

7389

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ROMA HUKUKUNDA VE ÇAĞDAŞ HUKUKTA
KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI**

Yüksek Lisans Tezi

Şahin AKINCI

KONYA – 1988

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

İ Ç İ N D E K İ L E R

KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA USUCAPİO

I. GENEL OLARAK <u>USUCAPİO</u>	3
A) Tanımı	3
B) Tarihçesi	4
1- Klasik Hukuk Döneminde	4
a) <u>Usucapio</u> 'dan Yararlanabilecek Kimseler	5
b) <u>Usucapio</u> 'nun Şartlarının Belirginleşmesi	5
c) <u>Longi Temporis Praescriptio</u>	6
2- <u>Iustinianus</u> Dönemi	9
II. <u>USUCAPİO</u> 'NUN ŞARTLARI	11
A) <u>Res Habilis</u>	11
1- <u>Res Extra commercium</u>	11
a) <u>Res Extra commercium Divini Iuris</u>	12
aa) <u>Res Sacrae</u> (Kutsal Eşya)	12
bb) <u>Res Religiosae</u> (Dinî Eşya)	13
cc) <u>Res Sanctae</u> (Kutsanmış Eşya)	15
b) <u>Res Extra commercium Humani Iuris</u>	16
aa) <u>Res Communes Omnium</u> (Herkes İçin Ortak Olan Mallar)	16
bb) <u>Res Publicae</u> (Kamu Malları)	17
cc) <u>Res Universitates</u> (Topluluğa ait Mallar) ..	17
2- <u>Res Furtiva ve Res Vi possessa</u> (Çalınmış ve gasbedilmiş Şeyler)	18
a) Hırsızın ve gasıbın Durumu	18
b) İyi Niyetle İktisap Eden Kişinin Durumu	19
3- <u>Magistra</u> Tarafından Hediye Olarak Alınan ve Başkalarına Devredilen Mallar	21
4- <u>Res Fiscales</u> (Hazineye Ait Olan Mallar)	21
5- Küçüklerin ve Vesayet Altında Bulunanların Malları ..	22
6- Devir ve Temlik Yasak Olan Mallar	23

B) <u>Possessio</u> (Zilyetlik)	2
1- <u>Usucapio</u> İle İktisaba Elverişli Olmayan Zilyetlikler ..	2
a) <u>Possessio Interdicta</u>	2
b) <u>Possessio Iniusta</u>	2
c) <u>Detentio</u>	2
2- <u>Usucapio</u> İle İktisaba Elverişli Olan Zilyetlikler ...	2
a) <u>Possessio Animo Retenta</u>	2
b) <u>Possessio Bonae Fidei</u>	2
aa) Geniş Anlamda <u>Possessio Bonae Fidei</u>	2
bb) Dar Anlamda <u>Possessio Bonae Fidei</u>	30
3- Zilyetliğin Kaybı	31
C) <u>Tempus</u> (süre)	31
1- Klasik Hukuk Döneminde <u>Tempus</u>	31
2- <u>Iustinianus</u> Hukukunda <u>Tempus</u>	34
3- Başkasının Süresinden Yararlanma Hakkı	35
4- Sürenin Hesabı ve Kesilmesi	35
5- Sürenin Geçtiği Varsayımı (<u>Fictio Temporis</u>)	39
D) <u>Titulus- Iuste Causae</u> (Hukukî Sebep)	41
1- <u>Pro Derelictio</u> (Terk Sebebi)	42
2- <u>Pro Solutio</u> (İfa Sebebi)	44
3- <u>Pro Donato</u> (Bağışlama Sebebi)	45
4- <u>Pro Dote</u> (Cihaz Sebebi)	50
5- <u>Pro Emptore</u> (Alım-Satım Sebebi)	53
6- <u>Pro Legato</u> (Muayyen Mal Vasiyeti Sebebi)	57
7- <u>Pro Suo</u> (Malik Olma Sebebi)	60
8- <u>Pro Herede</u> (Miras Sebebi)	62
9- Kölenin <u>Noxa</u> Sorumluluk Olarak Teslimi	65
10- <u>Praetor</u> 'ların Emirleri ile Oluşan <u>Iusta</u>	
<u>Causa</u> 'lar	66
E) <u>Bona Fides</u> (İyi Niyet)	67
1- <u>Bona Fides</u> Kavramı	68
2- <u>Bona Fides</u> Hakkındaki Teoriler	69
a) <u>Opinio Domini</u> (Malik Olma Zannı)	69
b) Malikten İktisap	72

c) Malike Zarar Verilmediği Zannı	73
3- <u>Bona Fides</u> 'in Derecesi	78
4- <u>Bona Fides</u> 'in Bulunması Gereken An	82
a) <u>Usucapio Pro Donato</u>	84
b) <u>Usucapio Pro Emp Tore</u>	87
III. <u>USUCATIO</u> 'NUN HÜKÜMLERİ	91
A) <u>Usucapio</u> 'nun İşlevleri	91
1- Mülkiyeti Kazandırma İşlevi	94
2- İspat İşlevi	99
3- Aynı Hakların <u>Usucapio</u> İle Kazanılması	100
B) <u>Usucapio</u> 'nun Hukukî Niteliği	101
1- Mülkiyetin Aslen Kazanılması	102
a) <u>Occupatio</u> (İşgal ve İhraz)	102
b) <u>Accessio</u> (İlave veya Birleşme)	103
c) <u>Specificatio</u> (Hukukî Tağyir)	104
d) <u>Thesaurus</u> (Define İktisabı)	104
e) <u>Confusio ve Commixtio</u>	105
f) Semerelerin Aslen İktisabı	105
2- Mülkiyetin Devren Kazanılması	106
a) <u>Mancipatio</u>	106
b) <u>In Iure Cessio</u>	107
c) <u>Traditio</u>	108
3- <u>Usucapio</u> 'nun Bu Ayırım İçindeki Yeri	110
C) <u>Usucapio</u> 'nun Sonucu	114

İKİNCİ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ HUKUKDA KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI

I. GENEL OLARAK KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI	115
II. TAŞINMAZLARIN KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI İLE İKTİSABI ..	118
A) Olağan Adi Kazandırıcı Zamanaşımı	118
1- Olağan Kazandırıcı Zamanaşımının Şartları	119
a) Yolsuz Tescil	119
b) Süre	120
aa) Sürenin Başlangıcı	121
bb) Sürenin Hesabı ve Kesilmesi	123
cc) Başkasının Süresinden Yararlanma Hakkı (<u>Accessio Possessionis</u>)	125

c) Zilyetlik.....	126
aa) Kavram.....	126
bb) Malik Sıfatıyla Zilyetlik Çeşitleri.....	127
cc) Aralıksız (Fasılasız) ve Çekişmesiz (Nizasız) Zilyetlik.....	128
aaa) Aralıksız Zilyetlik.....	128
bbb) Çekişmesiz Zilyetlik.....	129
ccc) Malik Sıfatıyla Zilyetliğin İspatı....	130
d) İyi Niyet.....	131
aa) İyi Niyet Kavramı ve İyi Niyetin Derecesi..	131
bb) İyi Niyetin Bulunması Gereken An.....	134
cc) İyi Niyetin İsbatı.....	134
2- Olağan Kazandırıcı Zamanaşımının Hüküm ve Sonuçları.....	136
B) Olağanüstü (Fevkalâde) Zamanaşımının Şartları.....	137
1- Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımının Şartları.....	139
a) Taşınmaza İlişkin Şart.....	139
aa) Taşınmazın Zamanaşımı İle İktisaba Elverişli Olması.....	139
bb) Tapu Siciline İlişkin Şart.....	142
aaa) Taşınmazın Tapu Sicilinde Kayıtlı Olmaması.....	143
bbb) Tapu Sicilinden Malikin Kim Olduğu Anlaşılammaması.....	144
ccc) Malikin Ölmüş Ya da Gaipliğine Hükmedilmiş Olması.....	146
b) Süre.....	149
c) Malik Sıfatıyla Zilyetlik.....	150
2- Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımının Hüküm ve Sonuçları.....	150
a) İşlevleri ve Bu Kuruma Yöneltilen Eleştiriler..	150
b) Mülkiyetin Kazanıldığı An.....	152
c) Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımının Sonuçları..	157
d) Tescil Davası ve Sonuçları.....	157

III- TAŞINIRLARIN KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI İLE İKTİSABI.....	159
A) Uygulama Alanı.....	160
B) Şartları.....	162
1- Malik Sıfatıyla Zilyetlik.....	163
2- İyi Niyet.....	163
3- Süre.....	164
C) Taşınırın Kazandırıcı Zamanaşımı İle İktisabının Hükümleri.....	165
SONUÇ.....	166
BİBLİYOGRAFYA.....	173



K I S A L T M A L A R

Ad. Der.	: Adalet Dergisi
age.	: Adı geçen Eser
agm.	: Adı Geçen Makale
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
B.	: Baskı
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
IDEM	: Adı Geçen Yazar
Ins.	: Institutiones
İst.Bar D.	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MK.	: Medeni Kanun
pr.	: Paragraf
S.	: Sayı
sh.	: Sayfa
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Bugün, başta İsviçre-Türk Medeni Kanunu olmak üzere, hemen hemen bütün medeni kanunlarca benimsenmiş bulunan kazandırıcı zamanasımı kurumu, mülkiyetin iktisabı yollarında birini oluşturmaktadır. Bu kurumun Roma'da bilinen en eski tarihi XII Levha kanununa kadar gitmektedir. İlk defa bu kanunun kabul ettiği kazandırıcı zamanasımı kurumu, daha sonra, Roma Hukukunun çeşitli dönemlerinde, Roma Hukukunun gelişmesine paralel olarak önemli değişikliklere uğramıştır. Iustinianus Dönemi'nde ise, son şeklini almıştır. Roma Devleti'nin yıkılmasıyla birlikte Avrupa'da resmen yürürlükten kalkmış, ama Roma Hukuku sistemi ve düşüncü Avrupa devletlerinin hukuk sistemlerini etkilemeye devam etmiştir. Roma Hukuku'nun bazı kurumları doğrudan doğruya çağdaş hukuklarca benimsenirken, bazıları da dolaylı olarak bu kanunları etkilemişlerdir. Kazandırıcı zamanasımı kurumu da çağdaş kanunları en çok etkileyen kurumlardan biri olmuştur. İsviçre-Türk Hukuku tarafından da bu kurum benimsenmiş ve özellikle Türkiye'de geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Ancak, taşınmazlar için tapu siciline kayıt zorunluluğunun bulunması, kazandırıcı zamanasımı kurumunun önemli değişiklikler yapılarak kabul edilmesine neden olmuştur.

Bu araştırmada, kazandırıcı zamanasımı kurumu önce Roma Hukuku, daha sonra da çağdaş hukuk açısından ele alınıp incelenmiştir. Ancak, bu çalışma bir Roma Hukuku tezi olduğundan, Roma Hukukuna daha çok ağırlık verilmiş ve birinci bölüm tamamen Roma Hukukuna ayrılmıştır. Bu bölümde, önce kazandırıcı zamanasımı kavramı üzerinde durulmuş, daha sonra tarihçe kısmında, kurumun zaman içinde geçirdiği değişiklikler ve gelişmeler incelenmiştir. Daha sonra da, kazandırıcı zamanasımının şartları, Iustinianus Dönemi esas alınmak suretiyle incelenmiş ve yeri geldikçe Eski Hukuk ve Klasik Hukuk Dönemindeki farklılıklara değinilmiştir.

Bu bölümün son konusunu ise kazandırıcı zamanasımının hüküm ve sonuçları oluşturmaktadır. Bu kısımda da kazandırıcı zama-

naşımı kurumunun Roma Hukukundaki işlevleri, hukukî niteliği ve son olarak da sonuçları üzerinde durulmuştur.

İkinci bölüm ise tamamen çağdaş hukuka ayrılmıştır. Bu bölümde önce taşınmazların daha sonra da taşınırınların kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisabı konularına yer verilmiştir. Bu konular araştırılırken fazla derinliğe inilmemiş, özellikle Roma Hukukunda bulunmayan tapu sicili konusu oldukça yüzeysel olarak incelenmiştir. Buna karşılık, çağdaş hukukun bu konuda Roma Hukukuna benzeyen yönleri üzerinde biraz daha fazla durulmuştur.

Sonuç kısmında da bir karşılaştırma yapılmış, bu kurumun, Roma Hukukunda ve çağdaş hukukta hangi şekillere büründüğü incelenmiştir. Karşılaştırma, önce kazandırıcı zamanasının şartları, daha sonra da hüküm ve sonuçları arasında yapılmış, aradaki benzerlikler ve farklılıklar bu şekilde ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Birinci Bölüm
ROMA HUKUKUNDA USUCAPİO

Belirli bir süre bir malın zilyetliğini elde bulundurmak suretiyle o malın maliki olabilme hakkı Roma Hukukunda da vardı. "Kazandırıcı zamanaşımı" olarak adlandırılan bu hakkı ifade edebilmek için, Roma Hukukunda çeşitli dönemlerde kullanılmış farklı deyimler vardı. Bunlardan en çok kullanılanları, usus; usus-auctoritas; usucapio; Praescriptio longi temporis; praescriptio acquisitiva ve diutina possessione capere'dir. Ancak bu deyimlerden en çok kullanılanları "usucapio" olmuştur(1).

I- GENEL OLARAK USUCAPİO

"Usucapio" kelimesi, latince "kullanma" demek olan "usus" kelimesinin "iktisap etme" anlamına gelen "capio" (capere) kelimesi ile birleşmesiyle ortaya çıkmıştır. "Usus" kelimesi eskiden zilyetlik anlamında da kullanıldığı için, "usucapio" aynı zamanda "zilyetlik yoluyla mülkiyetin kazanılması" anlamına da gelmektedir(2).

A) Tanımı

Usucapio'nun en eski tanımı XII Levha Kanununda yapılmış olanıdır. XII Levha Kanununda, "taşınmazların usus'u (kazandırıcı zamanaşımı) ve auctoritas'ı (teminat borcu) iki yıl, diğerlerinin bir yıl sürer" denilmektedir(3). Buna benzer bir tarif Ulpianus'a aittir. Ulpianus'a göre, "usucapio, bir yıl veya iki

(1) UMUR Ziya: Roma Hukuku, Eşya Hukuku, İstanbul 1983, sh. 51; IDEM, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, sh. 4

(2) UMUR Z.: Eşya, age, sh.51.

(3) UMUR Ziya: Roma Hukukunda İktisabî Müruru Zamanda Hüsnüniyet, İstanbul 1956, sh. 13; IDEM: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, sh. 218; UMUR Z.: Ders Notları, age., sh. 433; IDEM: Eşya, age., sh. 51; DI MARZO Salvatore: Roma Hukuku (Çev.: Ziya Umur), İstanbul 1954, sh. 238; KÜLEY Muin M.: Medeni Kanunda ve Tatbikatında Müruruzamanla İktisap, İstanbul 1957, sh. 7; KOSCHAKER Paul: Roma Özel Hukukunun Ana Katları (Yeniden Gözden Geçiren Kudret Ayiter), Ankara 1977, sh. 153

yıl devamlı zilyetlikle mülkiyetin iktisabıdır"(4). Modestinus ise usucapio'yu"kanunen belirlenmiş bir süre boyunca devam eden zilyetliğe mülkiyet hakkının katılması" olarak tanımlamaktadır(5).

Günümüz yazarlarından Umur'a göre, usucapio, "başkasına ait bir mal üzerinde fiilen tasarruta bulunan bir kimsenin, belli şartların gerçekleşmesi ile o malın maliki haline gelmesidir" şeklinde tanımlanmaktadır(6).

Aynı yazar tarafından yapılan bir başka tanım ise, "usucapio, hukukî bir sebebe dayanan zilyetliğin kanunen belirlenmiş bir süre zarfında kesintisiz devam etmesi sonucunda, mülkiyetin kazanılması yoludur" şeklindedir(7).

Bütün unsurlarını içeren bir tanım yapmak gerekirse, "usucapio, zamanışı ile iktisaba elverişli olan bir mal üzerinde hukukî bir sebebe dayanan zilyetliğin, kanunen belirlenmiş bir süre zarfında kesintisiz ve iyi niyetle devam etmesi sonucunda mülkiyetin kazanılmasını sağlayan bir yoldur" denebilir.

B) Tarihçesi

Usucapio, Roma Hukukunda çok eskiden beri bilinmekteydi. Ancak, zaman içerisinde çok değişik evrelerden geçmiş ve Iustinianus hukuku döneminde en son şeklini almıştır. Bu bakımdan usucapio'nun gelişimini, klasik hukuk ve Iustinianus dönemine göre ayrı ayrı incelemek gerekecektir.

1- Klasik Hukuk Döneminde

Usucapio'nun tarihi, XII Levha Kanununa kadar geri gitmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi XII Levha Kanunu, taşınmazlarda iki, taşınırlarda bir yıl zilyetliğe sahip olunmakla o malın mülkiyetinin kazanılabileceğini kabul etmiştir(8).

(4) ULPIANUS: 19,8 pr. (Türkçe Metin, Umur Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 136).

(5) MODESTINUS: D. 41,3,3 pr. (Türkçe Metin, UMUR Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 140).

(6) UMUR Z.: Lügat, age., sh. 218.

(7) UMUR Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 13.

(8) GAIUS: Ins. II,42 (Türkçe Metin, UMUR Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 133); BERKİ Şakir: Roma Hukuku, Ankara 1949, sh. 236.

a) Usucapio'dan Yararlanabilecek Kimseler

Usucapio, Ius Civile'ye ait bir kurum olduğundan, önce-
leri, yalnız Roma vatandaşlarına özgü(9) ve Ius Civile'nin be-
lirlediği mallar üzerinde söz konusu idi(10). Çünkü Roma Hukuku-
na göre hak sahibi olabilmek için Roma vatandaşı olmak gereki-
yordu(11). Roma kavminin hukuku olarak doğan Ius Civile yalnız
bu devletin vatandaşlarına uygulanıyordu. Her türlü mameleke i-
lişkin hukukî işlemlerde taraf olarak hak sahibi olabilmek ya da
borç altına girebilmek için Roma vatandaşı olmak gerekiyordu(12).
Ayrıca Roma Hukukuna dayanan mülkiyet yalnızca Roma Ius Civile'-
sinde saptanmış olan mallarda mümkündü. Taşınmazlardan yalnız
fundus italicus mülkiyet hakkına konu olabilirdi. Dolayısıyla,
eyaletlerdeki taşınmazlar ve Roma İmparatorluğuna bağlı olan
deniz aşırı yerler bu mülkiyetin dışında kalıyordu(13).

b) Usucapio'nun Şartlarının Belirginleşmesi

XII Levha Kanununda usucapio'nun şartları sayılmamış, sa-
dece uygulama alanı gösterilmekle yetinilmiştir(14). Mezarlar ö-
nündeki küçük toprak parçaları kadınların, vasilerinin rızası
olmaksızın devrettikleri res mancipi'ler(15), son olarak da çalın-
mış şeyler usucapio ile iktisap edilemiyorlardı(16).

-
- (9) ERDOĞMUŞ, Belgin: 'Usus Auctoritas' ve 'Aeterna Auc-
toritas', MHAD. C.6, S.9, 1972, sh. 114.
(10) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 153.
(11) KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, 3. basım-
dan tıpkı basım, Ankara, 1986, sh. 148.
(12) KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, age., sh. 149.
(13) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 113; GAIUS: Ins.
2,46; (DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 239'dan
naklen).
(14) BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, age., sh. 236
(15) GAIUS: Ins. 2,47; (BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, age.,
sh. 237'den naklen).
(16) GAIUS: Ins. 2,45,49; (BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, age.,
sh. 237'den naklen).

XII Levha Kanununa göre usucapio'nun en önemli şartı zilyetlikti. Önceleri zilyetliğin başkasına zarar vermeyecek şekilde elde edilmiş olması yeterliydi. Bu anlayışa göre, malın zilyetliğini kazanan kişinin önceki zilyetle hiç bir ilişkisi yoktur. Yalnızca mal ile ilişki içindeydi. Ancak, Klasik hukuk döneminde yeni zilyet ile eski zilyet arasında bir ilişkinin varlığı zorunlu görülmeye başlandı. Böylece, kazandırıcı zamanaşımından faydalanacak olan yeni zilyedin zilyetliğini hukuka uygun gösterecek bir ilişkinin varlığı aranmaya başlandı(17). İmparatorluk devri başlarında çıkan "Lex plautia" ve "Lex juliae" ile, zorla elde edilmiş arazi üzerinde usucapio'nun sonuç doğurmayacağı hükme bağlanmak suretiyle, usucapio'nun iki önemli şartı olan iusta causa ve bona fides kabul edilmiş oldu(18).

c) Longi Temporis Praescriptio

Eski hukukta oluşan, yukarıda sözü edilen türdeki kazandırıcı zamanaşımı, gelişen Roma İmparatorluğunun bünyesine uygun düşmüyordu. Özellikle süreler çok kısaydı. Küçük bir toplumda, kişilerin haklarını arayabilmeleri için bu süreler yeterli olabilirdi; ancak geniş bir imparatorluk için yeterli değildi. Ayrıca usucapio sadece Quirites mülkiyetini geçirdiği için yalnızca İtalya arazisinde söz konusu olabiliyordu. Fakat önemli bir yer işgal eden eyalet arazisi bunun dışında kalıyordu. Bu sakinlerini önlemek için praetor'lar veya eyalet valileri tarafından praescriptio longi temporis (uzun zaman def'i) ihdas e-

(17) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh.22.

(18) BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, age., sh.237; UMUR, Z. : Hüsnüniyet, age., sh. 36 vd.; IDEM: Lügat, age., sh.122.

dildi(19). Bir vatandaş, ya da yabancı, eyaletlerde bir araziyi uzun müddet zilyetliğinde bulundurduğu zaman, toprağın asıl sahibinin istihkak davasına karşılık praetor'lar zilyede bir def'i hakkı veriyorlardı. Bu def'iyeye longi temporis praescriptio deniyordu. Bir yabancı taşınır bir malı ya da İtalya'da bulunan bir toprak parçasını iktisap ettiği zaman da aynı durum söz konusu oluyordu(20).

Longi temporis praescriptio ile bir kimse on yıl süreyle bir eyalet arazisi üzerinde zilyet olmuşsa, o zilyetliği geri almak üzere dava eden malike karşı kendisini başarıyla savunabilmekteydi(21). Bu süre, hazırlar arasında, yani aralarında çekişme bulunan kişiler aynı eyalette bulunuyorlarsa on yıl, ayrı eyaletlerde bulunuyorlarsa yirmi yıldır. Ancak, bu süre içerisinde zilyetliğin kesintisiz olarak devam etmesi gerekiyordu(22).

Longi temporis praescriptio'nun hukukî niteliği fiilen ortaya çıkan bir saldırıyı önlemeye yönelikti. Usucapio'nun aksine, mülkiyetin kazanımı yollarından değildi. Sadece on ya da yirmi yıl malını ihmal etmiş malikin mülkiyet iddiasına karşılık bir def'i niteliğindeydi. Ancak, on veya yirmi yılın geçmesiyle fiili zilyedin durumu artık ihlal edilemez olduğun-

(19) HONIG, Richard: Roma Hukuku, (Çev.: Şemseddin Talip), İstanbul 1938, sh. 334; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 23; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 239; KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 154; UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 437.

(20) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 334

(21) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh.23; IDEM: Ders Notları, age., sh. 437.

(22) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 154; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 240; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 56; IDEM: Lügat, age., sh. 218; IDEM: Ders Notları, age., sh. 437; IDEM: Hüsnüniyet, age., sh. 24; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 334; KÜLEY, M. M.: İktisap, age., sh. 8.

dan uygulamada aynı sonuç ortaya çıkmaktaydı(23). Buna rağmen, zamanın geçmesinden sonra yeni zilyet zilyetliğini kaybederse, onu geri isteyebileceği bir davaya sahip değildi(24). Daha sonra İmparator Constontinus, bir taşınmazı kırk yıl zilyetliğinde bulunduran kimsenin artık rahatsız edilemeyeceği kararını verdi. 424. yılında da II. Theodosius'un otuz yıllık bir sürenin geçmesiyle davaların sukut edeceği yolundaki prensibi koymasıyla, artık malikin, bu süre geçtikten sonra malını yeni zilyetden isteyememesi sağlanmış oldu(25).

Iustinianus hukuku döneminde, 528 yılında, on ve yirmi yıllık süreler geçtikten sonra zilyede defiden başka bir çeşit istihkak davası da tanınmıştır. Buna göre bir kişi, bir hukukî sebebe dayanarak on veya yirmi yıl hüsnüniyetle zilyet olmuşsa, tesadüfen o şeyin zilyetliğini kaybedecek olursa istihkak davası açma hakkına sahiptir(26).

Ancak, 212 yılında İmparator Caracalla, imparatorlukta yaşayan yabancıların büyük bir çoğunluğuna Roma vatandaşlığı hakkını verdi. Böylece imparatorluk nüfusunun çoğunluğu usucapio'dan yararlanabilecek duruma geldi. Bunun sonucunda da zamanla longi temporis praescriptio'nun önemi azaldı. Çünkü usucapio'nun süreleri daha kısa olduğu için, longi temporis praescriptio yerine usucapio tercih ediliyordu(27).

(23) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 60; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 334.

(24) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 154.

(25) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 240; KÜLEY, M. M.: İktisap, age., sh. 8.

(26) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 24.

(27) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 334; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, sh. 25.

Post-Klasik devirde, bir taraftan İtalya'daki taşınmazlar için usucapio, diğer taraftan eyalet arazileri için longi temporis praescriptio, bütün imparatorluğu kapsayan hukuk kuralları olarak yürürlükteydi. Süreler ise taşınırılar için üç yıl, taşınmazlar için ise on veya yirmi yıldır. Ancak tüm imparatorluk nüfusunun Roma vatandaşı olması nedeniyle herkes usucapio'dan yararlanabilecek duruma gelmişti. Ayrıca imparatorluk merkezinin, eskiden bir eyalet olan Doğu'ya taşınmasıyla bu ikiliğin ortadan kaldırılması artık bir zorunluluk haline gelmişti(28).

2- Iustinianus Döneminde

Iustinianus döneminde usucapio ile longi temporis praescriptio birleştirilerek tek bir kazandırıcı zamanâşımı kurumu haline getirilmiştir(29). Bir taraftan longi temporis praescriptio'ya mülkiyeti kazandırıcı bir özellik tanınırken(30), usucapio'nun süreleri de üç, on ve yirmi yıla çıkarılmıştır(31). Böylelikle, hem malın gerçek maliki kısa bir zamanda malından yoksun kalma tehlikesinden kurtulmuş, hem de bu kurum belirli bir bölgede değil tüm imparatorlukta uygulanmaya başlanmıştır.

Bu gelişmelerin sonucunda iki kurum birleşti. Ancak, hukuk dilinde "usucapio" deyimi taşınırılar, "longi temporis praescriptio" deyimi ise taşınmazlar için kullanılmaya başlandı(32). Bunun dışında aralarında herhangi bir fark kalmamıştı. Iustinianus zamanında bu birleştirme yapılırken bu kurumun şartları kısmen usucapio, kısmen de longi temporis praescriptio'dan alınmıştır(33).

(28) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 25; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 240.

(29) JÖRS Paul-KUNKEL Wolfgang- WENGER Leopold: Römisches Recht, Berlin. Göttingen. Heidelberg, 1946, sh.134; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 240.

(30) UMUR Z.: Ders Notları, age., sh. 437.

(31) IUSTINIANUS: Ins., 2,6, pr. (Çev. UMUR Ziya, IUSTINIANUS, Ins., İstanbul 1968, sh. 99).

(32) UMUR, Z. : Ders Notları, age., sh.437.

(33) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh.154.

Iustinianus'un Institutiones'inde, nelerin mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılamacağına açıklık getirilmiştir. Buna göre; hür bir kimsenin, kutsal veya dini bir şeyin, ya da kaçmış bir kölenin mülkiyetinin zamanaşımıyla kazanılması mümkün değildir(34). Çalınmış (res furtiva)veya gasbedilmiş (res vi possessa) şeyler üzerinde de kazandırıcı zamanaşımını cereyanı yasaktır(35). Aynı şekilde hazineye (fiscus) ait şeyler üzerinde de kazandırıcı zamanaşımı yürümez(36).

Kazandırıcı zamanaşımının şartları, Iustinianus döneminde tamamen belirginleşmişti. Bu şartlar, orta çağ hukukçuları tarafından, res habilis, titulus, fides, possessio, tempus olarak ifade edilmiştir(37)..

(34) IUSTINIANUS: Ins. 2,6,1 (Çev. UMUR, Z.: Ins., age., sh. 99).

(35) IUSTINIANUS: Ins. 2,6-2,3 (Çev. UMUR, Z.: Ins., age., sh. 99-101.

(36) IUSTINIANUS, Ins. 2,6-9 (Çev. UMUR, Z.: Ins., age., sh. 103.

(37) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 26.

II- USUCAPİO'NUN ŞARTLARI

Yukarıda da belirtildiği gibi, Roma Hukukunda usucapio'nun beş şartı vardır. Bu şartlar; res habilis (eşyanın zamanaşımına elverişli olması), bona fides (hüsnüniyet), titulus (hukukî sebep), possessio (zilyetlik) ve tempus (zaman)'dan ibarettir. Ancak bona fides ve iusta causa imparatorluk devri başlarında usucapio'nun şartları arasına girdi(38). Iustinianus dönemine gelindiğinde usucapio'nun beş şartı da kabul edilmiş durumdaydı.

Bir eşyanın mülkiyetinin usucapio yoluyla kazanılabilmesi için bu beş şartın bir arada bulunması gerekliydi. Birinin eksik olması halinde zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılması mümkün değildi.

A) Res Habilis (Eşyanın Zamanaşımına Elverişli Olması)

Kural olarak hemen her eşyanın mülkiyeti zamanaşımı ile kazanılabilir. Ancak bu kurala bir takım istisnalar getirilmiş ve bazı malların zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılması yasaklanmıştır. Res habilis şartının gerçekleşmesi için kazandırıcı zamanaşımına konu olan eşyanın, bu istisnaların dışında kalması gerekmektedir. Söz konusu istisnalar şu şekilde sıralanabilir:

1- Res Extra Commercium (Alış-Verişe Konu Olamayan Şeyler)

Bunlar, her türlü ticari ilişkinin dışında kalan mallardır. Bu tür mallar özel mülkiyete de konu olamadıkları için zamanaşımı ile kazanılmaları da mümkün değildir(39). Res extra commercium sayılan malların bir kısmı beşeri hukuk tarafından, bir kısmı da ilahi hukuk tarafından alış-verişin dışında tutulmuşlardır.

(38) BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, age., sh. 237.

(39) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 26

a) Res Extra Commercium Divini İuris

Bunlar ilahi hukuk gereği alış-verişin dışında tutulan mallardır(40). Bu malların üzerinde zamanasımı cereyan etmez(41). İlahi hukuk gereği alış-verişin dışında tutulan malları üç grup altında incelemek mümkündür.

aa) Res Sacrae (Kutsal Eşya)

Bunlar, dini amaçlarda, ibadet için yapılan mabetlere tahsis edilen mallardır(42).

Roma'da bu tür malların doğrudan doğruya tanrılar tarafından kullanıldığına inanılırdı(43). Bu nedenle, "res sacrae" sayılan mallar tanrılarının kullanımına terkedilmişlerdi(44). Putperestlik devrinde halkın iradesi ile özel bir merasimle tanrılara tahsis edilen şeyler(45), Hristiyanlık devrinde ise rahipler tarafından Allah'a tahsis olunan şeyler veya ibadet amacıyla sunulan adaklar(46) res sacrae idi. Kutsal malların savaş esirlerinin fidyelerini vermekten başka bir amaçla satılması ya da rehnedilmesi Iustinianus döneminde yasak edilmişti(47). Çünkü bu tür malların artık insan mülkiyetine gir-

(40) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 7

(41) IUSTINIANUS: Ins., 2,6-1 (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 9)

(42) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 7; IDEM: Ders Notları, age., sh. 405; CİN, Halil: Türk Hukukunda Mer'a, Yayla ve Kışlaklar, Ankara 1980, sh. 19; ONAR, S. Sami: Türk Hukukunda Amme Emlâki Teorisi, E.Mardin'e Armağan, İstanbul 1941, sh. 499.

(43) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 106.

(44) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 308.

(45) GAIUS: Ins., 2,4-5; D.1,8,6,3,9 pr. (DI MARZO, sh. 207'den naklen).

(46) IUSTINIANUS: Ins., 2,1-8 (UMUR, Z.: Ins. age., sh. 7)

(47) IUSTINIANUS: Ins., 2,1-8 (UMUR, Z.: Ins. age., sh. 7)

mesi mümkün görülmüyordu(48). Ancak, Roma halkının oyu ile kutsal eşya haline gelmiş bir eşya yine Roma halkının oyu ile bu özelliğini kaybedebilirdi(49).

Bu tür malların tahsisleri putperestlik devrinde populus'un rızası ile, Hristiyanlık devrinde ise rahipler tarafından yapılırdı. Bu eşya Hristiyanlıktan önce pontifex'ler (putperestlik devrinin rahipleri), Hristiyanlıktan sonra ise imparatorlar tarafından yapılan bir kutlama (takdis) işlemi ile (Consecratio), putperestlik devrinde mabetlere, Hristiyanlık devrinde ise kiliselere terkolunurdu(50).

Sonuç olarak res sacrae sayılan mallar özel mülkiyete konu olmadıkları için kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetlerinin kazanılması da mümkün değildi; zamanaşımı yoluyla mülkiyetlerin kazanılabilmesi için bu özelliklerinin kaldırılması gerekiyordu.

bb) Res Religiosae (Dini Eşya)

Mezarlar ve mezarların etrafını çeviren küçük arsalar bu sınıfa giren mallardır(51). Bunlar yer altı tanrılarına vakfedilmişlerdir(52). İlkel anlayışa göre mezar ölünün ruhu- na aittir. Bundan dolayı o yer, ölü gömüldükten sonra dinsel nitelik kazanmaktadır(53). O yerin dini niteliği de ceset oradan alınıncaya kadar devam ederdi. Eğer ceset başka bir yere taşınırsa ilk gömüldüğü yer dini olmaktan çıkardı(54).

(48) GAIUS:Ins.2,9; D. 1,8,1 pr.(DI MARZO, S.:Roma Hukuku, age., sh. 207'den naklen).

(49) BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, age., sh. 210.

(50) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 405.

(51) BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, age., sh. 210; CİN, H.: Mer'a, age., sh. 20.

(52) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 308.

(53) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 106.

(54) TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 1981, sh. 107.

Bir toprak parçasının dini yer sayılması için ius inferendi'ye (bir ölü gömme hakkı) sahip olan bir kişinin (55) o toprağa hür veya köle(56) bir insanın cesedini gömmesinden başka bir işleme gerek yoktu(57).

Iustinianus'un Institutiones'inde(58) bir yerin res religiosae olabilmesi bir takım şartları bağlamıştır. Buna göre, "kutsal ya da dini olmayan ortak bir yere, ortağın rızası alınmadan ölü gömmek caiz değildir: ortak mezarlıkta ise, diğer ortağın rızası olmasa bile ölü gömmek mümkündür. Yerin intifai başkasının ise, malik, intifa hakkının rızası olmaksızın orayı dini yer haline getiremez. Malikin rızası ile, başkasının yerine ölü gömmek mümkündür: Malik, ölü gömüldükten sonra da rızasını vererek tasdik etse, o yer dini yer olur."

Ius sepulchri (kabir hakkı)'ye sahip olan bir kişinin belirli bir mezara gömülmesine veya o yere başkalarını gömmesine engel olunamazdı(59). Yetkisi olmaksızın, ölüyü gömmek isteyen engel olana karşı interdictum de mortuo inferendo (ölü gömmeye ilişkin interdictum), bir mezarın yapılmasına yahut tamirine yetkisi olmaksızın engel olmak isteyen kimseye karşı ise interdictum de sepulchro aedificando (mezar yapımına ilişkin interdictum) ileri sürülürdü(60).

Res religiosae sayılan yerler actio sepulchri violati ile korunurlardı(61). Bu dava, bir mezara tecavüz edildiğinde mezar sahibi olan kimse tarafından açılır ve davanın sonucunda tecavüz eden kişi bir miktar para cezasına çarptırılırdı. Ayrıca bu dava tecavüz eden kişinin şerefsizliği (in-

(55) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh.406.

(56) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 106.

(57) IUSTINIANUS: Ins.2,1,9 (UMUR, Z.: Ins. age., sh.77)

(58) IUSTINIANUS: Ins.2,1,9 (UMUR, Z.: Ins. age., sh.77)

(59) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 208.

(60) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 8; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 208.

(61) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 308.

famia)sonucunu da doğurur. Bu dava ilgili kimse bulunamadığı zaman herhangi bir vatandaş tarafından da açılabilirdi(62). Çünkü actiones populares denilen ve Roma populus'u adına herhangi bir vatandaş tarafından açılabilen davalardandı(63).

Daha sonraları Hristiyanlık devrinde bu tür mallar günah sayılan fiiller için konulan yaptırımlarla korunmuşlardı(64).

Bu tür mallar, maddi özellikleri bakımından alış-ve-rişe konu olabilseler de, dini özellikleri dolayısıyla alış-verişin dışında tutulmuşlardı(65). Bunlar, cesedin gömülmesiyle, mülkiyet hakkının ve hukukî işlemin konusu olmaktan çıkar, temlik ve iktisap edilemez hale gelirler. Dolayısıyla commercium'larını kaybederlerdi(66).

cc) Res Sanctae (Kutsanmış eşya)

Her türlü tecavüze karşı dini yaptırımlarla korunmuş bulunan şehir kapıları, duvarları veya tarlaların sınırları gibi mallardır(67). Bunlar, tanrılara ait değildirler. Ancak tanrıların himayesi altına sokulmuşlardı(68). Bu yüzden res sanctae sayılan mallar da ilâhi hukuktan sayılmışlardır(69). Aslında bu mallar kutsal mal olmadıkları halde dini yaptırımla korunduklarından dini bir özellik kazanmaktaydılar(70).

Bu tür mallar da özel mülkiyete konu olamıyordu(71);

(62) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 12.

(63) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 16.

(64) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 308.

(65) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 308.

(66) TAHİROĞLU, B.: Mülkiyet, age., sh. 107.

(67) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 406; IDEM: Lügat, age., sh. 186; IDEM: Eşya, age., sh. 8.

(68) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh.308.

(69) IUSTINIANUS: INS. 2,1,10 (UMUR, Z.: Ins. age.,sh. 77.

(70) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 406; IDEM: Eşya, age., sh.9.

(71) IUSTINIANUS: Ins. 2,1,10 (UMUR, Z.: Ins. age.,sh. 77.

özellikleri gereği her türlü alış-verişin dışında tutulmuşlardı; dolayısıyla kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisapları da mümkün değildi.

b) Res Extra Commercium Humani İuris

Bunlar beşeri hukuk tarafından alış-verişin dışında tutulan mallardır. Bu tür malları da üç grup altında incelemek mümkündür:

aa) Res Communes Omnium (Herkes İçin Ortak Olan Mallar)

Roma Hukukuna göre bazı mallar herkes için ortaktır(72). Bu gruba giren mallar, insanların ihtiyaçlarından çok fazla miktarda bulundukları için mülkiyete konu edilmemişlerdir(73). Herkes için ortak olan mallar, hava, akarsu, deniz ve deniz sahili gibi mallardır(74). Bu tür mallardan herkes serbestçe faydalanabilir. Havayı teneffüs etmek, su çekmek, denizde balık tutmak, denizden çekilen ağları kurutmak, hatta sahillerde kulubeler yapmak gibi(75).

Bu özellikleri dolayısıyla, res communes omnium sayılan mallar mülkiyet hakkının konusu dışında kalmışlardır. Bu nedenle hiç bir surette iktisap edilmeleri mümkün değildir. Öyle ki, bu tür mallardan yararlanmak, mülkiyet hakkını koruyan davalar değil, insan şahsiyetini koruyan davalara dayanmaktadır(76). Örneğin, denizde bir kimsenin balık tutmasına engel olan kişiye karşı, vatandaşın hürriyetine tecavüz etmiş gibi actio iniuriarum açılırdı(77).

(72) IUSTINIANUS: Ins. 2, 1, pr. (UMUR, Z.: Ins. age., sh.75; CİN, N.: Mer'a, age., sh.20.

(73) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 406; IDEM: Eşya, age., sh. 9

(74) IUSTINIANUS: Ins. 2,1,1 (UMUR, Z.: Ins. age., sh.75).

(75) IUSTINIANUS: Ins. 2,1,1-5 (UMUR, Z.: Ins. age., sh. 75).

(76) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 406; IDEM: Eşya, age., sh.9.

(77) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 207.

bb) Res Publicae (Kamu Malları)

Bunlar, bir tüzel kişi olarak kabul edilen populus'a (Roma halkı) ait olan mallardır(78). Devamlı olarak akan nehirler, bu nehirlerin sahil ve limanları(79), kamuya ait yollar, tiyatrolar, spor tesisleri gibi mallar kamu malı sayılıyordu (80). Bunlar da, res communes omnium (herkes için ortak olan mallar) gibi vatandaşların kullanımına sunulmuşlardır; bundan dolayı mülkiyete konu olamazlar.

Bu tür mallar da tıpkı res communes omnium'lar gibi insan şahsiyetini korumaya yönelik olan actio iniuriarum ile korunuyorlardı(81).

cc) Res Universitates (Topluluğa Ait Mallar)

Res universitates civitas'lara ait olup, kamu yararına tahsil edilmiş olan mallardır(82). Bunlar, kamu yararına tahsis edildikleri için, kişilerin değil, topluluğun mülkiyetinde sayılmışlardır(83). Örneğin, şehirlerdeki tiyatro, stad-yum vb. mallar kişilerin değil topluluğun mülkiyetinde kabul ediliyorlardı(84). Bunların kullanımlarına engel olan kimseye karşı actio iniuriarum açılırdı(85). Bütün bu özelliklerinden dolayı bu tür malları özel mülkiyete konu olmaları, dolayısı ile kazandırıcı zaman aşımı ile iktisap edilebilmeleci mümkün değildi.

(78) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.9; IDEM:Ders Notları age., sh.406; CİN, H.:Mer'a, age. sh.20.

(79) IUSTINIANUS: Ins. 2,1,2 (UMUR, Z.: Ins. age., sh. 75).

(80) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.9; IDEM:Ders Notları age., sh. 407; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh.206.

(81) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.9.

(82) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.9.

(83) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 186; CİN, H.: Mer'a, age.,sh. 20.

(84) IUSTINIANUS: Ins. 2,1,6(UMUR, Z.: Ins. age., sh. 77).

(85) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.10.

2- Res Furtiva Veya Res Vi Possessa (Çalınmış Veya Gasbedilmiş Mallar)

Res Furtiva (çalınmış) veya res vi possessa (gasbedilmiş sayılan mallar üzerinde de kazandırıcı zamanaşımı işlemezdi(86). Çalınmış malın zamanaşımı ile kazanılması yasağı, Ulianus(87) ve Iustinianus(88) tarafından XII Levhaya veya Atinia Kanununa bağlanır. XII Levha Kanununun yasağı muhtemelen zilyet olan hırsıza karşıdır. Çünkü iyi niyet daha sonra kazandırıcı zamanaşımının şartları arasına girmişti. Bu şartın kabulünden sonra hırsız veya gasıp için özel bir yasağa gerek kalmamıştı. Çünkü iyi niyetli olmadıklarından zaten usucapio'dan yararlanamıyorlardı. Oysa ilk zamanlarda bu şart aranmadığı için hırsızın veya gasıbın usucapio'dan yararlanabilmesinin engellenebilmesi için özel bir yasağın bulunması gerekiyordu. Bu yasak da XII Levha Kanunu ile getirilmişti. Atinia Kanunu ise, XII Levha Kanunundan farklı olarak, çalınmış malın zilyedi olan herkese karşı istihkak davası açma imkânını getirmiştir(89).

a) Hırsızın Veya Gasıbın Durumu

Hırsızın veya gasıbın çaldıkları ya da gasbettikleri bir malı kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap etmeleri mümkün değildir(90). Çünkü hırsız (fur) ve gasıp (vi possessor)'ın usucapio'dan yararlanmaları her şeyden önce, XII Levha Kanunu ile yasaklanmıştı. Daha sonra iyi niyet (bona fides)

(86) GAIUS: 2,45 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 133).

(87) ULIANUS: D. 41,3,33 (TAHIROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975, sh.66'dan naklen).

(88) IUSTINIANUS: Ins. 2,6,2 (UMUR, Z.: Ins. age., sh. 101).

(89) TAHIROĞLU, B.: Mülkiyet, age., sh.66; ERDOĞMUŞ, B.: Usus, age., sh. 115-116.

(90) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 61; TAHIROĞLU, B.: Mülkiyet, age., sh. 65

şartının da kabul edilmesiyle, usucapio'dan yararlanmaları tamamen imkânsız bir hale gelmiştir. Çünkü bunlar suiniyet sahibi zilyettirler(91).

b) İyi Niyetle İktisap Eden Kişinin Durumu

XII Levha Kanunundan önce de, çalınan bir malın malikine, o mal kimde olursa olsun geri alma hakkının tanındığı sanılmaktadır. XII Levha Kanunu, çalınmış malların kazandırıcı zamanaşımı ile iktisabını yasaklamıştır. Ancak buradaki yasak hırsız için değil, hırsızdan malı iyi niyetle iktisap edenler içindir. Çünkü hırsız ya da gasıp kötü niyetli olduğu için zaten usucapio'dan yararlanamazdı (92). Ayrıca çalınmış mal, tekrar malikin hakimiyetine dönünceye kadar çalınmış olma fesadını taşıdığı için zamanaşımı ile kazanmaya elverişli değildir; ancak malike döndükten sonra bu fesattan kurtulmuş olur(93). Fakat bu mallar kendisinden çalınmış olanın değil, bizzat malikin hakimiyetine dönmelidirler (94). Bunlar malike değil de malikin vekiline dönerler, zamanaşımı ile kazanılabilecek duruma gelmemiş olurlar. Çünkü zilyetlik vekil aracılığı ile elde edilmiştir. Bu ise malın malikin hakimiyetine dönmesi için yeterli görülmemekteydi (95).

Bu yasağın içine girmeyen bazı istisnai durumlarda usucapio ile mülkiyetin kazanılması mümkündür. Örneğin bir mirasçı, miras bırakana ariyet verilmiş ya da kiralanmış bir şeyi terekeye dahil zannederek alım-satım, bağış vb. bir nedenle iyi niyet sahibi bir kimseye verirse, bu kimse, usucapio yoluyla malik olur. Çünkü o şeyi iyi niyetle başkasına veren mirasçı furtum fiilini işlememiştir. Aynı şekilde

(91) IUSTINIANUS: Ins. 2,6,3 (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 101); GAIUS: 2,49 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 134).

(92) IUSTINIANUS: Ins. 2,6,3 (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 101); GAIUS: 2,49 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 134).

(93) TAHİROĞLU, B.: Furtum, age., sh. 65; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 17.

(94) TAHİROĞLU, B.: Furtum, age., sh. 68.

(95) TAHİROĞLU, B.: Furtum, age., sh. 70.

20
bir köle kadın üzerinde intifa hakkına sahip olan kimse, kölenin çocuğunu kendisinin zannederek satar veya bağışlasa bu durumda da furtum söz konusu olmaz. Çünkü bu sayılan hallerde furtum niyeti (animus furandi) yoktur (96).

