Trib. de Mascara Publié dans la Revue Algerienne. 1908 P. 58

(13) Bu müddet mülk mallar için 15 senedir. Vakıf bir gayrimenkul üzerindeki irtifaklara ve aynı haklara gelince, bunlar 36 senede zaman aşımına uğrar. (Mecelle'nin 1662. maddesi).

(14) Çevirenin Notu: Mecelle'nin 1674. maddesi aynen şöyledir: «Tekadüm-i zaman ile hak sakit olmaz».

(15) Péritch, Livre du Cinquantenaire de la Société de la Législation Comparée' Tome II, P. 328.

leyişini önleyen bir kaide olmasaydı, Osmanlı Hukukunda da aynı hal tarzı kabul edilmiş olacaktı. Gerçekten hak, kullanılmamasına rağmen, mevcut olmakta devam eder; malını tekrar ele geçiren gerçek malikin, evvelki zilyedin istihkak talebini bertaraf edebilmesi mantıkidir. Bahusus ki evvelki zilyetlik, zilyede, gayrimenkul üzerinde bir hak vermek neticesini doğurmuyordu. Bu şartlar içinde davalı bulunan hakiki malik, evvelki zilyedin bir zabtından korkmamalıydı; çünkü bu zilyetlik, evvelki zilyede, elinde tuttuğu gayrimenkulün mülkiyetini vermez. Rei-vindicatio, gasb edilmiş hakkın sahibi tarafından açılmış olsaydı, netice farklı olurdu. Bu durumda davası, kendisine karşı dava zaman aşımı defini ileri süren zilyet tarafından reddettirilirdi. Bunlar, Mecelle'nin 1660. maddesinin koyduğu kaideden çıkması gereken neticelerdir.

Bununla beraber hal böyle değildir. Gerçekten İslam Hukukunda, gayrimenkulün zilyetliğinin hakiki malike dönmüş olması halinde bile, hakiki malik, 15 senelik zilyetlikten istifade eden zilyet tarafından açılmış olan istihkak davasında, başarılı olamaz. Önceki zilyet, her ne kadar görünüşte davacı isede, gerçekte her bakımdan bir davalıya benzetilmiş ve bu sebeble bu hukuki durumun kendisine verdiği bütün kanuni imkanlarla teçhiz edilmiştir; çünkü isbat noktai nazarından hakiki zilyet, halen zilyet olan değil, fakat ondan evvel tasarruf eden ve zilyetliği ya cebren yada haksız bir fiile alınmış olan kimsedir (16). Bu istihkak davasında, evvelki zilyet davalı olacaktır; bütün itiraz mevzuunda olduğu gibi, itiraz eden zahiren davacı görünmesine rağmen gerçekte davalıdır ve bu sıfatla gerçek malike karşı, 15 senelik süre içinde açılmamış olduğu gerekçesiyle davanın kabule sayan olmadığını ileri sürebilecektir.

Bir örnek bu mefhumları daha iyi gösterir. A, B ye ait olan bir gayrimenkule 15 sene zilyet olmuştur. B, A'nın zilyetliğini zabt ediyor. O zaman A, B ye karşı bir istihkak davası açıyor. B, Avusturya Hukukunda olduğu gibi, hasmına «15 senelik zilyetliğiniz size mülkiyet hakkı bahsetmedi; O, sadece hâlâ zilyet olsaydınız, size karşı açacağım davayı bertaraf ederdi. Bu gün ise dava açan ben değilim, zilyetliğiniz sebebiyle sukut ettirilmemiş olan hakkımı size karşı kullanabilecek durumdayım» diyerek kendisini savunamaz.

B, sert bir muhakeme tarzı olan bu defiyi ileri süremez; çünkü

(16) Boustani tarafından Marj'a El Toullab, P. 534 de zikredilen Jameh El Fossoulein'nin kitabından iktibas edilmiş misaller.

A, ona şöyle cevap verecek durumdadır: «Bu gayrimenkul sizin mülkünüzdü; ona 15 seneden daha fazla bir zaman zilyet oldum. Bu müddetten sonra, sizin istihkak davanıza 15 senelik müddetin hitamından doğan, bir kabule şayan olmama itirazında bulunabilirim. Bu gün siz benim gayrimenkulümü zapt ettiniz. Daha önceden sahip olduğum bir avantajdan beni, kendi fiilinizle mahrum edemezsiniz. Fiilen artık ona zilyet değilim, fakat hukuken gerçek zilyet hâlâ benim; İslam hukukçuları da bunu böyle kabul ediyorlar; bu istihkak davasında gerçek davacı olan sizsiniz, gayrimenkulün zilyetliğini istirdat etmek için size karşı dava ikame etmeğe mecburum. Binnetice size beyan ederim ki, mülkiyet hakkınızı yeniden elde etmek isterseniz veya elde etmeniz icab ederse, davada gerçek davacı olmak sıfatıyla, isbat yükü size terettüp ettiğinden davanızın ademi kabulünü ileri sürceğim; çünkü gayrimenkulün zilyetliğini 15 sene evvel elde ettim ve bu süre içinde açılmamış olan dava sukut etti.» Bu garip kaidelerin işleyişinden anlaşıldığı üzere, 15 senelik, zilyet, kazandırıcı zaman aşımının kendisine bahşedeceği avantaja belli bir ölçüde eşit bir faydadan, dolayısıyla istifade etmeye muvaffak olur.

Osmanlı Hukukunda, uzun müddetli bir zilyetliğin, menşesinde haksız, eski bir fiili durumu, zaman aşımı gibi, meşrûlaştırmak sonucunu doğurmadığını söylemek yerinde olur. İstihkak davası, mülkiyet hakkına sahip olmayan zilyede karşı başarılı olamıyorsa; bu, sadece gerçek zilyedin kanunun tayin ettiği müddet içinde dava açmadığı için, hakkından feragat etmiş olduğunun var sayılmasından-
dır.

Demekki bu zaman aşımı, zilyetlikten doğan bir fayda (bienfait) olarak değil, hakkın kullanılmamasının bir sonucu olarak gözükmüyor ve temin ettiği hukuki avantaj, bütün diğer davalara hâttâ şahsi davalara şamildir. (Bk. Mecelle'nin 1660. maddesi).

Bu kısmı bitirirken, zaman aşımı meselesinin, Osmanlı Hukukunda tescil rejimine tabi memleketlerdeki hukuki menfaatin aynı-
nı temsil etmediğini söyleyelim. Gerçekten Osmanlı Hukuku, kadastrosu daha evvel ikmal edilmiş olan bölgelerde mer'i olan kanunilik ve cebri isbat denen sistemi kabul etmiştir. Aynı şekilde, Al-

man Hukukunda olduğu gibi (17), bir gayrimenkulün mülkiyeti, ancak malik gibi tapu siciline tescil edilmek şartıyla ve tescilin yapıldığı tarihten itibaren iktisap edilir. Tabii bir netice olarak, hüsnüniyetli ve uzun müddet devam etmiş olan bir zilyetlik, Defterhaneye bu suretle tescil edilmemişse, malik sıfatını bahşetmez. Kazandırıcı zaman aşımı, Osmanlı Hukukunda açık bir şekilde kabul edilmiş olsa bile, ancak pek zayıf bir rol oynayacaktır.

III. NETİCE :

Osmanlı Hukukunda zilyetlik, semereleri hüsnüniyetli zilyede bahşeder mi?

Fransız Medeni Kanununun 549. maddesine göre, zilyet hüsnüniyetle tasarruf ettiği zaman, semerelerin maliki olur. Aksi takdirde, asıl şey ile birlikte semereleri, asıl şeyi istirdat eden malike iade etmek zorundadır. 550. madde, sakatlığını bilmediği mülkiyeti nakleden bir hukuki muamele ile, şeye malik olma niyetiyle tasarruf eden zilyedin, iyi niyetli olduğunu ilâve ediyor.