Malikin gaip olması, ihmali veya mirasçı bırakmadan ölmesi gibi nedenlerle boş kalan ve cebir kullanılmadan başkasının zilyetliğine geçen toprağa bağlı şeyler ise, kötü niyet sahibi zilyet tarafından iyi niyet sahibi bir kimseye teslim edilirse, bu kimse uzun zaman zilyet olmakla o yerin mülkiyetini iktisap edebilir. Çünkü kötü niyet sahibi zilyedin eline geçirdiği şey ne bir res furtiva'dır, ne de cehren elde edilmiş bir zilyetlik durumu vardır. Dolayısıyla, bazı eski hukukçuların taşınmazların furtum'a konu olabilecekleri yolundaki hükümleri ortadan kaldırılmış ve bu tür malların zilyetleri, uzun ve çekişmesiz zilyetliklerini kaybetmemeleri için imparator emirnameleri ile korunmuşlardır (97). Ancak taşınırınların çalınmış oldukları takdirde usucapio ile iktisap edilemeyecekleri düşünülerek "Tulia et plautia" kanunen çıkarıldığı tahmin edilmektedir (98).

Sonuç olarak, Roma Hukukunda çalınmış ya da gasbedilmiş şeylerin usucapio yoluyla kazanılması mümkün değildir. Hırsız ya da gasıp kötüniyetli oldukları için, bunlardan malı devralan iyi niyetli kimseler ise, malı çalınan kimsele-
rin güvenliğini sağlamak amacıyla konulan (99) ve yukarıda sözü edilen yasaklamalar nedeniyle usucapio'dan yararlanamazlar.

(96) IUSTINIANUS: Ins.2,6,4-6(UMUR,Z.:Ins.,age.,sh.101).

(97) IUSTINIANUS: Ins.2,6,7(UMUR, Z.: Ins.,age.,sh.103).

(98) AULEŞ GELLIUS: Noctes Atticae, 2,18,13; GAIUS: Ins. 2,51; D. 41,3,38 (UMUR, Z.: Hüsünüyet, age., sh. 27'den naklen).

(99) TAHIROĞLU, B.: Furtum, age., sh. 66

3- Magistra Tarafından Hediye Olarak Alınan ve Başkalarına Devredilen Mallar

Iustinianus döneminde yürürlükte olan Lex Iulia peculatus'un(100) koyduğu yasağa rağmen magistra tarafından hediye olarak alınan ve başkalarına devredilen mallar usucapio yoluyla iktisap edilemezdi. Devralan kişinin hüsnüniyetli olması bu durumu değiştirmiyordu. Bu mallar da tıpkı çalınmış mallar gibi, ayıplı sayılıyorlar ve ayıptan kurtulmaları için, hediyeyi verenlerin ya da mirasçılarının mülkiyetine geri dönmeleri gerekiyordu(101).

4- Res Fiscales (Hazineye Ait Olan Mallar)

Cumhuriyet devrinde Roma populujuna ait gelirlerin toplandığı hazineye "Aerarium Populi Romani" veya "Aerarium Publicum" deniyordu(102). Principatus devrinde ise, Roma halkına ait olan aerarium'a karşılık, devlet işlerinde kullanılmak üzere imparatorun mülkiyetinde sayılan hazineye "Fiscus principis" denmeye başlandı. Fiscus principis, imparatorluk devri boyunca aerarium'u da içine almaya devam etmiş, daha sonra imparatorun mal varlığından ayrı, tüzel kişiliğe sahip bir devlet hazinesi haline gelmişti(103).

Devlet hazinesine ait olan mallar, yani res fiscales, usucapio yoluyla iktisap edilemiyordu(104). Iustinianus, bunu Institutiones'de(105), "res fisci nostri usucapi non potest" yani "hazinemize ait şeyler üzerinde usucapio cereyan etmez" demek suretiyle açıkça vurgulamıştır. Ancak istisnaen, bona vacantia sayılan malların zamanasımı ile kazanılması mümkündür.

(100) Lex Iulia Peculatus için bak. UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 120.

(101) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh.27; IDEM: Eşya, age., sh. 63; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 241.

(102) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 20.

(103) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 75.

(104) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 27; IDEM: Lügat, age., sh. 184.

(105) IUSTINIANUS: Ins. 2,6,9 (UMUR, Z.: Ins. age., sh. 103).

Bir kişinin mirasçısının bulunmadığı durumlarda sahipsiz kalan tereke mallarına bona vacantia deniyordu. Bu mallar Roma Populus'unun aerarium'una intikal ediyordu(106). Bu tür malların, hazineye haber verilmeden önce, iyi niyet sahibi bir alıcıya teslim edilmesi durumunda, bu kimse tarafından usucapio yoluyla kazanılması mümkündü(107). Iustinianus bu hükmün, İlahi Pius, İlahi Severus ve Antoninus'un emirnamelerinden kaynaklandığını belirtmektedir(108). Bu istisnanın dışında, hazineye ait olan mallar res habilis sayılmadıkları için usucapio yoluyla iktisap edilemiyorlardı (109).

5- Küçüklerin veya Vesayet Altında Bulunanların Malları

Iustinianus döneminde küçüklerin veya vesayet altında bulunan kimselerin malları da zamanaşımına konu olmuyordu(110). Örneğin, agnatik hısımların vesayeti altında bulunan evli kadına ait res mancipi'ler, vasisinin auctoritas'ı ile teslim edilmiş olmaları dışında, usucapio ile kazanılamazlardı. Bu kural, XII Levha Kanunu ile konulmuştu(111). Küçüklerin malları istisnai olarak 30 yıllık zamanaşımına konu olabiliyordu(112). Iustinianus tarafından konulan bu kural Klasik Hukuk döneminde pek bilinmiyordu(113). Aynı şekilde, cihaz (Dos) malları da evlilik sona erdikten sonra usucapio'ya konu olamazlardı. Cassius'a göre koca kendini evli zannediyorsa ancak gerçekte evli değilse usucapio yoluyla iktisapta bulunamaz. Çünkü ortada geçerli bir cihaz (Dos) yoktur(114).

(106) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 29.

(107) MODESTINUS, D. 41,3,18pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 146).

(108) IUSTINIANUS, Ins. 2,6,9 (UMUR, Z.: Ins., age., sh.103).

(109) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 184.

(110) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 28.

(111) GAIUS, 2,47 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 113).

(112) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 28; IDEM: Eşya, age., sh. 62.

(113) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 28.

(114) ULPIANUS, D. 41,9,1,3-4 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 28'den naklen).

6- Devir ve Temlik Yasak Olan Mallar

Devir ve temlik yasak olan mallar da usucapio ile iktisap edilemezler. Çünkü, aksi takdirde usucapio ile malların devredilebilmeleri mümkün hale gelirdi(115). Bunun gibi, belli bir kimsenin elindeki malı ya da malları temlik etmesi praetor tarafından yasak edilmişse, bu kimseden yasağı bile bile bir malı satın alan kimse de usucapio yoluyla malik olamazdı(116).

B- Possessio (Zilyetlik)

Usucapio'nun ikinci ve belki de en önemli şartı zilyetlik-tir. Usucapio yoluyla bir mala malik olabilmek için o malı belli bir süre zilyet olarak elde bulundurmak gerekir. Usucapio kurumunun temelinde de bu fikir yatmaktadır. Zaten, Modestinus'un da belirttiği gibi(117) usucapio, kanunen belirlenmiş bir süre boyunca devam eden zilyetliğe mülkiyet hakkının bağlanmasından başka bir şey değildir. Digesta'da yer alan bir başka metinde ise, "zilyetlik mevcut olmaksızın kazandırıcı zamanaşımı söz konusu olamaz" denilmek suretiyle zilyetliğin önemi vurgulanmaktadır(118).

Zilyetlik, Klasik Roma hukukuna göre, bir mal üzerinde fiilen tasarruf edebilmek; mülkiyet hakkından bağımsız olarak, bu malı kendisi için ve kendi hakimiyeti altında bulundurmak anlamına gelmektedir. Zilyetliğin, "corpus" ve "animus rem sibi habendi" olmak üzere iki unsur vardır. Corpus, malın maddi olarak fiilen elde bulundurulmasını, animus rem sibi habendi ise zilyetlik niyetini, yani malın kendi mülki imiş gibi hakimiyeti altında bulundurulması niyetini ifade etmektedir(119).

(115) PEREZZIO, Silvio: *Instituzioni Di Diritto Romano*, 2.B. C.I, Roma, 1928, sh. 661 (UMUR, Z.: Hüsnüniyet, sh. 28'den naklen).

(116) PAULUS, D. 41,3,12 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 144).

(117) MODESTINUS, D.41,3,3pr (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 140).

(118) LICINNIUS RUFINUS, D. 41,3,25 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 148).

(119) UMUR, Z.: *Lügat*, age., sh. 161.

Roma Hukukunda zilyetliğin, "possessio ad interdicta", "possessio ad usucapionem", "possessio animo retenta", "possessio bonae fidei", "possessio civilis", "possessio corpore", "possessio iuris", "possessio iusta", "possessio malae fidei" ve "possessio uitrosa" gibi çeşitleri vardır(120). Bu zilyetlik çeşitlerinden özellikle "possessio bonae fidei" ve "possessio ad usucapionem", kazandırıcı zaman aşımı kurumuyla yakından ilgilidir.

1- Usucapio İle İktisaba Elverişli Olmayan Zilyetlikler

Bu tür zilyetliklerin possessio interdicta, possessio Iniusta ve detentio olarak üç türünden söz edilebilir.

a) Possessio Interdicta

Interdictum'larla korunan zilyetliklere Possessiones Interdicta deniyordu. Interdictum'lar, formula usulü zamanında, Roma'da proetorların, eyaletlerde ise valilerin imperium'larına dayanarak, çekişmeli bir işin yapılmasını yasak veya emretmeleridir(121). Normal dava usulüne göre daha esnek olan bu yolla, tarafların ileri sürebileceği bütün sebepler incelenmeden, çok hızlı bir biçimde Ius civile'nin öngörmediği bazı durumların hukuken korunması mümkün oluyordu. Ancak bu yolla geçici bir koruma sağlanabiliyordu. Taraflar isterlerse dava açarak, hakimin vereceği karara göre interdictum hükmünü değiştirebiliyorlardı(122).

Interdictum'lar iki çeşitti. Bunlardan birincisi mevcut zilyetliğin devamını sağlayan interdictum'lardı. Romalıların interdicta retinendae possessionis dedikleri bu interdictum'lar da, interdictum uti possidetis ve interdictum utrubi olmak üzere iki çeşitti. Interdictum uti possidetis, bir taşınmaz üzerindeki zilyetlik ihlal edildiği zaman verilirdi. Interdictum utrubi ise taşınır- lar üzerindeki zilyetliğin ihlalini yasaklamaktaydı. Ancak, cebirle

(120) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 161-162.

(121) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 110.

(122) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 110; IDEM: Lügat, age., sh. 90.

(vi), gizlice (clam) ve precarium (aut precario) sebebiyle zilyetliği elde edenler bu interdictum'lardan yararlanamıyorlardı. Bu interdictum'larla praetor halen zilyet olanın talebi üzerine, karşı tarafın zilyetliği ihlal etmesini yasak etmekteydi(123).

İkincisi ise, kaybedilmiş olan zilyetliğin yeniden elde edilmesine yarayan interdictum (interdicta recuperandae possessionis) idi. Bu interdictum ile zilyet, zilyetliğin kendisine geri verilmesini, ya da o yıl içindeki uğradığı zararın tazminini isteyebiliyordu(124). Önceleri sadece bir taşınmazdan zorla (vi) çıkarılmış olan kişi bu interdictum'dan yararlanabilirken, daha sonraları herhangi bir yolla (hile vb.) taşınmaz üzerindeki zilyetliğinin devamına engel olunan kimse de yararlanabilmeye başladı(125).

Yalnızca interdictum'larla korunan zilyetlikler (possessio- nes interdicta) usucapio yoluyla bir malın mülkiyetini kazanmaya yeterli değillerdi. Çünkü, zilyet olanın usucapio yoluyla mülkiyeti kazanabilmesi için, elinde bulundurduğu malı kazandırıcı zamanaşımına uygun bir sebeple saklaması gerekiyordu. Örneğin, hukuki bir sebebe dayanarak ve iyi niyetle bir mala zilyet olan kişinin durumunda olduğu gibi... Oysa böyle bir zilyetlik sadece interdictum'larla değil, aynı zamanda actio publiciana in rem korunuyordu (126). Bu durumda da interdictum'a zaten gerek kalmıyordu. Çünkü, interdictum'larla genellikle Ius Civile'nin öngörmediği bazı durumların hukuken korunması sağlanıyordu ve interdictum'un ardından çoğu kez bir davanın açılması da gerekiyordu(127).

b) Possessio Iniusta

Roma Hukukunda, belli bir kimse karşısında, zilyedin mal üzerindeki hakimiyetinde, cebir, gizlilik veya precarium sebebi bu-

(123) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 464-465; IDEM: Eşya, age., sh. 111; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 320.

(124) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 465.

(125) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 112; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 321.

(126) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 29.

(127) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 110.

lunmadığını göstermek için possessio iusta deyimi kullanılıyordu (128). Possessio iniusta deyimi ise, zilyedin zilyetliğinin cebir, gizlilik ya da precarium sebebiyle fesatlı olduğu hallerde kullanılıyordu. Burada kullanılan "iusta" (doğru-haklı) kelimesi mutlak manada değil, sadece hasım taraf bakımından geçerliydi. Eğer zilyetlik cebirle, gizlice ya da precarium sebebiyle ele geçirilmişse bu yolla zilyetliği ele geçiren kişi korunmuyor ve interdictum hallerinde karşı tarafın zilyetliği tercih ediliyordu. Ayrıca muhatabı olan kimseye karşı fesatlı olduğu için bu tür bir zilyetlik, zilyedi olunan şeyin usucapio yoluyla mülkiyetinin kazanılmasına da elverişli değildi(129).

c) Detentio

Possessio'nun söz konusu olabilmesi için iki unsurun bir arada bulunması gerekirdi. Birinci unsur fiili hakimiyet(Corpus)' dir. Corpus, malın maddi ve fiili olarak elde bulundurulması demektir(130). Ancak, malın üzerinde fiili bir egemenlik kurmak o malın zilyedi (possessor) olmak için yeterli değildir. Zilyet olan kişinin aynı zamanda o malı sanki kendi malı imiş gibi korumak niyetinde olması gerekir. Roma Hukukunda, buna animus rem sibi habendi denilmekteydi. Animus rem sibi habendi zilyetliğin ikinci unsurudur. Malı elinde tutan kimsenin zilyet olabilmesi için bu unsurun "Corpus"la birlikte bulunması gerekir(131).

Bazı hallerde Corpus olduğu halde zilyet olma niyeti yoktur. Bu durumda da animus rem alteri habendi'nin varlığından söz edilir. Bu ikinci durumda malı elinde tutan kimse malik olma niyetiyle hareket etmemekte, gerçek malikin , elinde bulundurduğu mal üzerindeki haklarını kabul etmektedir. Bu duruma Romalılar detentio demektedirler(132).

(128) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 162.

(129) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 161-162; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 296.

(130) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 124; UMUR, Z.: Lügat, sh. 50.

(131) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 124-125; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 322.

(132) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 124-125; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 296.

Sonuç olarak, detentio, sadece fiili egemenlikten başka bir şey değildi. Bu nedenle detentio'nun hukuki hiç bir koruması da yoktu; interdictum'larla dahi korunmuyordu. Dolayısıyla detentio, usucapio yoluyla malın mülkiyetinin kazanılmasınada elverişli değildi (133).

2- Usucapio İle İktisaba Elverişli Olan Zilyetlikler

Usucapio yoluyla malın mülkiyetini kazanmaya elverişli olan zilyetlikleri üç grupta incelemek mümkündür: Bu tür zilyetlikler, possessio animo retenta, possessio bonae fidei ve possessio ad usucapionem'dir.

a) Possessio Animo Retenta

Bir defa ele geçirildikten sonra, malın corpus'u terkedildiği halde, sırf niyetle (animus) sürdürülen zilyetliğe possessio animo deniyordu. Örneğin, kiraya verilen malın zilyetliği kiracıya geçmiyor, kiraya veren kimsede kalıyordu(134).

Roma Hukukunda bazı özel durumlar daha vardı ki, bu durumlarda da, malın corpus'una doğrudan doğruya sahip olmayan bir kimse, sadece animus'un bulunması nedeniyle o malın zilyeti olmakta ve diğer şartların da gerçekleşmesi halinde usucapio yoluyla mülkiyeti elde edebilmekteydi. Bu özel durumlar Roma Hukukçuları tarafından uzun uzun incelenmiş ve çeşitli kurallara bağlanmıştır.

Labeo ve Neratius'a göre kölenin peculium'una girmiş olan malların mülkiyetinin usucapio yoluyla kazanılması mümkündür(135). Burada köle sahibi peculium'a giren malın corpus'una kölesi aracılığıyla sahip olmaktadır.

Gene Labeo, kölenin peculium'undan köle sahibinin haberi

(133) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 57.

(134) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 161.

(135) PAULUS, D. 41,3,8 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüs-nüniyet, sh. 143.

olmadan bir mal çalınsa fakat bir müddet sonra çalınan mal peculium'a geri dönse, çalınan malın köle sahibinin hakimiyeti altına girdiğini kabul etmekte, ancak bunun için bir şart daha aramaktadır; bu da, köle sahibinin durumdan haberdar olmasıdır. Zira Labeo'ya göre, köle sahibinin o malın peculium'a tekrar girmesine dair iradesinin bulunması gerekir(136). Burada da animus gene ön plana çıkmaktadır.

Ayrıca, eğer bir akıl hastasının ya da vesayet altında bulunan kişinin kölesine bir mal teslim edilmişse, bu kimsenin köle-ye yapılan teslim ile zilyetliği ve dolayısıyla usucapio yoluyla mülkiyeti kazanabileceği kabul edilmektedir(137).

Paulus'a göre de bir kişinin kölesi veya aile evladı, peculium olarak veya bu kişinin adına bir mala zilyet olsalar, bu kişi bilmeyerekte zilyet haline gelir; dolayısıyla (diğer şartlar da gerçekleşmişse) usucapio'dan yararlanmaya hak kazanır. Böyle bir durumda köle ya da aile evladı akıl hastalığına tutulsa da, o mal yollarında bulunduğu sürece, hem zilyetlik o kişide kalmış olur hem de usucapio cereyan etmeye devam eder. Aracılıkları ile zilyet olunan ürün kiracısı veya adi kiracı için de aynı durum söz konusudur(138).

Kaçak köle ve bazı otlak yerleri için de aynı durum söz geçerlidir. Kaçak kölenin (servus fugitivus), hiç ele geçmese bile kölelik durumu devam etmekte dolayısıyla zilyetlik de malikte kalmaktadır. Hatta bu kölenin iktisapları da malike ait olmağa devam etmektedir(139). Bazı otlak yerleri de yılın her mevsiminde

(136) PAULUS, D.41,3,4,7 (Türkçe Metin,UMUR Hüsnüniyet, age., sh. 141).

(137) POMPONIVS, D. 41,3,29 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 148).

(138) PAULUS, D. 41,3,31,3 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 150).

(139) UMUR, Z.: Eşya, sh.139; IDEM:Lügat, age., sh. 198.

kullanılmağa elverişli olmadıkları için zaman zaman geçici olarak terk edilmektedirler. Bu yerlerden maddi bakımdan uzaklaştırıldığı halde, zilyetlik devam etmekteydi. Çünkü corpus olmadığı halde animus varlığını koruyordu(140). Aynı şekilde kendisi gaip iken, diğer bir kişi tarafından işgal edilen taşınmazın zilyedi, ancak bu işgalden haberdar olduktan sonra rıza gösterirse zilyetliğini kaybediyor, rıza göstermezse zilyet olmağa devam ediyordu(141).

Sonuç olarak possessio animo retenta halinde normal olarak mal üzerindeki zilyetlik devam etmekte, dolayısıyla işleme başlamış olan zamanasımı süresi de kesilmemektedir. Bu nedenle, eğer diğer şartları da gerçekleşmişse, bu tür bir zilyetlik usucapio yoluyla iktisaba elverişli bir zilyetliktir.

b) Possessio Bonae Fidei

Zilyedin iyi niyetle zilyet olması halinde possessio bonae fidei söz konusu olur. Possessio bonae fidei, geniş anlamda ve dar anlamda possessio bonae fidei olmak üzere iki çeşittir. Geniş anlamda possessio bonae fidei sadece fiili bir durumdur. Dar anlamda possessio bonae fidei ise usucapio yoluyla iktisaba elverişli olan bir zilyetlik halidir(142).

aa) Geniş Anlamda Possessio Bonae Fidei

Geniş anlamda possessio bonae fidei fiili bir durumdur ve kaybedildiği zaman koruması yoktur(143). Ancak praetor'un saptadığı belli bazı durumlarda , bu durum da interdictum'larla korunmaktaydı. Bu durum, usucapio'nun gerektirdiği diğer şartlar

(140) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 131; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 139.

(141) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 131.

(142) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 161.

(143) UMUR, Z. : Hüsnüniyet, age., sh. 28.

bulunmadığı için kazandırıcı zamanasımı yoluyla iktisaba elverişli değildi(144). Zilyet olanın, kazandırıcı zamanasımı yoluyla, mülkiyeti elde edebilmesi için elinde bulundurduğu malı kazandırıcı zamanasına uygun bir niyetle saklaması gerekiyordu. Sadece başkasına zarar verilmediği kanısı veya iadeyi gerektiren bir sebeple zilyet olunması hallerinde usucapio'dan yararlanılamazdı(145). Örneğin, rehin alan ve yedi-emin gibi elinde bulundurduğu şeyi geri vereceğini bilen bir kimsenin usucapio yoluyla mülkiyeti kazanması mümkün değildi(146).

bb) Dar Anlamda Possessio Bonae Fidei

Dar anlamda possessio bonae fidei, iktisabı haklı gösteren bir hukukî sebeple zilyet olmak demektir. Bu nedenle dar anlamda possessio bonae fidei aynı hakka benzer bir biçimde bir dava ile herkese karşı korunabiliyordu. Nitekim, iyi niyet sahibi olan kimse hukuka uygun sebebe dayanarak zilyetlik elde etmişse, elde ettiği bu zilyetlik actio publiciana in rem ile korunabiliyordu(147). Bu nedenle, dar anlamda possessio bonae fidei, usucapio yoluyla mülkiyetin kazanılabilmesi için gerekli olan bütün şartları üzerinde taşımaktadır(148). Kazandırıcı zamanasımının süresinin tamamlanmasıyla birlikte iyi niyetli zilyet malik haline gelmektedir. Ancak süre tamamlanmadan önce zilyetlik kaybedilecek olursa, aynı bir dava olan actio publiciana in rem ile kaybedilen zilyetliğin geri alınması mümkündür.

Bu davayı açmak hakkı kazandırıcı zamanasımının süresi sona erinceye kadar devam ediyordu. Sürenin sonunda zilyet malik

(144) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 161; IDEM: Eşya, age., sh. 114.

(145) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 29; IDEM: Lügat, age., sh. 161.

(146) ERDOĞMUŞ Belgin: Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana İn Rem, İstanbul 1984, sh. 54; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 29.

(147) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, sh. 29.

(148) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 161.

haline geldiği için istihkak davası (rei vindicatio) açma hakkını elde deiyordu(149). Actio publiciana in rem'in temelinde mülkiyetin zamanaşımı yoluyla elde edilebilmesi için gerekli olan sürenin geçtiği faraziyesi yatıyordu(150). Böylece iyi niyetli zilyedin, gerekli olan süreyi tamamlamasına imkân verilmiş oluyordu.

Görüldüğü gibi dar anlamda possessio bonae fidei, usucapio yoluyla mülkiyetin elde edilmesi için elverişli bir zilyetliktir. Diğer zilyetliklerden farkı, zilyedin zilyetliği iyi niyetle elde etmiş olmasıdır. Geniş anlamda possessio bonae fidei'den farkı ise, zilyedin, usucapio ile malik olabilmek için elinde bulundurduğu malı kazandırıcı zamanaşımına uygun bir hukukî sebeple saklamasıdır(112). En önemli özelliği actio publiciana in rem ile korunmasıdır. Bu bakımdan da diğer zilyetliklerden ayrılır.

3- Zilyetliğin Kaybı

Zilyetliğin kaybı çeşitli şekillerde olabilir. Bunlardan biri, zilyet olunan malın alış-veriş için elverişsiz bir duruma gelmesidir. Örneğin bir kölenin hürriyetine kavuşması halinde, efendinin köle üzerindeki zilyetliği sona erer. Zilyedin hak ehliyetini kaybetmesi halinde de aynı durum söz konusu olur(152).

Zilyedin ölümü ile de zilyetlik sona erer. Çünkü Roma Hukukunda zilyetlik bir hak değil, bir durumdur. Dolayısıyla mirasçılara geçmez(153). Ancak miras yoluyla bir mal üzerinde kazandırıcı zamanaşımından yararlanmaya başlayan bir kimse, mal, miras bırakanın zilyetliğindeyken geçen süreyi kendisinininkine ekleyebilir(154). Hatta ölen kimse iyi niyetle bir mal satın almış olsa ve mirasçı o malın satandan başka birisine ait olduğunu bilse bi-

(149) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 62.

(150) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 88.

(151) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 62.

(152) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 130.

(153) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 131.

(154) IAVOLENUS, D. 41,3,20 (Türkçe Metin, UMUR: Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 146); IUSTINIANUS, Ins. 2,6,12 (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 103); PAULUS, D. 41,3,2,18 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 160); IULIANUS, D. 41,4,7 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 161).

le, usucapio yoluyla iktisap edebilir(155).

Genellikle zilyetlik, zilyetliği meydana getiren unsurlardan bir tanesinin ya da her ikisinin birden ortadan kalkmasıyla kaybedilir. Kural olarak, fiili hakimiyetin (corpus) ya da zilyetlik iradesinin (animus rem sibi habendi) kaybolmasıyla zilyetlik de kaybedilir. Örneğin zilyedin artık zilyet olmamak iradesiyle zilyetliği terketmesi ya da istemediği halde fiili hakimiyeti kesin olarak kaybetmesi halinde zilyetlik sona erer(156). Bu duruma en güzel örnek zilyet olunan şeyin çalınmasıdır. Mal çalındıktan sonra eski zilyedin zilyetliği sona erer, hırsızın zilyetliği başlar.

Fiili hakimiyetin kullanılmasını imkânsız hale getiren geçici engeller zilyetliğin kaybı sayılmaz(157). Bunun gibi, örneğin, zilyedin pazara gitmek için taşınmazdan uzaklaşması ve üçüncü bir kişinin bu durumdan yararlanarak taşınmaza el koyması halinde de zilyetlik kaybolmaz(158). Bu tür hallerde zilyetlik, fiili hakimiyet olmadığı halde niyetle devam eder.

Bazı hallerde de fiili hakimiyet vardır, ancak niyet (animus rem sibi habendi) ortadan kalkmıştır. Ya da niyet daha sonra animus rem alteri habendi'ye dönüşmüştür. Böyle bir durumda zilyetlik ortadan kalkmış demektir. Çünkü tek başına corpus, possessio'nun varlığı için yeterli değildir.

C) Tempus (Süre)

Süre (tempus) usucapio'nun önemli şartlarından biriydi. Kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılabilmesi için gerekli olan sürenin mutlaka geçmiş olması gerekiyordu. Usucapio'nun zaman içerisindeki gelişmesine paralel olarak süreler de devamlı olarak değişmiştir. Eski Hukuk Dönemi'nde ve Klasik Hukuk Dönemi'nin başlarında kısa olan süreler, daha sonra gelişen ve genişleyen bir

(155) PAULUS, D. 41,3,2,19 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnü-niyet, age., sh. 160).

(156) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 131.

(157) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 131.

(158) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 301.

imparatorluğun ihtiyaçlarına uygun düşmediği için  eşitili değişikliklere uğradı. Iustinianus Dönemi'nde ise en son ge kline aldı. Bu bakımdan bu konu, Klasik Hukuk Dönemi ve Iustinianus Dönemi'ne göre ayrı ayrı incelenmiştir.

1- Klasik Hukuk Dönemi'nde Tempus

XII Levha Kanunu'na göre taşınır bir malın usucapio yoluyla kazanılabilmesi için bir yıl, taşınmaz bir malın kazanılabilmesi için ise iki yılın geçmesi gerekiyordu(159). Ancak istisnai olarak, terekeye dahil olan bir taşınmazın mülkiyeti, tıpkı taşınırlarda olduğu gibi bir yılda kazanılabiliyordu. Bunun nedeni, eskiden terekeye dahil olan tüm malların, tıpkı terekenin kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasında olduğu gibi bir yılda kazanılabilmesinin uygun olacağının düşünülmesiydi. Her ne kadar daha sonraları terekenin tüm olarak usucapio yoluyla mülkiyetinin kazanılamıyacağı kabul edilmişse de, terekeye dahil olan her malın bir yılda iktisap edilebileceği kuralı değişmedi(160).

Fiducia akdi dolayısıyla bir malı mancipatio veya in iure cessio yaparak devreden kimse de o malın zilyetliğini eline geçirirse, o malın mülkiyetini, taşınmaz bile olsa, bir yılda iktisap edebiliyordu. Bu tür kazandırıcı zamanaşımına usureceptio deniyordu(161).

Eski Hukuku Dönemi'nde kabul edilmiş olan usucapio, zamanla yetersiz kalmaya başladı.       sadece Roma'lıların yararlanabildiği ve İtalya arazisi  zerende söz konusu olabilen bir mülkiyeti kazanma yoluydu. Bu nedenle de, M.S. II. yüz yılın ikinci yarısında longi temporis praescriptio kurumu yerleşmeye başladı. Bu kurum başlangıçta mülkiyetin kazanılması sonucunu

(159) GAIUS, Ins. 2,42, (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 133).

(160) GAIUS, Ins.,2,52-55 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 135).

(161) GAIUS, Ins. 2,59 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 135).

doğurmuyordu. Sadece tecavüzlerin önlenmesine yönelik bir def'i idi. Bu def'inin süresi de taraflar aynı şehirde iseler on yıl, farklı şehirlerde oturuyorlarsa yirmi yıldır(162).

Daha sonra İmparator Constantinus, bir emirnamesinde, bir taşınmazı kırk yıl zilyetliğinde bulunduran kimse'nin rahatsız edilemeyeceği kuralını koydu. 424 yılında da II. Theodosius, otuz yılın geçmesiyle davaların sukut edeceği yolunda genel bir kural getirdi. Böylece otuz yıl geçtikten sonra malikin malını zilyetten isteyememesi durumu sağlanmış oldu(163).

2- Iustinianus Hukuku Döneminde Tempus

Iustinianus Dönemi'nde usucapio ile longi temporis praescriptio birleştirildi. Bu yapılırken hem praescriptio longi temporis mülkiyetin kazanılma yollarından biri haline getirildi, hem de usucapio'nun süreleri üç, on ve yirmi yıla çıkarıldı. Üç yıllık süre taşınırılar içindi. Taşınmazlarda ise on ve yirmi yıldır. Eğer taraflar aynı eyaletde oturuyorlarsa on yıl, farklı eyaletlerde oturuyorlarsa yirmi yıl sonra taşınmazın mülkiyetini kazanabilirlerdi(164).

Iustinianus Dönemi'nde bir de çok uzun zaman def'i (praescriptio longissimi temporis veya praescriptio quadraginta annorum) vardı. Bu def'inin süresi kırk yıldır. Ancak bunun en önemli özelliği iusta causa'nın aranmamasıydı. Yani zilyet hiç bir hukukî sebebe dayanmadan bir mala iyi niyetle kırk yıl zilyet olmuşsa, kırk yılın sonunda o malın mülkiyetini iktisap edebilirdi. Bu yolla çalınmış malların mülkiyetlerinin de kazanılması mümkündü; ancak gasbedilmiş şeylerin mülkiyeti kazanılamıyordu(165).

(162) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 239.

(163) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 240.

(164) IUSTINIANUS, Ins. 2,6 pr. (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 101).

(165) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 240; UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 167.

3- Başkasının Süresinden Yararlanma Hakkı

Bazı durumlarda hüsnüniyetle zilyet olan bir kimsenin, kendisinden önce aynı şeye zilyet olan kişinin zilyetliği esnasında geçen süreyi kendi süresine ekleme hakkı vardı. Özellikle, kazandırıcı zamanaşımından yararlanan kimse, selefinin geçirmiş olduğu süreyi kendi süresine ekleyebiliyordu. Başkasının süresinden yararlanmaya hakkı olan kimselerin başında miras sebebiyle bir mala zilyet olanlar gelmekteydi. Iustinianus Institutiones'inde ölen kişinin şahsında başlamış olan usucapio süresinin mirasçı veya bonorum possessor'un sürelerine ekleneceğini belirtmektedir(167). Bir kişinin ölmeden önce vasiyetname ile mirasçısı olmayan kişi lehine bir şey vasiyet etmesi halinde, lehine vasiyette bulunulan kişi, tıpkı mirasçı gibi vasiyetçinin zilyetlik süresinden yararlanabiliyordu(168). Gene Digesta'daki bir metinde, vasiyetçinin zilyetlik süresinin, eğer ara yerde başka birisi tarafından bir zilyetlik kazanılmamışsa, mirasçı lehine de işleyeceği belirtilmektedir(169). Paulus'a göre de bir terekenin kabulünden önce veya kabulünden sonra, terekenin hiç kimsenin zilyetliğinde bulunmadığı sırada işleyen süre, mirasçının kazandırıcı zamanaşımı süresine eklenmelidir(170). Neratius ise ölen kişi lehine başlamış olan kazandırıcı zamanaşımı süresinin, mirasın kabulünden önce tamamlanabileceği görüşündedir(171). Digesta'da bulunan bir başka metinde ise, bir kişinin ölümünden sonra terekeye dahil olan bir kölesi, peculium'una gi-

(167) IUSTINIANUS, Ins. 2,6,12, (UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 103).

(168) PAULUS, D. 41,3,14,1 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 145).

(169) IAVOLENUS, D. 41,3,20 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 146).

(170) PAULUS, D. 41,3,31,5 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 150).

(171) NERATIUS, D. 41,3,40 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 154).

recek olan bir şeyin zilyetliğini elde ederse , kazandırıcı zamanasını süresinin ancak mirasın kabulünden sonra başlayabileceği ileri sürülmektedir. Buna neden olarak da, ölen bir kişinin hayatta iken asla zilyedi olmadığı bir şeyin kendi lehine kazandırıcı zamanasını ile iktisap edilemeyeceği gösterilmektedir(172). Böyle bir durumda, mirasçının ölen kişinin zilyetliğinden yararlanması ve onun zilyetlik süresini kendisinininkine eklemesi mümkün değildir. Çünkü ölen kimse mala hiç bir zaman zilyet olmamıştır.

Paulus ve Iulianus'da, mirasçının ölen kişinin zilyetlik süresinden yararlanabileceği görüşündedirler. Paulus'a göre ilk mirasçı zilyetliği elde edememiş olsa bile, sonraki mirasçı ölen kişinin zilyetliğinden yararlanabilir(173). Iulianus ise, bir arazinin pro emptore zilyedi olan bir kimsenin kazandırıcı zamanasını süresinin tamamlanmasından önce ölmesi ve ölen kişinin kölelerinin de zilyetliği terketmek niyetiyle taşınmazdan çıkmaları halinde de mirasçı lehine ölen kişinin zilyetlik süresinin işlenmiş kabul edilmesi gerektiği görüşündedir(174).

İlahi Severus ve Antoninus'un emirnamelerine göre ise, alıcı ile satıcının zilyetlik süreleri de birbirlerine eklenmektedir(175). Bu durumda, tıpkı miras ilişkisinde olduğu gibi, alım-satımda da satılan mal satıcının zilyetliğindeyken geçen süre, alıcının süresine eklenmekte ve alıcı lehine geçtiği kabul edilmektedir. Digesta'daki bir metin de bunu doğrulamaktadır. Metne göre, satıcının, satmadan önce elde ettiği zilyetlik süresinden alıcı faydalanır. Fakat satıcı zilyetliği satımdan sonra elde etmişse bu zilyetlik süresi alıcı lehine işlemez(176).

(172) PAPINIANUS, D. 43,3,45,1 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 156).

(173) PAULUS, D. 41,4,2,18 (Türkçe Metin UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 160).

(174) IULIANUS, D. 41,4,7 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 161).

(175) IUSTINIANUS, Ins. 2,6,13 (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 104).

(176) PAULUS, D. 41,3,14 pr (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 145).

Iavolenus, belirli bir şartın gerçekleşmesiyle alım-satım geçersiz olacak şekilde bir köle satın alınmış ve daha sonra şart gerçekleşmişse, bu durumda da alıcının yanında geçmiş olan sürenin satıcı hesabına işlemiş kabul edilmesi gerektiği görüşündedir(177).

4- Sürenin Hesabı ve Kesilmesi

Sürenin, kural olarak usucapio için gerekli olan şartların biraraya geldiği zaman işlemeye başlaması gerekir. Ancak bazı durumlarda şartlardan biri eksik olduğu halde, sürenin işlemeye başladığı kabul edilir. Örneğin mirasçının miras bırakanın zilyetlik süresinden yararlanması halinde olduğu gibi... Böyle bir durumda mirasçı zilyetliği daha sonra elde ettiği halde, süre, daha önce işlemeye başlamış kabul edilmektedir. Digesta'daki bir metin de bu görüşü doğrulamaktadır. Papinianus, Digesta'daki bu metnin, "Her ne kadar kazandırıcı zamanaşımı konusunda sözleşmenin kuruluş zamanı değil, zilyetliğin başlangıç zamanı dikkate alınır da, bazen, var olan zilyetliğin başlangıcı değil, iyi niyetle elde etmiş olduğumuz daha eski bir zilyetlik sebebinin başlangıcının da dikkate alındığı olur" denmektedir. Buna örnek olarakta, "İyi niyetle zilyet olunmuş köle kadından bir çocuk doğması halinde, zilyedin çocuk doğmadan önce anasının başkasına ait olduğunu bilse de, çocuğu yine kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edebileceğini" göstermektedir(178).

Ulpianus'un belirttiğine göre süre, bir zamandan bir zamana kadar biçiminde değil, son günün bittiği saate kadar hesap edilir(179). Böylece ocak ayının birinci gününün altıncı gündüz saatinde zilyet olmaya başlamış olan kimse, eğer tamamlanması gereken süre bir yılrsa, gelecek senenin ocak ayının birinci gününün geçmesinin altıncı saatinde süreyi tamamlamış olur(180).

(177) IAVOLENUS, D. 41,3,19 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 146).

(178) PAPINIANUS, D. 41,3,44,2 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 155).

(179) ULPIANUS, D. 41,3,6 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 143).

(180) ULPIANUS, D. 41,3,7 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 143).

Usucapio yoluyla mülkiyeti kazanabilmek için, gerekli olan sürenin kesintisiz devam etmesi gerekir. Ancak bazen süre, birtakım engellerle ya kesilir, ya da tatil edilir. Kazandırıcı zamanlaşımının tatili halinde, tatili gerektiren sebep devam ettiği sürece kazandırıcı zamanlaşımı işlemeyebilir. Tatili gerektiren sebep ortadan kalktıktan sonra süre yeniden işlemeye başlar ve tatilden önce geçmiş olan süre buna eklenir. Örneğin, aleyhine kazandırıcı zamanlaşımı işleyen bir kimsenin küçük olması halinde küçüklük süresince kazandırıcı zamanlaşımı tatil edilmiş olur(181).

Kazandırıcı zamanlaşımının kesilmesi halinde ise, engelin ortadan kalkması ile yepyeni bir kazandırıcı zamanlaşımı süresi işlemeye başlar. Bu durumda eskiden işlemiş süre hesaba katılmaz (182).

Sürenin kesilmesine Roma Hukukunda usurpatio deniyordu (183). Usurpatio doğal ya da yasal olabilirdi. Doğal kesilme halinde zilyetlik fiilen kesintiye uğramaktaydı. Örneğin, bir kimse cebir veya hırsızlık sonucu bir malın zilyetliğini kaybederse, zilyetlik doğal olarak kesiliyordu(184). Bir malı rehin olarak veren kişi, o mal alacaklının elinde olduğu halde kazandırıcı zamanlaşımıyla mülkiyeti iktisap edebilirdi. Ancak, eğer alacaklı o malın zilyetliğini başkasına geçirirse zamanlaşımı süresi kesiliyordu(185). Iulianus'a göre bir constitutio Rutiliana(186) mu-

(181) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 157.

(182) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 157; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 63.

(183) PAULUS, D. 41,3,2 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 140).

(184) GAIUS, D. 41,3,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 143).

(185) IULIANUS, D. 41,3,33,4 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 152).

(186) Constitutio Rutiliana, Rutilius'un bir emirname ile koyduğu kural demektir. Bu kural gereğince, bir kadının tarafından, vasisinin auctoritas'ı olmaksızın devredilen malın mülkiyetinin, iyi niyet bulunmaksızın da usucapio ile iktisap edilebileceği kabul edilmekteydi (Bak. UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 47).

cibince, kadına semeni hediye eden kimse müruru zamanla iktisap eder, ancak iktisaptan evvel kadın parayı iade ederse iktisabî müruru zaman inkıtaa uğrar(187)".

İkinci kesilme hali ise yasal kesilmedir. Bu tür kesilme halinde, zilyetlik fiilen devam etmekle birlikte, iktisap için uygun olmaktan çıkardı(188). Klasik hukuk döneminde, malikin zilyede karşı açtığı istihkak davasında (rei vindicatio) litis Contestatio (davanın tesbiti) kazandırıcı zamanaşımı (usucapio'yu) kesintiye uğratmıyordu(189). Fakat bu durum longi temporis praescriptio'nun kesilmesine sebep oluyordu(190). Böyle bir durumda zilyetlik fiilen devam ettiği halde, hukuken geçerliğini kaybediyordu. Iustinianus döneminde ise usucapio ile longi temporis praescriptio birleştirildiği için, taşınır ya da taşınmaz her türlü malın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabı sırasında bir davanın açılmasıyla kazandırıcı zamanaşımının kesildiği kabul ediliyordu(191).

5- Sürenin Geçtiği Varsayımı (Fictio Temporis)

Bir kişinin malı, başka bir kişi tarafından hukuki bir sebeple başka bir kişiye teslim edilmiş olsa ve teslim edilen 3. kişi mülkiyeti kazandırıcı zamanaşımı ile kazanamadan malın zilyetliğini kaybetse, o malı geri isteyebilmek konusunda hiç bir dava hakkına sahip değildi. Çünkü bu tür dava malîke, Ius Civile tarafından mülkiyet hakkını koruyabilmesi için tanınmıştı. Fakat böyle bir durumda dava hakkına sahip olmamak, zilyet açısından haksız bir durumdu. Bu nedenle praetor Publicius tarafından belli

(187) PAULUS, 2,31,Fr. Vat. 1 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 136).

(188) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 63.

(189) PAULUS, D. 41,4,2,21 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 160).

(190) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 243.

(191) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 243; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 64.

koşullara sahip olan ve zilyetliğini kaybeden zilyedin actio publiciana ismi verilen bir davayı açabileceği kabul edilmiştir. Bu dava ile bir malın zilyetliğini kaybeden bir kimse, o malın mülkiyetini kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap ettiğini söyleyerek malik gibi istihkak iddiasında bulunabiliyordu(192). Bu davanın temelinde, malın zamanaşımıyla iktisap edilmiş olduğu varsayımı yatmaktadır(193). Ancak, Gaius'un verdiği formula örneğine göre bu varsayım, malın zamanaşımı ile iktisap edildiği varsayımı değil, malın taşınır ya da taşınmaz oluşuna göre bir ya da iki yıllık sürenin geçmiş olduğu varsayımdır(194).

Actio Publiciana in rem, actiones ficticiae türü davalardandı. 'Actiones ficticiae' ismi verilen praetor'un herhangi bir durumu koruyan bir ius civile davasının formula'sının içine, ius civile'ce korunması için var olması gereken fakat olayda varolmayan bir unsur, var sayarak (fictio) dahil etmek suretiyle ihdas ettiği davalardır. Bu suretle praetor, ius civile davaları, bir unsur eksik olduğu için korunamayan yeni durumlara uygulayarak, bu durumdaki kişileri koruyabilmekte idi(195).

Actiones ficticiae'nin bu özelliğine uygun olarak, actio publiciana'nın formula'sında yargıca, zamanaşımı süresi işlemiş sayıldığı takdirde, davacı litis contestatio (davanın tesbiti) anında malik olabiliyorsa, davalıyı mahkum etmesi yolunda yetki veriliyordu. Ancak zamanaşımı süresi geçmiş sayılsa bile, davacı başka ögelerin eksikliğinden (örneğin, bona fides'in olmamasından ya da malın alış-verişe elverişli sayılmamasından) dolayı ius ci-

(192) IUSTINIANUS, Ins. 4,6,4 (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 317).

(193) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 87.

(194) GAIUS, 4,3; ERDOĞMUŞ B.: Actio Publiciana, age., sh. 88'den naklen.

(195) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 14.

vile'ye göre malik olamıyorsa davalı beraat eder(196).

Sürenin tamamlandığı varsayımının kabul edilebilmesi için, davacının mala bir an için zilyet olmuş, fakat sonradan zilyetliği kaybetmiş olması gerekir(197). Zilyetlik süresinin uzun ya da kısa olması önemli değildir. Davanın açılabilmesi için gerekli olan şartlar, kazandırıcı zamanaşımı şartlarının aynasıdır. Sadece kazandırıcı zamanaşımının şartlarından olan tempus (süre), burada işlemiş farzedilmektedir(198). Eğer davacı elde ettiği zilyetliği kaybetmiş ve bu arada geçen süre içerisinde başka bir kişi malın mülkiyetini zamanaşımı ile iktisap etmişse, artık actio publiciana açılamaz. Çünkü actio publiciana bir varsayımdır. Oysa malın zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanıldığı ise bir gerçektir. Bu durumda gerçeğin varsayıma tercih edilmesi gerekir(199).

Actio Publiciana in rem, zamanaşımı yoluyla kazanabileceği bir malın zilyetliğini kaybetmiş olan ve bu malın zilyetliğini tekrar ele geçirmek isteyen eski zilyet tarafından açılan bir davadır. Kural olarak, zamanaşımıyla iktisabın, süre dışındaki şartlarını kendisinde toplamış olan ve malın zilyetliğini kaybeden kimse bu davayı açacaktır(200).

D) Titulus (Iusta Causa)

Bir malı devredenle devralan arasında, mülkiyetin nakli için yapılan teslim işleminin dayandığı hukuka uygun sebebe(201) Klasik hukuk döneminde "Iusta causa" (hukuki sebep), Iustinianus döneminde ise "Iustus titulus" (iktisap sıfatı) veya kısaca "ti-

(196) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 38; T/ - HİROĞLU Bülent-ERDOĞMUŞ Belgin; Roma Hukuku Mes- leleri, İstanbul 1982, sh. 61, Not: 14.

(197) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 38.

(198) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 39.

(199) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 38.

(200) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 39.

tulus" deniyordu(202). XII Levha Kanunu'nda bilinmeyen iusta causa(203), kural olarak önceki zilyetle, zilyetliği yeni kazanan kişi arasında yapılan hukuki işleme dayanan objektif bir unsurdur(204).

Hukuki sebep (iusta causa), zilyetliğin hukuka uygun olarak elde edildiğini gösterir. Bu, önceki zilyetle kurulan böyle bir ilişkidir ki, bununla söz konusu zilyetliğin elde edilmesiyle başkasına zarar verilmediği olumlu olarak gösterilmiş olur. Bu ilişki, aslında mülkiyeti karşı tarafa hemen nakletmeye yeterli olduğu halde, herhangi bir fesadın bulunması nedeniyle mülkiyetin nakli hemen mümkün olamamaktadır. Bu nedenle, zilyetliği elde eden kimsenin malik olabilmesi için kazandırıcı zamanaşımı süresinin geçmesi gerekir(205).