Bu ihtimalden, kanunun, normal olarak, semereleri ile birlikte asıl şeyi iade etmek zorunda olan hüsnüniyetli zilyedi korumak istediği anlaşılıyor. Fakat bu mecburiyet kendisi için tehlikeli neticeler doğurabilir. Gerçekten, zilyet normal olarak semereleri topladıkça istihlak eder. Bunların bedelini iade etmeye mecbur kalırsa mamelekinden ödemek durumuna düşer. Burada iki menfaatten birini seçmek zorunda olan kanun, malikin menfaatini ihmal ediyor ve iyi niyetli zilyedin menfaatini tercih etmeyi hakkaniyete uygun buluyor (18).

İslam Hukukunda da durum aynı mıdır?. Bu konuda Hanefi ve Maliki Mezhepleri mutabık değillerdir. Gerçekten, Sidi El Khalil (Maliki Mezhebinden) semerelerin hüsnüniyetli zilyede ait olması esasını kabul ediyor. 855. maddesinde kaideyi açık bir şekilde

(17) Zaten, Alman Hukukunda zaman aşımı ile mülkiyet iktisabı çok küçük bir yer işgal eder. Ancak bir halde zaman aşımı ile mülkiyet iktisabı vardır. Bu da haksız olarak malik gibi tescil edilip, tasarruf etme halindedir. 900. madde şöyle diyor: Mülkiyeti kazanmaksızın malik gibi tapu siciline tescil edilmiş olan kimse, tescil 30 sene devam etmiş ve bu müddet zarfında malik gibi tasarruf etmişse mülkiyeti iktisap eder.

(18) Colin et Capitant, age. t. I. P. 929.

koyuyor. «Hüsnüniyetli zilyet, kendisini zilyetlikten men eden kararın tarihine kadar topladığı semerelerin maliki olur.» «Zilyet, şeyin gasbedilmiş olduğunu yahut şeye haksız olarak mı yoksa kanuni olarak mı zilyet olduğunu bilmediği takdirde, hüsnüniyetli olarak kabul edilir; başka bir deyimle, herhangi bir şeyi satın alan yahut kiralayan yahut hibe olarak kabul eden ve şeyin bir gasb neticesi elde edilip edilmediğini bilmiyen kimse veyahutda şeyi haksız olarak elinde bulundurup bulundurmadığını bilmeksizin bu şeye zilyet olan kimse», hüsnüniyetli olarak kabul edilir (19).

Osmanlı Hukukunda, Hanefi Mezhebinin kurallarına göre, zilyet hüsnüniyetli de olsa, semerelerin maliki olamaz. Kaldı ki, bu görüş açısından hüsnüniyetlilik ve kötü niyetlilik arasındaki bu ayrım, Hanefi Hukukçularınca hiç bilinmiyor. Mecelle'nin 903. maddesi şöyle diyor: «Bir kimsenin haksız olarak zabt ettiği şeyin semereleri malike aittir; netice olarak kötü niyetli zilyet (gasıp) semereleri istihlâk ederse, onları zamin olur.» İşbu kuralı koyan madde, prensip olarak gasıba yani hakkı olmaksızın şeyi zabt eden ve malikin rızası olmaksızın şeyi elinde bulunduran kimseye uygulanabilir. (Mecelle'nin 881. maddesi.) Görüldüğü gibi, gasıp, daima kötü niyetli olarak kabul edilmektedir.

Şeyi gasıptan devir alan kimse, Mecelle'nin 911. maddesi hükmünce, bizzat gasıba benzetilmiştir. Böylece, meselâ hakiki malik zannettiği gasıptan şeyi satın alan kimse, hakiki malik tarafından istihkak iddia edilmesi halinde, topladığı bütün semereleriyle birlikte, gayrimenkulü iade etmeye mecburdur. Burada, semere tabirini hasılat, tabii semere ve bir dereceye kadar medeni semereler manasında anlamak gerekir.