Roma Hukukunda, kazandırıcı zamanaşımına götürecekt olan hukuki sebepler, başlarına bir "pro" edatı getirilmek suretiyle ifade edilirlerdi(206).

1- Pro Derelictio (Terk Sebebi)

Malik tarafından terkedilen mallar sahihsiz mal (res nullius) haline gelir. Bu durumda onu eline geçiren kimse ihraz(occupatio) yoluyla derhal malik olurdu(207). Ulpianus'a göre, "bir malı terk sebebiyle bırakır bırakmaz bizim olmaktan çıkar, derhal onu ilk ihraz edenin olur; çünkü mülkiyeti kaybetmeye yarayan yol-

(201) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 106.

(202) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 64; IDEM: Hüsnüniyet, age., sh. 32.

(203) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 155; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 241.

(204) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, sh. 39; KOSCHAKER, P.: Roma Hukuku, age., sh. 155.

(205) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 64; IDEM: Hüsnüniyet, age., sh. 32.

(206) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 241; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 64; IDEM: Hüsnüniyet, age., sh. 32.

(207) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 42; IDEM: Hüsnüniyet, age., sh. 32.

lar, kazanmaya yarayan yolların aynıdır(208)".

Paulus'da bu konuda Ulpianus'u desteklemektedir. O'na göre de "malik tarafından terk sebebiyle atıldığı bilinen bir şey iktisap edilebilir. Fakat Proculus'a göre, ancak başka birisi bu malın zilyetliğini elde ettiği zaman malik malik olmaktan çıkar. Iulianus'a göre ise malik terkeder etmez malik olmaktan çıkar, fakat başka birisi o mala zilyet olduktan sonra ona ait olmaya başlar." Paulus, bu bilgileri verdikten sonra Iulianus'un fikrini desteklemektedir(209). Hukuk mantığı açısından da bu ikinci fikir daha doğru görünmektedir.

Kazandırıcı zamanasımı kurumu açısından önemli olan, malik tarafından terkedilen mal değil, malik olmayan kimse tarafından terkedilen maldır. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi malik tarafından terkedilen mallar bir başkası tarafından ele geçirildikleri takdirde ihraz yoluyla derhal o kişinin mülkiyetine girerler. Bu durumda da kazandırıcı zamanasımı kurumuna hiç gerek kalmaz.

Malik olmayan bir kimse tarafından terkedilmiş olan bir malı eline geçiren kimse, onu kazandırıcı zamanasımı yoluyla iktisap eder(210).

Digesta'daki bir metin, pro derelicto'nun usucapio için elverişli bir hukuki sebep olabileceğini göstermektedir. Metne göre, terkedilmiş bir mal ya da terkedilmiş olduğu zannedilen bir mal, kim tarafından terkedildiği bilinmese bile, kazandırıcı zamanasımı yoluyla iktisap edilebilir(211). Bir başka metinde ise,

(208) ULPIANUS, D. 41,7,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 166).

(209) PAULUS, D. 41,7,2 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 166).

(210) UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 32.

(211) PAULUS, D. 41,7,4 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 167).

terkedilmiş bir kölenin zilyedindin terk edildiğini bilerek bu köleyi satın alan kimsenin kazandırıcı zamanasını yoluyla mülkiyeti kazanabileceği vurgulanmaktadır(212). Ancak yine Digesta'da bir gemiden atılmış malları bulan bir kimsenin, bu malları kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisap edemeyeceği belirtilmektedir(213). Bu metin diğerleriyle çelişir gibi görünmekteyse de, aslında burada, gemiden denize atılan şeylerin gerçekte mülkiyeti terketmek niyetiyle değil, sadece yükü hafifletip gemiyi kurtarmak niyetiyle atıldığı fikrinin yatmakta olduğu kuvvetle muhtemeldir. Bir malın terkedilmiş sayılması için, terketmek niyetiyle atılmış olması gerekir. Oysa gemiden atılan mallar gerçekte terketmek niyetiyle değil, bir zorunluluktan dolayı atılırlar. Bu nedenle söz konusu metnin diğerleriyle çelişmediğini söylemek mümkündür.

2-Pro Solutio (İfa Sebebi)

Bir borcun ifası için bir mal devredildiği zaman, eğer devir işlemi herhangi bir nedenle geçerli değilse, malı alan hemen malik olamıyordu. Fakat pro Solutio'ya dayanarak usucapio ile iktisap edebilirdi(214).

Borcunu yerine getirmek için bir mal veren kimse eğer verdiği malın maliki değilse, devralan kişi, malın mülkiyetini ancak kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisap edebilirdi(215).

Eğer bir borcun ifası için bir şey verilmişse, bu şey pro Solutio (ifa sebebiyle) iktisap edilebilirdi. Ancak, ifa sebebi ile yalnız borçlu olunan mal değil, borcun ifası için verilen her-

(212) POMPONIUS, D. 41,7,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 167).

(213) IULIANUS, D. 41,7,7 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 167).

(214) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 173; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 53.

(215) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 33.

hangi bir mal kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilebilirdi (216).

Pro Solutio'ya dayanarak, usucapio yoluyla bir malın mülkiyetini kazanabilmek için, ifanın bağlı bulunduğu borç ilişkisinin var olup olmamasının önemi yoktur. Çünkü ifa başlı başına mülkiyetin kazanılması için bir sebep oluşturur(causa solvendi). Ancak, borç ilişkisinin hukuka aykırı olmaması gerekir. Çünkü bu takdirde solutio'da batıl olur ve borçlu kendi malını da verse zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılması mümkün olmaz(217).

3- Pro Donato (Bağışlama Sebebi)

Bağışlama ile bir kimse, kendine ait olan bir malı belli bir kimse lehine karşılıksız olarak terkeder. Roma Hukuku'unda bağışlama teslimle olabileceği gibi taahhüt yoluyla da olabiliyordu. Ancak, taahhüt şeklinde yapılan bağışlama ifa edildiği takdirde söz konusu olan hukuki sebep pro donato değil, pro solutio'dur. Pro donato'dan söz edebilmek için bağışlamanın elden yapılması gerekir(218).

Res mancipi olan bir malın mülkiyeti bağışlama sebebiyle fakat mancipatio ya da in iure cessio yapılmadan traditio (teslim) ile devredilmişse(219), ya da bir kimse kendine ait olmayan bir malı elden bağışlasa, kendisine mal bağışlanan kişi, bağışlanan malı ancak kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edebilir (220).

Paulus'a göre, kendisine bağışlama sebebiyle bir mal tes-

(216) HERMOGENIANUS, D. 41,3,46 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 156).

(217) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 33; IDEM: Eşya, age., sh. 65.

(218) SUBAŞI Pertev: Roma Hukukunda Usucapio Pro Donato ve Pro Dote, AÜHFD. C.I, S.3, 1944, sh. 435; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 33, Not: 76; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 42.

(219) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 171.

(220) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 33; IDEM: Lügat, age., sh. 171.

lim edilen kimse, teslim edilen malı pro donato'ya dayanarak usucapio yoluyla iktisap eder. Ancak bağış akdi konusunda yapılan hata usucapio yoluyla iktisaba engeldir. Yani malın bağışlanmış olduğunu zannetmek yeterli değildir. Malın gerçekten bağışlanmış olması gerekir(221).

Yine Paulus'a göre, eğer baba, hakimiyeti altında bulunan evladına bir şey bağışlar ve sonra ölürse, evlat, bağışlanana bağışlamaya dayanan bir usucapio ile iktisap edemez. Çünkü böyle bir bağışlama batıldır(222). Bunun sebebi, Roma Hukukunda baba egemenliği altında bulunan evlatların kural olarak kendi hesaplarına değil, ancak aile babası(Pater familias)'nın hesabına mal iktisap edebilmeleridir(223). Bu durumda, egemenliği altında bulunan evladına bağışlama yapan baba, kendi kendine bağışlama yapmış sayılır ki, böyle bir hukuki işlem mümkün değildir. Metinden anlaşıldığına göre, hukuki işlemin geçerli olup olmadığı belirleyebilmek bakımından onun yapıldığı an önemlidir. Çünkü baba öldükten sonra yapılacak bağışlamanın geçerli olması ve oğlunun da bu bağışlamaya dayanarak bağışlanana usucapio yoluyla iktisap edebilmesi gerekirdi. Fakat Paulus bunun mümkün olamayacağını belirtmektedir(224).

Bir başka metinde ise, bir baba, egemenliği altındaki kızına bağışlamada bulunur ve daha sonra bu mirastan mahrum ederse, mirasçı bu bağışlamayı onayladığı takdirde onayladığı günden itibaren kızın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisaba başlayacağı belirtilmektedir(225).

(221) PAULUS, D. 41,6,1 pr. (Türkçe Metin UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 165).

(222) PAULUS, D. 41,6,1,1 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 165).

(223) KARADENİZ-ÇELEBİ CAN, Ö.: Roma Hukuku, age., sh.170.

(224) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 436.

(225) POMPONIVS, D. 41,6,4 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 166).

Bu metin ilk bakışta yukarıda açıklanan Paulus'un metnine zıt gibi görünmektedir. Ancak metne göre pater familias'ın mirasçısı bağışlanan malı geri istemezse, o zaman kız bağışlamaya dayanarak usucapio yoluyla malı iktisap edebilecektir. Fakat usucapio'ya dayanak olan bağışlama pater familias'ın kızına yaptığı bağışlama değildir. Çünkü yukarıda açıklanan nedenlerle bu bağışlama geçerli değildir. Burada usucapio'ya dayanak olan bağışlama mirasçının bağışlamasıdır. Çünkü mirasçı, pater familias'ın yaptığı bağışlamayı onaylamakla aslında kendisi yeni bir bağışlama da bulunmaktadır. Metne göre de kazandırıcı zamanaşımı mirasçının bağışlamayı onayladığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Bu durumda, bu metinle Paulus'un metni arasında her hangi bir tezat olmadığı kanısındayız(226).

Pro donato'ya dayanarak usucapio yoluyla mülkiyetin kazanılabilmesi için, bağışlamanın, aralarında bağışlama yasak edilmiş olan kimseler arasında yapılması gerekir. Çünkü, bu kimseler arasında causa donandi geçerli olamayacağı için, kazandırıcı zamanaşımı cemeyan etmez(227).

Yukarıda sözü edilen Paulus'a ait metinde bu durum açıkça ifade edilmiştir. Metinde aynen şöyle denilmektedir:

"Karı ile koca arasında bağışlama yapılırsa, kazandırıcı zamanaşımı işlemez, gene eğer koca, kariya bağışlamada bulunursa ve sonra boşanma gerçekleşirse, Cassius'un cevabına göre kazandırıcı zamanaşımı işlemez: Çünkü karı kendi kendine zilyetlik sebebini değiştiremez. Cassius ayrıca, boşanmadan sonra koca bağışlamayı onaylarsa, sanki o anda bağışlamada bulunmuş gibi, kazandırıcı zamanaşımı işler. Iulianus'a göre koca tarafından verilen şeye karı zilyet olur(228)".

(226) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 437.

(227) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 33

(228) PAULUS, D. 41,6,1,2 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 165.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, karı ile koca arasında bağışlama yapılması yasak edilmişti(229). Bu nedenle Paulus, karı ile koca arasında bağışlama yapıldığı takdirde kazandırıcı zama-naşımının işlemeyeceğini bildirmektedir.

Acaba bağışlamadan sonra karı ve koca boşanırlarsa usucapio mümkün olacak mıdır? Paulus, bu soruya, Cassius'un olumsuz cevap verdiğini söylemektedir. Çünkü boşanmakla zilyetlik sebebi değişmez. Karının da kendi kendine zilyetlik sebebini değiştirmesi mümkün değildir(230). Dolayısıyla usucapio gene meşru olmayan bir sebebe dayanmış olur. Fakat boşanmadan sonra koca, karısının o malı yanında bulundurmasına izin verirse oandan itibaren usucapio mümkün olacaktır. Çünkü kocanın bir bağışlama yaptığı var sayılmaktadır(231).

Roma hukukuçuları karı-koca arasındaki bu yasağın sebebini araştırmışlar ve hakkaniyet gereği yasağın kapsamını daraltmaya çalışmışlardır(232). Ulpianus'a göre bu yasağın sebebi, karı-koca arasındaki karşılıklı sevginin bozulması kaygısıdır(233). İmparator Caracalla ise, karı-koca dan iyi kalplisinin fakirleşmesine, açık gözlüsünün zenginleşmesine engel olmak için böyle bir yasağın konulduğu görüşündedir(234). Pomponius da bu görüşden hareketle, bağışlamanın, bağışlayan karı ya da kocayı fakirleştirmemesi halinde geçerli olacağını ve bu hibeye dayanılarak usucapio yoluyla iktisapta bulunulabileceğini söylemektedir(235).

(229) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 437.

(230) IULIANUS, D. 41,3,33,1 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 151).

(231) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 437.

(232) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 437.

(233) D. 24,1,1; SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 437'den naklen.

(234) D. 24,1,3 pr. ; SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 438'den naklen.

(235) POMPONIUS, D. 41,6,3 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 165).

Neratius ise, bazı hallerde, koca fakirleşse bile usucapio'nun geçerli olabileceğini savunmaktadır. Neratius'a göre bir üçüncü kişi, kocaya ait malı, bu durumdan haberdar olmayarak karıya bağışlarsa ve ne koca ne de karı, bağışlanan malın kocanın malı olduğunu bilmezlerse, karı tarafından o malın mülkiyeti usucapio yoluyla kazanılabilir(236). Neratius'un bu hükmü, yukarıda açıklanan diğer metinlere zıt değildir(237). Ancak Neratius aynı metinde, "kadını kocasının egemenliği altında bulunduğu halde, onu aile babası zanneden kim-
senin yaptığı bağışlama halinde de" usucapio ile iktisabın mümkün olacağını söylemektedir. Bu görüş, Subaşı tarafından, vesa yet altında bulunanların bağışlama ehliyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle tenkit edilmiştir(238).

Eğer koca, malın kendi mülkü olduğunu bilir, karı da bu durumu usucapio tamamlanmadan önce öğrenirse durum ne olacaktır? Neratius'a göre eğer koca durumu öğrendikten sonra istihkak davası açabilecekken bundan iradi olarak vazgeçerse usucapio mümkün olacaktır. Çünkü, yalnız kocanın ya da karının daha sonra durumu öğrenmeleri halinde usucapio kesilmez. Çünkü kocanın malik olduğunu öğrenmesi, ne bağışlamayı yapanın ne de karının iyi niyetini ortadan kaldırmaz ve karının zilyetlik sebebini değiştirmez. Karının durumu öğrenmesi ise ancak onun iyi niyetini ortadan kaldırır. Oysa bağışlamayı yapan 3. kişidir ve onun yaptığı bağışlama geçerliğini sürdürür. Çünkü yasak olan, karının kocaya ait herhangi bir malı iktisap etmesi değil, karı koca arasında yapılacak bağışlamalardır(239).

(236) NERATIUS, D. 24,1, 44 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 176).

(237) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 438.

(238) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 438.

(239) NERATIUS, D. 24,1,44 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 176); SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 439.

Bu örnekten de anlaşıldığı gibi, Roma hukukçuları, bazı düşüncelerle pro donato'nun uygulama alanını mümkün olduğu kadar genişletmeye çalışmışlardır(240).

4- Pro Dote (Cihaz Sebebi)

Roma Hukukunda dös, (ya da cihaz) kocanın evlilik dolayısıyla arkan ev giderlerini karşılaması için kadın tarafının verdiği ve kocanın mal varlığını artıran şeylerdir. Bu, kadının babası, kadın ya da 3. kişi tarafından kocaya yapılan bir bağışlamadır(241).

Bağışlama gibi cihaz da ya taahhülle, ya da doğrudan doğruya teslim ile tesis edilir. Eğer cihaz taahhülle yapılmışsa Klasik Hukuk Dönemi'nde bir promissio veya dictio dotis söz konusu oluyordu. Iustinianus Dönemi'nde ise bu, pactum dotale niteliği kazandı(242). Bu durumda usucapio'nun sebebi, tapkı bağışlamada olduğu gibi, pro dote değil, pro solutio oluyordu. Ancak, cihaz tesisi teslim suretiyle yapılmışsa bu durumda usucapio'nun dayandığı sebep pro dote idi(243).

Cihaz ile bağışlama arasındaki en belirgin fark, cihazın ivazlı olarak kabul edilebilmesidir. Çünkü cihaz, karı tarafından aile giderlerine karşılık olması için kocaya verildiğine göre, buradaki ivaz, kocanın aile masraflarını kendi üzerine almasıdır(244).

Cihazın tesisi çeşitli şekillerde olurdu(245). Eğer cihaz olarak bir res mancipi verilmişse ya mancipatio ya da in iure cessio'nun yapılması gerekiyordu. Bu iki işlemten hiç biri yapılmamışsa, bu durumda usucapio süresinin geçmesi gere-

(240) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 439.

(241) AYİTER Kudret: Klasik Roma Hukukunda "Dos"un Tesisi, Ankara 1958, sh. 6; GAUDEMET Jean: Roma İmparatorluğunda Kadının Hukukî Durumu (Çev. Bülent Tahiroğlu), MHAD. S.9, 1972, sh. 227.

(242) AYİTER K.: Dos, age., sh. 150 vd.; 185 vd.

(243) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 439.

(244) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 439.

(245) Geniş bilgi için bak. AYİTER, K.: Dos, age.

kiyordu. Aynı şekilde, cihaz tesis eden kişi, verdiği malın maliki değilse, kocanın hiç olmazsa usucapio zilyetliğini elde etmesi gerekiyordu. Bu şekilde işleyen usucapio pro dote olduğu için, koca o andan itibaren cihazı almış sayalırdı(246).

Roma Hukukunda evlilik ilişkisi pro dote usucapio açısından son derece önemliydi. Çünkü pro dote usucapio ancak evliler arasında mümkündü. Eğer evlenme bozulursa cihaz sebebine dayanarak usucapio yoluyla iktisap mümkün değildir. Zira, bu durumda cihaz söz konusu edilemez. Şu halde, eğer bir kimse kendisinin evli olduğunu zanneder fakat, gerçekte ortada bir evlenme bulunmazsa, pro dote bir usucapio yoluyla mülkiyet kazanılması söz konusu edilemeyecekti(247).

Digesta'daki bir metinde, Ulpianus, Iulianus'dan naklen, usucapio'nun bazı hallerde evlenmeden önce de mümkün olabileceğini belirtmektedir(248). Ulpianus'un naklettiğine göre Iulianus, "acaba bir nişanlı, pro dote usucapio ile bir malı iktisap edebilir mi?" sorusuna, "şayet nişanlı kız nişanlısına evlenmeden önce değil, fakat, evlenme gerçekleştikten sonra ona ait olması niyetiyle bir mal vermişse, nişanlı erkek bunu usucapio yoluyla iktisap edemez. Bunun için niyetin açık olması gerekir, yoksa malların derhal nişanlıya ait olmasının istendiği zannedilebilir; bu takdirde de eğer başkalarına ait işeler, usucapio yoluyla iktisap edilirler" şeklinde cevap vermektedir. Ulpianus da bu görüşü ve evlenme yapılmadan önce kazandırıcı zaman aşımının pro dote değil, pro suo (malik olma sebebi) ile işleyebileceğini ifade etmektedir. Şu halde, bu

(246) AYİTER Kudret: Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1963, sh. 27; IDEM: Dos, age., sh. 95; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 33; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 42.

(247) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 440.

(248) ULPIANUS, D. 41,9,1,2 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 169).

metne göre, evlenmeden önce derhal iktisap edilmesi iradesiyle nişanlıya bir mal teslim edilmişse, bir cihaz tesis edilmiş olduğu kabul edilemez. Gelecekteki bir olayın gerçekleşeceği ümidiyle alelade bir bağışlama (sıradan bir devir işlemi) yapılmış demektir. Bunun için Ulpianus, böyle bir işleme dayanan usucapio'-yu pro suo (malik olma sebebi) terimiyle isimlendirmektedir(249).

Gene, Ulpianus'a göre evlilik devam ettiği sırada pro dote'ye dayanarak, usucapio yoluyla iktisap, eşler arasında cereyan eder; evlilik sona ererse, Cassius'un dediğine göre, usucapio ile iktisap kesilir, çünkü cihaz geçerliğini yitirir(250).

Paulus'a ait bir metinde ise, bir mal, aestimatio'su yapılarak evlenmeden önce teslim edilmişse, bunun, evlenmeden önce ne pro emptore (alım-satım sebebi), ne de pro suo'ya dayanarak usucapio yoluyla iktisap edilemeyeceği belirtilmektedir(251).

Roma Hukukunda, kocaya verilen cihaz mallarının alım-satımına esas olacak fiyatını belirlemeye aestimatio dotis venditionis causa deniyordu(252). Bu şekilde malların değerini tesbit ettirmek, alım-satımına eş değerde görülüyordu. Bu nedenle cihazın değeri belirlenir ve koca, cihazı meydana getiren mallardan değil, onların değerinden sorumlu tutulursa, mallar satılmış ve değeri cihaz olarak verilmiş olarak kabul edilir. Fakat bu durum, ancak evlenmeden sonra gerçekleşeceğinden, o zamana kadar satış geciktirici şarta bağlı sayılacaktır. Dolayısıyla şart gerçekleşinceye kadar usucapio başlayamayacaktır(253). Paulus'a ait metinde anlatılmak istenilen budur.

(249) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 440.

(250) ULPIANUS, D. 41,9,1,3 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 170).

(251) PAULUS, D. 41,9,2 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 170).

(252) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 21.

(253) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 440; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh.47.

5- Pro Emptore (Alım-Satım Sebebi)

Hukukî sebepler arasında belki de en önemli olanı budur(254). Öyle ki, bazı yazarlara göre, iusta causa ilk önce alım-satım dolayısıyla ortaya çıkmıştı(255). Ancak, Umur'a göre burada bir "gayri tabilik" vardır. Bu yazara göre, Roma Hukukunda alım-satım borç yükleyen bir sözleşme olduğundan burada hukukî sebebin solutio'ya dayanması gerekirken, Roma'lılar, alım-satımda pro solutio bir hukukî sebep tanımayıp, pro emptore isimli ayrı bir hukukî sebep ihdas etmeyi tercih etmişlerdir. Umur, bunun nedenini, Roma'lıların usucapio'nun ifa üzerinde değil, bizzat alım-satım üzerinde etkili olmasını ve cereyanı için de daima geçerli bir alım-satımın gerekmesini istemiş olmalarında aramaktadır(256).

Pro emptore iusta causa, res Mancipi olan bir malın, Mancipatio ya da in iure cessio yapılmadan traditio ile devredilmesi halinde, usucapio yoluyla mülkiyetin kazanılmasını sağlıyordu. Bunun gibi, başkasına ait bir mal devredilecek olursa, devralan kişi malik olmaz, ama eğer iyi niyetli ise, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla malın mülkiyetini iktisap ederdi. İşte böyle bir durumda da pro emptore denilen iusta causa usucapionis söz konusu oluyordu(257).

Alım-satımın mutlaka usucapio'dan yararlanacak olan kimse tarafından yapılmış olması şart değildi. O'nun egemenliğindeki köle ya da aile evladı malı satın almış olabilirdi. Hatta vasi, kayyım veya vekilin hukukî sebebi meydana getiren işlemde

(254) ERDOĞMUŞ B.: *Actio Publiciana*, age., sh. 40; UMUR, Z.: *Hüsnüniyet*, age., sh. 32; IDEM: *Eşya*, age., sh. 65.

(255) UMUR, Z.: *Hüsnüniyet*, age., sh. 32, Not: 74.

(256) UMUR, Z.: *Hüsnüniyet*, age., sh. 33; IDEM: *Eşya*, age., sh. 65; Aynı görüşte, ERDOĞMUŞ, B.: *Actio Publiciana*, age., sh. 40, Not: 178.

(257) UMUR, Z.: *Lügat*, age., sh. 172.

alıcı olarak yer alması yeterli görülmüştür(258).

Paulus'a göre, bir mal gerçekten satın alındığı zaman pro emptore zilyet olunur. Yani bir kimse kendisini pro emptore zilyet zannederse, onun bu inancı usucapio'dan yararlanabilmesi için yeterli değildir. Bunun nedeni, diğer sözleşmelerde teslim anı önemli olduğu halde, alım-satım sözleşmesinde teslim anı kadar sözleşmenin kuruluşunun da önemli olmasıdır. Bu nedenle, hem iyi niyetle satın almak, hem de zilyetliği iyi niyetle elde etmek gerekir(259).

Africanus'a göre de, satın almadığı halde satın aldığı-
nı zanneden kimse de pro emptore sebebiyle, usucapio'ya dayana-
rak iktisapta bulunamaz. Ancak bu, alıcının hataya düşmesinde
hiç bir haklı sebep yoksa böyledir. Fakat, eğer bir kimsenin
kölesi yada o malı satın almakla görevlendirdiği vekili bu kim-
seyi malı satın aldığına inandırmışsa, kazandırıcı zamanaşımı-
nın cereyan etmesi gerekir(260). Koschaker de bu konuda Africa-
nus gibi düşünmektedir. Bu yazara göre, bir kimse, aklen normal
zannettiği, fakat akıl hastası olan ve malik olmayan birinden
bir şey satın alsa, akıl hastalığı nedeniyle objektif olarak or-
tada geçerli bir satış yoktur. Ancak iktisap eden satışın bu-
lunduğunu zannediyorsa hatanın mazur görülebilmesi gerekir(261).
Ulpianus'a ait bir metinde de aynı görüş savunulmaktadır(262).

Iulianus'a göre, satılan şeyin teslimi iyi niyetle ya-
pılmalıdır. Böylece zilyetliğin başkasına ait olduğunu bilen

(258) D. 6,2,7,10; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age.,
sh. 41'den naklen.

(259) PAULUS, D. 41,4,2 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüs-
nüniyet, age., sh. 157).

(260) AFRICANUS, D. 41,4,11 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.:
Hüsnüniyet, age., sh. 163).

(261) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 155.

(262) ULPIANUS, D. 6,2,7,2 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüs-
nüniyet, age., sh. 173).

bir kimse actio publiciana'yı açamaz, çünkü lehine zamanaşımı işlemez. Iulianus'un bu görüşünü aktaran Ulpianus, actio publiciana'ya sahip olabilmek için zilyedin malın başkasına ait olduğunu bilmemesinin yeterli olmadığını, alım-satım sırasında da iyi niyet sahibi olması gerektiğini ileri sürmektedir(263). Ulpianus'un bu metni Paulus'un yukarıda açıklanan metninde savunulan görüşleri destekler niteliktedir.

Şarta bağlı bir alım satım akdinde, şart gerçekleşmeden alıcı, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyeti iktisap edemez. Şart gerçekleşmediği halde gerçekleştiği zannedilmişse yine aynı durum söz konusu olur. Paulus'a göre burada da tıpkı, alıcının satın almadığı halde kendisini satın almış zannetmesi gibi bir durum söz konusudur. Ancak, şart gerçekleşmiş, fakat alıcı bunu bilmiyorsa, gerçek zanna tercih edileceğinden, satılan mal usucapio yoluyla iktisap edilebilir(264).

Alicının hata yapması halinde, bu hatasının mazur görülebileceği durumlarda, bu hataya rağmen alıcının pro emptore zilyet sayılıp, usucapio yoluyla mülkiyeti kazanabileceğini gösteren bir metnin de gene Ulpianus'a aittir. Bu metne göre, küçük olduğunu bilmeden, küçük bir kişiden bir mal satın alarak kimse- nin actio publiciana hakkı vardır(265). Bundan alıcının actio publiciana'sı olduğuna göre, satın aldığı şeyi, hatası olduğu halde usucapio yoluyla iktisap edebilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılabilir.

Iulianus'a göre, bir kimse, parayı telef edeceğini bildiği bir kimseden köleler satın alsa, alıcı gene de iyi niyetlidir ve aldığı şeyin mülkiyetini zamanaşımı yoluyla kazanabilir(266).

(263) ULPIANUS, D. 6,2,7,16;7,17 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 173-174).

(264) PAULUS, D. 41,4,2 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 158).

(266) IULIANUS, D. 41,4,8 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 162).

(265) ULPIANUS, D. 6,2,7,4 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 173).

Metin, buraya kadar doğru ve mantıklı görünmektedir. Çünkü gene Iulianus'un da dediği gibi, malikten satın alan kimsenin hiç kimse kötü niyetli olduğunu söyleyemez. Ancak metin burada bitmiyor. Iulianus, devamla, sefahata düşkün ve aldığı parayı bir fahişeye verecek olan birisinden satın alınmışsa, bu durumda, satın alınan şeylerin kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisap edilemeyeceğini söylüyor. Bu ikinci cümle, birinci cümle ile çelişkili görünmektedir; ayrıca, hukuk mantığına da ters düşmektedir. Çünkü, satıcının aldığı parayı nereye harcadığı alıcıyı ilgilendirmedeği gibi, böyle bir durum, alıcının iyi niyetine de zarar vermez. Aksi kabul edilecek olursa, o zaman, aldığı parayı kötü yerlere harcayacak olan kimselerle yapılan alım-satım sözleşmelerinin hepsinin geçersiz olması gerekirdi.

Pro emptore zilyet olabilmek için, mutlaka alıcı ile satıcı arasında bir alım-satım sözleşmesinin yapılmış olmasına gerek yoktur. Mahkemenin takdir ettiği değerın ödenmesi de satın almak gibi kabul edilebilir(267).

Bir köle, hürriyetini elde etmek için, çaldığı bir köle kadını malikine verse, bu malik, köleden doğan çocuğu alıcı gibi usucapio yoluyla iktisap edebilirdi. Çünkü malik, kadını için bir karşılık vermiştir ve burada da genel olarak köle ile malik arasında bir çeşit alım-satım sözleşmesinin yapıldığı kabul edilebilir(268). Digesta'daki bir başka metinde de, hürriyetinin karşılığı olarak bir köleden, çalınmış bir köle kadın alan kimsenin, bu kadının doğurduğu çocuğu alıcı gibi usucapio ile iktisap edebileceği bildirilmek suretiyle yukarıdaki yargı doğrulanmaktadır(269).

(267) ULPIANUS, D. 41,4,3 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 160).

(268) IULIANUS, D. 41,4,10 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 163).

(269) IULIANUS, D. 41,4,9 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 163).

6- Pro Legato (Muayyen Mal Vasiyeti Sebebi)

Klasik Hukuk Dönemi'nde muayyen mal vasiyetinin en önemli iki çeşidi vardı. Bunlar, legatum per damnationem ve legatum per vindicationem'di(270).

Legatum per damnationem ile vasiyetçi mirasçıya bir borç yükler ve bu borç aracılığı ile kendisine bir mal vasiyet edilmiş olan kimsenin tatmin edilmesini isterdi(271). Lehine mal vasiyet edilen kimseye, mirasçıya karıştı bir alacak hakkı sağlayan ve akit benzerleri arasında sayılan bu muayyen mal vasiyeti ile, gerek vasiyetçiye, gerek mirasçıya, gerekse 3. bir kişiye ait bir mal vasiyet edilebilirdi. Eğer, üçüncü kişiye ait bir mal vasiyet edilmişse, mirasçı malın değerini ödemekle yükümlülüğünden kurtulabilirdi. Klasik Hukuk Dönemi'nde bu çeşit bir muayyen mal vasiyeti söz konusu olunca, mirasçı borcunu başkasına ait bir mal ile yerine getirecek olursa, kazandırıcı zamanasını sebebinin pro solutio olması gerekiyordu(272).

(270) Dı Marzo, Iustinianus, Ins. 2,20,20'ye dayanarak eskiden dört çeşit muayyen mal vasiyeti olduğunu ve bunlar arasında sadece bazı şekil farklarının bulunduğu görüşündedir. Dı Marzo'ya göre, Klasik Hukuk Dönemi'nde vasiyetçi, mayyen mal vasiyet ederken, vasiyet ettiği malın kendisine, mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye ait olmasına göre bu dört çeşitten birini seçmek zorundaydı. Bu ise uygulamada büyük sakıncalar doğuruyordu(bak. DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 518-519). Umur'a göre ise Klasik Hukuk Dönemi'nde muayyen mal vasiyeti legatum per damnationem ve legatum per vindicationem olmak üzere iki çeşitti. Konu burada, Dı Marzo'nun yaptığı ayırım kabul edilmekle beraber, baste indirgeyebilmek için Umur 'un yaptığı ayırım doğrultusunda incelenecektir(Umur'un bu konudaki görüşü için, bak. UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh34).

(271) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 34.

(272) UMUR, Lügat, age., sh. 109; IDEM: Hüsnüniyet, age., sh. 34; IDEM: Roma Miras Hukukunun Ana Hatları, İÜHFD. C.31, S.1-4, sh. 175; DI MRZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 516.

Legatum per vindicationem halinde ise vasiyetçi, lehine mal vasiyet ettiği kimseye o malın mülkiyetini doğrudan doğruya geçirecek şekilde, " şu malımı bırakıyor, vasiyet ediyorum" kelimeleriyle bir tasarrufta bulunurdu. Bu çeşit vasiyetlerde vasiyetçi, misli olmayan malın hem vasiyet, hem de ölüm sırasında maliki olmalıydı; misli malların ise yalnız ölüm anında maliki olması yeterliydi. Lehine mal vasiyet edilen kimse, genellikle kabul edildiğine göre, terekêyi iktisap eder etmez, malın maliki olur ve eğer mal kendisine verilmeyecek olursa rei vindicatio davasını açabilirdi(273).

Bir şeyin muayyen mal olarak vasiyet edildiği kimse, pro legato zilyetti(274). Bu şekilde zilyetliği elde eden kimsenin legatum per vindicationem'de malik olması gerekiyordu. Ancak bazen bu mümkün olmuyordu. Örneğin, legatum per vindicationem ile misli bir mal vasiyet edilmişse fakat vasiyet sırasında ya da ölüm anında vasiyetçi malın maliki değilse, lehine mal vasiyet edilen kimse hemen malik olamazdı. Böyle bir durumda mülkiyet ancak usucapio ile iktisap edilebilirdi. Bu sonucu, Paulus'a ait bir metinden çıkarmak mümkündür. Metne göre, başkasına ait bir şey vasiyet edildiği veya vasiyetçinin bir ilave ile vasiyetnamesinde yer alan bir mal vasiyetinden vazgeçtiğinin bilinmemesi durumunda usucapio ile iktisapta bulunabilir. İsim üzerinde şüphe edildiğinde de aynı durum söz konusudur. Örneğin mal Titius'a vasiyet edilmiş ve başka bir Titius da kendisini vasiyetli zannetmişse, vasiyet edilen şeyi usucapio ile iktisap edebilir(275).

(273) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 110; IDEM: Hüsnüniyet, age., sh. 34; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 515; UMUR: Miras, age., sh. 174.

(274) ULPIANUS, D. 41,8,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 168).

(275) PAULUS, D. 41,8,4 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 168).

Hermogenianus da bu konuda Paulus'u desteklemektedir. Bu hukukçuya göre, belli bir mal geçerli olarak vasiyet edildiği zaman pro legato sebebiyle, usucapio yoluyla iktisap edilebilir. Hatta mal geçerli olarak vasiyet edilmemiş dahi olsa veya vasiyet geri alınsa gene de kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilir(276). Görüldüğü gibi her iki hukuğu da özellikle, vasiyetin geri alınması halinde usucapio yoluyla mülkiyetin kazanılabileceğini savunmaktadır.

Pro legato sebebine dayanarak, usucapio yoluyla mülkiyetin kazanılabilmesi için, malı vasiyet eden kişinin mutlaka ölmüş olması gerekmez. Vasiyeti yapan malik henüz sağ olsa bile eğer vasiyet edilen mal, lehine vasiyet edilen kişiye teslim edilmişse usucapio yoluyla iktisap edilebilir(277).

Bunun gibi, kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimse, kendisine henüz teslim edilmemiş malın zilyetliğini, fesatsız olarak eline geçirirse, lehine kazandırıcı zamanaşımı süresi işlemeye başlar(278).

Bir şeyin, muayyen mal olarak kendisine vasiyet edildiği zannı ile zilyedi olan kimse, eğer gerçekte o mal kendisine vasiyet edilmemişse, pro legato'ya dayanarak usucapio ile o malın mülkiyetini kazanamaz(279). Böyle bir kişinin durumu, satın aldığı zanneden fakat gerçekte satın almamış olan kimsenin durumuna benzemektedir ve her ikisi de usucapio ile iktisapta bulunamamaktadır(280).

-
- (276) HERMOGENIANUS. D. 41,8,9 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 169).
- (277) IAVOLENUS, D. 41,8,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 168).
- (278) PAPINIANUS, D. 41,8,8 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 169).
- (279) PAULUS, D. 41,8,2 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 168).
- (280) PAPINIANUS, D. 41,8,3 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 168).

Aynı şekilde, ölen kişinin mirasçısı olabilme ehliyeti-
ne sahip olmayan bir kimse de pro legato'ya dayanarak usucapio
yoluyla mülkiyeti kazanamaz. Çünkü pro legato'da zilyetlik hak-
kı vasiyet hukukundan doğmaktadır(281).

Iustinianus Dönemi'nde legatum per damnationem ve lega-
tum per vindicationem birleştirilerek tek bir çeşit muayyen mal
vasiyeti tanındı. Bu tür legatum'da daima pro legato usucapio
geçerli oldu(282).

7- Pro Suo (Malik Olma Sebebi)

Bu çok genel bir sebeptir. Hukuki sebeplerden her hangi
birisi kastedilmek istendiğinde bu isim verilirdi ya da bu deyim-
le ayrı bir hukukî sebep çeşidi meydana getirmeyen durumlar ifa-
de edilirdi(283). Ulpianus bu zilyetlik sebebini Digesta'da şu
şekilde açıklamıştır: "Pro suo öyle bir zilyetliktir ki, mülki-
yetin tarafımızca iktisap edildiğini ve iktisaba elverişli bir
sebeple zilyet olduğumuzu zannederiz . Bundan başka, bize ait
olduğunu kabul ederiz: Örneğin, satın almak sebebiyle olunca hem
pro emptore, hem de pro suo zilyet olurum. Keza bir hibe aldığım
veya lehime muayyen mal vasiyet edildiği zaman hem pro donato,
veya pro legato, hem de pro suo zilyet olurum(284)". Bu metinden
anlaşıldığına göre, diğer zilyetlik sebeplerinin hepsi aynı za-
manda pro suo zilyetlik sebebinin içine girerler.

Paulus'a ait bir metinde ise, pro suo zilyetlik sebebi
şu şekilde açıklanmıştır: "Pro suo denilen bir zilyetlik çeşidi
vardır. Karada, denizde, havada ihraz ettiğimiz şeylerin, veya

(281) IAVOLENUS, 41,8,7 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.:
Hüsnüniyet, age., sh. 169).

(282) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 34; DI MARZO, S.:
Roma Hukuku, age., sh. 519.

(283) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 34.

(284) ULPIANUS, D. 41,10,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.:
Hüsnüniyet, age., sh. 170).

nehirlerin sürüklediği toprak parçalarının aracılığıyla bize ait kıldıkları zilyetliklerini böyle elde ederiz. Gene başkası aracılığıyla zilyet olduğumuz mallar üzerinde de pro suo zilyet oluruz: Örneğin, miras malları arasında bulunan veya satın almış olduğumuz köle kadından doğan çocuğa malik olma sebebiyle zilyet oluruz. Gene satın aldığımız, bize bağışlanan veya miras malları arasında bulunan malların semereleri için de böyledir(285)."

Bu metinden de, ayrı bir hukuki sebep çeşidine girmeyen durumlarda, zilyetlik sebebinin pro suo olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür.

Pomponius'a göre, eğer baba, mallarını çocukları arasında bölüştürse ve çocuklar babalarının ölümünden sonra, bu bölüştürmeyi kabul ederek durumu aynen korusalar, bu durumda, babalarının malları arasında bulunan başkalarının mallarını da pro suo zilyet olarak usucapio ile iktisap ederler. Bunun gibi, muayyen mal olarak vasiyet edilmemiş bir mal, mirasçı tarafından yanlışlıkla teslim edilse, bu mal, kendisini muayyen mal vasiyetlisi zanneden kimse tarafından usucapio yoluyla iktisap edilir. Çünkü bu kimse pro suo zilyet sayılır(286).

Pro suo zilyetliğe ilişkin bir başka örnek, yine Pomponius'a ait başka bir metinde yer almaktadır. Bu metne göre bir kimse, yanlış olarak stipulatio gereği, borçlu olduğunu zannettiği kölesini, kendisinden alacaklı olduğunu zannetti-kimseye teslim etse, alacaklı, köleyi yanlışlıkla teslim edenin kendisine borçlu olmadığını biliyorsa, kazandırıcı zamanasımı yoluyla onun mülkiyetini kazanamaz; eğer borçlu olmadığını bilmiyorsa kazanabilir. Çünkü, alacaklının gerçek zannettiği bir sebeple ona bir şey teslim edilmişse, bu, alacaklının o şeye

(285) PAULUS, D. 41,10,2 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 171).

(286) POMPONIUS, D. 41,10,4,1-2 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 172).

pro suo zilyet olması için yeterlidir(287).

Neratius'a göre pro suo zilyetliğin tanınması, anlaşmazlıklara engel olmak içindir. Bir mala, kendisinin zannederek zilyet olan kimse, onu kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edebilir. Neratius'a göre bu durum, mazur görülebilecek bir hatanın kazandırıcı zamanaşımını önlememesinin yerinde olacağı görüşüyle açıklanmalıdır. Örneğin bir kişinin, bir malın yanlış olarak kölesi veya kendisine miras bırakan kişi tarafından satın alındığını zannetmesi durumunda olduğu gibi... Burada başkasının fiilinden dolayı ortaya çıkan bir hata vardır. Böyle bir hatanın ise mazur görülmesi yerinde olacaktır(288).

8- Pro Herede (Miras Sebebi)

Miras halinde mirasçı, miras yoluyla, ölen kişinin hukukî ilişkilerinde onun yerine geçerdi. Bunun sonucu olarak da, mirasçı, terekeye ait olan malları, bunları iktisap etmek için gerekli olan özel şekillere başvurmadan iktisap ederdi(289).

Bazı hallerde terekenin içinde ölen kimseye ait olmayan mallar da bulunabilirdi. Bu mallar miras mallarından sayılmadığı için, terekeyle beraber doğrudan doğruya iktisap edilemezlerdi. Bu tür mallar, eğer mirasçı iyi niyetli ise, yani bu malların terekeye ait olmadığını bilmiyorsa, usucapio yoluyla iktisap edilebilirlerdi. İşte böyle bir durumda, usucapio ile iktisap edilen malların iusta causa'sı pro herede olmaktadır(290).

Pomponius'a ait bir metin, bu şekilde yanılmakla, terekeye ait olmayan malların usucapio yoluyla iktisap edilebilece-

(287) POMPONIUS, D. 41,10,3 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 172).

(288) NERATIUS, D. 41,10,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 172).

(299) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 446; UMUR, Z.: Miras, age., sh. 190; KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 349.

ğini göstermektedir. Metne göre, bazı hukukçular, bir mirasçının terekeden olmayan bir malı terekeden zannetmesi halinde, bu malı usucapio yoluyla iktisap edebileceği görüşündedirler(291). Ancak usucapio ile iktisap için söz konusu malın zilyetliğinin mirasçı tarafından ele geçirilmiş olması gerekir. Çünkü zilyetlik miras yoluyla doğrudan doğruya mirasçıya geçmez; Ulpianus'un dediğine göre, miras içinde zilyetlik münemiç değildir(292).

Yanılginın pro herede zilyetliğe sebep olacağı başka durumlar da vardır. Örneğin, eğer bir kimse malik tarafından mirasçı nasbedilmişse veya bonorum possessor olmaya davet edilmişse pro herede zilyet olur. Eğer bu kimsenin yanılarak, malik tarafından mirasçı nasbedileceğini zannetmise için uygun bir sebep varsa gene pro herede bir zilyetlik söz konusu olur(293).

Ancak bazı durumlarda yanılgi, pro herede zilyetlik sebebiyle mülkiyetin kazanılması için yeterli değildir. Örneğin, ölen kişinin tek mirasçısı olan kimse, başka birini de mirasçı zannederek terekenin bir kısmını da ona teslim etse, bu kimse, uzun zaman zilyetliğinde bulundurmakla kendisine teslim edilen malların mülkiyetini kazanamaz. Çünkü gerçek mirasçıdan alınan mallar mirasçı sıfatıyla (pro herede) iktisap edilemezler. Bu kişinin zilyetliğinin başka bir sebebi de yoktur(294).

Bunun gibi, yaşayan bir kimsenin malları üzerinde

(291) POMPONIUS, D. 41,5,3 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 165).

(292) ULPIANUS, D. 47,4,1,5 (Türkçe Metin UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 178).

(293) IULIANUS, D. 41,3,33,1 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 151).

(294) POMPONIUS, D. 41,5,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 148).

hiç bir zaman pro herede zilyetlik sebebin dayanılarak iktisapta bulunulamaz. Hatta zilyet yanılarak, elinde bulunan malları ölmüş birine ait zannetse bile durum aynıdır(295).

Gaius'un verdiği bilgilere göre, henüz mirasçı tarafından zilyetliği ele geçirilmemiş terekeye ait bir malın bir kişi tarafından zilyetliğini ele geçirilmesi mümkündür. Bu tür bir zilyetliğe pro herede adı veriliyordu ve bu şekilde zilyetliği ele geçiren kimse, o malın usucapio yoluyla mülkiyetini kazanabilirdi. Üstelik bu çeşit kazandırıcı zamanışımı yoluyla, taşınmazlar bile, bir yıllık sürenin geçmesiyle iktisap edilebilirlerdi(296). Ancak daha sonra İlahi Hadrianus'un bir emri ile bir senatus consultum çıkarıldı ve bu tür kazandırıcı zamanışımı ortadan kaldırıldı. Çünkü bu tür kazandırıcı zamanışımı bazı haksızlıklara sebep oluyordu. Böylece mirasçı mirası talep etmek suretiyle o malı, kazandırıcı zamanışımı ile iktisapta bulunmuş olan kimseden, sanki hiç iktisap edilmemiş gibi geri isteyebilirdi(297).

Gene Gaius'un bildirdiğine göre, zorunlu mirasçısı olan miras mallarının, pro herede zilyetlik sebebine dayanarak usucapio yoluyla iktisabı mümkün değildi. Fakat, zorunlu mirasçısı olmayan miras mallarının zilyetliği mirasçı tarafından elde edilmişse usucapio yoluyla iktisapları mümkündür. Bu durumda iktisap eden kimse, pro herede zilyetlik sebebine dayanarak iktisap etmekteydi(298).

(295) POMPONIOUS, D. 41,5,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 164).

(296) GAIUS, 2,52;53 (Türkçe Metin UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 134); UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 38;39.

(297) GAIUS, 2,57 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 135).

(298) GAIUS, 3,201 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 136).

Roma Hukukunda bir de bonorum possessio kurumu vardı. Bonorum possessio, kelime olarak "malların zilyetliği" demektir. Bazı hallerde praetor, Ius Civile'nin mirasçılık hakkı tanımadığı kimselere tereke mallarının zilyetliğini vermektedir. Bu kimseler, bonorum possessor adıyla anılır ve zilyetlik davaları ile korunarak miras mallarından yararlanırlardı. Daha sonra bu kimseler, süresi bir yıl olan bir kazandırıcı zamanaşımı yoluyla malların maliki olurlardı(299). Burada her ne kadar bonorum possessor olan kişi miras mallarının zilyetliğini pro herede sebebiyle eline geçirmemekteyse de, buna çok yakın bir durum söz konusudur. Zilyetlik, yine miras sebebiyle fakat praetor hukuku gereğince elde edilmektedir. Bu nedenle, benzetme yoluyla, bonorum possessor'un elde ettiği zilyetliği de pro herede zilyetlik sebepleri arasında saymak mümkündür.

9- Kölenin Noxal Sorumluluk Gereği Teslimi

Roma Hukukunda bir kölenin, efendisine kendi vücudundan daha çok zarar verebileceği adalete aykırı görülüyordu. Bu nedenle efendi, haksız fiil işleyen kölesi dolayısıyla kendisine karşı bir actio noxalis açılmışsa, dilerse para cezasını öder, dilerse köleyi zarar gören kişiye teslim ederek sorumluluktan kurtulurdu. Roma Hukukunda bu duruma noxal sorumluluk deniyordu(300).

Noxal sorumluluk dolayısıyla, kölenin efendisi tarafından zarar gören kişiye teslim edilmesi, usucapio için bir hukukî sebep olabilirdi.

Digesta da bulunan bir metinde, actio noxalis'e konu olan kölenin, zarar gören kişiye mancipatio veya in iure cessio yapılmadan traditio ile devredilmesi durumunda, bu kölenin zamanaşımı ile kazanılabileceği hükme bağlanmaktadır(301) Böyle

(299) UMUR, Z.: Miras, age., sh. 160;165.

(300) KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, age., sh. 139.

(301) D. 6,2,5; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 51'den naklen.

bir olayda, köleyi teslim eden kişinin noxal sorumluluğunun olup olmadığı gerçekten önemli değildir(302).

Eğer gerçekten böyle bir sorumluluk varsa, fakat bu sorumluluk dolayısıyla başkasına ait bir köle noxa olarak verilse, bu durumda da köle, zarar gören kişi tarafından usucapio yoluyla iktisap edilebilir. Bu sonucu, Africanus'a ait şu metinden çıkarmak mümkündür:

"Genellikle, eğer sana karşı, başkasına ait olup iyi niyetle sana hizmet eden bir köle dolayısıyla actio noxalis açsam ve sen de onu bana noxa olarak versen, malik bana rei vindicatio açsa ve kölenin değerini ödemeyi teklif etmese, bir exemptio doli'yi ileri sürebilirim; zilyet kendisi ise, bana actio publiciana hakkı tanınır. Bu davaya karşı, kendisinin malik olduğunu ileri sürerek defi dermeyan ederse, replicatio doli ile karşılık veririm. Buna göre, başkasının olduğunu bilerek zilyedi olduğum halde kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap ederim(303)".

Bu metinden anlaşıldığına göre, kölenin gerçek maliki, iyi niyetli zilyetten bu köleyi noxa olarak almış olan yeni zilyedin zamanaşımına engel olmak isterse, kölenin değeri kadar para vermeliydi(304).

10- Praetor'un Emirleriyle Oluşan Iusta Causa'lar

Praetor'un emirleri de usucapio için bir iusta causa oluşturabilmekteydi. Bunlardan biri de gene noxa sorumluluk dolayısıyla ortaya çıkmaktaydı. Bir actio noxalis halinde, davalı parayı ödemek istememişse, ya da köleyi savunacak hiç kimse bu-

(302) BUCKLAND, W.W.: The Roman Law Of Slavery, II. Edition, Cambridge, 1970, sh. 110; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 52'den naklen.

(303) AFRICANUS, D. 9,4,28 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 174; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 52).

(304) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 52.

bulunamamışsa, praetor'un emriyle, haksız fiilden zarar gören bu köleyi alıp götürbilirdi. Aynı şey başkasına zarar veren hayvan için de geçerliydi. Bu durumda, köle veya hayvanın mülkiyeti, kazandırıcı zamanasını yoluyla zarar gören kişi tarafından iktisap edilebilirdi(305).

Praetor'un bir emriyle oluşan diğer bir iusta causa da, komşu taşınmazının yıkılma tehlikesinden doğmaktadır. Zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya bulunan komşu taşınmaz malikinin başvurusu üzerine, ortaya çıkabilecek zararları temine yarayan cautio damni infecti(306) verilmeyince, praetor'un ikinci bir kararıyla tehlikeli olan taşınmazın zilyetliği, zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya bulunan taşınmazın malikine verilirdi. Bu durumda zilyetliği devralan komşu taşınmazın maliki, usucapio yoluyla o taşınmazı iktisap edebilirdi(307).

E) Bona Fides (İyi Niyet)

En eski devirlerde, önceki zilyede zarar verilmediğini anlamak için, sadece malın res furtiva olup olmadığına bakılıyordu. Ancak bu yeterli olamayınca Klasik Hukuk Dönemi'nde iyi niyet (Bona Fides), zamanasının bir unsuru haline geldi (308). Hukukî sebep (iusta causa) usucapio ile iktisabın objektif şartını, iyi niyet (Bona Fides) ise, sübjektif şartını oluşturuyordu(309). Bona Fides, zilyetliğin kazanılması sırasında namuslu ve şerefli bir insan gibi hareket etmekten başka bir şey değildi. Bu da genellikle, gerçek zilyede zarar

(305) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh.52; UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 62.

(306) Cautio damni infecti, gerçekleşmesinden korkulan zarara karşı gösterilen teminatı ifade etmek için kullanılan bir deyimdir. Teminat gösteren kimse, korkulan zarar gerçekleşirse, onu tazmin etmeyi önceden kabul etmektedir(bak. UMUR, Z.: Lügat, age. sh. 34).

(307)ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 53.

(308) TAHİROĞLU, B.-ERDOĞMUŞ, B.: Meseleler, age., sh.61

(309) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh. 439; IDEM: Eşya, age., sh. 66.

verilmediğine inanmakla olur. Şu halde, Bona Fides'in temelini kural olarak yanlışlığı oluşturur(310). Zilyet, malın mülkiyetini kazanmasını engelleyen belli bazı olayları bilmediği ya da yanlış bildiği takdirde, zamanaşımı ile mülkiyeti kazanabilecektir. Bu olaylardan en önemlisi, mal üzerinde tasarruf edenin malik olduğunu zannetmek veya tasarrufa yetkili olmadığını bilmemektir(311). Ancak, malikten bir res Mancipi'yi traditio (teslim) yoluyla devralan kimse, mülkiyeti kazanamadığını bildiği halde, kazandırıcı zamanaşımı ile o şeye malik olabilir. Yani, böyle bir durumda Bona Fides aranmaz. Çünkü Bona Fides, hukukî bir eksikliği ortadan kaldırmaktadır. Oysa bir res Mancipi'nin traditio yoluyla devredilmesi halinde şekle ait bir eksiklik söz konusudur(312).

1- Bona Fides Kavramı

Bona Fides'in temelini oluşturan "fides" kavramı, eski devirlerde, sadakat, refah, doğruluk, güven, sözüne bağlılık, sözünü tutma olarak tanımlanıyordu(313). Hristiyanlıktan sonra fides, iman ve inanç anlamlarına gelmeye başladı. Bu arada, başına bir de "bona" sıfatı eklendi. Ancak bu sıfatın eklenmesi, fides'in anlamında hiç bir değişiklik yapmıyor, sadece bu kelimeye dini bir görünüm veriyordu(314).

(310) ERDOĞMUŞ, B.: *Actio Publiciana*, age., sh. 71; UMUR, Z.: *Ders Notları*, age., sh. 439.

(311) ERDOĞMUŞ, B.: *Actio Publiciana*, age., sh. 71.

(312) KOSCHAKER, P.: *Roma Özel*, age., sh.155; ERDOĞMUŞ, *Actio Publiciana*, age., sh. 71.

(313) PETER, Hans: *Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Muameleler* (Çev. Özcan KARADENİZ-ÇELEBİCAN), *AÜHFD. C. 21, S.1-4, 1964*, sh. 533; SCHULZ, Fritz: *Roma Hukukunun Prensiplerinden Sadakat*, (Çev. Belgin ERDOĞMUŞ), *İÜHFD. C. 48-49, S. 1-4, 1982-1983*, sh. 389.

(314) UMUR, Z.: *Hüsnüniyet*, age., sh. 7;8.

Fides'in karşıtı hile (dolus), fesat (vitium), aldatma (fraus) ve alçaklık (perfidia) gibi sözcüklerle ifade edilmektedir. Roma'da Fides, hukukun dışında ve toplumda etkisi kuvvetle duyulan, şeref, onur, dürüstlük, itibar, namus, güven, sadakat vb. kavramları karşılıyordu. Çok eski zamanlardan beri bu kavram hukuk alanına da yansımıştı. Ancak, Fides kavramı hukuk alanına girdikten sonra yeni bir anlam kazanmadı; bu alanda da, hukuk dışı alanda olduğu gibi, dürüst, namuslu ve şerefli insanlara yakışacak şekilde hareket etmek anlamında kullanıldı(315).

2- Bona Fides Hakkındaki Teoriler

Yukarıda da belirtildiği gibi, Bona Fides'in temelini yanlışlı oluşturur(316). Bu yanlışlığın hangi konuda olması gerektiği konusunda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bazı hukukçular, Bona Fides'ten söz edebilmek için zilyetliği ele geçiren kimsenin kendisini malik olmuş zannetmesi gerektiğini(317), bazıları malikten iktisap ettiğini zannetmesi gerektiğini(318), diğer bazıları ise, malike zarar verilmediği zannının yeterli olduğunu ileri sürmüşlerdir(319).

a) Opinio Domini (Malik Olma Zannı)

Eski yazarlara göre, Bona Fides'in varlığından söz edebilmek için malın zilyetliğini elde etmiş olan kişinin kendisini malik olmuş zannetmesi gerekiyordu. Başka bir deyişle, yanlışlığın temelinde malik olma zannı yatmalıydı. Opinio dominii denilen bu iyi niyet anlayışını karşılayan iusta causa ise, "mülkiyeti kazanmaya elverişli olduğu halde, somut bir engelin bu mülkiyetin kazanılmasına imkan vermediği hukukî işlem" şeklinde tanımlanabilmekteydi(320).

(315) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 8; IDEM: Lügat, age., sh. 29.

(316) Bak. sh. 67.

(317) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 86.

(318) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 90.

(319) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 91.

(320) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 86.

Umur'a göre bu tür bir iyi niyet anlayışı gerçeklere ve elde bulunan metinlere uymamaktadır(321).

Umur'un sözünü ettiği metinlerden ilki Africanus'a aittir(322). Bu metne göre, eğer bir kimse başka birisinin kölesini çalıştırırken bu köle birine zarar verse, zarar gören kişi actio noxalis açsa ve köle kendisine noxa olarak verilse, köleyi noxa olarak alan kişi kölenin zilyedi olur. Gerçek malikin kölesi zarar görenden geri alabilmesi için kölenin bedelini zarar görene ödemesi gerekir. Ödemeyi reddederse, exemptio doli ile istihkak iddiası geri çevrilebilir. Eğer gerçek malik, aynı zamanda kölenin zilyedi ise, zarar gören kişi actio publiciana in rem ile kölenin zilyetliğinin kendisine verilmesini isteyebilir. Böylece, köleyi noxa olarak alan kimse, kölenin gerçek malikinin başkası olduğunu bildiği halde, bu kölenin mülkiyetini usucapio yoluyla iktisap edebilir.

Umur'un bu metinden çıkardığı sonuca göre, köleyi noxa olarak teslim alan kişi, kendisinin malik olmadığını bilmekte, buna rağmen kazandırıcı zamanaşımından yararlanabilmektedir. Bu durumda Bona Fides'in dayandığı yanlışlığın temelinde malik olma zannının yattığı görüşü doğru olamaz(323).

Umur'un görüşünü destekleyen bir başka metin ise Paulus'a aittir. Bu metne göre de(324), erteleyici şarta bağlı bir alım-satım halinde, şart gerçekleşmeden önce alıcı usucapio ile iktisap da bulunamaz; şart gerçekleşmediği halde gerçekleştiğini zannetse durum yine aynıdır. Fakat, şart gerçekleşmiş de alıcı bunu bilmiyorsa, Sabinus'a göre gerçek duruma zandan daha fazla değer verilmesi gerektiğinden alıcı satın aldığı şeyin mül-

(321) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 86.

(322) AFRICANUS, D. 9,4,28 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 87.

(323) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 87.

(324) PAULUS, D. 41,4,2,2 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 88; 158).

kiyetini kazanabilir. Umur'a göre, böyle bir durumda da alıcı şartın gerçekleşmemiş olduğunu zannetmekle kendisinin malik durumuna girdiğini bilmiyor demektir(325).

Gene, Digesta'daki bir metinde şöyle denilmektedir:

"Eğer evlilik devam ederken, başkasına ait bir mal, koca tarafından karısına bağışlanırsa, karının derhal kazandırıcı zamanaşımı ile iktisaba başliyaacağını söylemek gerekir. Çünkü, eğer koca bu şeyi ölüm nedeniyle bağışlamış olsaydı kazandırıcı zamanaşımını önleyecek bir neden yoktu. Gerçekte, vazedilmiş olan hukuk kuralı, kocanın kendi mallarının karı yararına ek-silmesine neden olan bağışlamalara ilıskındır. Dolayısıyla ölüm nedeniyle yapılmış bağış evli olmayanlar arasında yapılmış gibi olur ve o şey de başkasına ait olduğundan kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap edilebilir(326).

Bir başka metinde ise, "başkasına ait bir malı karının kocasına, veya kocanın karısına bağışlaması durumunda, Trebatius'un da dediğı gibi, bağışlayan bu yüzden daha fakir bir duruma düşmemişse (mal varlığında bir eksilme olmamışsa) zilyet kazandırıcı zamanaşımı ile iktisapta bulunabilir"denilmektedir(327).

Bu iki metinde de, eşler arasındaki bağışlamaların yasa-olması nedeniyle mülkiyetin devredilmesine imkan olmadığı halde kazandırıcı zamanaşımı cereyan edebilmektedir(328). Bundan çıkacak sonuç şudur: Gerek karı, gerekse koca, böyle bir yasağın varlığını bildiklerine göre, kendilerini malik zannetmiş olamazlar. Çünkü mülkiyetin devrine imkân yoktur. Oysa kendilerini malik zannetmedikleri halde usucapio ile malın mülkiyetini iktisap edebilmektedirler. Bu demektir ki, karı ya da ko-

(325) UMUR, Z.: Hüsünüyet, age., sh. 88

(326) TERENCEUS CLEMENS, D. 24,1,25 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsünüyet, age., sh. 89; 176).

(327) POMPONIUS, D. 41,6,3 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsünüyet, age., sh. 89;165).

(328) UMUR, Z.: Hüsünüyet, age., sh. 89.

ca malı devraldıktan sonra kendisinin malik olmadığını bildiği halde bu onun iyi niyetine zarar vermiyor. Öyleyse, Umur'un da iddia ettiği gibi, bir kimsenin iyi niyetli sayılabilmesi için kendisinin malik olduğunu zannetmesinin şart olmadığı söylenilebilir.

b) Malikten İktisap

Gaius'a ait bir metinde şöyle denilmektedir(329):

"Diğer bazı malları da zamanaşımı ile iktisap edebiliriz ki bunlar, ister res mancipi olsun, ister res nec mancipi olsun, malik olmayan birisi tarafından bize teslim edilen ve bizim de iyi niyetle, yani bize onları teslim eden malik zannederek kabul ettiğimiz mallardır"

Digesta'daki bir başka metinde ise(330), "malın başkasına ait olduğunu bilmeyen veya satanın satmak hakkına sahip olduğunu zanneden kimse iyi niyet sahibi alıcıdır" denilmektedir.

Bu metinler karşısında, usucapio'da iyi niyetin dayandığı yanlışlığın temelinde malik olma zannının yattığı yolundaki görüş terk edilmiş ve iyi niyetin temelini oluşturan yanlışlığın, malik olunduğuna dair değil, malikten iktisap ettiğine dair olduğu kabul edilmiştir(331).

Iustinianus'un Institutiones'ine göre(332), "Ius Civile gereğince bir kimse, malik olmadığı halde malik zannettiği bir kimseden, iyi niyetle, alım-satım, bağış veya herhangi diğer bir sebebe dayanarak bir mal elde etmişse, bu kişi o şeyin mülkiyetini... usucapio ile iktisap ederdi".

Bu metne göre de, usucapio ile malın mülkiyetini iktisap edebilmek için gerekli olan iyi niyetin dayandığı yanlışlık

(329) GAIUS, Ins. 2,43 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 90; 133).

(330) MODESTINUS, D. 50,16,109 pr. (Türkçe Metin UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 90; 179).

(331) ACCARIAS, Traite De Droit Romain, § 234; RUGGIERI; Il Possesso, § 494,; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 90'dan naklen.

(332) IUSTINIANUS, Ins. 2,6 pr. (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 99).

nın temelinde malı devreden kimsenin malik olduğu zannı yatmaktadır.

Paulus da Digesta'da(333), "malik olduğunu zannettiği bir kimseden bir şey satın alan, hüsnüniyet sahibi alıcıdır" demek suretiyle, usucapio'dan yararlanabilmek için, malı devralan kimsenin devreden malik olduğunu zannetmesinin yeterli olduğunu vurgulamaktadır.

Ancak, bazı hallerde malı devralan kimse, devreden malik olmadığını bildiği halde usucapio'dan yararlanabilmektedir. Örneğin, yukarıda açıklanan Africanus'a ait metinde(334), köleyi noxa olarak alan kimse, köleyi devreden malik olmadığını bildiği halde usucapio ile iktisap edebilmektedir. Gene Digesta'da(335), terkedilmiş bir malın zilyedinden, bu durumu bilerek satın alan kimsenin de usucapio ile iktisap edebileceği söylenmektedir(336). Bu metinler, iyi niyetin dayandığı yanlışlığın, malın gerçek malikten iktisap edildiği şeklindeki bir yanlışlığı olmadığını, en azından bunun bir çok istisnasının olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla malikten iktisap teorisini de tam olarak doğru kabul etmek pek kolay olamamaktadır.

c) Malike Zarar Verilmediği Zannı

Daha sonra yapılan araştırmalarda iyi niyetin sadece bir yanlışlığa dayanmadığı zannını uyandıracak bazı metinler bulunmuştur. Bu metinlere göre, malikten, ya da yetkili bir kimseden mülkiyet devralındığı halde, devralan kimse kötü niyetli sayılmaktadır(337).

(333) PAULUS, D. 18,1,27 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 175).

(334) AFRICANUS, D. 9,4,28 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 87; 174).

(335) POMPONIOUS, D. 41,7,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 167).

(336) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 91.

(337) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 91.

Iulianus'a ait bir metinde(338) şöyle denilmektedir:

"Eğer vekilin, yüz altına satabilecek olduğu bir taşınmazını sırf sana zarar vermek için otuz altına vermişse, alıcının zamanaşımı ile iktisap edebileceğinden şüphe edilemez: Zira, kötü niyet sahibi bir zilyet bile, iyi niyet sahibi bir alıcıya bir taşınmazı satarsa kazandırıcı zamanaşımı cereyan eder. Fakat, eğer alıcı vekil ile anlaşıp, düşük fiyatla alabilmek için onu para ile yoldan çıkarmışsa onun iyi niyet sahibi alıcı olduğu söylenilemez ve zamanaşımı ile iktisapta bulunamaz. Hatta mülkiyet talebinde bulunan malike karşı kendi iradesiyle malını satanın defini ileri sürse bile, kendisine karşı hile cevabı (replicatio doli) ile karşılık verilir".

Fr. vat. 1'e göre de(339); "vasinin auctoritas'ı olmadığını bilerek, veya vasi olmadığı halde kendisini vasi gibi gösterdiğini bildiği bir kimsenin auctoritas'ı ile bir kadından bir mal satın alan kimse iyi niyetle satın almış sayılmaz. Eski-lerin kabul ettiği, Cassius ve Sabinus'un yazdığı da bu merkezdedir".

Gene Digesta'daki bir metinde(340), "şayet sana borçlu olduğumu zannettiğim bir malı sana teslim etmişsem, zamanaşımı ile iktisap edebilmen için senin de benim sana borçlu olduğumu zannetmen gerekir... " denilmektedir.

Bütün bu metinler incelendiğinde, zamanaşımı ile mülkiyeti iktisap edebilmek için malı malikten devralmış olmanın yeterli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Yani, malı devralan kişi, malikten devraldığı halde kötü niyetli olabilmektedir. Iulianus'a ait metinde, alıcı, vekil ile anlaşıp onu yoldan çıkardığı i-

(338) IULIANUS, D. 41,4,7,6 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 92; 162).

(339) PAULUS, D. 2,31, Fr. Vat. 1 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 93;136).

(340) PAULUS, D. 41,3,48 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 93; 156).

çin kötü niyetlidir. Fr. Vat. 1'e göre, vasisinin auctoritas'ı olmadığını bilerek bir kadında bir mal satın alan kimse kötü niyetlidir. Üçüncü metne göre de, kendisini borçlu zanneden bir kimseden bir mal devralan kişinin devraldığı malı zamanaşımı ile iktisap edebilmesi için, kendisinin borçludan alacağının olduğunu zannetmesi gerekir. Görüldüğü gibi, her üç durumda da, malı devralan kimse devraldığı malı usucapio yoluyla iktisap edememektedir. Oysa, her üç durumda da mal malikten devralınmıştır.

Bu durum karşısın da Bruns (341), iyi niyeti psikolojik ve subjektif bir kavram olarak kabul etmenin doğru olmayacağını ileri sürdü. Bruns'a göre, iyi niyeti, dürüst, namuslu ve şerefli bir insanın hareket tarzı olarak kabul ettiğimiz zaman hiç bir problem kalmıyacaktır. Bu yazara göre Roma Hukukunda Bona Fides, namuslu bir insan gibi hareket etmektir; önemli olan şöyle veya böyle zannetmek, bilmek ya da bilmemek değil, vicdanının sesini dinlemek, dürüst ve şerefli olmaktır. Bruns'a göre bu objektif iyi niyettir. Bunun tam karşılığı ise, subjektif anlamdaki iyi niyettir.

Bruns, bu görüşten hareketle, "malikten iktisap teorisi-nin Roma Hukukundaki Bona Fides'i açıklamaya yetmiyeseğini vurgulamaktadır. Çünkü, yukarıdaki metinlerde, malı devralan kimse, malikten devraldığı halde kötü niyetli sayılmakta ve zamanaşımı ile mülkiyeti iktisap edememektedir. Üstelik her üç metinde de, malı devralan kimsenin, devredeninin sıfatında ya da malı devretmeye yetkili olup olmadığı söylenemez. Çünkü gerçeği olduğu gibi bilmektedir. Öyle ise, Bona Fides'in temelinde bir yanlışlığın yattığı da doğru olamaz. Bu durumda yapılacak en doğru iş, Bona Fides'i objektif ve subjektif olarak ikiye ayırmak ve problemi buna göre çözmektir. İkisinden birini kabul etmek hukuk düzenlerinin yetkisi içerisindedir. Eğer objektif anlamda iyi niyet kabul edilecek olursa, hukukî-ahlaki prensiple-

(341) BRUNS, C. G.: Das Wesen Der Bona Fides Bei Der Erzitzung, Berlin 1872; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 94'den naklen

rin nereye kadar düşünülerek hangi noktalara kadar dikkate alınması gerektiği belirlenecek, böylece normal bir insanın kazandırıcı zamanasımındaki hareket şekli belirlenmiş olacaktır. Fakat, sübjektif anlamda iyi niyet kabul edilirse, bilmek ya da bilmemek, zannetmek ya da zannetmemek gibi sübjektif bir unsur yeterli olacağından, buna neden olan hatanın mazur olup olmayacağı (hoş görülüp görülmeyeceği) söz konusu olamayacaktır(342).

Bruns, bu ayırımı yaptıktan sonra, Roma Kanunlarının objektif iyi niyet kavramını kabul ettiklerini ileri sürmekte ve Fides ve Bona Fides kavramlarının objektif anlama, yüksek ahlakî bir hareket tarzını göstermek için kullanıldıklarını iddia etmektedir(343).

Umur'a göre, "Bruns'un bu şekilde kurduğu objektif iyi niyet fikri dayanaktan yoksundur. Çünkü, her ne kadar bir ahlak kuralı olursa olsun, şerefli bir insan gibi davranmanın temelinde, hak sahibinin bir sanısı vardır. Kazandırıcı zamanasında bu sanı, bir hataya, bir yanlışlığa, yani, psikolojik bir duruma dayanır. Bir insan dürüst olduğu için yanlış bir şeyi doğru zanneder ve bir insan hoş görülmeyecek bir hataya düşerse, bu onun az şerefli olduğu anlamına gelmez(344)".

Umur, Bruns'un iddiasına dayanak yaptığı metinleri de değişik bir açıdan incelemekte ve farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Umur'a göre, Iulianus'a ait metinde(345) alıcı, vekilin hile ile iş sahibine ait bir şeyi satabileceğini zannetmektedir. Tam tersine alıcı, vekilin iş sahibine ait bir şey üzerinde hile yapamayacağını, yapmaması gerektiğini çok iyi bilmektedir.

(342) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 94.

(343) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 95.

(344) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 95.

(345) Bak. IULIANUS, D. 41,4,7,26 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 92; 162); Ayrıca bak. sh. 74.

Bunu bildiği içindir ki, vekili aldatmak için kendisine rüşvet bile vermektedir. İşte onu kötü niyetli yapan da bu bilgisidir (346). Oysa, alıcı bilmeseydi, kötü niyetli olmayacaktı.

Bunun gibi, bir kadından bir mal satın alan kimse, kadının vasisinin auctoritas'ına başvurmadan bir res Mancipi'yi satamıyacağını bilmektedir. Bu kimseyi kötü niyetli yapan da bu bilgisidir(347) Dolayısıyla, Umur'a göre, Bruns'un iddiasına dayanak yaptığı bu metin de(348) aslında Bruns'un fikrini desteklememektedir.

Bu tenkitlerden sonra Umur, iyi niyetin genellikle kabul edilebilecek olan tanımının "malike zarar vermemek zannı" olduğunu ileri sürmektedir. Bu yazara göre, Windscheid ve Padda gibi bir çok yazar da aynı görüştedir.

Umur'a göre, iyi niyetin ne olduğunu tam olarak belirleyebilmek için, bu kavramın hukuk tarafından hiç değiştirilmeden kendi alanına aktarıldığına kabul etmek gerekir. Fides kavramı, Roma Hukukunda, insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde, görev duygularında hareket etmek anlamına gelirdi. Roma'lılar için Fides, bizim şeref ve namus dediğimiz anlamda kullanılan bir kelime idi. Hukuk düzeni bu kavramı kendi içine almak istediği zaman onda hiç bir değişiklik yapmadı. Kazandırıcı zamanaşımı konusunda bu kavramın hukuka uygulanması, zilyetliği kazanılan malın malikine bir zarar verildiğinden haberdar olmamak, gerçeği bilmemek, yanlışlığı doğru zannetmektir. Usucapio'da Bona Fides psikolojik bir durumdur(349). Hukukî kaynaklarda o kadar çok defa bilgisizlik ve hata şeklinde tanımlanmıştır ki, bu durumda, Bona Fides'in asıl unsurunun yanlışlıktan başka bir şey olduğunu kabul etmek mümkün değildir(350).

(346) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 96.

(347) UMUR, Z. : Hüsnüniyet, age., sh. 96.

(348) Bak. sh.74.

(349) UMUR, Hüsnüniyet, age., sh. 97.

(350) UMUR, Hüsnüniyet, age., sh. 98.

Çağdaş hukuçular tarafından da iyi niyetin temeli yanlışlığa dayandırılmaktadır. Bugünkü hakim olan fikre göre, iyi niyetli sayılmak için gerçeği bilmemek ya da yanlış bilmek yeterlidir(351). Bu bakımdan, Umur'un görüşü ile çağdaş hukuçuların görüşü arasında pek fazla bir fark bulunmamaktadır.

3- Bona Fides'in Derecesi

Bu konuda iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Bazı hukuçular, bir kişinin iyi niyetli sayılması için, başkasının hakkına zarar vermediğinin bilincinde olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşün aksini savunanlar ise, iyi niyetli olmak için başkasına zarar vermek niyetinde olmamanın yeterli olduğunu iddia etmişlerdir. Birinci görüşü savunanlar, bir kimsenin iyi niyetli sayılabilmesi için olumlu bir davranış sergilemesini beklerlerken, ikinci görüşü savunanlar, olumsuz bir davranış içinde olmasını yani, zarar vermemek niyetinde olmasını yeterli görmektedirler(352).

Birinci görüşü savunanların başında Winscheid gelmektedir. Bu görüş yanlılarına göre, usucapio'dan söz eden metinlerde, bir hatanın varlığını zorunlu görürler. Bunun sonucu olarak da , mülkiyeti devreden malik olmadığını ya da mülkiyeti devretmeye yetkili olmadığını bilmek yeterli değildir. Aynı zamanda, onun malik olduğunu veya mülkiyeti devre yetkili olduğunu zannetmek de gerekir. Bunu, bir zararın bulunmadığını zannetmek veya bir hakkın olduğuna inanmak şeklinde ifade etmek de mümkün-

(351) SENGURBEY, İ. Gülümser: İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruruzaman, İstanbul 1956, sh.103; MARDİNİ ZADE Ebül'ulâ: Hukuku Medeniye Dersleri, C.I, İstanbul,1928, sh.147; VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1951, sh. 264 vd.; ZEVLİLİLER Aydın: Medeni Hukuk, Diyarbakır 1986, sh. 117; EDİS Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, sh. 252; ÖZSUNAY Ergun, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1986, sh. 293.

(352) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 98.

dür(353).

Bu görüşü savunan yazarlar, iddialarına dayanak olarak, Digestadaki bazı metinleri göstermektedirler. Bu metinlerden bir tanesi Modestinus'a aittir(354). Metinde şöyle denilmektedir:

"Malın başkasına ait olduğunu bilmeyen, veyahut, satanın, örneğin, vekil veya vasi gibi satmak yetkisine sahip olduğunu zanneden kimse, iyi niyet sahibi alıcıdır".

Bu metne göre, alıcı, satın aldığı malı satan kişinin malı, ya da, satan kişiyi satmaya yetkili biri zannetmişse iyi niyetlidir. Burada alıcı sadece başkasına zarar vermeme niyetiyle hareket etmele kalmıyor, aynı zamanda olumlu bir davranış içine giriyor.

Bir başka metin ise Iustinianus'un Institutiones'inde yer almaktadır. Bu metne göre de(355), "...bir kimse, malik olmadığı halde malik zannettiği bir kimseden iyi niyetle, alım-sattım, bağış veya herhangi başka bir hukuî sebebe dayanarak bir mal elde etmişse bu kimse, o şeyin mülkiyetini... kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap" eder.

Burada da, bir kimse, gerçekte malik olmayan fakat, malik zannettiği bir kimseden bir mal elde etmekte ve bu malı usucapio ile iktisap etmektedir.

Gaius'a ait bir metinde de şöyle denilmektedir:

"Diğer bazı malları da usucapio ile iktisap edebiliriz ki, bunlar, ister res mancipi olsun, isterse res nec mancipi olsun, malik olmayan birisi tarafından bize teslim edilen ve bizim de iyi niyetle, yani bize onları teslim edeni malik zannederek kabul ettiğimiz mallardır(356)".

(353) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 99.

(354) MODESTINUS, D. 50,16,109 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 179).

(355) IUSTINIANUS, Ins. 2,6 pr. (UMUR, Z.: Ins., age., sh. 99).

(356) GAIUS, Ins. 2,43 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 133).

Bu metinde de Gaius, iyi niyetin, malı teslim eden kişinin malik zannedilmesi olduğunu vurgulamaktadır.

Paulus'a göre de(357), "malik olduğunu zannettiği bir kimseden bir şey satın alan, iyi niyet sahibi alıcıdır".

Gene, Paulus'a ait bir metne göre(358) vesayet altında bulunan birinden, yanılarak (bu kimseyi baliğ zannederek) vasisinin auctoritas'ı olmadan bir şey satın alan kimse, iyi niyetli sayılmalıdır. Aynı şekilde, akıllı zannedilen akıl hastasından bir mal satın alan kimse de, iyi niyetli sayılmalıdır.

Paulus'a ait bu metinler de diğer metinleri ve dolayısıyla Winscheid ve taraftarlarının savunduğu görüşü doğrulamaktadır. Ayrıca, D. 41,4,2,8; D.41,10,5 pr.; D.41,3,32,1; ve D. 41,4,4 pr. bu yazarların görüşlerine dayanak olarak gösterdikleri metinlerdir(359). Bütün bu metinler, malı devralan kimsenin iyi niyetli sayılabilmesi için, devreden kişinin malik, ya da malı devretmeye yetkili biri olduğunu zannetmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar.

Olumsuz anlamdaki iyi niyetin yeteceğini ileri sürerlerin başında ise, Savigny gelmektedir(360). Savigny ve yandaşlarının, iddialarını kanıtlayabilmek için, gösterdikleri metinler şunlardır: D. 41,3,12 pr.; D.41,3,38 pr.; D. 41,4,2,1; D. 41,4,2,17; D. 41,4,7,4,5(361).

Bu metinlerden birincisinde(362), "eğer praetor'un temlik etmesini yasak ettiği bir kimseden bile bile bir şey satın alırsan zamanasımı ile iktisap edemezsin"denilmektedir. Benzer bir metinde Iulianus'a aittir. Buna göre, "praetor'un, gerçek mirasçı olduğundan şüphelendiği için satmak yetkisini yasakla-

(357) PAULUS, D. 18,1,27 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 175).

(358) PAULUS, D. 41,4,2,15-16 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 159).

(359) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 99.

(360) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 99.

(361) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 100.

(362) PAULUS, D. 41,3,12 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 144).

dığı birisinden bir şey satın alan kimse, zamanaşımı ile iktisap edemez(363)".

Diğer bir metinde de şöyle denilmektedir:

"Böyle bir durumda bu şeyi, bu kimse de zamanaşımı ile iktisap edemez, çünkü o şeyin başkasına ait olduğunu bilmektedir ve bundan dolayı zilyetliği kötü niyetlidir(364)".

Her üç metne göre de, eğer bir kimse, devraldığı şeyi usucapio ile iktisap edemeyeceğini ya da malın başka birine ait olduğunu biliyorsa, kazandırıcı zamanaşımından yararlanması mümkün değildir, çünkü kötü niyetlidir. Kötü niyetli sayılması için de gerçeği bilmesi yeterli görülmüştür.

Paulus'a ait başka bir metinde de "pro emptore zamanaşımıyla iktisap etmekte olduğun bir şeyi, ben başkasına ait olduğunu bildiğim halde bana satarsan zamanaşımı ile iktisap edemem" denilmek suretiyle, daha önce söylenilenler vurgulanmaktadır(365).

Sonuç olarak, olumsuz anlamdaki iyi niyet anlayışına göre, bir kişinin iyi niyetli sayılabilmesi için, başkasına zarar vermek niyetinde olmaması yeterlidir(366). Eğer zilyetlik elde edilirken başka birisine zarar verilebileceği biliniyorsa, örneğin malı devralan kişi, devredenin gerçek malik olmadığını biliyorsa, böyle bir kişi kötü niyetlidir.

Windscheid'e göre, aslında konuya yakından bakıldığı zaman, çok sıkıdan gevşeye doğru bir derecelenmenin söz konu-

(363) IULIANUS, D. 41,4,7,5 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 162).

(364) GAIUS, D. 41,3,38 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 153).

(365) PAULUS, D. 41,4,2,17 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 160).

(366) UMUR, Z. Hüsnüniyet, age., sh. 98.

su olduğu görülür. Olumlu bir iyi niyetin varlığını arayanlar, üstün bir iyi niyet kuralının gerekli olduğunu ileri sürmüş olurlar. Bu yazarlara göre iyi niyet yüzeysel olarak elde edilmiş fikirlere dayandırılmaz. İyi niyetin dayandığı hata hoş görülebilecek bir hata olmalıdır(367).

Gerçekten de, iki görüş karşılaştırıldığı zaman, olumlu iyi niyet anlayışından yana olanların, diğerlerine göre, zilyetliği devralan kimseden çok daha dikkatli davranmasını istedikleri görülür. Her iki görüş de kaynaklara dayandırıldığı için, Roma Hukukunda yerine göre birinin ya da diğerinin tercih edilceğini, ancak her iki anlayışın da hukuk sistemine hakim olduğunu söylemek mümkündür. Uygulamada zaman zaman biri diğerine tercih edilmiş olsa bile, hakkaniyet açısından, olumlu iyi niyet anlayışından yana olanların görüşlerini kabul etmek yerinde olacaktır kanısındayız. Çünkü, kazandırıcı zamanaşımı açısından bir kimsenin iyi niyetli olduğunu kabul etmek demek, bir malı gerçek malikinin elinden alıp, iyi niyetli olduğu kabul edilen kişiye vermek demektir. Başka bir deyişle, iyi niyetli zilyet, aslında yürürlükteki hukuk kurallarına göre haketmediği bir malın maliki olmaktadır. Öyleyse, basit bir dikkatsizlik yüzünden ortaya çıkan basit bir yanlış iyi niyetin ölçüsü olmamalıdır.

4- Bona Fides'in Bulunması Gereken An

Roma Hukukunda kazandırıcı zamanaşımı ile iktisaba yaranan iyi niyet (Bona Fides), kural olarak zilyetliğin elde edildiği anda bulunmalıydı(368).

(367) WINDSCHEID Bernard: Diritto Delle Pandette (İtalyanca Çeviri: FADDA ve BEISA, Notlu olarak) Torino 1925 § 178; UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh.100' den naklen.

(368) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 72; UMUR, Hüsniyet, age., sh. 101; IDEM: Eya, age., sh. 66; IDEM: Ders Notları, age., sh. 440; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 333; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 242; KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 156.

Eğer başlangıçta var olan iyi niyet, zilyetliği elde edilen şeyin usucapio ile mülkiyetinin kazanılması için gerekli olan sürenin sonuna kadar devam ediyorsa problem yoktur. Böyle bir durumda iyi niyetli zilyet, sürenin sonunda malın mülkiyetini iktisap eder. Fakat, zilyetliğin elde edildiği anda var olan iyi niyet yerini daha sonra kötü niyete bırakmışsa ne olacaktır? Roma Hukukçuları böyle bir durumda, sonradan ortaya çıkan kötü niyetin iktisaba engel olmayacağına karar vermişler ve "mala fides superveniens non nocet" yani, "sonradan ortaya çıkan kötü niyet zarar vermez" kuralını koymuşlardır(369). Ancak bu kural daha sonra, orta çağda kilise hukuku tarafından kaldırıldı ve bütün iktisap süresi boyunca zilyedin iyi niyetli olması aranmaya başlandı(370).

Roma Hukukunda iyi niyetin kural olarak teslim anında arandığına iki istisna getirilmişti(371). Bu istisnalardan biri alım-satımda, diğeri ise bağışlamada söz konusu olmaktaydı(372).

(369) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 72; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 333; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 242; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh.101; IDEM: Eşya, age, sh. 66; IDEM: Ders Notları, age., sh. 440.

(370) SOHM, Rudolf: Geschichte Und System Des Römischen Privatrechts, München Und Leipzig 1919, 16. B., sh. 398; JÖRS, P.- KUNKEL, W.- WENGER, L.: Römischer, age., sh. 136; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 72; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 333; KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 156; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 242; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 101; IDEM: Eşya, age., sh. 66; IDEM: Ders Notları, age., sh. 440.

(371) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 72.

(372) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 103.

a) Usucapio Pro Donato

Önceleri pro donato sebebine dayanan kazandırıcı zamanaşımı ile diğerleri arasında iyi niyetin zamanı bakımından bir fark yoktu. Iustinianus Dönemi'nde de durum aynıydı. Ancak, Iustinianus'dan önceki dönemde kazandırıcı zamanaşımı boyunca iyi niyetin varlığı aranmıştı(373).

Neratius'a ait bir metne dayanılarak, bu dönemin Neratius'dan sonra başladığı tahmin edilmektedir. Yani, Neratius zamanında da pro donato sebebine dayanan usucapio'da "mala fides superveniens non nocet" ilkesinin geçerli olduğu ileri sürülmektedir(374).

Bu iddianın dayandırıldığı metinde şöyle denilmektedir:

"Üçüncü bir kişi bir kadına, kocasına ait olduğunu bilmediği bir şeyi bağışlasa, kadın da o şeyin kocasına, kocası da kendisine ait olduğunu bilmeseler, kadın o şeyi zamanaşımı ile iktisap edebilir. Kadının kocasının egemenliği altında bulunup kendisini aile reisi zanneden bir kimsenin yaptığı bağış halinde hukukî durum aynıdır. Fakat eğer zamanaşımı sona ermeden önce koca o malın kendisine ait olduğunu öğrense ve istihkak talebinde bulunmak hakkına sahip iken bunu yapmak istemese, acaba kadın bunu biliyor ve koca tarafından yapılmış bir bağış haline geldi diye zilyetliği kesintiye uğrar mı? Mülkiyetin iktisabına bunun bir engel oluşturmaması gerekir. Gerçekte kadının kocaya ait bir malı herhangi bir şekilde iktisap etmesi değil, sadece bağışlama sebebiyle iktisap etmesi yasaklanmıştır(375)".

Gerçekten de bu metinden, o dönemde "mala fides superveniens non nocet" kuralının geçerli olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Çünkü metne göre kadın, malın kime ait olduğunu öğrense ve kötü niyet sahibi haline gelse bile, kocası istihkak talebi

(373) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 103.

(374) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 105.

(375) NERATIUS, D. 24,1,44 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 104; 176).

hakkında yararlanmak istemediği sürece usucapio işlemeye devam edecektir.

Ulpianus'a ait bir metin, bu hukukçunun döneminde, usucapio pro donato halinde, malın teslimi anında var olan iyi niyetin, mülkiyeti iktisap edebilmek için yeterli olmadığını göstermektedir. Söz konusu metinde şöyle denilmektedir:

"Bununla birlikte çalınmış mal olan ana (köle kadın) satılmış değil bağışlanmış olur ve benim (iyi niyet sahibi bağışlanan) nezdinde doğurursa, Iulianus'un dediğine göre, doğan bu çocuk üzerinde actio publiciana'ya hakkım vardır; ancak talebin sırasında ananın çalınmış olduğunu bilmemem gerekir(376)".

Her şeyden önce burada bir elden bağışlamanın bulunduğu belirtmek gerekecektir. Çünkü bağışlama vaadinin ifası halinde, usucapio pro donato değil, usucapio pro solutio söz konusu olacaktır(377). Eğer elden bağışlanan köle ana bir res furtiva ise, zamanaşımı ile iktisabı mümkün değildir(378). Ancak doğurduğu çocuğun bu yolla iktisabı mümkündür. Iulianus, D. 41,3, 33 pr.'da, çocuğun zamanaşımı ile iktisabında iyi niyetli zilyedin, ananın başkasına ait olduğunu sadece iktisap anında değil, çocuğun ana rahmine düşmesi ve doğumu anında da bilmemesini aramaktadır; Iulianus'a göre, "zilyetliği sadece alım-satım sebebiyle değil, kazandırıcı zamanaşımına imkan veren herhangi bir sebeple elde bulundurulmuş, çalınmış bir kölenin çocuğu, kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilir. Bu da hukuken doğru görünmektedir. Zira köle kadının kazandırıcı zamanaşımı ile iktisabını

(376) ULPIANUS, D. 6,2,11,3 (Türkçe Metin, UMUR, Z. Hüsnüniyet, age., sh. 105;174; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 77).

(377) SUBAŞI, P.: Usucapio, age., sh. 436; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 78; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 103

(378) SOHM, R.: Geschichte, age., sh. 398; JÖRS, P.: KUNKEL W.- WEGNER, L.: Römisches, age., sh. 134-135; TAHİROĞLU, B.: Furtum, age., sh. 66.

temin edecek bir sebep varsa ve buna XII Levha Kanunu veya Atinia Kanunu engel oluşturmuyorsa, zilyedin, kendi yanında iken ve çalınmış olduğunu bilmediği gebe kalan ve doğuran köle kadının çocuğunu zamanasımı ile iktisap etmesi gerekir(379)".

Erdoğmuş'a göre Iulianus, bu çocuk için bir actio publiciana açmak söz konusu olduğu zaman, hukukî sebep bağışlana ise, iyi niyetin dava anında da bulunmasını aramaktadır(380).

Umur'a göre ise Iulianus, çocuk üzerinde zamanasımının cereyan etmesini isteyen kimsenin, bir actio publiciana açması halinde bu dava açılırken de iyi niyet sahibi olması gerektiği görüşündedir. Yani zilyet, zamanasımı sırasında devamlı iyi niyetli olmalıdır(381).

Eğer köle satın alınmış olsaydı, çocuğun doğumu sırasında iyi niyet sahibi olunması yeterli olacaktı. Oysa burada bağışlanan, ancak talep sırasında da iyi niyet sahibi olursa actio publiciana'dan yararlanabilecektir. Bunun nedenini anlamak oldukça güçtür(382). Umur'a göre bağışlama ivazsız bir işlem olduğu için diğerlerinden farklıdır. Kendisine bir şey bağışlanan bundan sadece bir yarar elde ettiği için, bu kişinin usucapio ile iktisabını biraz daha zorlaştırmak son derece doğal ve hatta zorunludur(283).

Corpus Iuris Civilis'de sonradan meydana gelen kötü niyetin zamanasımını kestiği yolunda hiç bir kayıt yoktur. Bir tek metinle de bir kuralın varlığına hükmetmek sağlam bir iddia

(379) IULIANUS, D. 41,3,33 pr. (Türkçe Metin UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 151).

(380) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 78.

(381) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 106.

(382) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 106.

(383) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 104.

değildir. Ancak, Levet ve Zanzucchi'ye göre(384), söz konusu metin interpolatio olmadığına ve çalınmış köle kadın hakkında özel bir kural koyma amacını taşımadığına göre, actio publiciana'nın açılacağı zaman iyi niyeti şart koştukça, zamanaşımının sona ermesine kadar iyi niyetin bağışlanan mallar için zorunlu olduğunu ifade etmiş oluyor.

b) Usucapio Pro Emptore

İyi niyetin zilyetliğin iktisabı anında bulunması gerektiği kuralının diğer bir istisnası da alım-satım sözleşmesinde söz konusu olmaktadır.

Alım-satım sözleşmesi borç doğuran bir sözleşmedir. Bu borcun amacı ise onun ifası, yani solutio'dur. Bu durumda bunula ilgili kazandırıcı zamanaşımı sebebinin de pro solutio olması gerekir. Dolayısıyla, kazandırıcı zamanaşımı için gerekli olan iyi niyetin solutio (ifa) anında bulunması gerekmektedir. Çünkü, mülkiyetin naklini gerektiren yakın sebep solutio'dur. Alım-satım ise, solutio'yu açıklayan uzak sebeptir(385).

Oysa durum görüldüğünden tamamen farklıdır. Diğer sözleşmelerde hukukî sebep solutio olduğu halde, alım-satımda pro emptore olmakta ve hukukî sebep olarak alım-satım sözleşmesi gösterilmektedir. Pro emptore sebebine dayanan kazandırıcı zamanaşımının işleyebilmesi için de, yalnız zilyetliğin teslimi anında değil, aynı zamanda sözleşmenin kuruluşu sırasında da iyi niyetin varlığı aranmaktadır(386).