Endüstriyel semereler başka bir kaideye tâbidir. Zilyet, bunları istihlâk etmişse bedellerini tazmin, henüz toplanmamışsa aynen teslim etmeye mecbur değildir. Çünkü bu semereler, zilyedin emeğinin neticesi oldukları için, onun mülkiyetindedirler. Zilyedin ektiği tohum, diktiği sebzeler bu cümledendir. Bununla beraber zilyet, işlemeden dolayı toprağın maruz kaldığı kıymet düşüklüğünün tutarını, gerçek malike borçludur. (Mecelle'nin 907. maddesi). Bu acayip çözüm tarzı, şeyden elde edilen semerelerin, ancak sürme, çalışma ve tohum masraflarının, zilyede ödenmesi kaydıyla malike ait olacağını hükme bağlayan Fransız Medeni Kanununun

(19) Sidi El Khalil, Trad. Perron, F. 403 ve 404.

548. maddesi ile çatışmaktadır. Gerçekten tohum ve işleme masraflarının kendisine ödenmesi kaydıyla, zilyedi, topladığı semerelerden sorumlu tutmak; hasılat elde ettiği için toprağın uğradığı değer noksanını tazmin etmesi şartıyla, zilyedi semerelerin maliki olarak tanımaktan daha mantıktır. Tazminatın takribi olarak değerlendirilmesinin, bir mütehassis olunsa bile, güçlüğü bir tarafa, bu tazminatın temeli pek belirli değildir.

IV. NETİCE :

Zilyetlik isbat külfetinden kurtarır mı?

Fransız Hukukunda zilyetlik ehemmiyetli bir kolaylık sağlar. Bir başkası kendisinin malik olduğunu isbat etmedikçe, zilyet, zilyetliğin temin ettiği hukuki himayeyi muhafaza etmek hakkına sahiptir. Bundan, bir mal üzerinde mülkiyet iddia eden iki şahıs arasında bir dava ortaya çıkarsa, zilyedin davalı olduğu sonucu ortaya çıkar. Böylece isbat külfeti davacıya düşer.

Osmanlı Hukukunda prensip olarak, kaide aynıdır (20). Mecelle'de delillerin hierarşisine hasredilmiş bir fasıl mevcuttur. (Kitab-ül Beyyinat). Bu kaidelerin bütünü, «beyyine hilaf-i zâhiri isbat için ve yemin aşı ibka içindir», prensibine istinad eder. (Mecelle Md. 77).

Aslında genel olarak, aksi sabit oluncaya kadar, görünüşlerin gerçeğe uygun olduğunu kabule cevaz vardır. Binnetice, şeyi elinde yahut tasarrufunda bulunduran kimse, o şeyin maliki farz olunmak icab eder. İşte bunun için, hilafına delil getirerek bu karineyi kuvvetten düşürmek davacıya terettüp eder. Buraya kadar kaide aynı olduğundan, Osmanlı, Fransız Hukukları tam bir ahenk halindedirler. Her iki mevzuatın, açık bir şekilde birbirinden ayrılması, uygulama alanında değildir. Gerçekten Fransız Hukukunda, bir gayrimenkulün zilyedi onun maliki farzedilir ve bu zilyet isbat külfetinden beridir. Bu külfet kelimesi, eskiden «probatio diabolica» adı verilen şeyi, mahkeme önünde isbat etmenin ne kadar güç olduğunu gösterecek kadar anlamlıdır.

(20) Bununla beraber, bu kaide bazı istisnaları tazammun etmektedir. Meselâ: Mecelle'nin 1758. maddesi, iki tarafın aynı mal üzerinde, aynı şahıstan mülkiyet iktisap ettiklerini ileri sürmeleri faraziyesini derpiş etmektedir. Bu takdirde isbat, ihtilâflı mala zilyet olana düşer. Bk. Aynı şekilde Mecelle'nin 1761. maddesi.