(384) LEVET Albert: De L'effet Interruptif de La Mala Fides Superveniens En Matiere D'usucapion Pro Donato, Revue Historique de Droit Fr. Et. Etr., C. 57, 1933 sh. 28; ZANUCCHI, P. Paoli: La Successio e L'accessio Possessionis Nell'usucapione, Archivio giuridico, C.72, 1904, sh. 233; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 107'den naklen.

(385) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 109.

(386) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 109

Bu konuda Ulpianus şöyle demektedir:

"Iulianus'un Digesta'sının 7. kitabında yazdığına göre, satın alınmış malın teslimi iyi niyetle yapılmalıdır; bu yüzden zilyetliği, başkasına ait olduğunu bilerek elde eden kimse actio publiciana'yı açamaz. Zira zamanasımı ile iktisap edemez. Ve hiç kimse actio publiciana 'yı haiz olmak için, teslim anında malın başkasına ait olduğunu yeterli gördüğümüzü zannetmesin, o sırada (alım-satımda) da alıcı iyi niyetli bulunmalıdır(387)".

Metinde de açıkça belirtildiği gibi Ulpianus, alıcının actio publiciana'yı açabilmesi için ve dolayısıyla usucapio'dan yararlanabilmesi için, alım-satım sözleşmesinin yapıldığı sırada iyi niyetli olması gerektiğini belirtmektedir. Ulpianus bir önceki metinde de alıcının actio publiciana'dan yararlanabilmesi için iyi niyetli alıcı olması gerektiğini vurgulamaktadır(388).

Ulpianus, başka bir metinde ise bu söylediklerinin tam tersini söylemektedir. Metin aynen şöyledir:

"Başkasına ait bir şey iyi niyetle satın alınmış ise, acaba zamanasımının cereyan edebilmesi için, iyi niyet alım-satımın başında mı olmalıdır, yoksa teslim anında mı? sorusu soruluyor; Sabinus ve Cassius'un teslim anında gerektiği yolundaki fikirleri hakim olmuştur(389)".

Ancak, Erdoğmuş'a göre(390), Ulpianus bu metinde sadece Cassius ve Sabinus'un fikirlerini aktarmakta, bu konudaki asıl fikrini ise D. 6,2,7,17'de söylemektedir. Bu nedenle, ulpianus'un Bona Fides'i sadece Traditio anında aradığı sonucunu çıkarmak doğru değildir.

(387) ULPIANUS, D. 6,2,7,17 (Türkçe Metin, ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 73).

(388) ULPIANUS, D. 6,2,7,16 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 173)

(389) ULPIANUS, D. 41,3,10 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 144).

(390) ERDOĞMUŞ, Actio Publiciana, age., sh. 73.

Digesta'da bulunan bir başka metinde ise bu konuya ilişkin olarak şöyle denilmektedir:

"Şayet sana borçlu olduğumu zannettiğim bir şeyi sana teslim etmişsem, zamanaşımı ile iktisap edebilmen için senin de, benim sana borçlu olduğumu zannetmen gerekir. Eğer ben, satıcı sıfatı ile sana borcum olduğunu zannederek teslimde bulunmuşsam durum başka türdür. Çünkü senin zannının aksine, bana karşı bir dava hakkın yoksa, alıcı sıfatı ile kazandırıcı zamanaşımından yararlanamazsın. Farkın nedeni şuradadır: Alım-satım akdindeki zilyetlik sebeplerinde sadece ifa zamanı önemlidir. Stipulatio yapılırken vaadedilen şeyin başkasına ait olup olmasının önemi ise yoktur; bana ifa sebebiyle vermekte olduğun şeyin sana ait olduğuna inanman yeterlidir. Alım-satımda ise hem sözleşmenin kuruluş zamanı, hem de borcun edası anı önemlidir(391)"

Bu metin, alım-satım sözleşmesi yapıldıktan sonra, alıcının kazandırıcı zamanaşımından yararlanabilmesi için, sadece teslim anının değil aynı zamanda sözleşmenin kuruluş anının önemli olduğunu ve bu bakımdan alım-satım sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklı olduğunu ortaya koymaktadır.

Alım-satım sözleşmesinin yapıldığı anda bulunması gereken iyi niyetin sadece alıcıda bulunması yeterlidir. Satıcı kötü niyetli olsa da, bu, alıcının zamanaşımı ile malı kazanmasını engellemez(392).

Ancak satıcının, malın başkasına ait olduğunu bilerek satması ve teslim etmesi, taşınır malları res furtiva haline sokabileceği için böyle bir durumda Bona Fides şartı gerçekleşmiş bile olsa, res habilis şartı gerçekleşmeyeceğinden, alı-

(391) PAULUS, D. 41,3,48 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnü-niyet, age., sh. 156-157).

(392) Bak. ULPIANUS, D. 6,2,7,11 (Türkçe Metin, ERDOĞ- MUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 74).

cının malı zamanasımı ile kazanması mümkün olamayacaktır(393).

Kural olarak alıcının hem alım-satım sözleşmesinin yapıldığı anda, hem de teslim anında iyi niyetli olması gerekir. Ancak alım-satım sözleşmesi yapılırken borcun ifa edileceğine güvenen alıcının bu güveninin korunduğu ilginç bir durum Di-gesta'da yer almıştır.

"Papinianus, meselelerin 6. kitabında şöyle yazar; bir kimse kendi rızasıyla vekili tarafından satılmış olan malın, satım sebebiyle teslimini yasaklamış veya yasakladığına alıcıya bildirmişse, ister zilyet olsun, isterse malı talep etmek istesin, praetor alıcıyı himaye eder(394)".

Bu metne göre, malik bir kimseye bir malının satımı ve teslimi için vekalet vermiş, ancak vekil satış sözleşmesini yaptıktan sonra fakat malı teslim etmeden önce malik vekaleti geri almak suretiyle malın teslimine engel olmak istemişse, böyle bir durumda praetor alıcıyı korur. Hatta, malik alıcıyı durumdan haberdar ederek malı teslim etmek istemediğini bildirirse bile durum aynıdır. Vekaletin teslimden önce geri alındığının alıcı tarafından bilinip bilinmemesinin önemi yoktur. Eğer mala alıcı zilyet olmuşsa, malikin açtığı istihkak davasına karşı bir defa ileri sürülecektir. Mal malikin ya da üçüncü bir kişinin eline geçmişse, bu durumda da actio publiciana'yı açabilecektir(395).

Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür: Roma Hukukunda alım-satım sözleşmesi diğer solutio hallerinde olduğu gibi, mülkiyetin nakli borcunu doğurmayıp, mülkiyeti devir işlemi yapma borcunu doğurduğu için, alım-satım solutio'su bir pro solutio hukukî sebep olamaz. Bu nedenle, kazandırıcı zamanasımına elverişli bir sebebin var olup olmadığının saptanmasında yakın sebep olan solutio yeterli değildir, alım-satım sözleşmesine kadar çıkmak gerekir(396).

(393) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 75.

(394) ULPİANUS, D. 6,2,14 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 76).

(395) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 77

(396) UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 110.

III- USUCAPIO'NUN HÜKÜMLERİ

Usucapio'nun şartlarını bu şekilde inceledikten sonra, acaba bu kurumun hükümleri nelerdir? sorusuyla karşılaşırız. Başka bir deyişle, usucapio ne işe yaramaktadır? Ortaya çıkışının amacı nedir? Bu yolla bir malın mülkiyetini kazanmak mümkün olduğuna göre, bu kazanma bir aslen kazanma mı, yoksa bir devren kazanma mıdır? Son olarak da acaba mülkiyet ne zaman kazanılmaktadır? Bu başlık altında bu soruların cevapları araştırılacak ve sırasıyla, usucapio'nun işlevleri, hukukî niteliği ve mülkiyetin kazanılma anı incelenecektir.

A) Usucapio'nun İşlevleri

Usucapio'nun işlevlerinin neler olduğunu incelemeye geçmeden önce, neden böyle bir kuruma gerek duyulduğunu ve belli bir süre bir mala zilyet olmakla o malın mülkiyetinin el değiştirmesini haklı kılan nedenleri araştırmak yerinde olacaktır. Başka bir deyişle, usucapio yoluyla, fiili bir egemenlik olan zilyetliğin, mülkiyet gibi temel bir hakkı, gerçek sahibinden alıp başka birisine kazandırmasının nasıl bir adalet mantığına uyduğunu incelemek gerekecektir.

Roma Hukuku kaynakları, usucapio'dan söz eden bölümlerine, bu kurumun neden var olduğunu açıklayan bir cümle koyarlar(397). Gaius, Institutiones'de bunun nedenini şu şekilde açıklamaktadır:

"Eşyanın mülkiyeti uzun zaman belirsizlik içinde kalmasın diye bunun (usucapio'nun) kabul edilmiş olduğu görülüyor: Malike, malını araması için bir veya iki yıl yeterli olduğundan, zilyede, zamanaşımı ile iktisap etmesi için bu süre verilmiştir(398)".

(397) UMUR, Z.: Hüsünîyet, age., sh. 16; IDEM: Eşya, sh. 54

(398) GAIUS, Ins. 2,44 (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsünîyet, age., sh. 133).

Iustinianus'un Institutiones'inde de hemen hemen aynı görüşler yer almaktadır. Iustinianus'un Institutiones'inin kazandırıcı zamanaşımından sözeden bölümünün başında şöyle denmektedir:

"Ius Civile gereğince bir kimse, malik olmadığı halde malik zannettiği bir kimseden iyi niyetle, alım-satım, bağış veya her hangi başka bir hukukî sebebe dayanarak bir mal elde etmişse, bu kimse o şeyin mülkiyetini, taşınır ise her hangi bir yerde bir yılda, taşınmaz ise yalnız İtalya arazisinde iki yılda zamanaşımı ile iktisap ederdi; bu da, eşyanın mülkiyeti uzun zaman belirsizlik içinde kalmasın diye idi. Eskilerin fikrine göre, maliklerin kendilerine ait olan şeyleri aramaları için bu süreler yeterli olduğundan böyle vazedilmişti(399)".

Gene Gaius Digesta'da, usucapio'nun genel menfaat düşüncesiyle kabul edildiğini şu sözlerle açıklamaktadır:

"Usucapio, genel bir menfaat için, yani, özellikle eşyanın mülkiyeti uzun zaman ve belki devamlı olarak belirsizlik içinde kalmasın diye ithal edilmiştir; malike de mallarını araması için yeterli zaman bırakılmaktadır(400)".

Bu metinler incelendiğinde, ilk bakışta mülkiyet gibi önemli bir hakkın uzun zaman, belki de devamlı olarak belirsiz kalmasını ve davaların uzayıp gitmesini önlemek gibi bir fayda gözetilmiş olduğu düşünülebilir. Böyle bir durumda da hakkaniyet kurallarının, politik düşüncelere alet edildiği sonucuna varılabilir. Ancak metinlere dikkatle bakıldığında, böyle bir kurumun kabul edilmesinin gerçek nedeninin böyle bir fayda değil, sadece kamu yararı olduğu kolayca anlaşılabılır(401). Nitekim, Diges-

(399) IUSTINIANUS, Ins. 2,6 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Ins., age., sh. 99).

(400) GAIUS, D:41,3,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, sh. 140).

(401) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 16; IDEM: Eşya, age., sh. 54.

ta'daki bir metin bu fikri doğrulamaktadır. Neratius'a ait olan bu metinde şöyle denilmektedir:

" Daha başka sebeplerle de bizim olduklarını zannettiğimiz şeyler konusunda kazandırıcı zamanaşımının tanınması, ihtilafların önünü almak içindir(402)".

Metne göre, bir mal üzerinde malik imiş gibi ve malik olduğu zannıyla uzun zaman zilyet olmuş ve mal üzerinde mutlak bir egemenlik kurmuş olan bir kimseye hakkını tanımakta devamlı ısrar etmek, mülkiyet gibi bir hak üzerinde tereddütler doğuracaktır. Bu da, mal düzenini kararsız bir hale getirecek, aynı zamanda devamlı ve çeşitli çekişmelerin kaynağı olacaktır(403).

İşte bu nedenlerle, belirli bazı özelliklere sahip olmak şartıyla, kanunun belirlediği bir sürenin geçmesinden sonra zilyedin malik olabilmesi haklı görülmüştür(404).

Bu düşünceye egemen olan ölçü zilyedin iyi niyeti değildir. Çünkü eski hukuk döneminde iyi niyet aranmıyordu. Üstelik daha önce de belirtildiği gibi(405), Roma Hukuku iyi niyetin, sadece zilyetliğin elde edildiği anda yeterliydi. Daha sonraları iyi niyet sahibi kimselerin korunması, adeta usucapio'nun asıl amacı haline geldi. Bu ise kilise hukukunun etkisiyle oldu; ayrıca iyi niyetin bütün zamanaşımı süresi boyunca devam etmesi şartı aranmaya başlandı. Oysa usucapio'nun ilk ortaya çıktığı sıralarda iyi niyet aranmıyordu. Dolayısıyla söz konusu düşünceye egemen olan ölçünün iyi niyet olduğu söylenemez(406).

(402) NERATIUS, D. 41,10,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsününiyet, sh. 172).

(403) UMUR, Z.: Hüsününiyet, age., sh. 16; IDEM: Eşya, age., sh. 54.

(404) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 55

(405) Bak. sh. 82

(406) UMUR, Z.: Hüsününiyet, age., sh. 17; IDEM: Eşya, age., sh. 55.

Bu ölçü süre de değildir. Bu durumda zamana bir hukuk yaratma özelliği verilmektedir. Bununla süre, malik ile mal arasındaki bağı çözmekte mal ile zilyet arasında bağ bulunmamaktadır. Tamamen fiziki bir olay olan zamanın geçmesinin, tek başına hukuk düzeni üzerinde etkili olmasının usucapio'yu haklı kılabilceği kabul edilemez. Bu nedenle Gaius'un ve Neratius'un da belirttikleri gibi(407) usucapio'yu haklı kılacak mantığın sadece "genel fayda" olduğu söylenebilir(408).

Bu değerlendirmelerden sonra, usucapio'nun işlevini başka bir deyişle ne işe yaradığını ve hangi amaçlara hizmet ettiğini incelemeye geçebiliriz. Genel olarak kabul edildiğine göre, usucapio, bir res Mancipi'nin traditio ile devredilmesi halinde ya da başkasına ait bir malın satın alınması durumunda, malı devreden kimsenin mülkiyeti kazanmasına yaramaktadır. Ayrıca bir malın maliki olan kişi de, bu hakkını, başka koşullar yanında o malın belirli bir süreden beri zilyedi olduğunu ortaya koyarak kolayca kanıtlayabilir.

1- Usucapio'nun Mülkiyeti Kazandırma İşlevi

Klasik Roma Hukukunda kazandırıcı zamanasımının iki önemli işlevi vardı: Birincisi, bir res Mancipi'yi mancipatio ya da in iure cessio yapmaksızın sadece traditio ile devralan kimsenin mülkiyeti kazanmasını sağlıyordu. İkinci işlevi ise bir malı malik olmayan birinden devralmış ya da malik olmayan o malın mülkiyetini iktisap edebilmesine yarıyordu. Böylece, boniter malikini

(407) GAIUS, D. 41,3,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 140); NERATIUS, D.41,10,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 172).

(408) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 17; IDEM: Esya, age., sh. 55.

(409) Qirites malikine dönüştürüyordu(410).

Di Marzo 'ya göre usucapio ilk olarak, mancipatio yoluyla bir res mancipi'yi malik olmayan bir kimseden alanın mülkiyeti iktisap edebilmesini sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu yazara göre XII Levha Kanununda usus ile auctoritas'ın birlikte düzenlenmesi ve çalınmış şeylerin usucapio ile iktisap edilemeyeceği yolundaki yasağın konulması, usucapio'nun ilk işlevinin bu olduğunu göstermektedir(411).

Roma Hukukunda, malik olmayan birinden bir malı devralan kimsenin, iyi niyetli bile olsa, o malın mülkiyetini kazanması mümkün değildi. Çünkü malı devreden kimsenin sahip olmadığı bir hakkı devretmesi düşünüleliyordu. Bu durum, D. 50, 17, 54'de bir ilke halinde belirtilmiştir. Bu ilkeye göre hiç kimse sahip olduğu haktan daha fazlasını başkasına devredemez "Nemo plus Iuris Ad alium transferre Potest quam Ipse habet"(412).

(409) Roma Hukukuna göre bir kimsenin Ius Civile'ye göre maliki olmadığı bir malı, praetor'un tanıdığı hukuki yollarla kendisininmiş gibi malları arasında bulundurmasına in bonis habere ya da in bonis esse deniyordu. Buna praetor mülkiyeti dendi. En önemli kaynakları da bir res mancipi'nin gerekli işlemler (mancipatio ya da in iure cessio) yapılmadan elde edilmesi durumu ve bir malı malik olmayandan alan iyi niyet sahibi kimsenin durumu idi. Kendisine praetor tarafından, bonorum possessio (praetor mirasçılığı) tanınan kimse ile praetor'un kendisine çeşitli durumlarda zilyetlik tanıdığı kimseler de praetor maliki sayılıyordu. Bu kimseler, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla Ius Civile maliki olabilirlerdi. Iustinianus döneminde praetor mülkiyeti ile Ius Civile mülkiyeti birleşmiş ve tek bir mülkiyet türü oluşmuştur. (Bak. UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 85).

(410) SOHM, R.: Geschichte, age., sh. 399; JÖRS, F.-KUNKEL, W.-WENGER, L.: Römisches Recht, age., sh.153.

(411) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 238-239.

(412) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 141.

Ancak, malik olmayan, ya da malı devretme yetkisi bulunmayan birinden gerçek durumu bilmeden bir mal alan kimsenin de korunması gerekiyordu. Klasik hukuk döneminde malı devralan kimsenin korunabilmesi için, bir hukuki sebebe dayanarak ve iyi niyetle devralmış olması gerekiyordu. Ancak ilk zamanlarda bu iki şart aranmıyordu. Yalnız, malın res furtiva olmaması gerekiyordu. Başka bir deyişle, devredilen mal res habilis olmalıydı.

XII Levha Kanununa göre, bir malı mancipatio ile devralan kimse, üçüncü kişilerin ihlalleri karşısında, malı devreden kimseden yardım isteyebilirdi. Çünkü malı mancipatio ile devreden kimsenin devralana karşı teminat yükümlülüğü vardı. Bu yükümlülük taşınmazlarda iki yıl, taşınırılarda ise bir yıl sürüyordu. Bu süre içinde malın üzerindeki hakkın bir çekişmeye konu olması halinde, devreden kişi davaya taraf oluyor ve devralanın durumunu koruyordu(413). Ancak, malı devreden kimsenin teminat yükümlülüğü sonsuza kadar devam edemezdi. Nitekim XII Levha Kanununda da bu süreler bir ve iki yıl olarak belirlenmişti. Bu süreler bitmeden önce malı devralan kişi, herhangi bir tecavüze uğradığı zaman, ya da üçüncü bir kişi mal üzerinde aynı bir hak iddia ettiği zaman, devredeni yardıma çağırıyordu. Bu durumda malı devretmiş olan kişi, dava sırasında malı elinde bulundurana yardım etmek, dava kaybedilir ve mal üçüncü kişi tarafından zaptolunursa, malın değerinin iki katını ödemek zorunda kalırdı(414). Ancak sürenin sonunda teminat yükümlülüğü de son bulacağından, böyle bir yardım mümkün değildi. Bu nedenle malı devralan devralmış olduğu malın gerçek maliki başka biriye ve süre bittikten sonra, gelip malını isterse, böyle bir durumda malı devralan bu kişinin malın gerçek malikine karşı korunması gerekiyordu. Çünkü, Neratius'un da belirtti-

(413) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 10; ERDOĞMUŞ, B.: Usus, age., sh. 111.

(414) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 69.

ği gibi(415) çekişmelerin önünü almak, davaların uzayıp gitmesini engellemek ve hukuki istikrarı sağlamak için bu gerekliydi. Bu nedenle XII Levha Kanunu, taşınmazlarda teminat yükümlülüğünün i-ki, diğer mallarda ise bir yıl süreceğini belirtmekle kalmamış, aynı zamanda bu sürelerin sonunda malı devralan kişinin malik ha-line geleceğini de hükme bağlamıştır. Böylece sürenin sonunda ma-lı devreden kimsenin teminat yükümlülüğü bitse de, devralan kişi malik haline geliyor ve sürenin geçtiğini kanıtlamak suretiyle her türlü tecavüze karşı korunabiliyordu(416). Di Marzo'nun ilk defa böyle bir amaca hizmet etmek için ortaya çıktığını iddia ettiği usucapio'nun bir işlevi buydu. Bu işlevi ile usucapio, bir hak eksikliğini tamamlamaktaydı(417).

Usucapio'nun mülkiyeti kazandırıcı bir diğer işlevi de, sadece traditio ile devredilen res mancipi'lerin mülkiyetinin ka-zandırılmasına yönelikti. Bu işlevi ile de usucapio bir şekil ek-sikliğini tamamlamaktaydı(418).

Eski Roma Hukukunda ve klasik hukuk döneminde bir res man-cipi'nin mülkiyetinin başka bir kimseye geçirilebilmesi için ya mancipatio ya da in iure cessio ile devredilmesi gerekiyordu(419).

Mancipatio, Ius Civile'nin belirlediği, mülkiyeti devir konusundaki ilkel şekillerden biriydi. Yalnız Roma vatandaşları arasında geçerli olabilirdi, bir şarta ya da vadeye bağlanamazdı. Bu işlemin yapılabilmesi için, malı devir alacak ve devre-decek olan kimselerden başka beş şahit ile bir terazi tutucu ol-mak üzere en az sekiz kişiye ihtiyaç vardı(420). Son derece bi-

(415) NERATIUS, D. 41,10,5 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 172).

(416) ERDOĞMUŞ, B.: Usus, age., sh. 117.

(417) SOHM, R.: Geschichte, age., sh. 400.

(418) SOHM, R.: Geschichte, age., sh. 400; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 26, Not: 104.

(419) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 185.

(420) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 68; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 34.

çimsel bir işlem olduğundan yapılması oldukça zordu. Hepsinden önemlisi, sekiz kişiyi bir arada toplamak her zaman mümkün olamazdı.

Roma toplumunun gelişmesine paralel olarak, ticaret hayatı da gelişti. Bu gelişmenin sonucu olarak, mülkiyeti devir için daha pratik bir işleme gerek duyuldu. Ancak, mancipatio'dan başka, res mancipi'lerin mülkiyetini nakletmeye yareyan tek işlem in iure cessio idi. Bu, Praetor veya eyalet valileri huzurunda cereyan eden, farazi bir dava biçimindeydi. Üç kişi ile yapılan bu işlemde, malik malın mülkiyetini terketmekte(cessio), davacı mülkiyeti eline geçirmekte(vindicatio), magistra ise mülkiyeti davacıya tahsis etmekteydi(adiudicatio)(421). In iure cessio'da tıpkı mancipatio gibi, mülkiyetin kolayca karşı tarafa geçmesini sağlayan pratik bir yol değildi. Bu nedenle res mancipilerin de zaman zaman traditio ile devredilmesi, hatta ticaret hayatının gelişmesiyle bu yolun yaygınlaşması kaçınılmazdı(422). Oysa, tek başına traditio, res mancipi'lerin mülkiyetinin devredilmesi için yeterli değildi. Bu yolla ancak zilyetlik devredilebilirdi. Usucapio ile bu eksiklik giderildi ve traditio ile devredilen res mancipi'lerin mülkiyetinin devralan tarafından kazanılması sağlandı. Bu özelliği ile usucapio, Praetor hukukuna göre kazanılan mülkiyeti, Ius civile'ye göre kazanılmış mülkiyete dönüştürüyordu(423).

Usucapio'nun bu işlevi Iustinianus dönemine kadar sürdü ve bu dönemde kayboldu. Çünkü, Iustinianus hukukunda mancipatio ve in iure cessio kaybolmuş, bunların yerini traditio almıştı. Böylece bütün aynı haklar traditio ile devredilebilmeye başlamıştı. Başka bir deyişle, traditio artık hem res mancipi'lerin hem de res nec mancipi'lerin mülkiyetini nakletmeye yarıyordu(424).

(421) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 71; IDEM: Lügat, age., sh. 88; ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 34.

(422) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 34.

(423) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 152.

(424) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 153.

Bunun sonucu olarak da, teslimle mülkiyet karşı tarafa geçtiğinden, traditio ile devredilen mal, res mancipi bile olsa, mülkiyeti kazanabilmek için zamanasımı süresinin dolmasını beklemek gerekmiyordu. Ancak, Iustinianus döneminde de, usucapio'nun başkasına ait malın yanlışlıkla mal sahibi olmayan ya da malı devretmeye yetkili bulunmayan bir kimseden devralınması halinde, devralanın mülkiyeti kazanmasına yarayan işlevi devam etti(425).

2- Usucapio'nun İsbat İşlevi

Kazandırıcı zamanasımı aynı zaman da, bir dava ile mülkiyet hakkını ileri süren malikin çıkarlarına da uygun düşmekteydi. Böyle bir dava açan malik de, mülkiyet hakkını kolaylıkla isbat edebilmek için bu kurumdan faydalanabiliyordu(426).

Roma Ius civile'sine göre, bir kimse bir mal üzerindeki mülkiyet hakkını isbat etmek zorunda kalmışsa, kendisine bu hakta selef olan kimselerin o malı aslen iktisap etmiş olanına kadar, her birinin mülkiyet hakkını isbat etmek zorundaydı. Çünkü seleflerinin bir tanesinin hakkında var olan bir fesat ondan sonraki hak sahiplerinin hepsinin durumunu etkilemekteydi. Bu nedenle de mülkiyet hakkının isbatı oldukça güçlü. Nitekim mülkiyetin devir yoluyla kazanılmasının ispatına probatio diabolica (şeytan beyyinesi) deniyordu(427).

Oysa, mülkiyeti kazandırıcı zamanasımı ile iktisap etmiş olan bir kimsenin mülkiyet hakkının ispatında selefler söz konusu olmuyordu(428). Nitekim, eğer kendisini o malın mülkiyetini devren kazanmış, fakat seleflerinden bir tanesi zamanasımı yoluyla (aslen) kazanmışsa, bu durumda da aslen kazanmadan önceki seleflerin mülkiyet haklarını ispat etmeye gerek kalmaz, sadece o

(425) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 153.

(426) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 153.

(427) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 18; IDEM: Eşya, age., sh. 56; IDEM: Lügat, age., sh. 170.

(428) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 153; UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 18; IDEM: Eşya, age., sh. 56.

selefte usucapio koşullarının varlığının kanıtlanması yeterli olurdu(429).

Doktrinde, Klasik devrin usucapio'sunun kaynağı olarak nitelendirilen usus auctoritas'ın asıl işlevi usul hukukuna ilig-kindir(430). Usus auctoritas kuralı, dava edilenin ispat imkanını kolaylaştırıyor, zilyet sadece sürelerin geçtiğini ispatlamak suretiyle, isbat yükünü yerine getirmiş sayılıyordu(431).

3- Usucapio'nun Aynî Hakları Kazandırması

Usucapio aynı zamanda, aynî hakların iktisabına da yarırıyordu. Klasik Roma Hukukunda zilyetlik, bir mal üzerinde fiilen tasarruf etmektir. Böyle bir zilyetlik ise sadece maddi mallar üzerinde söz konusu olabilirdi(432).

Zamanla praetor'lar, başkasına ait bir mal üzerinde aynî hak sahibi olanlara, fiili durumları ihlal edildiğinde kendilerini koruyabilmeleri için bir interdictum tanıdılar. Ancak bu interdictum'lara rağmen aynî hak sahipleri yine de possessor değil detentor sayılıyorlardı. Ancak bazı hukukçular, bu tip interdictumlarla korunan fiili durumlara quasi possessio (zilyetlik benzeri) diyorlardı(433).

Iustinianus dönemi hukukçuları, quasi possessio'yu başkasına ait mal üzerindeki fiili bir hakimiyet değil, mal üzerindeki hakkın zilyetliği olarak görmeye başladılar(434).

Hak üzerinde zilyetlik düşüncesinden hareketle, böyle bir zilyetliğin de, tıpkı bir mal da olduğu gibi, iyi niyetle ve bir hukuki sebebe dayanarak belli bir süre uzamasının zilyeti hak sahibi yapacağı kabul edildi. Böylece, örneğin, intifa hakkına sa-

(429) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 170.

(430) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh.26,Not:104.

(431) ERDOĞMUŞ, B.: Usus, age., sh. 112.

(432) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 115.

(433) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 116; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 307.

(434) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 177; IDEM: Eşya, age., sh. 116; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 308; KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 174.

hip olmadığı halde, bir mal üzerinde iyi niyetle ve bir hukuki sebebe dayanarak, intifa hakkını fiilen kullanan kimseye hak sahibi, belli bir süre müdahale etmemişse, o kimse intifa hakkının sahibi haline gelmekteydi. Aynı şekilde, irtifak haklarının da zamanasımı ile iktisabı kabul edilmişti(435).

Ius civile döneminde irtifak hakları (İtalya arazisi üzerindeki) res mancipi'lerden sayıldıkları için yalnız in iure cessio veya mancipatio ile kurulabilirlerdi. Ancak o dönemde de irtifak haklarının zamanasımı ile kazanılması kabul ediliyordu. Çünkü o dönemde zilyetlik, herhangi bir yetkinin kullanılması anlamına gelen geniş bir kavramdı. Fakat Klasik dönemde zilyetliğin, sadece maddi mallar üzerinde bulunabileceği kabul edildi. Dolayısıyla bu dönemde irtifak haklarının zamanasımı ile kazanılması da düşünüleliyordu. Fakat Iustinianus döneminde tekrar haklara da zilyet olunabileceği kabul edilince, 10 veya 20 yıllık bir sürenin geçmesi ile irtifak hakkının kurulması yeniden mümkün hale gelmiştir(436).

B) Usucapio'nun Hukuki Niteliği

Roma Hukukunda mülkiyetin kazanılma yolları, "Ius Civile ve Ius Gentium gereğince mülkiyetin kazanılma yolları" olmak üzere ikiye ayrılıyordu(437). Gaius bunu şu şekilde açıklamıştır.

"Bazı şeylerin mülkiyetini tabi akıl gereğince bütün insanların uydukları kavimler hukukuna göre, bazılarının mülkiyetini ise vatandaşlarımıza has olan vatandaşlar hukukuna göre iktisab ederiz(438)".

Gaius, önce mülkiyetin devrine yarayan işlemlerden söz ettikten sonra, mülkiyetin kazanılmasının ya tabi hukuka göre,

(435) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.117.

(436) UMUR, Z.: Ders Notları, age., sh.481.

(437) UMUR, Z.: Hüsünüyet, age., sh.18.

(438) GAIUS, D. 41,1,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsünüyet, age., sh.19; 177).

veya vatandaşlar hukukuna göre yapıldığını söylemektedir. Bu, o zaman için önemliydi. Çünkü, Klasik Hukuka göre, ius naturale (tabi hukuk) gereğince sadece res nec Mancipi'lerin mülkiyeti nakledilebilirdi. Res Mancipi'lerin mülkiyetinin nakli ise, sadece Roma'lıların yapabildikleri mancipatio veya in iure cesio ile olurdu(439).

Ancak, böyle bir ayırımın ~~bugün~~ için hiç bir önemi kalmamıştır. Üstelik bu ayırım, iktisab şekillerinin hukuki niteliklerine temas etmediği için bir sisteme de bağlamamaktadır. Bunun için, zamanımızda mülkiyetin iktisabı yollarının tasnifinde esas olan, aslen ve devren iktisap ayırımıdır(440).

Roma Hukukunda kazandırıcı zaman aşımının hukuki niteliğini, yani, bu ayırım içerisindeki yerini belirlemeye geçmeden önce, Roma Hukuku teorisinde bulunmasa bile, çağdaş hukukta her zaman karşılaşılan ve Roma'lıların da fiilen uyguladıkları(441) "mülkiyetin aslen ve devren iktisap yolları" sistemini incelemek yerinde olacaktır.

1- Mülkiyetin Aslen (Asıldan) Kazanılması

Eğer bir kişi, bir mal üzerinde doğrudan doğruya kurduğu bir ilişkinin sonucunda hak sahibi olursa, bu hakkın aslen kazanıldığı söylenir. Böyle bir kazanmada hak, o hakkı kazanan kişinin şahsında doğduğu için, kazanılan hakkın bir başka kişiyle ilgisi yoktur(442).

Roma Hukukunda aslen kazanma durumları şunlardır:

a) Occupatio (İşgal ve İhraz)

Occupatio deyimi taşınmazlar için kullanılmışsa işgal, taşınırılar için kullanılmışsa ihraz anlamına gelmektedir(443). Occupatio yoluyla sahipsiz mallar (res nullius) üzerinde mülkiyet aslen iktisap edilir. Sahipsiz bir malı, ilk olarak, ma-

(439) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh.19.

(440) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh.20.

(441) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.42.

(442) KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, age.,sh.236.

(443) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.42.

lik olmak niyetiyle zilyetliğine geçiren, onun hemen maliki olur(444). Önceleri üzerinde var olan mülkiyet hakkının sonradan kaybedilmesi sonucu sahipsiz bir duruma gelen (res derelictae) malların da aslen kazanılması mümkündür(445). Bu konuda Ulpianus şöyle demektedir:

"Bir şeyi terk sebebiyle bırakır bırakmaz, bizim olmaksızın çıkar, derhal onu ilk ihraz edenin olur; Zira, mülkiyetin kaybı vasıtaları iktisap vasıtalarının aynıdır(446)".

Roma Hukukunda res nullius'lar, daha önce hiç kimsenin malı olmamış şeyler olabileceği gibi, sahibi tarafından terk edilmiş (derelictae)ya da Roma ile savaş halinde olan veya Roma ile birlik anlaşması yapmamış olan ülkelerin vatandaşlarına ait olup da Roma devletinin sınırları içinde bulunan şeyler de olabilirlerdi(447).

b) Accessio (İlave Ya Da Birleşme)

Accessio, bir kimseye ait olan bir malın, bağımsızlığını kaybedecek bir biçimde, esas mal olarak kabul edilen başkasına ait bir mal ile birleşmesidir(448). Böyle bir durumda, mütemim cüz (tamamlayıcı parça) sayılan malın mülkiyeti, esas malın mülkiyetine tabi olur(449). Dolayısıyla, esas malın maliki, mal ile bütünlük oluşturan ferî malın da maliki olur(450).

Bu birleşme üç şekilde olabiliyordu: Taşınır bir malın başka bir taşınırıyla birleşmesi, taşınırın taşınmazla birleşmesi ve taşınmazın başka bir taşınmazla birleşmesi(451).

(444) KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, age., sh.236.

(445) UMUR, Z.: Eşya., age., sh.42; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 223.

(446) ULPIANUS, D.41,7,1 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsniyet, age., sh. 166).

(447) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 323-324.

(448) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 231; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 46.

(449) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 324.

(450) UMUR, Z.:Eşya,age., sh.46; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 232.

(451) UMUR, Z.: Eşya, age., sh.47; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 324-325.

Belirleşme halinde, asıl malla birleşen mal, birleşmeden önce kime ait olursa olsun, bağımsız varlığını kaybediyordu. Bu nedenle, böyle bir birleşme sayesinde birleşen malın mülkiyetini kazanan kimsenin bu iktisabı bir aslen kazanma sayılıyordu(452).

c) Specificotio (Hukuki Tağyir)

Bir malın işlenmek suretiyle yeni bir mal haline getirilmesine specificotio deniyordu.

Sabinianus'lara göre, bu şekilde meydana gelen malın mülkiyeti malzeme sahibine aittir. Çünkü, malzeme olmadan hiç bir şeyin yapılması mümkün değildir. Proculus okulundan olanlara göre ise, yeni mal ham madde üzerinde çalışarak eseri(ya da yeni malı) meydana getiren kimseye aittir. Iustinianus döneminde ise, eğer yeni mal eski haline dönüştürülebiliyorsa, kullanılan malzeme sahibine veriliyor, dönüştürülemiyorsa, iyi niyetli olması koşuluyla, işi yapanda kalıyordu. Mal ikisinin ortak malıysa, o zaman da yeni mal imal edenin olurdu(453). Bu şekilde, başka birisine ait olan bir malzemeyi işlemek suretiyle yeni bir mal elde eden ve böylece o malın mülkiyetini kazanan kimsenin bu iktisabı bir aslen iktisaptı.

d) Thesaurus (Define İktisabı)

Define, malikinin bulunmadığı ve kim olduğunun da bilinmediği, çok eski zamanda saklanmış olan taşınır ve kıymetli bir şeydir(454).

Definenin malikinin artık bulunamaması gerekir. Dolayısıyla, belirli bir malikin saklamak amacıyla gömdüğü şey define değildir(455).

Bir dönemde define, kimin malında bulunmuşsa, ona ait sayılıyordu. Bir dönemde ise, başka birinin malında define bulan

(452) KOSCHAKER- P.: Roma Özel, age., sh. 147.

(453) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 327; KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 149; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 45-46.

(454) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 231; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 326.

(455) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 231.

kimse o definenin sahibi olurdu. Iustinianus döneminde, eğer define devlet arazisinde bulunmuşsa, yarısının devlete kalacağını kabul edildi(456).

Define res nullius sayılacağından, bu nedenle defineyi saklayan kişi ile bulan arasında herhangi bir hukuki ilişki söz konusu olamayacağından define iktisabı bir aslen iktisaptı.

e) Confusio ve Commixtio

Hiç birisi esas mal ya da bütünleyici parça olmayan iki malın, yeni bir mal meydana getirmeyecek, fakat birbirlerinden de ayrılmayacak şekilde birleşmelerine, birleşen mallar sıvı ise, confusio, katı ise commixtio deniyordu(457).

Eğer bu karışım kolayca ayrılabiliriyorsa, o zaman mülkiyet durumlarında bir değişiklik meydana gelmezdi; ancak kolayca ayrılmaları mümkün değilse, eşyaların değerleri oranında müşterek mülkiyet meydana gelirdi. Fakat, başkasına ait para ayrılmayacak şekilde diğer bir para ile karışmışsa tek bir mülkiyet söz konusu olurdu(458). Bu durumda da bu mülkiyeti iktisap eden kişi aslen iktisap etmiş sayılırdı.

f) Semerelerin Aslen İktisabı

Semereler, kendilerini meydana getiren şeylerden ayrıldıktan sonra, kendi başlarına iktisap edilmeye elverişli bir mal haline gelirler(459).

Eğer semereler, esas mal üzerindeki bir hakka dayanılarak iktisap edilmişlerse, aslen iktisap edilmiş olurlar. Örneğin, malik, uzun müddetli kiracı ve iyi niyet sahibi zilyedin iktisabı bir aslen iktisaptır. Ancak semereleri iktisap etmeye hakkı o-

(456) UMUR, Z.: Eşya., age., sh. 45; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 326.

(457) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 26.

(458) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 148; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 50; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 237; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 326.

(459) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 237; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 50; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 326

lan bir kimse ile yapılan anlaşma sonucu bu semereleri elde eden kişiler, aslen değil, devren iktisap etmiş olurlar. Çünkü, başka bir kişiyle yaptıkları anlaşmaya dayanarak iktisap etmektedirler (460).

2- Mülkiyetin Devren (Devir Yoluyla) Kazanılması

Aslen kazanmanın aksine, eğer bir kimse, başkasına ait olan bir hakkı (burada mülkiyet hakkını), hak sahibi ile kendisi arasında kurulan bir ilişki sonunda kazanırsa; bu hakkın devren kazanıldığından söz edilir(461).

Roma Hukukunda mülkiyet hakkının devren kazanılması çeşitli şekillerde olmaktadır. Bunlardan en önemlileri, Mancipatio, in iure cessio ve traditio'dur

a) Mancipatio

Mancipatio, Roma vatandaşı olan veya en azından ius commercii'ye sahip olan iki taraf arasında yapıldı(462). Bu, sadece res mancipi'lerin devrine yarayan tipik bir işlemdi. Res nec mancipi'lere uygulanacak olsa hiç bir sonuç doğurmazdı(463).

Mancipatio, ius civile'de peşin satış için düzenlenmiş olan(464) eski şekil bir işlemiydi ve iktisap edenin söylediği "Quirites hukuku gereğince bunun benim olduğunu; bana satıldığını iddia ederim" şeklindeki cümleyi içermekteydi(465). Mancipatio'nun yapılışı şu şekildedeydi: Malı devralacak olan ile devredecek olan, en az beş tane Roma vatandaşı (baliğ olmak şartıyla) ve yine terazi tutmak için baliğ bir Roma vatandaşı olmak üzere en az sekiz kişi hazır bulunurdu. Beş kişinin görevi şahitlik yapmaktı. Bu şahitler huzurunda malı devralacak olan kişi malı eliyle kavrayarak "bu malın Quirites hukukuna göre bana satılmış olduğunu

(460) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 50-51.

(461) KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, age., sh.237.

(462) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 136.

(463) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 68.

(464) Aksi görüş için bak. KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 137.

(465) PETER, H.: Fiducia, age., sh. 531.

beyan ediyorum" derdi. Bundan sonra, terazi tutan iktisap edene henüz o devirde sikke (basılmış para) haline getirilmemiş bir maden külçesi verir, bununla teraziye vurmasını söylerdi. Malı devralan, teraziye vurduktan sonra, külçeyi, para gibi malı devredene verirdi. Eğer mal taşınır ise işlemin yapıldığı yerde hazır bulundurulmalıydı. Taşınmaz ise uzakta olabilirdi(466).

Mancipatio işleminin sonucunda, malın Quirites hukukuna göre mülkiyeti alıcıya geçer ve malı devredenin, devralan lehine auctoritas'dan kaynaklanan teminat yükümlülüğü doğardı(467).

b) In Iure Cessio

Res Mancipi'lerin mülkiyetinin nakli için başvuru olan bir başka yol da in iure cessio idi. Bu yöntem, legis actio sacramento in rem'in rahip hukukçular tarafından, farazi bir dava haline getirilmesinden ibaretti(468). Mancipatio'dan farklı olarak bu yolla res nec Mancipi'lerin mülkiyeti de devredilebilirdi(469).

Bu yolla malın mülkiyetini devredecek olanla iktisap edecek olan, birlikte magistra'nın önüne çıkarlardı. Malı iktisap edecek olan, legis actio sacramento in rem'de davacı durumunda bulunan kimse gibi hareket eder ve mala dokunarak "Quirites hukukuna göre bu malın bana ait olduğunu beyan ediyorum" derdi. Bunun üzerine magistra malike karşılık verip vermeyeceğini sorar, o da susardı. O zaman magistra malı davacı durumunda bulunan kimseye verir ve bu suretle malın iktisap edene ait olduğunu doğrularlardı. Böylece davacı durumunda bulunan kimse malın Quirites hukukuna göre maliki olurdu(470).

(466) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 68-69; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 327.

(467) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 70; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 246. Ayrıca bak. yukarıda, sh. 96.

(468) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 71.

(469) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 247; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 329.

(470) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 247; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 71.

Gerek mancipatio, gerekse in iure cessio son derece şekli işlemlerdi. Bunun için yapılmaları zordu. bundan dolayı da özellikle Klasik dönemin sonlarına doğru pek kullanılmamaya bağlandılar. Bunların yerine, res Mancipi'lerin devrinde bile traditio yolu tercih edilmeye başlandı(471). Ancak bu yolla res Mancipi'lerin mülkiyeti devredilemiyor, sadece zilyetliği devre+ dileyebiliyordu. Zilyetliği devralan kişi ise, usucapio yoluyla malik olabiliyordu. Bu sakıncalarından dolayı bu iki işlem giderik terkedilmeye başlandılar ve Iustinianus döneminde tamamen ortadan kalktılar(472). Bu dönemde res Mancipi-res nec Mancipi ayırımı da kalmadığından her çeşit malın mülkiyeti traditio ile devredilmeye başlandı(473).

c) Traditio

Traditio, Iustinianus dönemine kadar sadece res nec Mancipi'lerin, bu dönemde ise her çeşit malın mülkiyetinin devrine yarayan bir işlemdi(474). Bu yolla mülkiyetin devredilebilmesi için sadece malın teslim edilmesi yeterli değildi. Bu teslimin geçerli bir hukuki sebebe (iusta causa traditionis) dayanması gerekiyordu(475).

Bu yolla mülkiyetin devredilebilmesi için bazı unsurlar biraraya gelmeliydi. Her şeyden önce malı devreden fiil ehliyetine sahip olmalı, aynı zamanda malın maliki olmalı ve mal üzerinde tasarruf yetkisi bulunmalıydı. Ayrıca malı devralan da malı iktisap edebilme ehliyetine sahip olmalıydı. En önemlisi de tarafların niyeti idi. Traditio ile devir işlemi yapılırken, malı teslim eden, mal üzerindeki mülkiyet hakkını alan lehine terketmek niyetiyle hareket etmeli, devralan ise, o malın mülkiyetini

(471) ERDOĞMUŞ, B.: Actio Publiciana, age., sh. 36.

(472) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 131; DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 247; HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 329.

(473) UMUR, Z.: Lügat, age., sh. 212; IDEM: Eşya, age., sh. 73.

(474) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 248.

(475) DI MARZO, S.: Roma Hukuku, age., sh. 248; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 75.

iktisap etmek niyetiyle hareket etmeliydi. Son olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, malı teslim edenle teslim alan arasında, mülkiyetin devrini mümkün kılan ve haklı gösteren bir hukuki sebebin bulunması gerekiyordu(476).

Bu şekilde, mülkiyeti devretmek niyetiyle bir malın zilyetliği başka birine teslim edilmişse bu teslimle birlikte, Klasik hukukta res nec mancipi'lerin, Iustinianus döneminde ise her çeşit malın mülkiyeti malı teslim alan kimseye geçiyordu. Malı teslim alan kişi, bu malı bir başkasından hukuki bir ilişkiye dayanarak devraldığı için, malın mülkiyetini devren kazanmış sayılıyordu.

Mancipatio, in iure cessio ve traditio'nun dışında mülkiyetin devir yoluyla kazanılmasını sağlayan bazı durumlar daha vardır ki, bu durumlarda mülkiyet tarafların iradeleri dışında devredilmektedir(477). Örneğin, legatum per damnationem'de kendine bir şey vasiyet edilen kimse, vasiyet edilen şeyin mülkiyetini, o şey kendisine verildiği anda iktisap eder(478). Bunun gibi, adiudicatio halinde de, aksi görüşler olmasına rağmen(479) bir devren iktisap vardır. Adiudicatio, ortak bir malın ortaklarca taksim edilememesi durumunda söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda ortaklar aralarında anlaşamazlarsa malın taksimini bir dava ile isteyebilirlerdi. Taksimi yapacak olan hakim, ya malın belirli kısımlarını taraflara verir ya da diğer maliklerin haklarını tazmin şartıyla tamamını bir kişiye verir. Bu durumda mal sahiplerinin her birinin elde ettiği mülkiyet hakkı, devren elde edilmiş bir mülkiyet hakkıdır. Çünkü bu hak müşterek mülkiyetten doğmuştur(480).

(476) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 75.

(477) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 83.

(478) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 331.

(479) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 83.

(480) HONIG, R.: Roma Hukuku, age., sh. 331.

3- Usucapio'nun Bu Ayırım İçindeki Yeri

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, mülkiyetin devren kazanılmasında, mülkiyeti kazanan kişi ile önceki malik hukuki bir ilişki içine girmektedirler; bununla da kalmamakta, malın mülkiyetinin devralan kişiye geçmesi için bir hukukî işlem yapmaktadırlar. Bu hukukî işlem çoğu kez mancipatio, in iure cessio ve traditio şeklinde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir hukukî işlemin sonucunda malın maliki değişmekte, devreden kişi mülkiyet hakkını kaybederek, devralan kişi malik olmaktadır. Bu sonuç, tarafların iradelerine tamamen uygundur. Çünkü her ikisi de mülkiyetin el değiştirmesini istemektedir. Bu arada, malın üzerindeki mülkiyet hakkı hiç bir zaman kaybolmamakta, sadece hakkın sahibi değişmektedir.

Aslen kazanma halinde ise, ortada herhangi bir hukukî ilişki yoktur. Aslen kazanılan mal, çoğu kez daha önce hiç bir mülkiyet hakkının konusu olmamıştır; ya da belli bir kişiye aitken terkedilmiş ve res derelictae hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak da malın mülkiyetini aslen iktisap eden kimse hiç kimseyle hukukî bir ilişki içine girmemektedir. Aslen iktisap edilen mal, daha önce başka birinin mülkiyetinde olsa bile, yeni mülkiyet ile eski mülkiyet arasında herhangi bir ilişki yoktur.

Usucapio ile iktisapta, her ne kadar önceden o mal üzerinde bir mülkiyet hakkı bulunmaktaysa da, ortaya çıkan yeni mülkiyet hakkının, öncekiyle bir ilişkisinin olmadığı dikkate alınarak, bu tür bir iktisabın aslen iktisap yollarından birisi olarak kabul edilmesi adekt olmuştur(481). Öyle ki, mülkiyetin iktisabı yolları incelenirken, usucapio, genellikle aslen iktisap yolları arasına sokulmaktadır. Oysa usucapio'nun bir aslen iktisap yolu olduğu çok kesin olarak söylenemez.

Roma Hukukunda mülkiyetin iktisabı, bir hukukî sebebin (iusta causa) varlığına rağmen, nakil işlemi ayıplı ise derhal mümkün olamayabilmekteydi. Bir res mancipi'nin mülkiyeti manci-

(481) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 57.

patio ya da in iure cessio yapılmadan sadece traditio ile devredilmek istenmişse ya da devreden malik değilse, devralan kimse malik olamazdı. Böyle bir durumda mülkiyet ancak usucapio yoluyla kazanılabilirdi. Gerçi kazandırıcı zamanasımı ile elde edilen mülkiyet hakkı, önceki malikle bu konuda yapılmış bir anlaşmanın sonucunda doğmamaktaydı. Bu nedenle usucapio bir aslen iktisap yolu gibi görünse de, iktisap edilen şeyin son ana kadar bir malikin olduğu ve sürenin sonuna kadar malikin zilyetten malı geri alabileceği düşünülürse, bu iktisabın devren iktisap olduğunu söylemek de mümkündür. Daha da önemlisi, kazandırıcı zamanasımı sonucu elde edilen mal üzerinde bulunan rehin, irtifak, intifa gibi haklar ortadan kalkmamakta(482) ve mülkiyetin nakline engel olan sebepler kazandırıcı zamanasımının cereyanına da engel olmaktadırlar. Bütün bu nedenlerden dolayı ve malikin de zımni bir rıza gösterdiğini düşündükleri için Roma'lıların kazandırıcı zamanasımını mülkiyetin devri yollarından (alienatio) birisi olarak kabul ettikleri söylenebilir(483).

Digesta'daki bir metinde bu konuyla ilgili olarak şöyle denilmektedir:

"Alineatio (nakil, temlik) tabiri, kazandırıcı zamanasımını da ihtiva eder. Hakikaten bir malını zamanasımı ile iktisap edilmesine terkeden kimsenin devretmek istemediğini kabul etmek zordur(484)".

Gaius'a ait bir metinde de şöyle denilmektedir:

"...Bu dediklerimizden görünür ki, alineatio'lar (temlik, nakil) ya teslim ile intikal edenler gibi ius naturale'ye veya mancipatio, in iure cessio ve usucapio gibi Roma vatandaş-

(482) D. 7,1,17,2; D. 41,3,44,5; D. 20,1,1,2 (UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 20'den naklen).

(483) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 20;21; IDEM:Esya, sh. 57;58.

(484) PAULUS, D. 50,16,28 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 21;179).

larına has oldukları için, Ius Civile'ye dahil olurlar(485)".

Bu metinler de usucapio'nun devren iktisap yollarından biri olduğu fikrini güçlendirmektedir. Üstelik, kazandırıcı zamanasımı ile malı iktisap eden kimse, malın zilyetliğini bir hukukî sebebe, yani önceki zilyetle kendi arasındaki bir ilişkiye dayanarak elinde bulundurmaktadır. Gerçi bu hukukî sebep mülkiyeti kazanmak için tek başına yeterli olmamakta, fakat usucapio ile iktisabın temelini oluşturmaktadır(486). Bu nedenle, hukukî sebep, usucapio ile iktisabı, devren iktisap yollarına biraz daha yaklaştırmaktadır.

Ancak bu görüşün aksini savunanlar da vardır. Bu yazarlara göre, kazandırıcı zamanasımı ile iktisap edenin ilişkisi önceki malikle değil, önceki zilyettedir. Ayrıca malikin harekete geçmemiş olması, onun zamanasımıyla iktisap eden lehine hakından vazgeçtiğinin karinesi olamaz; malik bilmese de buna rağmen zamanasımı cereyan eder ve esasen bu gibi varsayımlarda bulunmak, var olmayan bir iradeyi var farzetmek olur(487).

Bu yazarlar, kaynakların ifadesinin de bu iddiaya hak vermeyeceği görüşündedirler. Bunlara göre söz konusu metinler, mülkiyetin veya başka bir hakkın kaybını da alienatio saymışlardır. Bu yazarlar, iddialarına delil olarak da, yukarı da belirtilen D. 50,16,28 pr.'ı göstermektedirler. Usucapio ile elde edilen mal üzerinde mevcut olan aynî hakların ortadan kalkmadığı iddiasına karşılık da, bu tür hakların ortadan kalkmamasının, genel olarak aslen iktisaplar için mümkün bir durum olduğunu ileri sürmektedirler(488).

(485) GAIUS, D. 2,65 pr. (Türkçe Metin, UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 136).

(486) UMUR, Z.: Eyya, age., sh. 53.

(487) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 21, Not:37.

(488) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 21, Not:37.

Bir başka görüşe göre ise, kazandırıcı zamanasımı iktisap çeşitleri arasında ortalama bir yer işgal eder. Bu fikre göre kazandırıcı zamanasımı, mahkeme kararı ve kanun emirleriyle nakledilen mülkiyet halleriyle birlikte, tarafların iradeleri dışında yapılan devren iktisap(489) yollarındandır(490).

Usucapio'nun hukukî niteliğini belirleyebilmek için, bu kurumun işlevlerini göz önünde bulundurmak yerinde olacaktır; Usucapio'nun ilk işlevi mülkiyeti nakletme işlevidir. Eğer bir res Mancipi gerekli şekillere uyulmadan devredilmişse, devralan kişi mülkiyeti iktisap edemez. Çünkü bir şekil eksikliği vardır. Bu noktada usucapio kurumu devreye girer ve devralan kişinin mülkiyeti (belli bir sürenin sonunda da olsa) kazanmasını sağlar. Bu işlevi ile usucapio'nun devren iktisap yolları arasına girdiğini söylemek mümkündür. Çünkü, mülkiyetin devredilmesini engelleyen bir şekil eksikliğini dolaylı da olsa ortadan kaldırmak suretiyle, devralan kişinin mülkiyeti kazanmasını sağlamaktadır. Yani bir bakıma devren iktisabın tamamlanmasına hizmet etmektedir.

Usucapio'nun ikinci işlevi ise bir hak eksikliğini ortadan kaldırma işlevidir. Eğer bir mal malik olmayan ya da devretmeye yetkisi bulunmayan birinden devralınmışsa, bu durumda da mülkiyetin devralan kimseye geçmesi mümkün değildir. Burada da bir hak eksikliği vardır. Mülkiyet yine belli bir süre sonra usucapio yoluyla elde edilir. Ancak, bu şekilde elde edilen mülkiyet ile eski mülkiyet arasında herhangi bir ilişki yoktur. Eski malik ile yeni mali de hukukî bir ilişki içine girmemiştir. Üstelik, malın gerçek malikinin malını devretmek iradesiyle hareket ettiğini söylemek de pek mümkün değildir. Dolayısıyla, bu haliyle de usucapio aslen iktisap yollarına yaklaşmaktadır.

(489) Bak. sh. 109.

(490) UMUR, Z.: Hüsnüniyet, age., sh. 21, Not: 37.

C) Usucapio'nun Sonucu

Kazandırıcı zamanaşımı süresinin son gününde, zamanaşımından yararlanan kimse mülkiyeti iktisap eder(491). Bu şekilde, praetor hukukuna göre korunan mülkiyet, Rôma Ius Civile'si-ne göre elde edilmiş mülkiyete dönüşür(492).

Roma Hukukunda, eğer bir mal mancipatio ile devredilmişse, devredenin devralana karşı bir teminat yükümlülüğü doğardı(493). Bu teminat yükümlülüğü de, zamanaşımının süresi dolduktan sonra, yani mal usucapio ile iktisap edildikten sonra ortadan kalkardı.

Aynî yükümlülükler, longi temporis praescriptio'da, kazandırıcı zamanaşımından yararlananın bunlardan haberi olmadığı ölçüde ortadan kalkar, usucapio'da ise aynen devam ederdi(494).

Bu yolla sadece mülkiyet iktisap edilmiyor, aynı zamanda diğer aynî hakların iktisabı da mümkün oluyordu. Böylece bir haktan belli bir süre yararlanan kimse, belli şartlar gerçekleştiği takdirde o hakkı usucapio yoluyla kazanıyor ve devamlı olarak ondan yararlanabiliyordu(495).

(491) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 157.

(492) SOHM, R.: Geschichte, age., sh. 399; KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 153.

(493) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 69.

(494) KOSCHAKER, P.: Roma Özel, age., sh. 157; UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 20.

(495) UMUR, Z.: Eşya, age., sh. 117.

İkinci Bölüm

ÇAĞDAŞ HUKUKTA KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI

I- GENEL OLARAK KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI

Çağdaş hukukta, kazandırıcı zaman aşımı deyince, pozitif hukukun aradığı diğer unsurlarla birlikte, uzunca bir süre devam eden ve itiraza uğramayan zilyetliğe dayanarak hak iktibasını anlaşılmaz(1).

Zaman aşımına mülkiyeti kazandırıcı bir etki tanımının dayandığı mantığın ne olduğu, çağdaş hukukçular arasında da tartışma konusu olmuştur. Ancak, genellikle kabul edilen fikir, daha önce Gaius tarafından ileri sürülen(2) ve mülkiyetin sonuza kadar şüpheli kalmaması için kazandırıcı zaman aşımını kabul etmenin zorunlu olduğu yolundaki görüştür(3). Bu görüşe göre kazandırıcı zaman aşımı kurumu, zilyetlerin hukukî emaiyetine ve mahkemelerin yükünün azaltılmasındaki genel yararlar hizmet ettiği gibi, çok eski zamanlardan çıkarılan taleplerle, hakkaniyete aykırı olarak, kişisel yararların zedelenmesine de engel olur. yani bu yönüyle de kişisel yararların korunmasını sağlar(4).

-
- (1) OĞUZMAN Kemal-SELİÇİ Özer: Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1982, sh. 415; SUNCURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh. 1
- (2) Bak. sh. 91.
- (3) SUNCURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh. 1; OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: Eşya, age., sh. 415.
- (4) VON TUHR Andreas: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924/1925, sh. 602 vd.; LEEMAN Hans: Kommentar Zum Schweizerischen ZGB., Sachenrecht, Bern, 1920, sh. 661, N. 1; PFISTER: Die Ersitzung nach Schweizerischem Recht, Dissertation, Zürich 1931, sh. 10 vd.; HAAB Robert, Kommentar Zum Schweizerischen ZGB., Sachenrecht, Zürich 1929, 661/663, N. 1; SUNCURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh. 1' den naklen.

Türk - Medeni Kanunu'nun kabul ettiği kazandırıcı zaman-
aşımı kurumunun temeli, eski hukukumuz olan İslam ve Osmanlı hu-
kukuna değil, Roma Hukukuna dayanmaktadır(5). Çünkü İslam ve Os-
manlı hukukunda zamanlaşımına yer verilmemiştir. Mecelle'nin 1574.
maddesinde, "Takaddüm-i zaman ile hak sakıt olmaz" kuralı yer al-
maktadır. Bu hükme göre, eski malik malını daima geri alabilir(6).
Ancak bunun doğuracağı zorlukları ve karışıklıkları önlemek için
İslam hukukçuları 36 yıllık bir zamanlaşımı kabul etmişlerdir. Os-
manlı'larda ise; mülk topraklar üstündeki tasarruf hakları için
15 yıllık, devletin mülkü sayılan miri topraklar ve vakıf idare-
sinin toprak üstündeki rakabe(7) hakları için 36 yıllık, miri
topraklar üstündeki tasarruf hakları için de 10 yıllık zamanlaş-
ımı kabul edilmiştir.

Ancak bu zamanlaşımı süreleri, sadece hakimin davaya bak-
maması sonucunu doğuruyordu. Yani zamanlaşımı, yargılama hukuku
bakımından bir hüküm ifade ediyordu(8). Dolayısıyla bu hükümler,
hak sahibinin dava hakkını ortadan kaldırmakla, onu, mülkiyetin
korunmasını sağlayan yollardan yoksun etmekteydi. Buna karşılık,

(5) KÜLEY M.: İktisap, age., sh.6.

(6) ÜÇÖK Coşkun-MUMCU Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Ders Ki-
tabı, 2.Baskı, Ankara 1981, sh.129; MARDİNİ ZADE Ebül'-
ulâ: Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1947, sh.55; MAR-
DİN E.: Hukuku Medeniyye, age., sh.27; CİN H.: Miri A-
razi, age., sh.321; IDEM.: Toprak Düzeni, age., sh.274.

(7) Rakabe, İslam Hukukuna göre bir eşya üzerinde hakim
olabilme kudreti demektir ve mülkiyetin unsurlarından
bir tanesidir(Bak. Üçok C.- MUMCU A.: Hukuk Tarihi,
age., sh.129).

(8) ÜÇÖK C.- MUMCU A.: Hukuk Tarihi, age., sh.130; CİN H.:
Miri Arazi, age., sh.321; IDEM: Toprak Düzeni, age.,
sh.274.

zilyet için zamanaşımı bir iktisap sebebi olmadığından, zilyet ancak fiili durumu devam ettirebilmekte, fakat mülkiyet hakkını kazanamamaktaydı(9).

İslam ve Osmanlı hukukunda kazandırıcı zamanaşımına yer verilmemiş olması nedeniyle, bugünkü hukukumuzda yer alan kazandırıcı zamanaşımı kurumu eski hukukumuza dayanmamaktadır. Bu kurumun temelleri, İsviçre Medeni Kanununu ve dolayısıyla Türk Medeni Kanununu fazlaca etkilemiş olan Roma Hukukuna kadar gitmektedir.

Türk Medeni Kanununun kabul ettiği kazandırıcı zamanaşımı kurumu ile Roma Hukukundaki kazandırıcı zamanaşımı kurumu temel ilkeleri bakımından birbirlerine çok benzemektedirler. Ancak, günümüzde, tapu sicilinin bulunması dolayısıyla, bir takım farklılıklar ortaya çıkmıştır. Bu farklılıkların temelinde, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilecek olan taşınmazın, tapu siciline kayıtlı olup olmaması yatmaktadır. Tapu siciline kayıtlı olan taşınmazlar olağan(adi) zamanaşımı yoluyla iktisap edilirken, kayıtlı olmayanlar olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisap edilmektedirler. Başka bir deyişle, taşınmazlardaki zamanaşımı, olağan ve olağanüstü zamanaşımı olmak üzere iki çeşittir. Ancak, taşınmazlar için böyle bir ayırım söz konusu değildir. Bunun da nedeni taşınmazların tapu siciline kaydedilmemeleridir.

(9) KÜLEY M.: İktisap age., sh.8; Ayrıca, bu konu ile ilgili olarak çıkarılmış kanunlar için bak.: AKGÜNLÜZ Ahmet: Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyesi, Diyarbakır 1986, sh.686;705;736;737 vd.

II- TAŞINMAZLARIN KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI İLE İKTİSABI

Taşınmaz malların zamanasını ile kazanılması konusu,

M.K'un 638 ve 639. maddelerinde düzenlenmiştir. 640. maddede ise süreler, sürelerin hesabı, kesilmesi ve tatili konuları hükme bağlanmıştır. MK. m.638'de olağan (adi) zamanasını, m.639'da ise olağanüstü (fevkalade) zamanasını düzenlenmiştir. Burada da, kanunda kabul edilen sıraya uygun olarak önce olağan zamanasını, daha sonra da olağanüstü zamanasını incelenecektir.

A) Olağan (Adi) Kazandırıcı Zamanasını

MK. m.930/1'e göre, taşınmaz bir malın mülkiyetinin kazanılabilmesi için, bu taşınmazın mutlaka tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Ancak, mülkiyetin kazanılabilmesi için sadece tescilin yapılmış olması da yeterli değildir. Bu tescilin hukuki sonuç doğurabilmesi yani mülkiyeti kazandırabilmesi için, geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerekir. Geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan tescil yolsuz bir tescildir ve mülkiyeti karşı tarafa geçirmez. Eğer bir kimse böyle yolsuz bir tescille bir taşınmazı kendi adına tapu siciline yazdırırsa, taşınmazın gerçek maliki, MK. m.933'e dayanarak tapu kütüğünün tashihi (düzeltmesi) davası açabilir(10). Ancak, lehine yolsuz da olsa bir tescil yapılan kişinin bu kararsız durumunun sürüp gitmesi hukuk politikasına uygun düşmeyecektir. Bu nedenle, belli bir sürenin geçmesiyle bu kararsızlık son bulmalı ve fiili durum hukukilik kazanmalıdır. İşte MK. 638. maddede bu işlevi yerine getirmektedir(11).

(10) TEKİNAY S. Sulhi: Eşya Hukuku, C.1, Genişletilmiş 4.Bası, İstanbul 1984, sh.208; GÜRSOY K. Tahir-EREN Fikret-CANSEL Erol; Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Ankara 1984, sh.514; ESENER Turhan: Eşya Hukuku, Ankara 1985, sh.111.

(11) GÜRSOY K.T.- EREN F.- CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh.515.

1-Olağan Kazandırıcı Zamanlaşımının Şartları

MK. m.638'e dayanarak bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılabilmesi için, bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartları şu şekilde sıralamak mümkündür: a)Yolsuz tescil; b) süre; c) zilyetlik; d) iyi niyet

a) Yolsuz Tescil

MK. m.638'e göre mülkiyetin kazanılabilmesi için, mülkiyeti kazanacak olan kişinin lehine, tapu kütüğünde yolsuz bir tescilin bulunması gerekir.

MK. m.932'ye göre, "yolsuz tescil, haksız veya lüzum ifade etmeyen hukuki bir tasarruf mucibince yapılan tescildir."

Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi, bir tescilin yolsuz sayılabilmesi için haklı bir sebebe dayanmaması gerekir(12). Fakat, yalnız hukuki sebebi olmayan tesciller değil, tescilin diğer şartları bulunmayan tescillerde yolsuz tescildirler(13).

Eğer bir tescil hiç bir hukuki sebebe dayanmıyorsa, böyle bir tescil yolsuz tescildir. Örneğin, tapu sicil muhafızının tescili yanlış sayfaya yapması ya da gerçek alıcı yerine ismi benze-yen başka birinin adına tescil yapılması durumunda, tapu siciline yapılan tescil hiç bir hukuki sebebe dayanmamaktadır(14)

Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan tescil de yolsuz tescildir. Örneğin, resmi şekilde yapılmayan taşınmaz satım sözleşmesi hükümsüzdür(15). Böyle bir satım sözleşmesine dayanıla-

(12) OLGaç Senâi-KARAHASAN M. Reşit; Gayrimenkullerin Zilyetlik Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1956, sh.113.

(13) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.88.

(14) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.89; KÜLEY M.: İktisap, age., sh.32.

(15) KILIÇOĞLU Ahmet: Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD., C.38, S.1-4, 1981, sh. 211.

rak yapılan tescil ise yolsuz bir tescildir(16).

Bunun gibi, muvazaalı bir sözleşme yapılmış, örneğin bağış sözleşmesi satım sözleşmesi gibi gösterilmiş ve bu sözleşmeye dayanılarak bir tescil yapılmışsa, böyle bir tescilde yolsuzdur. Çünkü tescil, tarafların yapmak istedikleri bağış sözleşmesine dayanmamaktadır. Görünürdeki satım sözleşmesi de, gerçek iradelerine uymadığı için BK. m.18 gereğince geçersizdir(17).

Bozulabilen bir hukuki işleme dayanan tescil ile, malı devreden kimsenin tasarruf yetkisi veya tescil için geçerli izni olmadan yapılan tescillerde yolsuzdur(18).

Bazı durumlarda, tapu sicili dışında nisbi tescil prensibine dayanılarak maddi bakımdan hak kazanıldığı takdirde, yeni hukuki duruma uymayan tescil yolsuzlaşmış olur. Bu şekilde tescilin sonradan yolsuzlaşması halinde, tapu dışında taşınmazın mülkiyetini kaybeden malik, söz konusu taşınmaz tapuda kendi üzerande kayıtlı olduğu için, zamanaşımı ile mülkiyeti tekrar kazanabilir(19).

Son olarak, bir diğer yolsuz tescil durumu da gifte kayıttır. Bazen, aynı taşınmaz için tapuda bir başka sayfa daha açılarak hak sahibi olmayan birinin adına ikinci bir tescil daha yapılabilir. Bu durumda, hak sahibi olmayan kişinin adına yapılan tescil yolsuzdur(20).

b) Süre

Olağan zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazanabilmek için, MK. m.638'e göre, zilyetliğin çekişmesiz ve aralıksız 10 yıl devam etmesi gerekir. Zilyetliğin aralıksız devam etmesi demek, 10 yıl boyunca hiç yitirilmemiş olması demektir(21). MK.'un 389.mad-

(16) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.90..

(17) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.90.

(18) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.92.vd.

(19) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh. 99.

(20) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh. 101.

(21) KARAHASAN M. Reşit-ÖZMEN İhsan: Zilyetlik, Tescil, Tapu İptali Davaları, Ankara 1983, sh.339.

desi gereğince, bazı geçici sebeplerle zilyetliğin fiilen kullanılamaması durumunda zilyetlik kaybedilmiş sayılmaz. Örneğin, tarlanın bir yıl nadasa bırakılması ve yanına hiç uğranılmaması ya da, sel basması nedeniyle arazinin uzun süre su altında kalması gibi durumlarda zilyetlik kesilmemiş, aralıksız devam etmiş sayılır.

Zilyetliğin çekişmesiz devam etmesi demek ise, gerçek malikin istihkak davası açmaması ya da açmış olsa bile davanın gerçek malik lehine sonuçlanmaması demektir(22). Gerçek malikin açtığı davanın davacının lehine sonuçlanması durumunda zilyetlik süresi kesilir, fakat zilyedin haklılığı kesinleşirse zilyetlik devam etmiş sayılır(23).

aa) Sürenin Başlangıcı

Bu sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, fiili zilyetliğin başladığı andan itibaren sürenin işlemeye başlayacağı görüşündedirler. Bazıları ise bu sürenin tescil tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını savunmaktadır(24).

İsviçre Medeni Kanunu ile ilgili olarak yazılmış ilk eserlerde, sürenin başlangıcının, zilyetliğin fiilen elde edildiği an olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşten yana olanlara göre, tescil değil, zilyetlik on yıl devam etmelidir. Tescilin de on yıl devam etmesi şart değildir. Süre yalnız zilyetliğe ilişkindir ve bundan dolayı tescilden önce de başlayabilir. Örneğin, murisin ölümü anında zilyetliği elde eden mirasçı tescili ancak altı yıl sonra yaptırmışsa, geçen bu altı yıl zamanaşımının hesabında dik-

(22) OLGAC S.-KARAHASAN M.R.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.115; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age., sh.340.

(23) OLGAC S.-KARAHASAN M. R.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.115.

(24) KÜLEY M.: İktisap, age., sh.38.

kate alınır(25).

Federal mahkeme, 14/5/1924 tarihli bir kararında, "hükümün mana ve gayesine tevfiikan, tescilden sonra on sene süren zilyetlik talep edilmek gerekir" demek suretiyle bu görüşün aksini savunmuştur(26).

Bu karardan sonra, on yıllık sürenin aynı zamanda tescil için de geçerli olduğu, İsviçre'li hukukçular tarafından benimsenmiştir(27). Bizde de ilk defa Velidedeoğlu tarafından bu görüş açıkça savunulmuştur. Velidedeoğlu'na göre (28), "On yıllık zaman- aşımı müddeti zilyetliğin iktisabından itibaren değil, tapuda mülkiyet kaydı düşürüldüğü, yani iktisabi müruruzamandan istifade iddiasında bulunan kimse namına tescil yapıldığı günden itibaren cereyana başlar. Haksız tescil önce yapılmış ve zilyetlik daha sonra iktisap olunmuşsa, bu halde müruruzaman müddeti zilyetlik tarifiinden itibaren işlemeye başlar".

Gerçekten de, sürenin başlangıcı için sadece zilyetliğin fiilen elde edildiği anı, ya da tapu siciline yolsuz tescilin yapıldığı anı esas almak doğru olamaz. Çünkü olağan kazandırıcı zaman aşımının, tescil, zilyetlik, iyi niyet ve süre olmak üzere dört tane unsuru vardır. Bu yolla mülkiyeti kazanabilmek için bu

(25) WIELAND Karl: Das Sachenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1909, sh.71, m.661 No.3,b.; LEEMAN Hans: Sachenrecht, I. Abteilung, Bern 1920, sh.147, m.661. No.10; AKSOY Muammer: Alelade İktisabi Müruruzaman Müddetinin Hangi Andan İtibaren İşlemeye Başlayacağı Hakkındaki Son Umumi Heyet Kararının Tahlil ve Tenkidi, Ad. Der., 1954, S.6, sh.742'den naklen.

(26) AKSOY M.: Karar Tahlili, agm., sh.742.

(27) AKSOY M.: Karar Tahlili, agm., sh.743.

(28) VELİDEDEOĞLU H. Veldet: Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk, İstanbul 1954, sh.266; AKSOY M.: Karar Tahlili, agm., sh.741, Not: 12'den naklen.

unsurların hepsinin bir arada on yıl devam etmesi gerekir. Şu halde, olağan kazandırıcı zamanlaşımının unsurları olan tescil, iyi niyet ve zilyetlik şartlarından, en son gerçekleşmiş olanın gerçekleştiği tarih, sürenin başlangıcı olacaktır(29).

bb) Sürenin Hesabı ve Kesilmesi

MK. m.640'a göre, "...İktisabi Müruruzaman Müddetinin gerek hesabında, gerek inkıta ve tatilinde, alacak müruru zamanında cari olan hükümler takbik olunur."

Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı gibi, kazandırıcı zamanlaşımı sürelerinin hesabında, kesilmesinde ve tatilinde, alacak zamanlaşımını düzenleyen BK. m.130 vd. uygulanacaktır.

BK. m. 130/I'e göre ise, "müddetlerin hesabında müruru zamanın başladığı gün nazarı itibara alınmaz ve müruru zaman en son müddetin son günü kullanılmaksızın geçtiği surette vaki olmuş olur".

Bu maddenin ikinci fıkrasında ise, "... borçların ifası meselesinde müddetlerin hesabına müteallik kaideler burada da tatbik olunur." denilmek suretiyle, BK. 76 vd.na yollamada bulunulmuştur. Buna göre kazandırıcı zamanlaşımının süresi, on yıl sonra, süresinin başladığı ay ve günün akşamı sona erecektir. Eğer sürenin son ayında, sürenin başladığı gün eksikse, bu ayın son gününde süre sona erer. Örneğin, 15 temmuz 1960'da başlayan süre 15 temmuz 1970 günü, günün bitiminde sona erecektir. 29 şubat 1975'de başlayan süre ise eğer 1985 yılının şubat ayı 28 geçiyorsa, 28 şubat 1985 de sona erecektir.

Kazandırıcı zamanlaşımının süresi, eski malikin hakkını arayamayacağı tatil günleri atlanmaksızın devamlı olarak hesap edilir. Ancak kazandırıcı zamanlaşımını durduran durumlar bu kuralın

(29) AKSOY M.: Karar Tahlili, agm., sh.743 vd.; KÜLEY M.: İktisap, age., sh.41 vd.; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.116 vd.; OĞUZMAN K.-SELiÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.422; OLGAÇ S.- KARAHASAN M.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.114.

dışındadır. Süre hesap edilirken en küçük birim gündür(30). BK. m.77'ye göre, kanunen tatil kabul edilen bir günde sona erecek olursa, süre, kendiliğinden tatili izleyen ilk iş gününün mesai bitimine kadar uzamış sayılır.

Kazandırıcı zamanaşımı süresinin hangi hallerde duracağı MK. m.640'ın yollamasıyla, BK. m.132'de düzenlenmiştir. Buna göre, velayet devam ettiği sürece ana ve baba çocuklarının, vesayet devam ettikçe vasi veya vesayet makamları, vesayet altında bulunanların taşınmazlarını kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edemezler. Bunun gibi, evlilik devam ettikçe karı-kocadan bir diğerinin taşınmazını, hizmet ilişkisi devam ettikçe işverenler hizmet borçlularının taşınmazlarını iktisap edemezler. Son olarak da, bir Türk mahkemesi önünde mülkiyet davası açılmadığı sürece kazandırıcı zamanaşımı süresi durur(31).

BK. m.132/II'ye göre, kazandırıcı zamanaşımını durduran sebepler ortadan kalkınca süre tekrar işlemeye bağlar ve durmadan önce geçen süreler de hesaba katılır.

Kazandırıcı zamanaşımının unsurlarından birinin yitirilmesi ise, bu zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurur(32). Kesilme durumunda, kesilinceye kadar geçen süre hesaba katılmaz. Kesilmeden sonra, kazandırıcı zamanaşımının bütün unsurları tekrar gerçekleşirse yeni bir kazandırıcı zamanaşımı süresi işlemeye bağlar. Yani, kazandırıcı zamanaşımını kesen sebep ortadan kalktıktan sonra otomatik olarak süre tekrar işlemeye bağlamaz(33).

(30) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.43.

(31) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.49-50; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age., sh.401.

(32) KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age., sh.402; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.422.

(33) SUGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.50-51; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age., sh.402.

Kazandırıcı zamanışımını kesen en önemli sebeplerden bir tanesi malik sıfatıyla zilyetliğin kaybedilmesidir. Bu, zilyetliğin devamlı bir engel yüzünden fiili olarak kullanılamaması şeklinde olabileceği gibi, zilyedin gerçek hak sahibini tanımasıyla da olabilir. Gerçek malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının tanınmasıyla fiili zilyetlik sona ermemekle beraber, malik sıfatıyla zilyetlik sona erdiği için zamanışımı kesilir. Bunun gibi ikrar ile de, fiili zilyetlik kaybedilmediği halde zamanışımı kesilir. Zamanışımını kesen bir diğer neden ise çekişme(niza)'dır. (34). Sargurbeye göre çekişmenin zamanışımını kesebilmesi için mutlaka mülkiyet davasının açılması gerekmez. Zilyetlik davası da zamanışımını keser. Çünkü, MK.nun kazandırıcı zamanışımını düzenleyen maddeleri, zilyetliğinde çekişmesiz olmasını aramaktadır(35).

cc) Başkasının Süresinden Yararlanma (Accessio Possessionis)

MK. m.909'a göre, kazandırıcı zamanışımından yararlanabilmek için gerekli olan şartlara sahip bulunan her zilyet, aynı şartlara sahip olan daha önceki zilyedin zilyetlik süresinin kendi süresine eklemek yetkisine sahiptir. Buna, accessio possessionis veya accessio temporis denir. Fakat olağan zamanışımında buna çok az rastlanır. Çünkü, mülkiyet hakkı lehine yolsuz olarak tescil edilmiş kimseden taşınmazı devralan kişi eğer iyi niyetli ise, MK. m.931 gereğince mülkiyeti iktisap eder. Yani bu kimsenin mülkiyeti kazanabilmesi için zamanışımına ihtiyacı yoktur. Ancak, lehine yolsuz tescil bulunan ve MK.638'den yararlanmakta olan bir kimsenin mirasçıları, kendi adlarına tescil yapıldıktan sonra mirislerinin zilyetlik süresini kendilerinininkine ekleyebilirler. Oğuzman ve Seliçi, çifte kayıt halinde de her zilyedin, MK. m.638'den yararlanma hakkına sahip olan bir önceki zilyedin süresini kendi süresine ekleyebileceği görüşündedirler(36).

(34) SARGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.51 vd.; KARAHAN-SAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age.,sh.402.

(35) SARGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.54-55.

(36) OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.421,

c) Zilyetlik

Zilyetlik, zamanasımı ile iktisabın en önemli şartlarından bir tanesidir. Çünkü bu kurumun amacı, uzun süre devam eden zilyetlikle ortaya çıkan fiili durumu hukukten kuvvetlendirmektir. Bu nedenle de sicilde malik olarak görünen kimse taşınmaz zilyet ise MK. m.638'e dayanarak kazandırıcı zamanasımı yoluyla mülkiyeti iktisap edebilir(37).

Ancak, her zilyetlik zamanasımı yoluyla mülkiyeti kazanmaya elverişli değildir. Olağan zamanasımı yoluyla mülkiyeti kazanabilmek için, zilyedin, malik sıfatıyla zilyet olması gerekmektedir(38).

aa) Kavram

Kanunda, malik sıfatıyla zilyetlik kavramı tanımlanmamıştır. Öktem'e göre(39), kanundaki "malik sıfatı" kaydı ile, hukukten mülkiyeti henüz kazanmamış fakat zamanasımı ile kazanabilecek zilyet kastedilmektedir. Amaç, zilyedin malik gibi hareket etmiş olması gereğini belirtmektir ve bu kayıt ile asli zilyetliğe işaret edilmek istenmiştir.

Yargıtay'ın 7.Hukuk Dairesinin 16/10/1975 gün ve 4712 esas, 5239 karar sayılı bir ilamında da aynı görüşten hareketle şöyle denilmiştir: "Kazandırıcı zamanasımı zilyetliği asli zilyetliktir. Ancak asli zilyedde mutlaka malik olmak kastı aranmaz. Malik sıfatı ile yani objektif olarak malik gibi hareket etme durumu içinde kullanma kastının bulunması yeterlidir(40)".

Doktrinde, malik sıfatıyla zilyetlik konusunda üç görüş ileri sürülmektedir. Bazı yazarlara göre malik sıfatıyla zilyetlik bir irade unsuruna değil, sadece objektif belirtilere dayanmalıdır. Bu görüşe göre malik sıfatıyla zilyetlik için, objektif olarak zilyetliğin, mülkiyeti kazanmaya yönelik olması ye-

R

(37) OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.418.

(38) SUNGURBEY İ.:Müruruzaman, age., sh.27.

(39) ÖKTEM İmran: Gayrimenkulün İktisap Tarikleri. (Fevkal'ade Müruruzaman), Ad. Der., 1955, S.4, sh.301.

(40) KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.388.

terlidir. Hukukçuların büyük çoğunluğunun kabul ettiği ve baskın olan görüşe göre ise, malik sıfatıyla zilyetlik, zilyetliğin belirli ve özel bir sübjektif irade unsurunu taşıyan çeşididir. Ancak bu sübjektif iradenin neye yönelmesi gerektiği konusunda da görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar burada aradıkları iradeyi mülkiyeti kazanma iradesi olarak anlamakta ve üzerinde ısrar ettikleri animus domini kavramını bu şekilde yorumlamaktadırlar. Diğerleri ise animus domini'yi, "şeye bir malik gibi zilyet olma iradesi" şeklinde tanımlamaktadırlar(41).

Üçüncü görüşün savunucusu olan Sungurbey'e göre ise, kazandırıcı zamanasımındaki malik sıfatıyla zilyetlik için kanun animus domini'yi şart koşmamıştır. Belirli bir açıdan yapılan bir ayırıma göre, her zilyetlik ya malik sıfatıyla zilyetlik, ya da sınırlı zilyetliktir. Malik sıfatıyla zilyetlik, sadece animus domini ile olan zilyetlik değildir. Sınırlı zilyetlik olmayan her zilyetlik malik sıfatıyla zilyetliktir. Malik sıfatıyla zilyetlikten söz edebilmek için özel bir irade gerekli değildir. Tam tersine böyle bir irade sınırlı zilyetlik için gereklidir. Sınırlı zilyetlik için başkasının mülkiyetine veya üstün zilyetliğine uymayı kabul yolunda özel bir iradenin bulunması gerekir. Eğer böyle bir irade yoksa, söz konusu zilyetlik, kazandırıcı zamanasımına esas olan malik sıfatıyla zilyetliktir(42). Sungurbey tarafından savunulan bu görüş, diğer yazarlarca da desteklenmiş ve bir çok taraftar bulmuştur(43).

bb) Malik Sıfatıyla Zilyetlik Çeşitleri

Sungurbey'in bu şekilde belirlemeye çalıştığı malik sıfatıyla zilyetlik çeşitli şekillerde olabilir. Her şeyden önce,

(41) KARAHASAN M.- ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.387;

ŞUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.27 vd.

(42) ŞUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.29 vd.

(43) Bak. OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.436

KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.387.

corpus'lu veya corpus'suz asli zilyetlik şeklinde görülebilir. Bundan dolayı, hükmen teslim veya asli zilyetliğin havalesi yollarıyla iktisabı da mümkündür. Ayrıca malik sıfatıyla zilyetlik, iştirak halinde veya müsterek zilyetlik halinde de olabilir. Eğer bu zilyetlerin hepsi kazandırıcı zamanaşımına sahipler, sürenin sonunda mülkiyeti iştirak halinde ya da müsterek mülkiyet olarak iktisap ederler. Ancak bu zilyetlerden bir tanesi fer'i zilyetse sürenin sonunda bu zilyet mülkiyeti iktisap edemez, sadece malik sıfatıyla zilyet olanlar iktisap edebilirler(44).

cc) Aralıksız (Fasılasız) ve Çekişmesiz (Nizasız) Zilyetlik

Olağan kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetin iktisap edilebilmesi için, malik sıfatıyla zilyetliğin aralıksız (fasılasız) ve çekişmesiz (nizasız) devam etmesi gerekir (MK. m.638).

aaa) Aralıksız Zilyetlik

Zilyetliğin aralıksız devam etmesinden amaç, zilyetliğin zamanaşımı süresi boyunca hiç yitirilmemiş olmasıdır(45). Bir kimsenin, zamanaşımının başında ve sonunda, malın malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduğunu ispat ederse, bu arada geçen sürede de malik sıfatıyla zilyet olduğuna karine olur(46).

MK. m.889'a göre fiili egemenliğin kullanılmasındaki geçici bir engel ya da terk, zilyetliği ortadan kaldırmaz. Teslimatı ekonomik amacına uygun şekilde kullanmanın gerektirdiği aralar ya da geçici bazı hallerden dolayı kullanımın bir süre imkansız hale gelmesi zilyetliğin aralıksız devamına engel değildir (47). Örneğin, bir tarlanın bir yıl ekilip bir yıl ekilmemesi zil-

(44) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.33 vd.

(45) KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.395.

(46) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.40; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.420; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.396.

(47) ÖKTEM İ.: İktisap Tarikleri, agm., sh.301.

yetliğe ara verme olarak kabul edilemez(48). Bunun gibi bir arazinin geçici olarak su altında kalması halinde de zilyetlik kaybedilmiş sayılmaz. Aynı şekilde, zilyetliğe dayanarak iade davası açma veya zilyetliği idari yoldan geri alma imkanı devam ettiği sürece zilyetlik geçici olarak kaybedilmiş sayılır ve zilyetlik davası ile fiili egemenlik tekrar ele geçirilirse zilyetlik kesilmemiş sayılır(varsayılır)(49).

Zilyetlik, zilyedin isteği ile de sona erebilir. Bu da iki şekilde olur. Zilyet ya zilyetliğinde bulunan malın zilyetliğini bir başkasına devreder, ya da terkeder. Her iki durumda da zilyetlik sona erdiği için kazandırıcı zamanaşımı kesilir(50).

bbb) Çekişmesiz Zilyetlik

Kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz bir malın iktisap edilebilmesi için, zilyetliğin malik sıfatıyla aralıksız olmaktan başka, ayrıca çekişmesiz de devam etmesi gerekir. Burada çekişmeden amaç, asıl malik tarafından açılacak kaydın tashihi davasıdır(51). Çekişme dava anlamındadır. Ancak çekişmeden söz edebilmek için bu davanın gerçek malik tarafından açılması gerekir. İdari başvurular, yargı dışı ihtar, ihbar ve taleplerle tartışma ve kavgalar zilyetliği çekişmeli hale getirmez. Açılan davanın çekişme sayılabilmesi için, zilyet aleyhine açılması ve kazanılması gerekir. Fakat ayrıca zilyetliğin geri alınmasına ve zilyedin fiili egemenliğine son verilmesine gerek yoktur(52).

(48) DÜZCEER Ali Rıza: Kazandırıcı Zamanaşımı İle Taşınma İktisabı, Ankara 1984, sh.199.

(49) OĞUZMAN K.-SELiÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.420; DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.203.

(50) KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.395 vd.; OĞUZMAN K.-SELiÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.89 vd.

(51) OĞUZMAN K.-SELiÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.419.

(52) GÜRsoy K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 536; DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.207 vd.; ÖNDER Akil: Gayrimenkul Mallarda İktisabi Zamanaşımı ve Tescil Davaları, Ad. Der. 1948, S.8, sh.949.

Küley, çekişmeyi geniş olarak anlamak, gerçek malikin ilgisini ve sebebin geçerli olmadığını gösteren hareketleri çekişme olarak kabul etmek eğilimindedir. Bu yazara göre, açılıp da takipsiz kalmış bir dava, MK. m.931'e dayanan geçici bir gerh bir protesto ya da bir ihbarname, hatta bir mektup veya sözlü bir beyan çekişme sayılmalıdır. Aksi takdirde maddede çekişmeden söz edilmesinin mantıki temelini açıklamak son derece güç olacaktır(53). Ancak, Küley'in bu görüşüne katılmaya imkan yoktur. Çünkü bu çekişme kavramını çok fazla genişletmek olacaktır. Bu tür haller olsa olsa zilyedin iyi niyetini ortadan kaldıracı bir etki yaparlar(54).

Kazandırıcı zamanaşımına dayanan zilyedin açtığı davada davalının defi ileri sürmesi ile de BK. m. 133/II. gereğince zamanaşımı kesilir. Böyle bir durumda çekişme bir defi ile oluşmaktadır. Ancak zilyedin açtığı dava davalının bir defi ileri sürmesi nedeniyle değilde sadece zilyetlik süresinin tamamlanmasından dolayı reddedilirse zamanaşımı kesilmiş olmaz. Çünkü ortada herhangi bir çekişme yoktur(55).

ccc) Malik Sıfatıyla Zilyetliğin İspatı

Malik sıfatıyla zilyetliğin olduğunu ispatlamak, kazandırıcı zamanaşımından yararlanan kimseye düşer. Kural olarak, fiili bir durum olan zilyetlik, her çeşit delille ve bu arada şehitle de ispatlanabilir. Kazandırıcı zamanaşımını ileri süren zilyet, zilyetliğinin malik sıfatıyla zilyetlik olduğunu çeşitli dış görünüşlerle ispat edebilir. Örneğin, taşınmazın önüne bahçe yapılması, ağaç dikilmesi, taşınmazda inşaat yapılması, vergilerin ödenmesi, taşınmazın tahsis amacının değiştirilmesi gibi(56). Daha önce de belirtildiği gibi, zilyet zamanaşımı süresinin ba-

(53) KÜLEY M.: İktisap, age., sh.44 vd.

(54) OĞUZMAN K.+SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.419-420.

(55) DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.210.vd.

(56) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.37 vd.; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age., sh.388

şında ve sonunda malik sıfatıyla zilyet olduğunu ispat etmişse arada geçen süre içinde bu zilyetliğin kaybedildiğini karşı taraf ispat edecektir(57).

d) İyi Niyet

Son olarak tapu siciline yolsuz olarak tescil edilmiş bir taşınmazı on yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimsenin, bu taşınmazın mülkiyetini kazandırıcı zamanasımı yoluyla elde edebilmesi için iyi niyetli olması gerekir.

aa) İyi Niyet Kavramı ve İyi Niyetin Derecesi

MK.nun 638. maddesinde, bir taşınmazı olağan zamanasımı ile kazanabilmek için iyi niyet (hüsnüniyet) şart koşulmuştur. Ancak iyi niyetin ne olduğu kanunda tanımlanmamıştır. Bu nedenle, bu kavramı açıklayabilmek için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Windscheid'a dayanan anlayışa göre iyi niyet olumlu bir kanaattir. Windscheid iyi niyeti, "Şeyin isgalinde bir gûna maddi haksızlık irtikâp olunmadığı yolundaki dürüst kanaat" olarak tanımlamaktadır. Dernburg'a göre ise, "İktisabını mazur görülebilir surette hukuka uygun sanan kimse" iyi niyetli zilyettir(58). Pfister'e göre ise iyi niyetin olumlu bir kanaat mı? Yoksa sadece olumsuz bir şey mi, yani belirli özellikleri ve durumları bilmemek mi olduğunu tartışmak yararsızdır. Çünkü her ikisi de aslında aynı şeydir. Eğer bir durumun geçerliğine, doğruluğuna inanılıyorsa, bunun nedeni, bu durumu geçersiz ve yanlış yapan sebeplerin bilinmeyiştir. Zilyetliğinin hukuka aykırı kusursuzca bilmeyen bir kimse, kendisinin haklı olduğuna inanır ve bundan

(57) OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.420.

(58) HEGETSCHWEILER: Der Schultz Des Guten Glaubens Nach Dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Disserdation, Zürich 1912, sh.4, Not: 10;12; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.102'den naklen.

dolayı iyi niyetli zilyettir(59).

Bugünkü anlayışa göre ise iyi niyetli sayılmak için bilmemek yeterlidir. Ayrıca, başkalarının hakkına zarar verilmediği yolunda olumlu bir kanaate, bir fikre sahip olmaya gerek yoktur. (60). Köprülü'ye göre, iyi niyetin, hakkın kazanılmasına engel olan olayı bilmemek ve bilmesi gerekmemek şeklinde anlaşılması ile, gerçek hak durumunu bilmek şeklinde anlaşılması farklı sonuçlar doğuracaktır. MK. m.932'de kötü niyetli kişi, bir hakkın kazanılmasına engel olan durumu "bilen veya bilmesi lâzım gelen" deyimi ile belirtilmiş bulunmaktadır. Bu kavramın zıttından, iyi niyetli kişinin, hakkın kazanılmasını engelleyen durumu bilmeyen ya da bilmesi gerekmeyen kişi olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Şu halde, kanunun benimsediği "bilmemek veya bilmesi gerekmemek" anlayışında, gerçek hak sahipliği sıfatı üzerinde sadece "yanılma" yeterlidir. Gerçek hak sahibinin kim olduğunun araştırılması görevi, hak kazanana veya iyi niyet iddiasında bulunan kimseye düşmez. Aksine, Windscheid'in savunduğu gibi, iyi niyet "gerçek hak durumunu bilmek" şeklinde kabul edilirse, iyi niyet iddiasında bulunanın, gerçek hak sahibinin kim olduğunu araştırması gerekecektir. Oysa, MK. m.3/I'de "bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asıl olan, onun vücududur" denilmektedir. Bu deyim, MK.'un bu konuda ikinci görüşü benimsediğini ve iyi niyetin varlığı için sadece yanılğıyı yeterli gördüğünü ortaya koymaktadır(61).