Osmanlı Hukukunda da durum aynı olmalıydı. İslam Kanun koyucusunun zihninde, eskiden beri beyyinelerin alışılmış şekli olan şahadet, bir külfetti. Ahlâkın çok temiz ve dini emirlere daha çok riayet edilen Hicretin ilk yüz yıllarında, şahadet beyyinesi belki fazla suistimali mucip olmuyordu; fakat bu gün, şahitler kolaylıkla kandırılmaktadır. Bu, delil getirilmeye mecbur olunması halinde büyük bir avantajdır. Beyyine artık bir külfet değil, fakat daha ziyade bir menfaattir. Bunun iki sebebi vardır :

1) Tezkiyeden (21) yani bu maksatla yapılan bir tahkikattan sonra, namuslu olduklarına hükmedilmiş bir şahidin iddiaya uygun şahadeti mahkemeyi bağlıyor, çünkü mahkeme şahadetin değerini takdir yetkisine sahip değildir.

2) Saniyen, tahkikat mukabil tahkikatı ihtiva etmediğinden, istihkak iddia edilen mal üzerindeki mülkiyet hakkı için delil getirilmiş olan üçüncü şahıs (istihkak müddeisi), şeyi elinde tutanı, mukabil delil getirmek imkanından mahrum ediyor; öyleki zilyet olmak, onun için kötü bir durum yaratıyordu.

Bununla beraber, bu kaide biraz hafiflemektedir. Meseledeki zilyet, beyyineyi, temin edeceği diğer bir beyyine ile değil, zira kanun bu hakkı ona tanımıyor, fakat mağruf beyyine ibrazı ile reddedebilir. Deliller hierarsisi içinde, bu isbat tarzı başta gelmektedir. «Zira Kanuna göre, bir kalabalığın yalan söylemek üzere ittifak edeceği kabul edilemez.» (Mecelle Md. 1755). Bu sebeple bu isbat tarzı, şahadetten üstün olacaktır.

Bununla beraber ilâve etmek gerekir ki, mülkiyet senedi olan tapunun ihdas edilmesinden itibaren, şahadet delilinin bu konuda hemen hemen hiç bir rolü kalmamıştır. Gerçekten, kadastro çalışmalarının tamamlanmış olduğu taşrada, tapu, mülkiyetin tam bir delilini teşkil ettiğinden Mecelle'nin bu konudaki hükümleri tatbik sahalarını kaybetmişlerdir.

Bununla beraber, gayrimenkullere müteallik muameleler bakımından, bir tescil rejimine tâbi bulunan küçük Lübnan, şer'i kaidelerden ve yukarda belirttiğimiz mahzurlardan kurtulamamaktadır.

(21) Çevirenin Notu: Tezkiye Şahadetten sonra Şahitlerin adil olup olmadıklarının yargıç tarafından tahkik edilmesi, yani mensup oldukları mahalden veya emin kimselerden sorulmasıdır. Tezkiye gizli ve aleni olmak üzere iki türlüdür. (Bk. Türk Hukuk Lügati).

Şu halde, Osmanlı Hukukunda zilyetliğin aşağıdaki karakterlere sahip olduğunu söylemek mümkündür :

1) Menkullerde zilyetlik, hüsnüniyetli zilyede doğrudan doğruya mülkiyet bahşetmez ve binnetice, şeyini elinden aldırarak ihtiyatsızlığını işlemiş olan hakiki malike de mülkiyeti kaybettirmez. Demekki Osmanlı Hukuku, «menkullerde zilyetlik, mülkiyetin hukuki dayanağıdır» kaidelerini top yekûn bertaraf ediyor.

2) Zilyetlik, prensip olarak, zilyetliği bir takım unsurları ihtiva eden zilyede, bir gayrimenkulün mülkiyetini iktisap ettiremezse de, usucapio ya benzer bir neticeye götürür.

3) Zilyet, hüsnüniyetli de olsa semerelerin maliki olamaz.

4) Fransız Hukukunda olduğu gibi, prensip olarak zilyetlik, zilyet lehine bir mülkiyet karinesi yaratır; Öyleki ihtilaf halinde zilyet, isbat külfetinden beri olur. Fakat gerçekte, kanuni beyyinelere tanzim tarzı dolayısıyla, bu külfet, hakiki bir avantaj olmuştur.