(59) PFISTER: Die Ersitzung Nach Schweizerischen Recht, Dissertation, Zürich 1931, sh.97, Not:6; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.103'den naklen.

(60) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.103; EDİS S.: Medeni Hukuk, age., sh.252 vd.; ÖZSUNAY E.: Medeni Hukuk, age., sh.290.

(61) KÖPRÜLÜ Bülent: Medeni Hukuk (Genel Prensipler-Kişinin Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2.Bası, İstanbul.1984, sh.158.

Köprülü'nün savunduğu bu görüş, doktrinde de benimsenmiş olan görüştür. Bugünkü yazarların büyük bir çoğunluğu, iyi niyetin varlığı için sadece yanlışlığın yeterli olacağı, ayrıca bir de başkalarının hakkına zarar verilmediği yolunda olumlu bir fikre sahip olmanın gerekli olmadığı görüşündedirler. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre, hak kazanılırken, hakkın kazanılmasına engel olacak bir durumun olayda varlığı ya da yokluğu hakkındaki her bilgisizlik, kişiyi iyi niyetli olarak kabul etmek için yeterli değildir. Öyle durumlar vardır ki, hakkı kazanan kişi biraz daha dikkatli davranmış olsaydı, o hakkı kazanmak için gerekli şartların eksik olduğunu anlayabilirdi. O halde kişiyi iyi niyetli yapan bilgisizlik, nitelikli bir bilgisizlik olmalıdır. Yanlış ya da hatalı bilgi, kişinin ihmali ya da kusurundan meydana gelmemelidir. Bir kimsenin bir hakkı kazanırken iyi niyetli sayılabilmesi için göstermesi gereken dikkat ve özenin derecesi MK. m. 3/II'de belirtilmiştir. MK. m. 3/II'ye göre, "... icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse hüsnüniyet ad-diasında bulunamaz". Buna göre, gösterilmesi gereken dikkat ve özenin derecesi "icab-ı hale göre" belirlenecektir. Bu ölçü, objektif bir ölçüdür. Gösterilmesi gereken dikkat ve özenin derecesi, her olayın özelliklerine göre, normal ve orta zekalı insanların o olayda göstermesi olağan olan dikkat ve özenin derecesi kadardır(62).

-
- (62) AKİPEK Jale G.: Türk Medeni Hukuku, (Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku), Ankara 1973, sh.144.; VELİ-DEDEOĞLU H.: Medeni Hukuk, age., sh.264 vd.; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.103 vd.; MARDİN E.: Hukuku Medeniyye, age., sh.144 vd.; ÖZSUNAY E.: Medeni Hukuk, age., sh.291 vd.; EDİS S.: Medeni Hukuk, age., sh.252 vd.; KÖPRÜLÜ B.: Medeni Hukuk, age., sh.159; İMRE Zahir: Medeni Hukuka Giriş, Yenilenmiş 3.Bası, İstanbul 1980, sh.33 vd.; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.336 vd.; AYİTER Nuşin: Eşya Hukuku, Kısa Ders Kitabı, 2.Baskı, Ankara 1983, sh. 114; ESENER Turhan: Eşya Hukuku, Ankara 1985, sh.112; ZEVLİLİLER A.: Medeni Hukuk, age., sh. 116 vd.

bb) İyi Niyetin Bulunması Gereken An

Daha önce de belirtildiği gibi, Roma Hukukunda "mola fides superveniens non nocet" yani, "sonradan meydana gelen kötü niyet zarar vermez" kuralı geçerliydi. Bu kurala göre, zilyedin iyi niyeti, zilyetliği elde ettikten sonra kötü niyete dönüşse bile bu kötü niyet kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabı engellemiyordu(63). Bu kural, İsviçre ve Türk Hukukunda tersine dönmüştür. İsviçre-Türk Hukukuna göre iyi niyet, bütün kazandırıcı zamanaşımı süresi boyunca var olmalıdır. Eğer taşınmaz tapuya tescil edildikten sonra zilyet aslında kendisinin gerçek malik olmadığını öğrenmişse iyi niyet ortadan kalkmış ve yerini kötü niyete bırakmış olur. Hatta zilyet kendisinin gerçek malik olmadığını bilmeseydi, fakat bilmesi gerekse, yani gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda olsa da kötü niyetli sayılır(64).

Eğer zilyetlik, sicilde malik olarak görünen kişinin mirasçıları tarafından tamamlanıyorsa, mirasçılarında iyi niyetli olmaları gerekir. Miras bırakan kötü niyetli fakat mirasçılar iyi niyetli iseler kazandırıcı zamanaşımından yararlanabilirler. Yani böyle bir durumda miras bırakanın kötü niyeti mirasçılara zarar vermez. Ancak, mirasçılar, miras bırakanın ölüm gününden itibaren kazandırıcı zamanaşımından yararlanmaya başlarlar. Çünkü miras bırakan kötü niyetli olduğubütün ancak onun ölümünden sonra süre işlemeye başlar(65).

cc) İyi Niyetin İspatı

İyi niyet zamanaşımı ile kazanmanın bir unsurudur. Bu nedenle genel ispat ilkelerine göre kazandırıcı zamanaşımından yararlanan kişi tarafından varlığının ispatlanması gerekecektir.

(63) Bak. Yukarıda sh. 82.

(64) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.111; GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh.517.

(65) KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.337-338; GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 517.

Çünkü bu kişi, zamanasımı ile iktisabın bütün şartlarını üzerinde taşıdığını ve bu nedenle mülkiyete hak kazandığını iddia etmektedir. MK. m.6'ya göre ise herkes iddiasını ispatla yükümlüdür. Bundan dolayı iyi niyetli olduğunu iddia eden kişinin bu iddiasını ispat etmesi gerekecektir.

Oysa MK. m.3/I'de, "bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asıl olan onun vücududur" denilmiştir. Bunun için kazandırıcı zamanasımı ile iktisap edecek olan kişi iyi niyetli olduğunu ispatla yükümlü değildir. Çünkü iyi niyetli olduğuna dair bir karine getirilmiştir. Bu durumda, bu karinenin aksini iddia eden, yani kazandırıcı zamanasımından yararlanan kimsenin iyi niyetli olmadığını iddia eden kimsenin bu iddiasını ispatlaması gerekecektir.

Kanunda böyle bir hükme yer verilmesi ve ispat yükünün iyi niyetin bulunmadığını iddia eden kimseye yüklenmesi son derece yerinde olmuştur. Çünkü iyiniyet kişilerin iç durumlarını ilgilendirir. Üstelik olumsuz bir olayın yani gerekli dikkat ve özen gösterildiği halde gerçek durumu bilmemenin ispatı da son derece güçtür, hatta imkansızdır. Bu nedenle, eğer ispat yükü kazandırıcı zamanasımından yararlanan kimseye yüklenmiş olsaydı, bu kimsenin iyi niyetli olduğunu ispat etmesi çok zor olduğundan, mülkiyeti bu yolla iktisabı da oldukça güç olacaktı(66).

Kendisine ispat yükü yüklenen taraf, kazandırıcı zamanasımından yararlanmak isteyen kişinin iyi niyetli olmadığını ispat edecektir. Bu kimseye bir kolaylık olmak üzere, zamanasımından yararlananın malik olmadığını bilmesinin gerektiğini, yani "hâlin icabına göre" beklenen özeni göstermiş olsaydı bileceğini ispatlaması, kötü niyetin varlığını ispat için yeterli sayılmıştır. Böylece bizzat kötü niyet ispatlanabileceği gibi, sadece iyi niyet karinesini ortadan kaldırabilecek bazı durumların gösterilmesi de mümkündür. Bukarinenin aksinin ispat edilmesi üzerine, iyi niyetin varlığının ispatı zamanasımından yararlanan kimseye düşer (67).

(66) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.115.

(67) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.116.

2-Olağan Kazandırıcı Zamanaşımının Hüküm ve Sonuçları

Tapu siciline yolsuz olarak bir taşınmaz tescil edilmiş-

se, bu taşınmazın bir görünürdeki maliki, bir de gerçek maliki

vardır. Olağan kazandırıcı zamanaşımı süresi tamamlanmadan önce,

gerçek malik, tapu sicilinin düzeltilmesi için dava açabilir.

Ancak, zamanaşımı süresinin tamamlanmasıyla yolsuz tescil düzelir

ve bu ikili durum son bulur. Malın gerçek maliki mülkiyet hakkını

kaybederken, lehine yolsuz tescil yapılan kişi taşınmazın mülkiye-

tini iktisap eder. Bundan sonra, eski malik tapu sicilinin düzel-

tilmesi davası açma hakkını ve mülkiyet hakkından doğan diğer

haklarını kaybeder. Adına yolsuz tescil yapılan kişi taşınmazın

mülkiyetini başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden

kazanır, Böyle bir sonuç hakimın kararına ihtiyaç olmadan, ka-

nun gereği (ipso iure) ortaya çıktığı için, mahkeme kararı ku-

rucu değil açıklayıcı bir nitelik taşır(68).

Zamanaşımı ile iktisabın hükümlerinin geriye etkili o-

lacağı genellikle kabul edilmektedir. Yani, zamanaşımının tamam-

lanması ile tescil sanki başlangıçtan beri geçerli bir tescil-

miş gibi sonuç doğurur. Böylece, zamanaşımı süresinde, tescilin

yolsuz tescil olduğunu bilerek sınırlı aynı hak iktisap edenlerin

bu iktisapları da geçerli hale gelir(69).

Kazandırıcı zamanaşımının başlamasından önce kurulmuş o-

lan sınırlı aynı haklar, zamanaşımının tamamlanmasından sonra da

(68) KÜLEY M.: İktisap, age., sh.45 vd.; SENGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.123 vd.; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age., sh.341; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.422-423; GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh.519.

(69) OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.423; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyetlik, age., sh.341; SENGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.126 vd.

aynen devam ederler. Çünkü, zamanaşımı ile kazanılan taşınmazın mülkiyeti daha önce ne durumda ise, o durumda iktisap edilir(70).

Kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mütemimmim cüz ve teferruat sayılan şeyler de iktisap edilirler. Ancak, teferruat bağımsız taşınır eşya sayıldığı için, MK. m.701'e göre, beş yıllık taşınır kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilebilir. Hatta zilyetlik tapudaki tescilden önce başlamışsa, MK. m.701'deki beş yıllık sürenin başlangıcının fiili zilyetliğin başladığı andan itibaren hesaplamak gerekir. Çünkü, taşınır iktisabı hükümleri çerçevesinde teferruatın asıl şeyden bağımsız olarak iktisabı mümkündür(71).

Kazandırıcı zamanaşımı, mülkiyetin aslen iktisap yollarından bir tanesidir. Her ne kadar bu yolla kazanılan taşınmaz da önce başka birinin mülkiyetinde idiyse de, mülkiyet, önceki hak sahibinden bağımsız olarak elde edilmektedir. Yani, yeni mülkiyetin öncekiyle hiç bir ilişkisi yoktur. Bu nedenle, hukukçuların büyük bir çoğunluğu kazandırıcı zamanaşımı ile iktisabının bir aslen iktisap yolu olduğu konusunda birleşmektedirler(72).

B) Olağanüstü (Fevkalâde) Kazandırıcı Zamanaşımı

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı, MK. m.639'da düzenlenmiştir. Bu maddenin I. ve II. fıkrasında şöyle denilmektedir:

"Tapu sicilinde mukayyet olmayan bir gayrimenkulü nizasız ve fasılasız yirmi sene müddetle ve malik sıfatıyla yedinde bulundurmuş olan kimse o gayrimenkulün kendi mülkü olmak üzere tescili talebinde bulunabilir."

(70) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh. 127; KARAHASAN M.-ÖZMEN İ.: Zilyedlik, age., sh.241; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.423.

(71) KÜLEY M.: İktisap, age., sh.46; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh. 125-126.

(72) UMUR Z.: Hüsnüniyet, age., sh.20; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.423; GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh.519.

"Tapu sicilinde maliki kim olduğu anlaşılamayan veya yirmi sene evvel vefat etmiş yahut gaipliğe hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan bir gayrimenkulü aynı şerait altında yedinde bulunduran kimse dahi o gayrimenkulün, mülkü olmak üzere tescilini talep edebilir."

Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilebilecek olan taşınmazlar, kural olarak tapu sicilinde kayıtlı olmayan taşınmazlardır. Bunun yanı sıra, II. fıkraya göre, tapu sicilinde malikinin kim olduğu anlaşılamayan, ya da ölmüş veya gaipliğine hüküm verilmiş bir kimsenin adına kayıtlı bulunan taşınmazlarda, belli şartların gerçekleşmesiyle, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilebilirler.

Bu yolla bir taşınmazı iktisap edebilmek için hangi şartların gerçekleşmesi gerektiğini yine kanun hükmünden çıkarmak mümkündür. Her şeyden önce, I. ve II. fıkralarda belirtildiği üzere, bu yolla iktisap edilecek olan taşınmazın tapu sicilinde kayıtlı olmaması, ya da kayıtlı olmakla beraber malikinin kim olduğunun anlaşılamaması, veya gerçek malikin ölmüş yahut gaipliğine hükmedilmiş olması gerekir. İkinci şart ise, zilyetliktir. Ancak bu zilyetlik, I. fıkroda da belirtildiği gibi malik sıfatıyla zilyetlik olmalı ve nizasız ve fasılasız devam etmelidir. Üçüncü şart ise süreye ilişkin şarttır. Buna göre, malik sıfatıyla zilyetliğin nizasız ve fasılasız yirmi yıl devam etmesi gerekir. Bu kanun hükmünden çıkarılamayan bir şart daha vardır ki, o da taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile iktisaba elverişli olması şartıdır. Bu şart, Roma Hukukundaki "Res habilis"i karşılamaktadır.

Olağan kazandırıcı zamanaşımı ile, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımının bazı şartları birbirine benzemektedir. Bu şartlar, zilyetliğe ve süreye ilişkin şartlardır. Olağan kazandırıcı zamanaşımının şartlarına benzeyen bu şartlar, daha önce de incelendiği için burada tekrar incelenmiyecek, sadece aradaki farklılıklar belirtilecektir.

1- Olağanüstü Kazandırıcı Zamanlaşımının Şartları

Bu şartlar, yukarıda da belirtildiği gibi, a) Taşınmaza ilişkin şart; b) Süre ve c) Malik Sıfatıyla Zilyetlik olarak sıralanabilir. İyi niyet ise sadece olağan kazandırıcı zamanlaşımının bir şartı olup, olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımının şartlarından değildir. Başka bir deyişle, olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımından yararlanacak olan kişinin iyi niyetli olması gerekmez. Kötü niyetli de olsa bu yolla taşınmaz mülkiyetini iktisap edebilir.

a) Taşınmaza İlişkin Şart

Bu şartı, taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı ile iktisaba elverişli olması şartı ve tapu siciline ilişkin şart olmak üzere iki başlık altında incelemek mümkündür.

aa) Taşınmazın Zamanlaşımı İle İktisaba Elverişli Olması

Roma Hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da bazı mallar kazandırıcı zamanlaşımı ile iktisap edilmezler. Bu mallar özel mülkiyete konu olmayan, özellikle devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallardır. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan malların neler olduğu MK. m.641'de belirtilmiştir. MK. m. 641'de şöyle denilmektedir:

"Sahipsiz mallar ve menfaati umuma ait olan mallar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Hilâfı sabit olmadıkça menfaati umuma ait sular ve ziraate elverişli olmayan yerler, kayalar, tepeler, dağlar ve ormandan çıkan kaynaklar kimsenin mülkü değildir. Sahipsiz malların ihraz ve işgali, yollar ve meydanlar akarsular ile yatakları gibi menfaati umuma ait malların işletilmesi ve kullanılması hakkında ahkâmı mahsusa vazolunur".

MK. da yer alan bu hükümle, kamu hukukuna giren mallar saptanmış ve özel hukuka bir sınır çizilmiştir. MK. m.641'de, "sahipsiz mallar ve menfaati umuma ait olan mallar" adı verilen iki kategori malların devletin hakimiyeti altında olduğu belirtilerek, bunlar MK.'un uygulama alanı dışında tutulmuştur. Başka bir deyişle, MK. m.641 ile sahipsiz mallar ve kamu malları ehya hukukunun dışında tutulmuştur(73).

(73) DÜREN Akın: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979 sh.22.

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallara genel olarak "kamu malı" adı verilir. Kamu malları, "geniş anlamda kamu malları" ve "dar anlamda kamu malları" olmak üzere ikiye ayrılır. Geniş anlamdaki kamu mallarını da, "hizmet malları" ve "kamunun ortak kullanımına açık olan mallar" olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür(74). Hizmet malları idarenin görevlerinin ifasına doğrudan doğruya hizmet eden mallardır. Okul, hastahane, belediye, müze ve kütüphane gibi yerler hizmet mallarına örnek olarak gösterilebilir. Kamunun ortak kullanımına açık olan mallar ise, "sahipsiz mallar" ve "en dar anlamda kamu malları (orta malları)" olmak üzere iki çeşittir. Orta malları, doğrudan doğruya kamunun ortak kullanımına açık olan mallardır. Örneğin, yollar, caddeler, pazar yerleri, meralar, yaylaklar ve kışlaklar gibi(75). Sahipsiz mallar da doğrudan doğruya kamunun ortak kullanımına açık olan mallardır. Ancak bu mallar, ayrıca idarenin bir tahsis tasarrufunu gerektirmeksizin, doğal niteliklerinin bir sonucu olarak doğrudan doğruya kamunun ortak yararlanmasına açıktır. Örneğin, genel sular, kayalar, tepeler, buzullar ve bunlardan çıkan kaynaklar gibi yerler sahipsiz mallardandır(76).

Bazı kanunlar, kamu malı niteliğindeki malların özel mülkiyete konu olmayacağını kesin olarak açıklamıştır. Örneğin, Tapulama Kanunu m.35'e göre, mera, yaylak, kışlak, otlak, harman yeri, pazar ve panayır yerleri gibi kamunun ortak kullanımına açık

(74) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 524.

(75) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 524; DÜREN A.: İdare, age., sh.24; CİN H.: Mirî Arazî, age., sh.32 vd.; IDEM: Türk Hukukunda Mera, Yaylak ve Kışlaklar, 2.Baskı, Ankara 1980, sh.6 vd.

(76) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 524; DÜREN A.: İdare, age., sh.24-25; OLGAC S.-KARAHASAN M.: Garîmenkullerin İktisap ve Tescilleri age., sh.37.

köy orta malları özel mülkiyete konu olamaz(77). Arazi kanunu m. 102'ye göre de, yaylak ve kışlakların zamanagımı ile iktisabı mümkün değildir. Bu yerler üzerinde hiç bir zaman zamanagımı cereyan etmez ve zilyetlik iddiaları da dinlenemez(78).

431 sayılı "Hilâfetin İlgasına ve Hanedanı Osmanîinin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanunun 10. maddesine göre ise, padişahlara ait taşınmaz mallar, kamu malı olarak millete geçmiş ve hazinenin kamu hukukuna giren malı olmuştur. Bu nedenle, bu tür malların da kazandırıcı zamanagımı ile iktisabı mümkün değildir(79).

MK. m.448'e göre de, ölen kişinin hiç bir kanuni mirasçısı yoksa ve kendisine bir mirasçı tayin edememişse, büyükbabalar ve anaların baba ve analarıyla kardeşlerinin intihâ hakkı saklı kalmak üzere devlet mirasçı olur(80). Buna benzer bir hüküm de MÖHUK m. 22/III'de yer almaktadır. Buna göre, mirasçı bırakmadan ölen bir yabancıнын veya vatansızın Türkiye'de bulunan terekesi ve bu arada taşınmaz malları Türk Devletine kalır(81). Aynı şekilde, firari ve kaçak yahut kaybolmuş kişilerin taşınmazları da devlete kalır. İşte bu tür taşınmazlar da, devlet adına tapu siciline kaydedilmeseler bile kazandırıcı zamanagımı yoluyla iktisap edilemezler(82). Bunun gibi, mübadil Rum'lara ait taşınmazlar ile(83), 2510 sayılı iskan kanununa göre doğudaki yasa

(77) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 527; AKGÜN Zerrin: Mer'a Hukuku ve Mer'alar ile İlgili Arazi ve Tapulama Davaları, İlaveli 4.Baskı, Ankara 1964, sh.27-28.

(78) AKGÜN Z.: Mer'a Hukuku, age., sh.49; DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.29.

(79) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 528; DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.106.

(80) AYİTER Nuşin: Miras Hukuku, Ankara,1984, sh.35.

(81) NÖMER Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1984, sh.264; DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.107.

(82) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 528.

(83) DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.93 vd.

ve idareten boşaltılmış bölge halkından olup da batıya nakledilenlere ait taşınmazların kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilmesi mümkün değildir(84).

Bu konu ile ilgili bir başka hüküm ise AY.da yer almaktadır. AY. m.169'a göre, ormanlarla, her türlü taşınmaz eski eserler kamu mülkiyetinde olup, özel mülkiyete konu olamaz, dolayısıyla zamanaşımı ile iktisap edilemezler(85).

Bu konuda son olarak vakıf mallarını da saymak gerekir. MK. m.81/B'ye göre, "vakıfların malları üzerinde zilyetlik yolu ile iktisap hükümleri tatbik olunamaz." Aynı şekilde, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu m.8 gereğince de "Vakıfların doğrudan doğruya hayrattan olan gayrimenkulleri rehledilemez... Bunlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için iktisabi müruru zaman işlemez..."(86).

Yukarıda sayılan, gerek MK. m. 641 gereğince devletin hüküm ve tasarrufu altında sayıldığı için özel mülkiyete konu olmayan, gerekse özel kanunlarca özel mülkiyete konu olmaları ya da zamanaşımı ile kazanılmaları yasaklanan mallar üzerinde olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı cereyan etmez. Bu mallara zilyet olan kişiler, zilyetlikleri ne kadar uzun sürerse sürsün, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla bu malların mülkiyetini iktisap edemezler. O halde, bu yolla mülkiyeti kazanılacak olan taşınmazın bu sayılan malların dışında kalması ve özel mülkiyete konu olabilecek nitelikte bulunması gerekir. Yani, Romalı Hukukçuların dediği gibi "res habilis" olması gerekir.

bb) Tapu Siciline İlişkin Şart

MK. m. 639'a göre, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilecek olan taşınmazın, tapu sicilinde kayıtlı olmaması, veya tapu sicilinden malikin kim olduğunun anlaşılma-

(84) DÜZCEER A.: Taşınmaz İktisabı, age., sh.104.

(85) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSER E.: Eşya Hukuku, age., sh. 528.

(86) GÜRSOY K.-EREN F.-CANSER E.: Eşya Hukuku, age., sh. 529.

maması ya da malikin yirmi yıl önce ölmüş yahut gaipliğine hüküm verilmiş olması gerekir.

aaa) Taşınmazın Tapu Sicilinde Kayıtlı Olmaması

Tapu siciline kaydedilmemiş taşınmazların olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı yoluyla iktisabı mümkündür. Kazandırıcı zamanlaşımı ile iktisap edilebilecek olan bir taşınmaz, tapu siciline tescili gerekmekte iken bu tescil yaptırılmamış olabilir. İsviçre'de, bu maddeye giren taşınmazlar daha ziyade tapu sicilinin kabul edildiği kantonlarda, sicilın kabulünde tapuya kayıtlarının unutulmuş olması veya kanton kanunlarına göre işgal yoluyla iktisap edilen taşınmazların tescilinin ihmal edilmiş olması nedeniyle tescil edilmemiş taşınmazlardır. Ayrıca, devlet malı veya kamu malı iken daha sonra özel bir kanton kanunu ile özel mülk haline gelip üzerlerinde olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı şartları tamamlanmış olan taşınmazlar da buraya girerler. Son olarak, nehir kıyılarındaki alüvyonlu toprakların meydana getirdiği arazi de tapu siciline tescil edilmediği takdirde olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımına konu olabilir(87).

Bizde ise bu şartın gerçekleşme alanı çok daha geniştir. Bunun nedeni, tapuya kaydedilmeleri gerekli olan taşınmazların büyük bir bölümünün kaydedilmemiş olmasıdır. Bu da çeşitli şekillerde olmaktadır. Ya taşınmazın bulunduğu bölgeden tapu kadastro henüz geçmemiştir, ya da geçmiş olduğu halde her nasılsa taşınmazın kaydedilmesi unutulmuştur. Çok eskiden tapuya kaydedilmiş olan taşınmazların ise, bugün elde bulunan bilgilerle tapu kayıtlarının bulunmaları son derece zordur. Son olarak, eskiden tutulmuş olan ve bugün elde bulunan bazı kayıtları da tapu sicili niteliğinde kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle ülkemizde tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı yoluyla iktisabı son derece sık rastlanılan ve mahkemeleri-

(87) SENGİR Turgut: İsviçre'de Tapuya Mukayyet Gayrimenkullerin Müruruzamana Müstenit Tescili, Ad. Der.1963, S.5-8, sh.584.

de çok uğraştıran bir iktisap yoludur(88).

Gerek İsviçre'de gerekse ülkemizde bir taşınmazın tapuya kayıtlı sayılabilmesi için, söz konusu kaydın tapu sicil ana ana kütüğüne yapılması gerekir. Kaydın sadece yevmiye defterine yapılmış olması, o taşınmazın tapu kaydının yapılmış sayılması için yeterli değildir(89).

bbb) Tapu Sicilinden Malikin Kim Olduğunun Anlaşılammaması.

Bazı durumlarda taşınmaz tapu siciline kaydedilmiş olduğu halde, tapu sicilinden malikin kim olduğu tam olarak anlaşılammayabilir. Böyle bir durumda da taşınmaz olağanüstü kazandırıcı zamanışımı yoluyla iktisap edebilir. Kayda rağmen malikin anlaşılammaması çeşitli şekillerde olabilir:

Her şeyden önce, tapu sicil memuru, malikin adını, soyadını veya malik bir şirket ise merkez ünvan vb. bilgileri kaydetmek zorundadır. Ancak bu zorunluluğa rağmen kaydetmez, unuttur veya yanlış kaydederse, tapu sicilinden malikin kim olduğu anlaşılammaz(90).

Malikin kim olduğunun anlaşılammaması, malikin kimliğinin şüpheli ya da yetersiz olarak gösterilmesinden de kaynaklanabilir. Örneğin, sicilde malik olarak sadece "Mehmet" ismi yazılıp bu Mehmet'in kim olduğu anlaşılammıyorsa durum böyledir. Bu durumda zilyedin, sicilde kayıtlı olan kişinin kimliğini şahsen bilmesi mülkiyetin zamanışımı ile kazanılmasına engel olmaz(91). Çünkü,

(88) KÜLEY M.: İktisap, age., sh.51; KARAHASAN E.-ÖZNER İ.: Zilyedlik, age., sh.381.

(89) SENGİR T.:İsviçre'de Müruruzamana Müstenit Tescil, age., sh.584; REİSOĞLU Safa: Fevkalâde Müruruzaman ve İlgili İctihadı Birleştirme Kararları, SBFD. C. XVII, 1963, S.2.den Ayrı Baskı, Ankara 1963, sh.363.

(90) SENGİR T.: İsviçre'de Müruruzamana Müstenit Tescil, agm., sh.585.

(91) OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.431; REİSOĞLU S.: Fevkalade Müruruzaman, agm., sh.366; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.16.

Tapu sicilinde bir üçüncü kişinin ya da kazandırıcı zamanasını zilyedinin yolsuz tescil edildiği taşınmazlarda da malikiyet MK. m.639'a dayanılarak iktisap edilebilir. Bu iki halde de, gerçek malikin hakkı tapu sicilinde belirmediği için taşınmaz tescilin kazandırıcı zamanasına karşı olan koruyucu etkisinden yoksun kalır. Örneğin, A'ya ait bir taşınmaz B adına yolsuz tescil edilmişse, taşınmaza zilyet olan C, olağanüstü kazandırıcı zamanasını yoluyla bu taşınmazı iktisap edebilir. Öte yandan, örneğin 15 yıldır tapu sicilinde kayıtlı olmayan bir taşınmaza zilyet olan bir kimse, taşınmazın ilk tapuya geçirilişinde yolsuz olarak malik diye tescil edilmişse, olağan kazandırıcı zamanasını süresinin dolmasını ve şartlarının gerçekleşmesini beklemeksizin beş yıl sonra olağanüstü kazandırıcı zamanasını ile taşınmazın maliki olur(98).

ccc) Malikin Ölmüş Ya Da Gaipliğine Hükmedilmiş Olması

Yirmi yıl önce ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş bir kimse adına yapılmış olan bir tescil de taşınmazın malikini göstermemektedir. Yani tapu sicilinde kayıtlı bulunan bir taşınmazın maliki ölmüş ya da gaipliğine karar verilmişse ve bu arada malikin mirasçıları kendi adlarına tescili yaptırmamışlarsa, bu taşınmaz olağanüstü kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisap edilebilir(99).

Tapu sicilinde ismi kayıtlı olan malikin ölümüyle malikiyet, kanun gereğince (MK.m.633), mirasın açılmasıyla birlikte mirasçılara intikal eder. Ancak mirasçılar, taşınmazın malikiyetini tapu sicilinde kendi adlarına tescil ettirmedikleri sürece, taşınmaza zilyet olan üçüncü kişiler olağanüstü kazandırıcı zaman-

(98) SENGÜRREY İ.: Müruruzaman, age., sh.24; REİSOĞLU S.: Fevkalâde Müruruzaman, agm., sh.366.

(99) OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.432; SENGÜR T.: İsviçre'de Müruruzamane Müstenit Tescil, agm., sh.585.

aşımı yoluyla mülkiyeti iktisap edebilirler(100). Yani, topuda kayıtlı bir taşınmazın sadece mülkiyet hakkına sahip olmak kazandırıcı zamanaşımın önlemeye yetmez. Bunun için ayrıca, tescil ile bu hakkın alenileşmesi gerekir. Eğer mirasçı MK.m.577'ye göre miras sebebiyle istihkak davası açarsa, MK.m.578/II'ye göre zilyet, kazandırıcı zamanaşımı savunması yapamaz. Ancak kazandırıcı zamanaşımının ileri sürülememesi için, mirasçının açtığı davanın miras sebebiyle istihkak davası olması gerekir. Yoksa mirasçının açtığı sıradan bir mülkiyet davasına karşı kazandırıcı zamanaşımı ileri sürülebilir(101).

MK.'un 639. maddesinin II. fıkrası hükmü, mirasçılar arasında da uygulanır. Yani, mirasçılar da terekeye dahil olan bir malı olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edebilirler. Kanunda bunun tersini gösteren herhangi bir hüküm yoktur. Bununla beraber bu konu çeşitli tartışmalara neden olmuş ve yargıtayda genellikle bu görüşe ters düşen kararlar vermiştir(102).

Burada malikin ölümünü sadece gerçek kişilerin ölümü olarak anlamamak gerekir. Tüzel kişilerde ölüm fiilinin yerini tasfiye almıştır(103).

Bu hükme dayanılarak bir taşınmazın iktisap edilebilmesi için, malik öldükten sonra taşınmaza yirmi yıl süreyle malik sı-

(100) REİSOĞLU Safa: Fevkalâde Müruruzaman, agm., sh.367.

(101) SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.20 vd.; OLGAC S.-KARAHASAN M.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.74 vd.

(102) OLGAC S.-KARAHASAN M.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.74 vd.; REİSOĞLU S.: Fevkalâde Müruruzaman, agm., sh.368 vd.; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.21; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.446, Not,442.

(103) SENGİR T.: İsviçre'de Müruruzamana Müstenit Tescil, agm., sh.585; REİSOĞLU S.: Fevkalâde Müruruzaman, agm., sh.367.

fatıyla zilyet olmak gerekir. Eğer taşınmaza malik ölmenden önce zilyet olunmuşsa, bu durumda süre malikin öldüğü günden itibaren işlemeye başlar. Mülkiyeti kazanabilmek için malik sıfatıyla zilyetliğin yirmi yıl devam etmesi gerekir. Eğer mirasçılar 19.yılda taşınmazı kendi adlarına tescil ettirirlerse, bundan sonra olağanüstü kazandırıcı zamanasımı yoluyla o taşınmazın mülkiyetini iktisap etmek mümkün olamaz(104).

Tapu sicilinde, gaipliğine karar verilmiş bulunan bir kimse adına tescil edilmiş bir taşınmaz da, MK.m.639/II gereğince olağanüstü kazandırıcı zamanasımı yoluyla kazanılabilir.

Hakimin gaiplik kararı ile birlikte ölüme bağlı haklar, tıpkı ölüm gerçekleşmiş gibi kullanılır ve dolayısıyla miras açılır. Gaibin mirasçıları ise, gaip adına tapu siciline kayıtlı olan taşınmaza, adlarına tescile gerek olmaksızın malik olurlar. Ancak, mirasçılar taşınmazı kendi adlarına tapu siciline tescil ettirmezler ise, bu taşınmaza malik sıfatıyla zilyet olan kişi, taşınmazın mülkiyetini iktisap edebilir(105).

Burada önemli olan konu, kazandırıcı zamanasımının başlangıcının gaiplik kararının verildiği günden mi, yoksa ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren mi hesaplanacağıdır. Bu konuda genellikle kabul edilen görüş, zamanasımının ölüm tehlikesi ya da son haber tarihinden itibaren cereyan etmeye başlayacağı yolundadır. Çünkü gaiplik kararı geriye etkilidir. Bu durum, MK.m.34/III'de "gaiplik kararı ölüm tehlikesi yahut son haber gününden itibaren hüküm ifade eder" denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir(106).

Ölen ya da gaipliğine karar verilen kişinin mirasçıları, zamanasımı şartlarındaki eksiklikleri, itiraz süresinde ileri sürebilecekleri gibi, bu süre geçtikten sonra da ileri sürebilir-

(104) GURSOY K.-EREN F.-CANSEL E.: Eşya Hukuku, age., sh. 531.

(105) REİSOĞLU S.: Fevkalâde Müruruzaman, agm., sh.373.

(106) OLGAÇ S.-KARAHASAN M.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.78 vd.; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.19.

ler. Hatta, olağanüstü kazandırıcı zamanasımından yararlanan zilyet adına tapu siciline tescil bile yapılmış olsa, kazandırıcı zamanasımı dolayısıyla verilen karar çekişmesiz yargı sonucunda verildiği için kesin hüküm değildir. Dolayısıyla tartışma konusu yapılabılır ve hukuki sebepten yoksun olan tescil düzeltililebilir (107).

b) Süre

Olağanüstü kazandırıcı zamanasımı yoluyla bir taşınmazın mülkiyetini kazanabilmek için, o taşınmaza aralıksız ve çekişmesiz yirmi yıl zilyet olmak gerekir. Bu süre İsviçre MK.'nda 30 yıldır.(108). Bizde ise yirmi yıla indirilmiştir.

Olağanüstü kazandırıcı zamanasımı, tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlarda malik sıfatıyla zilyetliğin kazanılması ile bağlar. Taşınmaz tapuda kayıtlı ise, olağanüstü kazandırıcı zamanasımı süresinin işleyebilmesi için malik sıfatıyla zilyetliğin kazanılması yeterli değildir. Ayrıca, MK. m. 639/II'deki olumsuz şartların da gerçekleşmesi gerekir. Yani, tapuda kayıtlı taşınmazın maliki ölmüş ya da gaipliğine kara verilmiş olmalıdır. Zilyet, malik ölmeden ya da gaipliğine karar verilmeden önce malik sıfatıyla zilyetliği kazansa bile, bu zilyetlik zamanasımı süresinin hesabında dikkate alınmaz(109).

Sürelerle ilgili diğer hükümler, olağan kazandırıcı zamanasımı süreleriyle ilgili olan hükümlerin aynıdır. Çünkü, hem olağan, hem de olağanüstü kazandırıcı zamanasımı süreleri, bu sürelerin hesabı, kesilmesi ve tatili konuları aynı maddede (MK.m.641) ayırım yapılmaksızın düzenlenmiştir. Bu nedenle, daha önce olağan

(107) ACEMOĞLU Kevârk: Bir Gayrimenkülün Eski Malikinin Mirasçıları, Gayrimenkülü Zamanasımına Dayanarak Adına Tescil Ettiren Zilyedi Dava Edebilirler mi?, İÜHFD., C.XXXI, S.1-4, sh. 424.

(108) SENGİR Turgut: İsviçre'de Miruruzamana Müstenit Tescil, agm., sh. 583.

(109) SUNGURBEY İ.: Miruruzaman, age., sh. 42 vd.

kazandırıcı zamanasımı konusu incelenirken ayrıntılarıyla incelendiği için, bu konular burada tekrar ele alınıp incelenmeyecektir.

c) Malik Sıfatıyla Zilyetlik

Olağanüstü kazandırıcı zamanasımı yoluyla bir taşınmazın mülkiyetini kazanmak isteyen bir kimse, bu taşınmaza yirmi yıl boyunca malik sıfatıyla zilyet olmalıdır. Buradaki malik sıfatıyla zilyetlik, olağan kazandırıcı zamanasımı ile iktisaptaki malik sıfatıyla zilyetliğin aynıdır. Aradaki tek fark, olağan kazandırıcı zamanasımı zilyedinin iyi niyetli olması gerektiği halde, olağanüstü kazandırıcı zamanasımı bölümünde ayrıntılarıyla incelendiği için, tekrardan kaçınmak amacıyla burada ikinci kez incelenmeyecektir.

2- Olağanüstü Kazandırıcı Zamanasımının Hüküm ve Sonuçları

Olağanüstü kazandırıcı zamanasımı yoluyla, tapu siciline kayıtlı olmayan, kayıtlı olduğu halde malikinin kim olduğu anlaşılamayan ya da maliki ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş olan bir taşınmaz, yirmi yıl süren bir zilyetliğin sonunda iktisap edilir.

a) İşlevleri ve Bu Kuruma Yöneltilen Eleştiriler

Olağanüstü kazandırıcı zamanasımının işlevi, fiili durumları yansıtmayan kayıtların ortadan kaldırılması ve fiili durumları hukukiliğe kavuşturmak tehdidi ile, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahiplerini, haklarını ve bu haklarındaki gelişmeleri tapu kütüğüne kaydettirmeye zorlamaktır(110).

Buna göre, olağanüstü kazandırıcı zamanasımı, malikin, taşınmazı kayıt ve kendi adına tescil ettirmeme, miras yoluyla kendisine kalmışsa, adına intikalini yaptırmama konusundaki ihmeline ve taşınmaza bir başkasının malik gibi zilyet olması-

(110) ACEMOĞLU Kevork: Olağanüstü Kazandırıcı Zamanasımı Müessesesi Üzerine Bazı Düşünceler, İÜHF., C.XXXIII, S.3-4, sh. 249.

na gözyummak, zamanasını süresi boyunca ona karşı dava açmayıp, çekişmesizlik özelliğini kazandırmama konusundaki ihmaliyle bağlanmış bir sonuçtur (111).

Olağanüstü kazandırıcı zamanasını kurumunun bu işlevinin, Türkiye şartlarında pek iyi sonuçlar vermediği ileri sürülmüş ve bu kurum, ağır eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır.

Acemoğlu'na göre, MK.'un bu hükmünün kaynağı olan Avrupa kanunlarına göre, olağanüstü kazandırıcı zamanasını yoluyla taşınmaz iktisabı son derece istisnai durumlarda söz konusu olur. Her şeyden önce bu ülkelerde tapu sicili düzenlidir. Tapusuz taşınmaz hemen hemen yok gibidir. Ayrıca, o ülkelerdeki medeniyet seviyelerinin yüksekliği de, hakların süresi içinde aranmasını sağlamaktadır.

Ülkemizde ise, taşınmazların çoğu tapusuzdur. Üstelik halkta tapu kütüğünün zorunluluğu fikri yerleşmemiştir. Resmi işlemlerdeki zorluk, çoğu kez halkın bu işlemlerden kaçmasına neden olmaktadır. Tüm bu nedenlerden dolayı ülkemizde olağanüstü kazandırıcı zamanasını ile taşınmaz iktisabı çok sık görülen bir iktisap yoludur. Ayrıca, bu yolla mülkiyet kaybeden malik, çoğu kez kendi ihmalinden dolayı değil devletin ihmalinden ve çaresizliğinden dolayı hakkını kaybetmektedir. Çünkü daha birçok yere tapu kadastro girmemiştir. Bu da yetmiyormuş gibi, MK.'da kabul edilen süre, Avrupa kanunlarında kabul edilen süreden on yıl daha kısadır.

Ayrıca, bazı bölgelerde, büyük toprak sahipleri, küçük çiftçilerin topraklarını işlemekte ve daha sonra nüfuzları sayesinde buldukları yalancı şahitlerle, o toprakların olağanüstü kazandırıcı zamanasını yoluyla mülkiyetini kazandıklarını ileri sürüp kendi adlarına tescil ettirmektedirler.

Acemoğlu bu eleştirilerden sonra, yapılacak en doğru şeyin, bu kurumun tamamen ortadan kaldırılması ve bu kurumun üstlendiği işlevleri yerine getirmek üzere bir hak düşürücü

(111) ACEMOĞLU K.: Düşünceler, agm., sh.250.

zamanaşımı süresi konulması gerektiği fikrini savunmaktadır. Ancak bu bir kanuni düzenleme işi olduğundan, bu düzenleme yapılınca kadar, bugünkü hükümler çerçevesinde bazı çözümler bulunabileceğini belirtmekte ve iki çeşit çözüm yolu göstermektedir.

Acemoğlu'na göre, ilk olarak kazandırıcı zamanlaşımının zilyede mülkiyeti kazandıracağı an üzerinde durmak gerekir. Sungurbey tarafından savunulan süre dolduğu zaman mülkiyetin otomatik olarak kazanılacağı yolundaki görüş, hukuk tekniği bakımından doğru olan görüştür. Ancak, Türkiye için itiraz süresi görüşünü benimsemek daha doğru olur. Böylece malike hakkını araması için son bir fırsat daha verilmektedir.

Acemoğlu'nun gösterdiği ikinci çözüm yolu ise, malik sıfatıyla zilyetliğin ispatının zamanlaşımından yararlanan kimseye yüklenmesi ve bunun ispatı için daha başka deliller beklenmesidir. Böylece zilyedin malik sıfatıyla zilyetliğini ispatlaması güçleşecek ve bu yolla da olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımının etki alanı daraltılmış olacaktır (112).

Gerçekten de, Acemoğlu'nun ileri sürdüğü bu eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Türkiye'de tapu sicilinin yerleşmemiş olması, halkın sosyal yapısı ve davaların uzun sürmesi nedeniyle hak aramanın zor olması gibi nedenlerden dolayı bu kurum bir çok haksızlıklara neden olmaktadır. Bu yüzden, Acemoğlu'nun dediği gibi tamamen ortadan kaldırılmasa bile, hiç değilse, süresinin kaynak İsviçre Kanunu'nda olduğu gibi 30 yıla çıkarılmasında ve uygulama alanının daraltılmasında fayda vardır.

b) Mülkiyetin Kazanıldığı An

Olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı yoluyla mülkiyetin ne zaman kazanıldığı konusu da tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

(112) ACEMOĞLU K.: Düşünceler, agm., sh.248.

Birinci görüŖe göre, kazandırıcı zamanasını zilyedi ancak tescil anında malik olabilir. Tescilden önce ise, sadece zilyetliği korumaya yarayan yollardan yararlanabilir. Bu görüŖün savunucularından olan Postacıoğlu'na göre, tapu kütüğüne geçmemiş olan taşınmazlarda mülkiyet hakından söz etmeye imkan yoktur. Bu taşınmazlar üzerinde sadece zilyetlik söz konusu olabilir. (Çünkü mülkiyet hakkının doğumu, bu hakkın tapuya kaydedilmesine bağlıdır(113)).

Bu görüŖ mantıklı gibi görünse de, Türkiye gerçekleriyle bađdaŖmamaktadır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların üzerinde mülkiyet hakkının bulunmayacağını kabul etmek, Türkiye'deki taşınmazların büyük bir kısmının sahipsiz olduğunu kabul etmek demektir. Eğer bir kimse babasından kalan bir taşınmazı tapu siciline kaydettirmemişse, taşınmaz yüzlerce yıl dedelerine ait olsa bile bu görüŖe göre o taşınmazın maliki olamayacaktır. Taşınmazı bir müddet boş bıraksa ve yanına uğramasa, bu rada bir başka kiŖi zilyetliğini ele geçirirse, taşınmazın gerçek maliki mülkiyet davalarından yararlanamayacak, sadece zilyetlik davalarından yararlanabilecektir. Oysa taşınmazın yeni zilyedi de zilyetliği koruyucu yollardan yararlanabilecek ve böylece haklı ile haksız arasında herhangi bir fark kalmıyacaktır. Belki taşınmazın gerçek maliki bu taşınmaza kendisinin miras sebebiyle zilyet olduğunu karŖısındaki kiŖinin ise herhangi bir hukuki sebebe dayanmadığını ve dolayısıyla haksız zilyet olduğunu ileri sürebilecektir. Fakat, olağanüstü kazandırıcı zamanasını için hukuki sebep ve iyi niyet şart olmadığı için, böyle bir iddia haksız zilyedin olağanüstü kazandırıcı zamanasını yoluyla mülkiyeti kazanmasını engellemiyecektir.

İkinci görüŖe göre ise kazandırıcı zamanasını zilyedi, ancak mahkemenin kurucu (ihdasi) bir kararıyla tapu sicili dışındaki mülkiyeti iktisap eder(114). Yargıtay da, 1. Hukuk Dairesinin

(113) POTACIOĞLU İlhan: Gayrimenkullerin Ferağına Mütelik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, tez, İstanbul 1945, No.49 vd.; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.67'den naklen.

(114) WIELAND: Kanunu Medenide Ayni Haklar, (Çev:Karafakıh), Ankara 1947, sh.662; LEEMAN: Sachenrecht, age., sh.662. No.19/21; SUNGURBEY İ.: Müruruzaman, age., sh.69'dan naklen.

1946 tarihinde verdiği bir kararında aynı görüşü kabul etmiştir. (115).

Bir başka anlayışa göre de, ancak mahkemenin kurucu kararıyla mülkiyet kazanılabilir. Ancak kazandırıcı zamanasımına maruz kalanın hakkını kaybetmesi daha önce, susma sonucunda gerçekleşir. Mülkiyetin zamanasımı ile iktisabında taşınmaz ilk önce sahipsiz hale gelir. Kazandırıcı zamanasımından yararlanan kimse, olağanüstü kazandırıcı zamanasımının şartlarının gerçekleşmiş olmasına ve itiraz süresinin faydasız geçmesine dayanarak hakimden mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteyebilir(116).

Dördüncü bir görüşe göre ise, itiraz süresi faydasız sona erdiği anda, gerçek hak sahibi hakkını bildirmediği için mülkiyeti kaybeder. Aynı zamanda kazandırıcı zamanasımı ile iktisap edenin şahsında, tapu sicili haricinde kendisince talep edilen hak doğar. Böylece susma, kazandırıcı zamanasımı ile iktisap eden kişi için kurucu bir etki yapar. Hakimin kararı ise sadece açıklayıcı niteliktedir(117).

Velidedeoğlu-Esmer'e göre, zilyet tarafından tescil davası açılmadan önce, olağanüstü kazandırıcı zamanasımına ilişkin bütün şartların gerçekleşmesi, zilyede doğrudan doğruya mülkiyet hakkını değil, zilyet olduğu taşınmazın kendi adına tescilini talep hakkını sağlar. Zilyedin tescili talep hakkını kullanması yenilik doğuran bir haktır. Eğer zilyet bu hakkını defî olarak kullanırsa, mülkiyeti bu defî hakkını kullandığı anda iktisap

(115) L. HD. 4.2.1946, No. 11; SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh.69.

(116) PFISTER: Die Ersitzung , age., sh.131; SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh. 70'den naklen.

(117) PFISTER: Die Ersitzung, age., sh. 131 vd. ;SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh. 70 vd.'den naklen

eder(118). Bu görüşü destekleyenlerden Tuncer'e göre de, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımında eğer taşınmaz tapuda kayıtlı ise tapu kaydı başkalarının üzerindedir. Bu nedenle, zamanaşımının sona ermesiyle zilyet doğrudan doğruya malik olmaz. Kazandırıcı zamanaşımı süresinin sonunda zilyet sürekli bir defa hakkına ve o taşınmazın tapu siciline kendi adına tescilini talep etme yetkisine sahip olur(119).

Sungurbey'e göre ise, mülkiyetin iktisabı, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı süresinin MK. m. 639'daki şartlar çerçevesinde tamamlanması ile gerçekleşir. İtiraz süresinin ilanı üzerine malikin ortaya çıkması ve mülkiyetini bildirmesi tescil kararını önlemeye yetmediğine göre, mülkiyet hakkı itiraz süresinden önce sona ermiştir. Bu nedenle, itiraz süresinin faydasız geçmesi iktisabın bir unsuru sayılamaz. İtiraz süresinin ilânına rağmen, mülkiyetin sona ermesi ve iktisabı objektif olarak ya gerçekleşmiş, ya da gerçekleşmemiştir. Mülkiyetin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılıp kazanılmadığını incelemeye, belirlemeye ve açıklamaya yönelik olan bu tedbirin mülkiyetin iktisabı olayı üzerinde hiç bir etkisi yoktur. Aynı şekilde, mahkeme kararının da mülkiyetin iktisabını etkileyici bir işlevi olamaz(120).

Sungurbey'in savunduğu bu görüşlerin hemen hemen aynısını savunan Küley'e göre de, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyet MK. m. 639'da sayılan şartların gerçekleşmesi ile otomatik olarak kazanırılır(121). Reisoğlu'da ilâna ilişkin kuralların usule ilişkin işlemler olduğunu belirterek, MK. m. 639'daki şartların tamamlanmasıyla mülkiyetin kazanılacağını savunmaktadır(122).

(119) TUNCER, Sıtkı: Tapu Kaydı ve Müruruzaman, Ad.Der., 1953, S.7, sh.713 vd.

(120) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh.72 vd.

(121) KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.92.

(122) REİSOĞLU, S.: Fevkalâde Müruruzaman, age., sh.388 vd.

Gerçekten de, MK. m. 639'a göre bir taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisap edilebilmesi için belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar gerçekleştikten sonra zilyet, hem I. hem de II. fıkraya göre tescil talebinde bulunabilir. Ancak, madde hükmünden de anlaşılabileceği gibi, malik olabilmek için mutlaka tescil talebinde bulunmak zorunda değildir. Çünkü maddede "bulunabilir" denilmiştir. Demek ki tescil talebinde bulunmak mülkiyeti kazanmanın zorunlu bir unsuru değildir.

Öte yandan MK. m. 633'e göre bir taşınmazın mülkiyetini kazanabilmek için tapu siciline tescil şarttır. Ancak bu kural mutlak değildir. Nitekim II.cümlede bu kuralın istisnaları da sayılmıştır. Buna göre, "... işgal, miras, istimlak cebri icra tarikleriyle veya mahkeme ilâmı ile bir gayri menkulü iktisap eden kimse tescilden evvel dahi ona malik olur." Ancak, bu istisnalar bunlardan ibaret değildir ve bu sayılanlar örnek niteliğindedir. Kaldı ki, Reisoğlu'nun da belirttiği gibi(123), şart ve sebepleri farklı olmasına rağmen, işgal ile olağanüstü kazandırıcı zamanasını kurumları arasında bir bünye benzerliği vardır. Her iki durumda da mülkiyet, malik gibi zilyet olma fiilinden kaynaklanır. Bu nedenle, olağanüstü kazandırıcı zamanasının da bu istisnalar arasında sayılmaması için hiç bir neden yoktur.

Bu görüş, hukuk tekniği açısından kabul edilebilecek olan bir görüştür. Ancak bunun da bazı sakıncalı yönleri vardır.

Her şeyden önce böyle bir görüşün kabulü, Acemoğlu'nun da belirttiği gibi, olağanüstü kazandırıcı zamanasını yoluyla mülkiyet iktisabını kolaylaştırır ve istisnai bir iktisap yolu olmaktan çıkıp çok sık kullanılabilen bir yol haline gelir.

İkinci olarak da, zilyedin tapu siciline tescil yaptırmadan, MK. m. 639'daki şartların gerçekleşmesiyle mülkiyeti kazanacağı kabul edilirse, bu şekilde mülkiyeti kazanan kişinin hakkı tehlikeye düşebilir. Eğer şartları tamamlamış ve adına

(123) REİSOĞLU, S.: Fevkalâde Müruruzaman, age., sh.389.

tescil yaptırmamışsa ve dolayısıyla taşınmaz halâ eski malikinin adına kayıtlıysa, eski malikin mirasçıları bu kayda dayanarak taşınmazı başka birine satıp tapu siciline de tescil ettirebilirler. Bu durumda da bir takım problemler ortaya çıkar. Eğer zaman-
aşımı yoluyla malik olan kişi adına tescil yaptırmamışsa, bu durumda taşınmazı mirasçılardan satın alan kişi MK. m. 931'e dayanarak mülkiyeti iktisap eder. Zilyet hakkını tescil ettirmişse, kendileri bu hakkı kaybetmiş olan önceki malikin mirasçılarından taşınmazın bedelini isteyebilir(124).

c) Olağanüstü Kazandırıcı Zamanlaşımının Sonuçları

Olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı yoluyla mülkiyetin iktisabı geçmişe etkili olarak sonuç doğurur. Yani zamanlaşımı yoluyla elde edilen mülkiyet daha zamanlaşımının başlangıcında elde edilmiş gibi kabul edilir. Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber, bu durum olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı kurumunun niteliğinden çıkarılabilir(125).

Olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı yoluyla mülkiyet iktisabı ile taşınmazda önceden kurulmuş bulunan sınırlı aynı haklar sona ermeyip devam ederler. Bu mutlak hakların sahibi, onları kazandırıcı zamanlaşımı ile iktisaptan önce eski malike, daha sonra ise yeni malike karşı ileri sürebilir(126).

Tıpkı olağan kazandırıcı zamanlaşımı gibi, olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı da mülkiyetin aslen kazanılması yollarından birini oluşturur(127). Çünkü bu yolla kazanılan mülkiyetin önceki mülkiyetle herhangi bir ilişkisi yoktur.

d) Tescil Davası ve Sonuçları

MK. m. 639'a göre olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımının

(124) KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.96.

(125) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh. 84 vd.;
KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.93 vd.

(126) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh.86.

(127) GÜRSOY, K.-EREN, F.-CANSEL, E.: Eşya Hukuku, age., sh.520.

şartlarını tamamlayan bir kimse, zilyedi olduğu taşınmazın tapu siciline kendi adına tescilini isteyebilir. Bunun için zilyedin bir tescil davası açması gerekir.

Tescil davalarında görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlenir. Yetkili mahkeme ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir(128). Davacı, MK. m. 639/I ve II'ye göre gerekli şartları gerçekleştirmiş bulunan zilyettir. Davalı ise hazine ve ilgili kamu tüzel kişisidir. Ayrıca, dava MK. m. 639/II'ye göre açılıyorsa, tapu kütüğünde malik olarak görünen kişi ile mirasçılarının da hasım gösterilmesi gerekir(129).

Tescil davası açıldıktan sonra hakim bu davayı gazete ile ve ayrıca o bölgede uygun araçlarla en az üç defa ilân etmek zorundadır. İlânın amacı, ilgili kişilerin ve özellikle gerçek hak sahiplerinin korunmasıdır. Üçüncü ilânın yapıldığı tarihten itibaren hakim üç ay bekler. Bu üç ay içinde itiraz edilmediği, veya kazandırıcı zamanasımının şartlarının gerçekleşmiş olduğu hakim tarafından belirlenirse tescile karar verilir. Karara o taşınmazın harita veya krokisi yaptırılarak eklenir. Bu kroki veya harita ile mahkeme kararı tapu siciline gönderilerek tescilli yapılır. Fakat bu üç ay içinde itiraz edilirse, hakim MK. m. 639'daki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceler. Eğer şartlar gerçekleşmişse itiraz reddedilerek tescile karar verilir. Gerçekleşmemişse tescil davası reddedilir(130). Tuncer'e göre,

(128) ÖNDER, A.: İktisabi Zamanasımı, agm., sh.959-960; KARAHASAN, M.-ÖZMEN, İ.: Zilyedlik, age., sh.435 vd.; OLGAÇ, S.-KARAHASAN, M.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.89 vd.

(129) GÜRSOY, K.-EREN, F.-CANSEL, E.: Eşya Hukuku, age., sh.538-539.

(130) GÜRSOY, K.-EREN, F.-CANSEL, E.: Eşya Hukuku, age., sh.539 vd.; OLGAÇ, S.-KARAHASAN, M.: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescilleri, age., sh.95 vd.; KARAHASAN, M.-ÖZMEN, İ.: Zilyedlik, age., sh.445 vd.;

açılacak olan tescil davalarında hasım gösterilmesi ve ilân yapılması zorunluluğu yoktur. Ancak belli olduğu hallerde hasım gösterilmesi, hasım belli değilse hazinenin ya da tapu memurluğunun dava edilmesi, ilânın da etkili bir şekilde yapılması yararlı olacaktır(131). Sungurbey'e göre ise, bu dava çekişmesiz yargı usulüyle görülür. Bu nedenle hasım gösterilmesi zorunlu değildir. İlân ise, eğer hasım gösterilmiş ve bu hasım mahkemeye davet edilmişse şart değildir(132).

Çekişmesiz yargı alanında verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmeyeceği için olağanüstü kazandırıcı zaman aşımı nedeniyle açılan tescil davaları da eğer hasım olarak gösterilen kimse itiraz etmemişse kesin hüküm oluşturmaz. Dolayısıyla hak sahibi sonradan, zilyedin kazandırıcı zaman aşımı şartlarına sahip olmadığını ileri sürerek MK. m. 933 gereğince zilyet adına yapılan yolsuz tescilin düzeltilmesi için dava açabilir. Ancak terkin davasına itiraz edilmişse bu durumda dava çekişmeli yargı usulüyle görüleceği için verilen karar kesin hüküm oluşturmaz ve bir daha bu karara itiraz edilemez(133).

II. TAŞINIRLARIN KAZANDIRICI ZAMAN AŞIMI İLE İKTİSABI

Taşınırıların kazandırıcı zaman aşımı yoluyla iktisabı, MK. m. 701'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, başkasının taşınırı bir malını çekişmesiz ve aralıksız malik sıfatıyla ve iyi niyetle beş yıl zilyetliğinde bulunduran kimse, o mala malik olur.

MK.'un bu hükmüne göre, bir taşınırın kazandırıcı zaman aşımı yoluyla kazanılabilmesi için üç tane şartın bir arada bulunması gerekir. Bu şartlar, malik sıfatıyla zilyetlik, iyi

KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.155 vd.: ÖNDER, A.:
İktisabi Zaman aşımı, age., sh.960 vd.

(131) TUNCER, S.: Tapu Kaydı, age., sh.716.

(132) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh.58 vd.

(133) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh.63; KARAHASAN, M.-ÖZMEN, İ.: Zilyetlik, age., sh.470-471.

niyet ve süreden ibarettir.

A) Uygulama Alanı

Taşınır bir malın kazandırıcı zamanasını yoluyla kazanılması bir aslen iktisap yoludur. Ancak uygulamada bu yolla mülkiyetin kazanılması çok istisnai hallerde söz konusu olmaktadır. Bunun nedeni, MK. m. 901'e göre taşınır bir malın mülkiyetinin, tasarruf yetkisine sahip olmasa bile, emin sıfatıyla zilyetten kazanılabilesidir(134).

"MK. m. 901'e göre, "bir menkulün, emin sıfatıyla zilyedi olan kimseden hüsnüniyetle mülkiyeti veya aynı herhangi bir hakkı iktisap olunursa, o kimse de, bu tasarrufları icra mezuniyeti olmasa bile, iktisap muteber addolunur."

Bu hüküm, MK. m. 931'deki hükme benzemektedir. MK. m. 931'e göre de tapu sicilindeki kayda iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya diğer bir aynı hakkı kazanan kimsenin bu iktisabı geçerli bir iktisaptır. Tapudaki kayıt yolsuz bile olsa farketmez.

Roma Hukukunda, "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet" yani, "hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez" kuralı geçerliydi. Bu durumda malik olmayan bir kimseden bir mal iyi niyetle bile satın alınsa, o malın mülkiyeti satın alan kimse tarafından kazanılamıyordu. Ancak, bugünkü hukukumuzda bir kimsenin sahip olmadığı bir hakkı belli şartlar altında iyi niyetli başka bir kimseye devretmesi mümkündür(135).

Böyle bir devir sonucunda devralan kimsenin mülkiyeti kazanabilmesi için, devreden malda emin sıfatıyla zilyet olması gerekir. Bundan amaç, malikin malı kendi zilyetliğini devam ettireceğini umduğu bir kimseye bırakmış olmasıdır(136).

(134) GÜRSOY, K.-EREN, F.-CANSEL, E.: Eşya Hukuku, age., sh.686.

(135) KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, age., sh.238, Not.2 ve 3.

(136) OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.122.

İkinci olarak, devralan kimsenin iyi niyetli olması, yani devredeni malik zannetmesi ya da mal üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğunu zannetmesi gerekir(137).

MK. m. 931, ancak sahibinin elinden rızası ile çıkan taşınırılarda uygulanabilir. Ancak, sahibinin elinden rızası olmadan çıkan taşınırılar üzerinde doğrudan doğruya mülkiyet iktisap edilemez. Bunlar üzerinde istisnaen ve ancak belirli şartların gerçekleşmesi ile mülkiyetin iktisabı mümkündür. Bu şartlar MK. m. 902'de belirtilmiştir(138).

MK. m. 902'ye göre taşınır bir mal sahibinin elinden rızası olmadan çıkmışsa, malın sahibi zilyetliği eline geçiren kimse aleyhine istihkak davası açarak malını geri alabilir. Eğer mal iyi niyetli bir üçüncü kişiye satılmışsa durum yine aynıdır. Ancak bu mal bir açık artırmada, pazarda ya da buna benzer bir yerde satılmışsa, iyi niyetli zilyede karşı istihkak davası ancak malın bedeli bu kişiye verilmek suretiyle açılabilir(139). Ancak malikin elinden çıkan şey para ya da hamile yazılı bir senet ise, MK. m. 903 gereğince, iyi niyetle iktisap etmiş kimseye karşı istihkak davası açılmaz.

MK. m. 902 gereğince açılabilecek olan istihkak davası ancak 5 yıl içinde açılabilir. Bu süre bir hak düğümü süresidir ve bu sürenin dolmasıyla iyi niyetli zilyet iade borcundan kurtulur(140).

Şu halde, MK. m. 701'e göre taşınır bir malın kazandıracı zamanasımı ile iktisabı, MK. m. 901 ve 902 ile sınırlandırılmıştır. 901. maddeye göre iyi niyetli zilyet zamanasımı süresinin dolmasını beklemeden malik olmaktadır. 902. maddeye göre ise kötü niyetli zilyet hiç bir zaman malik olmamaktadır. İyi niyetli zilyet ise dava açma süresi içinde malı iade borcu altındadır.

(137) OĞUZHAN, K.-SELİÇİ, Ö.: Eşya Hukuku, age., sh.123.

(138) AKİPEK, J.: Medeni Hukuk, age., sh.149.

(139) VELİDEDEOĞLU, H.: Medeni Hukuk, age., sh.269.

(140) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, sh.128 vd.

Bu süre içinde dava açılırsa malı gerçek malikine iade etmek, eğer mal pazar vb. bir yerden alınmışsa, semeni aldıktan sonra iade etmek zorundadır. Dava açma süresi dolduktan sonra zaten iade borcundan kurtulacağı için zamanasımı süresinin dolmasına beklemesine gerek yoktur.

Bu durumda taşınırın kazandırıcı zamanasımı ile iktisabı, devredilen şeyin zilyetliğini iktisap etmek suretiyle mülkiyetin iktisabına engel olan eksikliğin, devreden malik olmamasından başka bir şey olması hallerinde görülebilir(141). Örneğin sınırlı ehliyetsiz olan mümeyyiz küçük ve mahcurların izin ya da icazet almadan zilyetliği devrettikleri taşınırılarda mülkiyet kazandırıcı zamanasımı yoluyla elde edilebilir(142). Bunun gibi, taşınır mülkiyetinin nakli sebebe bağlı sayıldığı zaman, geçerli bir sebep olmadan kazanılamayan mülkiyet ancak zamanasımı yoluyla kazanılabilir. Menkul mülkiyetinin nakli sebebe bağlı kabul edilmediği takdirde ise, satılan şeyin bağış olarak kabulü halinde mülkiyet zamanasımı yoluyla kazanılabilir. Hata, hile, ikrah gibi bir irade fesadının varlığı halinde ise, 1 yıllık dava açma süresi geçtikten sonra sözleşme geçerlilik kazanır ve devralan kişi zamanasımı süresinin dolmasını beklemeyen malik olur. Ancak, bu 1 yıllık süre irade fesadının ortadan kalktığı tarihte işleme-ye başlayacağı için, henüz bu süre dolmadan zamanasımı süresinin dolması da mümkündür. Böyle bir durumda da devralan kişi kazandırıcı zamanasımı yoluyla mülkiyeti iktisap eder(143).

Görüldüğü gibi, taşınır bir malın mülkiyetin kazandırıcı zamanasımı ile iktisabı son derece sınırlı durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu sınırı da MK. m. 901 ve 902 çizmektedir.

B) Şartları

Menkul mülkiyetinin kazandırıcı zamanasımı ile iktisabının

(141) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, sh.129.

(142) KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.182; SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh.130.

(143) SUNGURBEY, İ.: Müruruzaman, age., sh.129 vd.

şartlarını üç başlık altında toplamak mümkündür; a) Malik sıfatıyla zilyetlik b) İyi niyet c) süre.

Bu şartlar daha önce kazandırıcı zamanasımı ile taşınmaz iktisabı incelenirken geniş olarak ele alınıp incelendiği için burada kanunun derinliğine fazla inilmeyecektir.

1) Malik Sıfatıyla Zilyetlik

Bir taşınırın kazandırıcı zamanasımı yoluyla mülkiyetinin kazanılabilmesi için gerekli olan ilk şart malik sıfatıyla zilyetliktir. Bunu, MK.'un 701. maddesinde geçen "mülkümdür diye" kavramından çıkarmak mümkündür. Kaynak kanununun bu maddeye karşılık gelen 728. maddesi metnindeki "à titre de propriétaire" deyiminin Türkçe karşılığı "malik sıfatıyla" olmakla beraber, MK. 701. maddede "mülkümdür diye" şeklinde tercüme edilmiştir (144). Bu maddeye göre malik taşınır mala malik sıfat ve niyetiyle zilyet olmalı, yani kendisini malik sanmalıdır. Malik sıfatıyla değil de, kişisel veya sınırlı bir ayni hakka dayanarak zilyet olan kimse, mülkiyet hakkını kazanamaz(145).

2) İyi Niyet

Kazandırıcı zamanasımı ile taşınmaz iktisabının ikinci şartı iyi niyettir. MK. m. 701'de açıkça, kazandırıcı zamanasımından yararlanacak zilyedin "hüsnüniyetli" olması gerektiği vurgulanmıştır.

İyi niyetli zilyet, taşınır malın mülkiyetini henüz kazanmadığını bilmeyen ya da bütün dikkat ve özenine rağmen bilebilecek durumda olmayan zilyettir. İyi niyet kazandırıcı zamanasımı süresi boyunca devam etmelidir. Sonradan ortaya çıkan kötü niyet, bu yolla iktisaba engel olur. Bu nedenle, herhangi bir ihbar veya ihtar, zilyedin iyi niyetini ortadan kaldıracaktır(146).

(144) KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.181.

(145) GÜRSOY, K.-EREN, F.-CANSEL, E.: Eşya Hukuku, age., sh.687.

(146) GÜRSOY, K.-EREN, F.-CANSEL, E.: Eşya Hukuku, age.,

3) Süre

Zilyetlik, aralıksız ve çekişmesiz beş yıl devam etmelidir. Taşınırıların kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisabı için gerekli olan bu süre, taşınmazların aynı yolla iktisap edilebilmeleri için gerekli olan süreden daha kısadır. Bunun nedeni, taşınmaz mallara taşınırıllara göre daha fazla önem verilmiştir(147). MK. m. 701/II'de sürelerle ilgili konularda, alacak zamanasına uygulanan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş ve BK. m. 132'ye göre yollamada bulunulmuştur. BK.'nın alacak zamanasını düzenleyen hükümleri, MK. m. 640'ın yollaması dolayısıyla taşınmazların kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisabında da geçerlidir. Taşınmazların kazandırıcı zamanasını yoluyla iktisabı konusu incelenirken BK. m. 132 vd. hükümleri de incelendiğinden burada tekrar inceleme konusu yapılmayacaktır. Ancak, MK. m. 701/I'de getiriliş değişik bir hükme değişmek yerinde olacaktır. Bu maddenin I. fıkrasının 2. cümlesinde şöyle denilmektedir: "Zilyedin ihtiyarı olmaksızın bir mal üzerindeki yedi münkati olmakla mürruzaman inkıtaa uğramaz. Elverir ki, o malı, senesi içinde ele geçirmiş veya o müddet içinde yed davası ikame etmiş olsun".

Kanun Koyucu burada taşınır malın niteliğinden doğan özel bir durumu dikkate almak istemiştir. Buna göre, eğer zilyedin iradesi dışındaki bir sebepten dolayı zilyetlik kesintiye uğramışsa, zilyedin taşınırı senesi içinde tekrar ele geçirmesi ya da zilyetliğin iadesi için süresinde dava açması gartıyla zilyetlik kaybedilmiş sayılmaz. Yani böyle bir durumda zamananın süresi işlemeye devam eder ve beş yılın hesabında bu erada geçen süreler de dikkate alınır(148).

sh.688; KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.183; OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö.: Eyya Hukuku, age., sh.714.

(147) KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.184.

(148) KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.184; SUNCURPA, İ.: Mürruzaman, age., sh.132.

C) Taşınırırların Kazandırıcı Zamanasıımı İle İktisabının
Hükümleri

Kazandırıcı zamanasıımından yararlanan zilyet, MK. m. 701'deki şartlar gerçekleştiği zaman zilyetlik konusu taşınırın mülkiyetini kazanır. Bu kazanma bir aslen kazanmadır. Bununla birlikte gerçek malik de aynı anda mal üzerindeki mülkiyet hakkını kaybeder. Zilyetlik mülkiyetin karinesi olduğu için, zilyet daha taşınıra sadece zilyet iken bile mülkiyeti korumaya yarayan araçlardan yararlanır. Bu bakımdan mülkiyeti kazandıktan sonra durumunda bu bakımdan değişiklik olmaz(149).

Kazandırıcı zamanasıımının cereyanı sırasında, kazandırıcı zamanasıımı zilyedinin tesis ettiği sınırlı aynı hakları, MK. m. 901 ve m. 853/II'ye göre, iyi niyetli üçüncü kişiler derhal kazanmış olurlar. Zilyedin mülkiyeti elde ettiği anda, zamanasıımı sırasında lehlerine sınırlı aynı hak kurulurken kötü niyetli olan üçüncü kişilerin de durumu düzelir. Çünkü, başkasının hakkına da yetkisiz tasarruf edenin sonradan bu hakkı iktisap etmesi tasarrufu düzelttiği gibi, kazandırıcı zamanasıımı ile iktisap geçmişe etkili hüküm doğurduğu için, üçüncü kişi gerçek malikten hak iktisap etmiş sayılır. Buna karşılık gerçek malik olan zilyetliğin de kaybetmiş olduğu için, zamanasıımı süresi boyunca olan zilyetliğin havalesi yoluyla da sınırlı aynı hak kuramaz. Sungurbey'e göre, bu yolla mülkiyeti kazanan, zamanasıımının başlangıcından önce kurulan aynı haklar konusunda da iyi niyetli ise, taşınmazı bu haklardan temizlenmiş olarak iktisap eder. Kötü niyetli ise bu haklarla birlikte kazanır. Yoksa bu haklar konusunda da ayrıca özel bir kazandırıcı zamanasıımının cereyanına gerek yoktur(150).

(149) KÜLEY, M.: İktisap, age., sh.135.

(150) SUNCURBEY, İ.: Müruruzeman, age., sh.133-134

SONUÇ

Kazandırıcı zamanlaşımı kurumu, Roma Hukukunda "usucapio" adı altında ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu kurumun ilk ortaya çıkışı eski hukuk dönemine rastlar. Bu dönemden itibaren usucapio, Roma Hukukunda iki görevi aynı anda üstlenmişti. Birincisi, mancipatio ya da in iure cessio yapılarak devredilmesi gereken bir res mancipi'nin sadece traditio ile devredilmesi durumunda, malı devralan ve Ius Civile'ye göre mülkiyeti kazanamayan bir kimsenin devraldığı malın mülkiyetini kazanmasını sağlıyordu. İkincisi de, başkasına ait olan bir mala belirli bir süre zilyet olan bir kimsenin bu malın mülkiyetini kazanmasını sağlıyordu. Ancak usucapio'nun ilk işlevinin ne olduğu, ilk olarak hangi nedenle ortaya çıktığı tam olarak bilinmemektedir. usucapio'nun bu iki işlevinin yanı sıra bir üçüncü işlevi daha vardı ki, o da ispat işleviydi. Roma Hukukunda bir malın maliki olduğunu iddia eden kimse, bu iddiasını seleflerinin o malı geçerli bir sebebe dayanarak iktisap ettiklerini ispat etmek suretiyle ispat edebilirdi. Ancak bu oldukça zordu. Çünkü bütün seleflerinin her birinin iktisabının geçerli bir hukukî işleme dayandığını ispat etmeliydi. Böylece o malı aslen iktisap eden kişiye kadar çıkması gerekiyordu. İşte usucapio bunu kolaylaştırdı. Bir malın mülkiyetinin kendisine ait olduğunu iddia eden bir kimsenin, bu iddiasını ispat edebilmesi için, o mala belirli bir süre, usucapio'nun diğer şartlarını da tamamlamak suretiyle zilyet olduğunu ispat etmesi yeterliydi. Son olarak da usucapio, aynı hakların kazanılmasına yarlıyordu.

Çağdaş hukuktaki kazandırıcı zamanlaşımı kuramında ise, artık bugün res mancipi-res nec mancipi ayırımı olmadığı için, Roma Hukuku usucapio'sunun şekil eksikliğini giderici bu ilk işlevi yoktur. Çağdaş hukukta kazandırıcı zamanlaşımı kuramının en önemli işlevi, başkasına ait olan bir mal üzerinde belirli bir süre zilyet olan kimseye, o malın mülkiyetini kazandırmasıdır. Gerçekten de, olağan kazandırıcı zamanlaşımında, lehine yolsuz tescil yapılan kişi, başkasına ait olan bir mala kendisinin zannederek zilyet olmakta ve on yıl sonra da bu malın mülkiyeti

ni kazanmaktadır. Taşınırın kazandırıcı zamanışımı ile ıktı- sabında da aynı durum söz konusudur. Olağanüstü kazandırıcı za- manışımında ise, gene başkasının bir malına zilyet olmak suretiy- le o malın mülkiyeti kazanılmakta, ancak diğerlerinden farklı o- larak, burada, zilyedin o malın kendisine ait olup olmadığını bilmemesi hiç bir önem taşımamaktadır.

Usucapio'nun Roma Hukukundaki ispat işlevi de bugünkü kazandırıcı zamanışımı kurumunda yoktur. Çünkü bugün mülkiyet, bu yola başvurmada çeşitli beğgelerle ve yollarla kolaylıkla ispat edilebilmektedir. Ancak, usucapio'nun aynı hakları kazan- dırıcı işlevi çağdaş hukukta da devam etmektedir.

Fiili bir egemenlik olan zilyetliğin, mülkiyet gibi te- mel bir hakkı, bir kimseden alıp, başka birine vermesinin esas bir hakkaniyet ve hukuk mantığına uyduğu, gerek Roma hukukçula- rı, gerekse çağdaş hukukçular arasında tartışmalara konu olmuştur. Roma hukukçuları tarafından genellikle kabul edilen, caius tarafından ileri sürülen ve mülkiyetin sonsuza kadar güpteli kal- maması için kazandırıcı zamanışımına kabul etmenin zorunlu oldu- ğu yolundaki fikirdir. Bu görüş, çağdaş hukukçuların çoğu tara- findan da kabul edilmiş bulunmaktadır.

Roma Hukukunda, Klasik Hukuk Dönemi'nde usucapio'dan sadece Roma vatandaşları yararlanabiliyordu. Ayrıca bu ıktisap yolu yalnızca Roma arazisinde geçerliydi. Eyalet arazilerinde bu yolla ıktisap mümkün değildi. Iustinianus Dönemi'nde ise bu fark tamamen ortadan kalktı. Bir yandan İmparatorluk sınırla- rı içinde yaşayan herkes bu haktan yararlanabilirken, öte yandan eyalet arazileri de bu yolla ıktisap edilebilmeye bağlandı. Böylece Roma Hukuku çağdaş hukuka biraz daha yaklaşmış oldu.

Usucapio'nun şartları, Iustinianus döneminde belirginleş- mişti. Önceleri bu yolla mülkiyeti kazanabilmek için üç şartın (res habilis, possessio, tempus) bir arada bulunması yeterliyken, Klasik Hukuk Dönemi'nden sonra Iusta Causa ve Bona Fides'de a- ranmaya başlandı. Bugün de bu şartlar çeşitli şekillerde var- lıklarını sürdürmektedirler.

Bu şartlardan res habilis'in var olabilmesi için, her şeyden önce, iktisap edilecek olan eşyanın özel mülkiyete konulabilen eşyalardan olması gerekiyordu. Kamu malları, herkes için ortak olan mallar ve topluluğa ait mallar özel mülkiyetin dışında kalıyordu. Çağdaş hukukta da bu tür mallar özel mülkiyetin dışında tutulmuşlardır ve kazandırıcı zamanasımı yoluyla iktisapları mümkün değildir. İkinci olarak, bazı malların kazandırıcı zamanasımı yoluyla iktisabı yasaklanmıştır. Örneğin çalınmış ya da gasbedilmiş mallar gibi. Çağdaş hukukta da, değişik zamanlarda çıkarılan özel kanunlarla bazı malların, kazandırıcı zamanasımı yoluyla iktisabının yasaklandığına rastlamaktayız.

Kazandırıcı zamanasımının en önemli şartlarından bir tanesi de zilyetliktir. Roma Hukukunda, usucapio ile bir mala malik olabilmek için, o mala belirli bir süre zilyet olmak gerekiyordu. Ancak, her zilyetlik, usucapio ile mülkiyet iktisabı için elverişli değildi. Bu yolla mülkiyeti kazanabilmek için, zilyedin iyi niyetli zilyet olması gerekiyordu. Çağdaş hukukta da, her türlü zilyetlik kazandırıcı zamanasımı ile mülkiyetin iktisabı için elverişli değildir. Bu yolla mülkiyeti kazanmaya elverişli olan zilyetlik, malik sıfatıyla zilyetliktir. Yani, zilyedin o mala kendi malı imiş gibi zilyet olması ve mal üzerinde başkasının üstün bir hakkını tanıması gerekir. Başka bir ifadeyle, mala zilyet olurken ve o malı kullanırken, başkasına boyun eğmemelidir. Olağan zamanasımı yoluyla taşınmaz iktisabında ve taşınırınların kazandırıcı zamanasımı yoluyla iktisabında zilyedin iyi niyetli olması şarttır. Bu bakımdan, çağdaş hukuktaki zilyetlik ile Roma Hukukundaki zilyetlik temelde aynı fikre dayanmaktadır. Ancak, olağanüstü zamanasımında iyi niyet aranmamaktadır. Bu yönüyle de, çağdaş hukuk, Roma Hukukundan ayrılmış gibi görünmektedir. Ancak, Roma Hukukunda da bir tür olağanüstü kazandırıcı zamanasımının bulunduğu ve bu zamanasımında da iyi niyetin şart olmadığı düşünülecek olursa, aslında bu-

dağ hukuk ile Roma hukuku arasında bu bakımdan pek fazla bir fark olmadığı görülür. Gerçekten de Iustinianus Dönemi'nde bir mala otuz yıl zilyet olan kimse, bu zilyetliği hiç bir hukukî sebebe dayanmasa ve iyi niyetli de olmasa, bu sürenin sonunda o malın maliki olabiliyordu. Bu arada, usucapio lucrativa pro herede ve usureceptio hallerinde de iyi niyet aranmıyordu.

Roma Hukukunda usucapio ile mülkiyetin iktisabı için, mal üzerindeki zilyetliğin, önceleri taşınırılarda bir yıl, taşınmazlarda ise iki yıl devam etmesi gerekiyordu. Iustinianus Dönemi'nde bu süreler değiştirildi ve taşınırılar için üç yıla, taşınmazlar için ise, taraflar aynı eyalette oturuydırlarsa on yıla, ayrı eyaletlerde iseler yirmi yıla çıkarıldı. Çağdaş hukukta da taşınırılar için konulan süre, taşınmazlar için konulan sürelerden daha kısa tutulmuştur. Nitekim, taşınırılar beş yılda kazandırıcı zamanasımı ile iktisap edilirken, taşınmazlar olağan zamanasımı ile on, olağanüstü kazandırıcı zamanasımı ile yirmi yılda iktisap edilmektedir.

Başkasının süresinden yararlanma hakkı (accessio possessionis) hem Roma Hukukunda hem de çağdaş hukukta kabul edilmiştir. Her iki hukuk sistemine göre de, bazı şartların gerçekleşmesiyle, kazandırıcı zamanasımından yararlanmakta olan kiise, kendisinden önce o mala zilyet olanların yani seleflerinin zilyetlik sürelerini kendi zilyetlik sürelerine ekleyebilir.

Aynı şekilde her iki hukuk sisteminde de zilyetliğin çekişmesiz ve aralıksız devam etmesi gerekir. Aksi halde, süre ya kesilir ya da durur. Durma halinde, durmaya neden olan olay ortadan kalktıktan sonra süre kaldığı yerden tekrar işlemeye başlar ve durmadan önce geçen süreler de sürenin hesabında dikkate alınır. Kesilme halinde ise, kesilmeden önceki geçen süre, sürenin hesabında dikkate alınmaz.

Roma Hukukunda bir de süreni geçtiği varsayımı (fictio temporis) vardı. Buna göre, kazandırıcı zamanasımından yararlanmakta olan zilyet, zilyetliği kaybederse, kendisine bir actio publiciana in rem açma hakkı veriliyordu. Bu dava ile, başlangıç

mülk olan zamanı ile iktisap, geri kalan süre işlemiş sayılarak korunuyordu. Çağdaş hukukta ise böyle bir faraziye yoktur. Çünkü buna gerek yoktur. Roma Hukukunda böyle bir faraziyenin kabul edilmiş nedeni, kazandırıcı zamanılarından yararlanmaktan zilyetliği kaybeden zilyedin, kaybettiği zilyetliği kendisine geri vermektir. Eğer bu yolla kaybettiği zilyetliği geri alırsa hakkı kaybolma tehlikesiyle karşı karşıyadır. Oysa çağdaş hukukta buna gerek kalmamaktadır. Çünkü, eğer zilyet olağan kazandırıcı zamanılarından yararlanıyorsa, tapu sicilinde malik olarak görüldüğü için mülkiyeti korumaya yarayan bütün yollardan yararlanabilir. Eğer taşınır bir malın mülkiyetini kazandırıcı zamanı ile kazanmaktayken zilyetliği kaybederse, zilyetlik mülkiyetin karinesi olduğundan, daha önce o mala zilyet olduğuna ispatlamakla bu karineden yararlanacak ve mülkiyet davalarını açabilecektir. Olağanüstü kazandırıcı zamanılarından yararlanıyorsa, o zamanda zilyetlik davalarını açabilir. Doğal olarak, bu yolla mülkiyeti iktisap etmek isteyen zilyet, malın gerçek malikine karşı savunmasız bir durumdadır.

Hukuki sebep (iusta causa) da klasik hukuk döneminin sonlarına doğru usucapio'nun şartları arasına girmiştir. Buna göre Roma Hukukunda bir malın mülkiyetini usucapio yoluyla iktisap edebilmek için, o malın zilyetliğini bir hukuki sebebe dayanarak elde etmek gerekiyordu. Çağdaş hukukta ise, kazandırıcı zamanı için böyle bir şart aranmamıştır.

Hukuki sebep gibi iyi niyet de Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Bu dönemden itibaren usucapio yoluyla mülkiyetin kazanılabilmesi için, zilyedin elde ettiği zilyetliği iyi niyetle elde etmiş olması gerekiyordu. Bu iyi niyetin derecesinin ne olacağı Roma hukukçuları tarafından uzun uzun tartışılmış ve çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu konudaki baskın görüş, "malike zarar vermeme zannı"dır.

Çağdaş hukukta da, olağan kazandırıcı zamanı yoluyla taşınmaz iktisabında ve taşınırların kazandırıcı zamanı yoluyla iktisabında zilyedin iyi niyetli olması aranmıştır. An-

ak olağanüstü kazandırıcı zamanasımı ile bir taşınmazın mülkiyetini kazanabilmek için iyi niyet şart değildir. İyi niyetli randığı durumlarda bunun derecesinin ne olacağı çağdaş hukukta a değişik görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak yararlanların büyük bir çoğunluğu, iyi niyetin varlığı için sadece anılgının yeterli olacağı, ayrıca bir de başkalarının hakkına ar verilmediği yolunda olumlu bir fikre sahip olmanın gerekli imadığı görüşündedirler.

Roma Hukuku ile çağdaş hukukun birbirinden ayrıldığı bir aşka konu da iyi niyetin bulunması gereken andır. Roma hukukuna a "mala fides superveniens non nocet" kuralı gereğince siliyedin ilyetliği elde ettiği anda iyi niyetli olması yeterli sayılı ordu. Sonradan bu iyi niyetin kötü niyete dönüşmüş olması kazandırıcı zamanasımı ile iktisabı engellemiyordu. Yani çağdaş ukukta ise kazandırıcı zamanasımı ile mülkiyeti iktisap edebil ek için iyi niyetin gerekli olduğu zaman bu iyi niyetin bütün ktisap süresi boyunca devam etmesi gerekir. Bir anlık kötü ni et zamanasımı ile iktisaba engel olur.

Çağdaş hukukta kazandırıcı zamanasımı ile iktisabın bir slen iktisap yolu olduğu genellikle kabul edilmekle beraber, oma Hukukunda usucapio'nun hukuki niteliği tartışmalıdır. Ger i usucapio'nun aslen iktisap yolları arasında gösterilmesi a et olmuştur. Ancak devren iktisap yolları arasına sokmak da ümkündür.

Görüldüğü gibi, kazandırıcı zamanasımı kurumu açısından oma Hukuku ile çağdaş hukuk birbirlerine benzemektedir. Birbi ine benzemeyen hükümler de olmakla birlikte, toplumların geliş esine paralel olarak bu tür değişikliklerin de olması kaçınıl az bir durumdur. Çünkü, bugünkü çağdaş toplum ile İlk ve Orta ağin Roma toplumu arasında gerek hayat tarzı, gerekse ihtiyaç ar bakımından çok büyük farklar vardır. Nitekim günümüzde, çağ aş toplumun ihtiyaçları nedeniyle hemen hemen bütün uygar dev etlerde bir tapu sicili kurulmuş ve taşınmazların bu sicille aydedilmeleri zorunluluğu getirilmiştir. Bunun sonucunda da

apu siciline bağlı olarak kazandırıcı zamanagını kurumunun garrarında, çeşitlerinde, işlevlerinde ve hükümlerinde de bir takım eğişiklikler olmuştur. Taşınmazların kazandırıcı zamanagını yolla iktisabı, tapu sicilinde kayıtlı olup olmamalarına göre çeşitlere ayrılmış ve buna paralel olarak da değişik zamanagını sülheleri kabul edilmiştir. Ancak herşeye rağmen Roma Hukukunun çağış hukuk üzerindeki etkileri halâ devam etmekte ve bundan sonra a devam edeceğe benzemektedir.



B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A

- ACEMOĞLU Kevork : Olağanüstü Kacandırıcı Zamanın Mülkiyet-
sesesi Üzerine Bazı Düşünceler, İÜHD, C. 33, S. 3-4
- ACEMOĞLU Kevork : Bir Gayrimenkulün Eski Malikinin Mülkiyet-
leri Gayrimenkulü Zamanınla Değişerek
Adına Tescil Ettiren Zilyedi Davaya Edet-
tirler mi? İÜHD, C.31, S. 1- 4
- AKGÜNDÜZ Ahmet : Mukayeseli İslam Ve Osmanlı Hukuku Kull-
liyatı, Diyarbakır, 1986
- AKGÜN Zerrin : Mer'a Hukuku, Ankara, 1964
- AKİPEK Jale G. : Türk Medeni Hukuku, (Başlangıç Hukukları-
Şahsin Hukuku), Ankara 1973
- AKSOY Muammer : Alalade İktisadi Müruruzaman Süddetinin
Hangi Andan İtibaren İşlemeye Başlayacağı
Hakkındaki Son Umumi Heyet Kararına
Tahlil Ve Tenkidi, Ad. Der. B.6, 1954
- AYİTER Kudret : Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku,
2. B., Ankara 1963
- AYİTER Kudret : Klâsik Roma Hukukunda "Dos"un Tasisi,
Ankara 1958
- AYİTER Nuşin : Miras Hukuku, Ankara 1936
- AYİTER Nuşin : Eşya Hukuku, 2. B., Ankara 1983
- BERKİ Şakir : Roma Hukuku, Ankara 1949
- CİN Halil : Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin
Bozulması, 2. Baskı, İstanbul 1985
- CİN Halil : Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülki-
yete Dönüşümü, 2. Baskı, Konya 1987
- CİN Halil : Türk Hukukunda Mer'a Yaylak ve Kışlak-
lar, 2. Baskı, Ankara 1980
- DI MARZO Salvatore : Roma Hukuku, (5. Baskısından Çeviren,
UMUR Ziya) İstanbul 1954
- DÜREN Akın : İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979

- DÜZCEER Ali Rıza : Kazandırıcı Zamanasımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara 1984
- DÜZCEER Ali Rıza . : Tapu Sicilinden Maliki Kim Olduğu Anlaşılamayan Taşınmazların Kazandırıcı Zamanasımı İle İktisabı, İst. Bar.Der. S.7-8-9, 1984
- EDİS Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979
- ERDOĞMUŞ. Belgin : Klâsik Roma Hukukunda Actio Publiciana In Rem, İstanbul 1984
- ERDOĞMUŞ Belgin : Usus Auctoritas ve Aeterno Auctoritas, MİAD., S.9, 1972
- ESENER Turhan : Eşya Hukuku, Ankara 1985
- GAUDEMET Jean : Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, (Çev. FAHRETTİN BELENT), MİAD., S.9, 1972
- GÜRSOY Kemal T.-EREN : Türk Eşya Hukuku, 2. B., Ankara 1984
- Fikret-CANSEL Erol
- HONIG Richard : Roma Hukuku, (Çev. TALİP Şemseddin), İstanbul 1938
- IUSTINIANUS : Institutiones, (Çev. UMUR Ziya), İstanbul 1968
- İMRE Zahit : Medeni Hukuka Giriş, 3. B., İstanbul 1980
- JÖRS Paul-KUNKEL : Römisches Recht, Berlin.Göttingen, Heidelberg 1949
- Wolfgang-WENGER Leopold
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN : Roma Hukuku, 3. Basımdan Tıpkı basım, Ankara 1986
- Özcan
- KARAHASAN M. Reşit- : Zilyedlik, Tescil, Tapu İptali Davaları, Ankara 1983
- ÖZMEN İhsan
- KILIÇOĞLU Ahmet : Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHPD., C.38, S.1-4, 1981
- KOSCHAKER Paul : Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, (Yeniden Elden Geçiren AYİTER Kudret), Ankara 1977

- KÖPRÜLÜ Bülent : Medeni Hukuk, 2. B., İstanbul 1984
- KÜLEY M. Muin : Medeni Kanunda ve Tatbikatında Müruruzamanla İktisap, İstanbul 1957
- MARDİNİ ZADE Ebül'ula : Hukuku Medeniyte Dersleri, 1. B., 1. C., İstanbul 1928
- MARDİNİ ZADE Ebül'ula : Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1947
- NOMER Ergin : Devletler Hususi Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984
- OĞUZMAN Kemal-SELİÇİ : Eşya Hukuku, 3. B., İstanbul 1982
- Özer
- OLGAÇ Senai-KARAHASAN : Gayrimenkullerin Zilyedlik Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1956
- Mustafa R.
- ÖKTEM İmran : Gayrimenkulün İktisap Tariklari, (Fevkalade Müruru Zaman), Ad.Der., S.4, 1985
- ÖZSUNAY Ergun : Medeni Hukuka Giriş, 5. B., İstanbul 1986
- PETER Hans : Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Mameleleler, (Çev. KARADENİZ-ÇELEBİCAN Özcan), AÜHFD., C.21, S.1-4, 1964
- REİSOĞLU Safa : Fevkalade Müruruzaman ve İlgili İctihadı Birleştirme Kararları, SEFD., C.27, 1963, S.2'den Ayrı Baskı, Ankara 1963
- SCHULZ Fritz : Roma Hukuku Prensiplerinden Sadakat, (Çev. ERDOĞMUŞ Beigin), İÜHFM., S.1-4, 1982-1983
- SENGİR Turgut : İsviçre'de Tapuya Mukayyet Gayrimenkullerin Müruruzamana Müstenit Tescili, Ad.Der., S.5-8, 1963

- SOHM Rudolph : Geschichte Und System Des Römischen Privatrechts, 16. Baskı, München ve Leipzig 1919
- SUBAŞI Pertev : Roma Hukukunda Usucapio Pro Donato ve Pro Dote, AÜHFD., C.I, S.3, 1944
- SUNGURBEY İsmet Gülümser: İsviçre Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru zaman, İstanbul 1956
- TAHIROĞLU Bülent : Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 1931
- TAHIROĞLU Bülent : Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975
- TAHIROĞLU Bülent- : Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 1982
- ERDOĞMUŞ Belgin
- TEKİNAY Selâhattin S. : Eşya Hukuku, 4. B., C.1, İstanbul 1964
- TUNCER Sıtkı : Tapu Kaydı ve Müruruzaman, Ad.Der., S.7, 1953
- UMUR Ziya : Roma Hukukunda İktisabi Müruru Zamanda Hüsnüniyet, İstanbul 1956
- UMUR Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987
- UMUR Ziya : Roma Hukuku-Eşya Hukuku, İstanbul 1983
- UMUR Ziya : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983
- UMUR Ziya : Roma Miras Hukukunun Ana Hatları, İÜHFM., C.31, S.1-4, 1965
- UÇOK Coşkun-MUMCU Ahmet : Türk Hukuk Tarihi, Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 1981
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı V. : Türk Medeni Hukuku, C.1, Cilt 1, 5. B., İstanbul 1956
- ZEVKLİLER Aydın : Medeni Hukuk, Diyarbakır 1986

T. C.

**Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi**