

TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKLARINDA MENKUL DAVASININ HUKUKİ DAYANAĞI, ZİLYEDLİĞE BAĞLI HAK KARİNELERİNİN MENKUL DAVASINDA UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI

Asistan Dr. Halûk BURCUOĞLU

Türk, İsviçre ve Alman Eşya Hukuklarında mülkiyet hakkına (veya diğer bir ayni hakka) dayanan istihkak davası (TMY md. 618; CCS md. 641; BGB pr. 985) ve zilyedliğe dayanan yedin iadesi davası (TMY md. 895; CCS md. 927; BGB pr. 861) yanında şeyin iadesine yönelik üçüncü bir dava vardır. Bu davayı, yalnız taşınır için söz konusu olduğundan, öğretilerde sık rastlanan Menkul Davası terimiyle isimlendireceğiz. Menkul davası Türk ve İsviçre Medenî Yasalarında iki (TMY md. 902, 904; CCS md. 934, 936), Alman Medeni Yasasında bir maddeyle (BGB pr. 1007) düzenlenmiştir. Bu kural-

- 1) Türk hukukunda bu davanın tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar konusunda uygulanması için bkz. KARAHASAN, Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku, II. cilt, s. 1221, 1222; TEKİNAY, Eşya Hukuku, I. cilt, s. 154, dipnot 1; OLGAÇ, Kazâî ve ilmî içtihat-lara göre Türk Medenî Kanunu Şerhi, s. 828-830; AKİPEK, Menkul Davası, s. 25; YHGK., 12.6.1963 t., E. 3/80, K. 26 ve 3.6.1964 t. E. 270/D-8, K. 396 için bkz. ÖZAKMAN, Menkul Davası, s. 486, dipnot 20; karşıt görüşte, OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, s. 92; ÖZAKMAN, Menkul Davası, s. 487. Almanya'da Federal Mahkeme bu davayı apartman daireleri için uyguluyor: NJW 1952, s. 1410 vd., 25.9.1952 t. karar; PIKART in RGRK., 12. basım, N 5 ad pr. 1007; JOHANNSEN in RGRK., 11. basım, N 6 ad pr. 1007; WESTERMANN, Sachenrecht, 5. basım, s. 171; BERG in STAUDINGER, Komm. zum BGB, 11. basım, N 18 ad pr. 1007; MÜHL in SOERGEL, Komm. zum BGB, 10. basım, N 12 ad pr. 1007; BAUR, Sachenrecht, s. 72, dipnot 3. Türk ve İsviçre hukuklarında tapuda hak sahibi olarak ismi geçen kişi için menkul davasına benzer bir koruma vardır: TMY md. 905; CCS md. 937.

lardan "önceki zilyed" in menkul davasına iki değişik durumda başvurabileceği, başka bir deyişle bu davanın iki türü olduğu anlaşılmaktadır. Birinci türde, dava şimdiki her zilyede karşı açılabilir, ana koşul zilyedliğin rıza dışı yitirilmiş olmasıdır. Davanın ikinci türünde, davalı ancak zilyedliğini kötüniyetle edinmiş şimdiki zilyed olabilir. Her iki türde davacı önceki zilyed, davalı şimdiki zilyedir².

Davacının önceki, davalının şimdiki zilyed oluşu, konumuz açısından, akla hemen şu soruyu getiriyor: Davacı önceki zilyed zilyedliğine bağlı hak karinesini ileri sürebilir mi? Başka bir deyişle, öğretilde bir çok hukukçunun ileri sürdüğü gibi bu hak karinesi menkul

-
- 2) STARK, Berner Komm. zum schweiz. ZGB, N 10 ad art. 934, zilyed yardımcısının da davalı olabileceği görüşündedir. Bu görüş her üç hukukta oybirliğiyle reddedilmiştir : MEIER - HAYOZ, Berner Komm. zum schweiz. ZGB, N 94 ad art. 641; GUIBAN, La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière, s. 120; WINKLER, Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, s. 45, 46; OSTERTAG, Berner Komm. zum schweiz. ZGB, N 17 ad art. 934; SCHMIDLIN, Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklage, in ZSR (1968), 87 I, s. 143; RUSCONI, L'action pétitoire fondée sur la possession, s. 79; WIELAND, Les Droits Réels, II. cilt, s. 425; HOMBERGER, Zürcher Komm. zum schweiz. ZGB, N 12 ad art. 934; HINDERLING, Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage, s. 10; HINDERLING, Der Besitz, in Schweizerisches Privatrecht (SPR), s. 503; SAYMEN/ELBİR, Eşya Hukuku Dersleri, s. 101, 102; TEKİNAY, age., s. 126, 151; OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 87; AKİPEK, age., s. 18, 45; ACEMOĞLU, Eşya Hukuku Meseleleri, s. 25; GÜRİSOY, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, s. 97, 98; ÖZAKMAN, age., s. 481, 482; BERG, age., N. 3 ad pr. 1007; WESTERMANN in ERMAN, Komm. zum BGB, N. 4 ad pr. 1007; GIERKE, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht nach dem BGB für das Deutsche Reich, (Besitz), s. 52; WOLFF/RAISER, Sachenrecht, s. 71; LENT/SCHWAB, Sachenrecht, s. 196, 197; BAUR, age., s. 72; JOHANNSEN, age., N. 14 ad pr. 1007; MÜHL, age., N 2 ad pr. 1007. STARK'ın bu görüşüne katılamaz, çünkü, her ne kadar TMY md. 902 ve CCS md. 934 davalının zilyedliğinden söz etmiyorsa da, her iki kuralda "iktisap" deyimini geçiyor. Bu iktisap ancak zilyedliğin iktisabı olabilir. Ayrıca, davanın ikinci türünü düzenleyen TMY. md. 904 ve CCS. md. 936 davalıyı açıkça zilyed olarak tanımlamışlardır. BGB de menkul davasının her iki türünde davalı zilyed olarak belirtilmiştir.

davasının hukuki dayanağı mıdır? Bilindiği gibi her üç hukukta önceki ve şimdiki zilyedlikler mülkiyet ve diğer aynı haklara karinedirler³. Türk ve İsviçre hukuklarında, Alman hukukunun aksine, zilyedlik şahsi haklara da karinedir: TMY md. 899 II; CCS md. 931 II. Menkul davasını hakka veya hak karinesine dayandıran hukukçular (Türk öğretisinde genel olarak kabul edilen görüş) doğal olarak, zilyedliğe bağlı hak karinelerinin menkul davasında geniş bir biçimde uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar⁴. İsviçre ve Alman hukuklarında baskın öğretiye göre menkul davası bir başına zilyedliğe, zil-

3) TMY. md. 898, 899; CCS md. 930, 931. BGB pr. 1006 yalnız mülkiyet karinesine ilişkindir, ancak pr. 1065 ve 1227 nin mülkiyeti düzenleyen kurallara yaptığı yollamanın karineyi de kapsadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda da zilyedlik rehin hakkına ve intifa hakkına karine oluşturmaktadır: AUGUSTIN in SOERGEL, Komm. zum BGB, N 6 ad pr. 1227; BAUR in SOERGEL, Komm. zum BGB N 2 ad pr. 1065; RONKE in ERMAN, Komm. zum BGB, N 1 ad pr. 1065, N 1 ad pr. 1227.

4) HOMBERGER, age., N 18 ad art. 934, N 2 ad art. 936; HOMBERGER/MARTI, FJS. 646, s. 2; JENNY, Der Besitzbegriff nach dem schweiz. ZGB, s. 19-21; RUSCONI, age., s. 146 vd.; GUIBAN, age., s. 119; LIVER, Die privatrechtliche Rechtssprechung des BGER 1958, in ZBJV (1959), 95, s. 445 vd.; ZYCHA, Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem schweiz. Zivilgesetz - Entwürfe, in ZSR NF (1903), 22, s. 92 ancak s. 76 da aksi görüş; PIOTET, Compte rendu pour l'article de HINDERLING, "Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage", in SJZ 1967, s. 66 vd.; WINKLER, age., s. 49 vd.; GILLIARD, Les présomptions posées par les art. 930 à 932 CC et leur rapport avec la protection de l'acquéreur de bonne foi, in Recueil de travaux de la Faculté de Droit de Lausanne 1958, s. 11, 12; BERTAN, La revendication des meubles en droit suisse, s. 10; AKİPEK, age., s. 19, 105, 106; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, I. cilt, s. 216, 217, 243, 244, 253; OLGAC, age., s. 818, 819; ÖZAKMAN, age., s. 488; TEKİNAY, age., s. 145, 149; REİSOĞLU, Türk Eşya Hukuku, s. 62, 63; OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 87 vd.; ACEMOĞLU, age., s. 24; SAYMEN/ELBİR, Türk Eşya Hukuku Dersleri, s. 99 vd.; GÜRİSOY, age., s. 98 vd.; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 171; HECK, Grundriss des Sachenrechts, s. 134; BAUR, Sachenrecht, s. 72; HADDING, Die Eigentumsvermutung nach pr. 1006 I BGB im Herausgabestreit - BGH FamRZ 1970. s. 586, in JuS 1972, s. 183 vd.

yedliğe hakka eşit veya böyle bir hak içeren zilyedliğe, üstün bir hak karinesi anlamındaki zilyedliğe veya özel bir hakka dayanır⁵. Bu görüşte, hiç olmazsa davacı için klasik anlamda bir zilyedliğe bağlı hak karinesine yer yoktur. Üstün hak karinesi normal olarak zilyedliğe bağlanan karineler içinde yer alamaz. Şimdi bu iki genel gruba giren görüşlerden önemlilerini inceleyeceğiz.

II. MENKUL DAVASINI HAKKA VEYA HAK KARİNESİNE DAYANDIRAN VE ZİLYEDLİĞE BAĞLI HAK KARİNELERİNİ BU DAVADA GENİŞ ÖLÇÜDE UYGULAYAN GÖRÜŞLER

Bu bölümde önce, İsviçre'de, Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem Schweizerischen Zivilgesetz-Entwurfe adlı makalesinde, menkul davasını ilk olarak ele alan ZYCHA'nın düşünceleri üzerinde durmak gerekir. ZYCHA menkul davasını zilyedliğe dayanan, kendisine karşı davalının ancak davacıdan daha

5) STARK, age., N 40, 59 Vorb. ad art. 930-937, N 3, 5 ad art. 934; GÜLLER, Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrniswerb, s. 28 vd.; ROSSEL/MENTHA, Manuel du droit civil suisse, III. cilt, s. 296; WIELAND, II. cilt, s. 409, 423, 424, 429; TUOR/SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, s. 485; OSTERTAG, age., N 23 Vorb. zum 24. Titel, N 9, 17 ad art. 930/31, N 14 ad art. 934, N 2 ad art. 936; HINDERLING, Besitzrechtsklage, s. 10; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 498; SCHMIDLIN, age., s. 168 vd.; GIERKE, Besitz, s. 19, 46; GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Sachenrecht (DPR), s. 261, 264; WOLFF/RAISER, age., s. 69, 70; LENT/SCHWAB, age., s. 196; BERG, age., N 1, 2, 5 ad pr. 1007; JOHANNSEN, age., N 1 ad pr. 1007; MÜHL, age., N 1, 2, 10 ad rp. 1007; EICHLER, Institutionen des Sachenrechts, Bd. II/1, s. 236; HEDEMANN, Sachenrecht des BGB, s. 191; von GIERKE, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, s. 123; HIRSCH/PLEYER, Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht, s. 87; HAASE/KELLER, Grundlagen und Grundformen des Rechts, s. 144; MEDICUS, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadenersatz, in AcP (1965), 165, s. 117, 128; MEDICUS, Bürgerlichesrecht (BR), s. 190; WOLF, Sachenrecht, s. 58, 59; LANGE, Sachenrecht des BGB, s. 66; HÖRER, Die Besitzrechtsklage, Klagegrundlage und Praktikabilität, s. 85 vd.; PIKART, age., N 1 ad pr. 1007.

üstün bir hakkı bulunduğu savunmasını ileri sürebileceği bir dava olarak tanımlamıştır⁶. Buradaki zilyedlik davacının isteminde haklı olduğunun dış görüntüsü anlamındadır⁷, bu nedenle dava yalnız zilyedliği değil, hakkı da korur⁸. Başka bir deyişle davacı yararına zilyedliğe bağlı bir hak karinesi söz konusudur, karine olarak kabul edilen hak şimdiki bir haktır, çünkü davacı şeyin iradesi dışında elinden çıktığını veya şimdiki zilyed davalı tarafından kötüniyetle iktisap edildiğini kanıtladığında davalı yararına olan şimdiki zilyedliğe bağlı hak karinesini yıkmıştır⁹. ZYCHA incelemelerinin sonunda çözümlenemediği bir bilmeceye varmıştır: Dava hak karinesine dayanmakla birlikte, davalı davacının herhangi bir hakka sahip bulunmadığını kanıtlayarak bu karineyi çürütememekte ve yalnızca davacıdan daha üstün bir hakkı olduğu savunmasını ileri sürebilmektedir¹⁰.

Bu bilmeceye daha sonra getirilen çözümleri iki bölümde inceleyebiliriz. Davalı tarafından davacının hiçbir hakka sahip olmadığını ileri sürülebileceğini kabul eden görüşler ve davalıya böyle bir olanak tanımayan, onun ancak davacınıninkinden daha üstün hakkının kanıtıyla kendini savunabileceğini benimseyen görüşler.

a. Davacının hakkı bulunmadığı savunmasını kabul eden görüşler.

HOMBERGER'e göre¹¹, her durumda kanıt yükü zilyed yararına olan hak karinesine göre paylaşılır, şimdiki zilyedliğe bağlı hak karinesi davalıyı korur, eğer davacı bu karineyi çürütür ve önceki zilyedliğini kanıtlarsa, önceki zilyedliğine bağlı hak karinesinden yararlanır. Ancak bu hal davanın mutlaka davacı yararına sonuçlanacağını göstermez, çünkü davalı da davacının önceki zilyedliğinin hiçbir hakka dayanmadığını, örneğin kendisinin daima malik olduğunu veya davacının CCS md. 936 (TMY md. 904) anlamında zilyedliğini kötüniyetle iktisap ettiğine dayanarak, kanıtlarsa davacı yararına önceki zilyedliğe bağlı hak karinesini çürütmüş olur.

6) s. 76.

7) s. 80.

8) s. 89.

9) s. 90.

10) s. 76.

11) N 18 ad art. 934.

RUSCONI, Action pétitoire fondée sur la possession, adlı tezinde ZYCHA ve HOMBERGER'den hareket ederek, kendi menkul davası sistemini yaratıyor. RUSCONI CCS md. 934 ve 936 (TMY md. 902, 904) dan şu tanımı çıkartıyor¹²:

“Yasamız 934 ve 936. maddelerinde önceki zilyede herhangi bir ayni veya şahsi hakka dayanmak zorunluğ u olmaksızın, rıza dışı elden çıkan şeyin geri verilmesine yönelik özel bir dava tanıyor”.

RUSCONI kanıt yükü hakkında ş unları ö ne sürüyor: Davalı, ş imdiki zilyed olduğ undan, zilyedliğ e bağı lı hak karinesinden yararlanır, davacı bu karineyi şeyin zilyedliğ ini rızası dışında kaybettiğini veya zilyedliğ in davalı tarafından köt üniyetle iktisap edildiğini kanıtlayarak yıkabilir¹³. Ö yleyse davanın ilk bölümü mülkiyete dayanan istihkak davasından farklı değı ldir. Davacının durumunun incelenmesine geçmeden, RUSCONI baskın görüş ü ş öyle eleştirmektedir¹⁴. Zilyedlik baskın öğ retide ileri sürüldüğü gibi bir zilyedliğ e hak (jura possidendi) içeremez veya soyut, bilinegelen (habituel, herkömmlich) haklar dışında bir hakka karine olamaz¹⁵. Çünkü zilyedliğ in bir zilyedliğ e hak içerdiğı kabul edilirse, zilyedlik kendisine ilk anlamını verdiğı mülkiyet hakkıyla eş değ ere getirilmiş olur¹⁶. Bundan başka CCS md. 930 vd. (TMY md. 898 vd.) sisteminde zilyedliğ e bağı lı soyut, bilinegelen haklar dışında, bir hak karinesi yoktur¹⁷. RUSCONI'ye göre menkul davasını bir hakka dayandırmayan görüşlerin en tartışılır yönü davalının ancak üstün bir hakkının varlığını ileri sürebilmesidir. Çünkü, üstün veya tercihe değ er diyebilmek için bir karşılaştırma yapmak gerekir ve belli bir ayni veya şahsi hak basit bir zilyed olabilme, yani zilyedliğ in kendisine karine olduğ u hayali bir hakla veya zilyedliğ in içerdiğı bir zilyedliğ e hakla karşılaştırılmaz¹⁸. RUSCONI de davalının, davacının herhangi bir hakkının bulunmadığını kanıtlayabilmesini kabul etmektedir. CCS md. 936 II (TMY md. 904) deki köt üniyetle iktisap davacının bir hakkının bu-

12) s. 76.

13) s. 80.

14) s. 106 vd.

15) s. 110 vd.

16) s. 112.

17) s. 113.

18) s. 114.

lunmamasının en belirgin örneğidir¹⁹. RUSCONİ'ye göre dış görünüşe verilmiş en büyük prim, dış görünüşün hak yaratıcı olduğu CCS md. 933 (TMY md. 901) tür, bunun dışında zilyedlik ancak karine olabilir²⁰. Yasa 934 ve 936. maddelerle yeni bir dava yaratmamıştır. Bu kurallar doğrudan istihkak davası çerçevesinde ele alınmalıdır ve bu davaya özel bazı durumlarda, kanıt yükü bakımından kolaylık getirirler. Bunun sonucunda istihkak davası CCS md. 930 vd.yla kolaylaştırılmış, hakka dayanan, biricik iade davası olmaktadır²¹. Davanın dayanağı doğal olarak mülkiyet hakkı (veya bir sınırlı ayni hak), yani belli bir hak olacaktır²². Bu sisteme göre dava şu şekilde cereyan edecektir²³: Davacının hakkını derhal ileri sürmesine gerek yoktur. Zilyedliğin, normal olarak arkasında yer alan hakkı, yani mülkiyet hakkını, ifade ettiği kabul edilecektir. Davalı davacının hiç bir şekilde malik olmadığını kanıtlayabilecek, davacı buna yanıt olarak sınırlı bir ayni hak veya bir şahsi hak ileri sürecek yani şimdiye kadar kendisine yalnızca bir karine bağlanan zilyedliğin anlamını belirgin hale getirecektir.

RUSCONİ bir şahsi hak sahibinin de menkul davası açabileceğini savunmaktadır²⁴. Bu durumda zilyedlik, zilyede karşı bağımlı olan kişinin hakkını, hatta, zilyedin şeyi doğrudan malikten aldığı hallerde, malik üçüncü kişinin hakkını belirtir, öyle ki şahsi hak sahibinin zilyedliğine aynı bir fonksiyon bağlanmış olur.

RUSCONİ'nin menkul davasını kolaylaştırılmış bir istihkak davası haline getiren sistemi, İsviçre'de LİVER²⁵, PİOTET²⁶ ve WINKLER tarafından da benimsenmiştir. Menkul davasında karinelerin rolünü inceleyen WINKLER'e göre, CCS md. 934 I ve 936 I, 930. maddeye istisna getirmemiştir. Başka bir deyişle zilyedliğin rıza dışı kaybı veya davalı tarafından kötüniyetle iktisabı karinenin uygu-

19) s. 124.

20) s. 145.

21) s. 146.

22) s. 146.

23) s. 149.

24) s. 152.

25) age., s. 445..

26) age., s. 66.

lanmasını engellemez, CCS md. 932 (TMY md. 900) ye göre menkul davasına karşı, şimdiki zilyed davalı mülkiyet karinesini ileri sürebilir²⁷. Davacı, şimdiki zilyed davalının yararlandığı karineyi yıkabildiği takdirde, önceki zilyedliğine bağlı hak karinesine başvurabilir. Bu son karine de, davalı tarafından elbette çürütülebilir²⁸. Böylece hak sahibi olmayan (veya hak karinesinden yararlanamayan) veya tercihe değer bir hakkı bulunmayan davacı şeyi geri alamaz²⁹.

Türk hukukçularının çoğu bu görüşü paylaşmaktadır³⁰. Bu hukukçular da zilyedliğe bağlı hak karinelerinin davalı ve davacı yararına uygulanabileceğini ve her yanın, diğerinin karinesini, bir hakka sahip olmadığını kanıtlayarak, çürütebileceğini kabul etmektedirler. Bu düşünceye dayanak olarak, çoğunluk 9.5.1958 tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararını göstermektedirler³¹. Oysa bu kararında, Federal Mahkeme, her ne kadar davacının bir hakkı bulunmadığının savunma olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği sorusunu ortaya atmışsa da, bu soruyu açıkça yanıtızsız bırakmıştır³².

“Bu olayda, bu iki görüşten (bu savunmayı kabul eden ve etmeyen görüşler) hangisinin tercihe değer olduğunu saptamaya gerek yoktur...”

b. Davalının, davacının bir hakkı olmadığını kanıtlamasına olanak tanımayan görüş.

Daha çok Almanya’da yandaş bulan bu görüşte menkul davası bir ayni ya da şahsi hak sahibi, hatta hiç bir hakkı bulunmayan önceki zilyedlerce açılabilir, yani davacının hiç bir hakka sahip olmadığını kanıtı davanın başarısızlığa uğramasına yetmez ve davanın

27) age., s. 49.

28) age., s. 49.

29) age., s. 50.

30) OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 91; ACEMOĞLU, age., s. 26; SAYMEN/ELBİR, age., s. 222; TEKİNAY, age., s. 144 vd.; GÜRSOY, age., s. 98; ÖZAKMAN, age., s. 488 vd., 510 vd.

31) JdT 1959 I s. 115 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 91; ACEMOĞLU, age., s. 26; TEKİNAY, age., s. 146, dipnot 19; ÖZAKMAN, age., s. 490.

32) JdT 1959 I s. 119.

hukukî dayanağını, bir başına zilyedlik değil, zilyedliğin kendisine karine olduğu hak oluşturur³³.

Türk hukukunda da bazı yazarlar bu görüşe katılmışlardır. AKİPEK, Menkul Davası adlı kitabında, menkul davasının hukuki dayanağını şöyle tanımlamaktadır³⁴:

“Davanın mesnedini şey üzerindeki aynı veya şahsi bir hak değil fakat zilyed olmak hususunda dava olunana nazaran daha üstün bir hakka sahip olmak teşkil eder. Bu sebeptendir ki menkul davasını şeyi aynı bir hakka müsteniden elinde bulundurmuş olan evvelki zilyedler açabileceği kadar, şahsi bir hakka müsteniden zilyed olanlar, hatta lukata bulanlar dahi ikame edebilir. Çünkü Medeni Kanun şeyin evvelki zilyedine hüsnüniyetli olması şartıyla evvelki zilyed olmasından dolayı şeyi elinde bulundurmak hususunda halenki zilyede nazaran daha üstün bir hak tanır... Zira menkul davasının hususiyetlerinden biri zilyedlik karinelerinin isbat yükünü hafifletmek bakımından bu davada haiz oldukları ehemmiyette görülür.”

AKİPEK davalının şimdiki zilyedliğinden doğan hak karinesinden yararlandığı ve davacının zilyedliği rızası dışında kaybettiğini veya davalı tarafından kötüniyetle iktisap edildiğini kanıtlayarak bu karineyi yıktığı görüşündedir³⁵. AKİPEK, daha sonra, davanın hukukî dayanağının zilyedliğe bağlı hak karinesi olduğu görüşünü yinelemekte³⁶ ve davalının davacının bir hakkı bulunmadığını ileri sürmeyeceğini açıkça belirtmektedir³⁷.

REİSOĞLU³⁸ ve KARAHASAN³⁹ da AKİPEK'in görüşüne katılmışlardır. Onlara göre de menkul davasının temeli zilyedliğe bağlı hak karinesidir ve davadan hiç bir hakka sahip olmayan önceki zilyed de yararlanabilir.

33) HECK, age., s. 131, 134; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 171; BAUR, Sachenrecht, s. 72, 73.

34) s. 19.

35) s. 19.

36) s. 107.

37) s. 81.

38) age., s. 63.

39) age., s. 1227.

Birinci genel grupta yer alan görüşlerin ortak yanı zilyedliğe bağlı hak karinelerinin menkul davasında uygulanmasıdır, farklı yan ise bazı yazarların davacının hiç bir hakkı bulunmadığının kanıtlanmasını davalı için bir savunma yolu olarak kabul etmeleri bazılarının ise buna olanak tanımamalarıdır. Hak karinelerinin, karine olarak varsayılan hakkın bulunmadığının isbatıyla yıkılacağı kesindir⁴⁰. Menkul davasında, davacının yararlandığı önceki zilyedliğe bağlı hak karinesinin davacının hiç bir hakka sahip olmadığını saptanması ile yıkılması, yani hak sahibi olmayan önceki zilyedin menkul davasıyla sonuca ulaşamaması gerekir. O halde, birinci genel grupta, ZYCHA'nın temelini attığı, HOMBERGER ve RUSCONI'nin geliştirdiği, çoğunluk türk hukukçularınca benimsenen görüş tercih edilmelidir.

III. KLASİK ANLAMDA ZİLYEDLİĞE BAĞLI HAK KARİNELERİNİ VE BİLİNEGELEN HAKLARI MENKUL DAVASININ HUKUKİ DAYANAĞI OLARAK KABUL ETMEYEN GÖRÜŞLER

Bu genel gruptaki görüşler üç bölümde incelenebilir: Zilyedliğin menkul davasında soyut bir üstün hak anlamına geldiğini veya böyle bir hakka karine olduğunu savunan görüş; menkul davasını dava açma yetkisini veren, hakkın dış görünüşü anlamına gelen zilyedliğe dayandıran görüş; menkul davasını özel nitelikte bir hakka dayandıran görüş.

a. Zilyedliğin menkul davasında soyut bir üstün hak anlamına geldiğini veya böyle bir hakka karine olduğunu savunan görüş.

Bu görüşün ilk savunucusu WIELAND olmuştur⁴¹:

40) KUMMER, Berner Komm. zum schweiz. ZGB, N 327 ad art. 8; UMAR, Hususî hukukta karineler, s. 186; EGGER, Zürcher Komm. zum schweiz. ZGB, N 23 ad art. 8; ROSENBERG, Die Beweislast, s. 226, 227; ROSENBERG/SCHWAB, Zivilprozessrecht, s. 607; WINKLER, age., s. 2.

41) age., III. cilt, s. 423, 424.

“Eğer davacı, örneğin, şeyin iradesi dışında elinden çıktığını kanıtlarsa, aynı zamanda, davalınıninkine oranla, üstün bir hakka sahip olduğunu gerçeğe yakın bir hale getirmiş olur. Bu nedenle, ondan, iktisabının dayanağının ne olduğunu kanıtlamasını beklemek gereksizdir.”

TUOR da bu görüşe katılmış ancak şimdiki zilyed yararına olan karine konusunda daha açık bir tavır almıştır. Ona göre de menkul davasının hukuki dayanağı, zilyedliğin rıza dışı elden çıkışı veya davalının zilyedliği kötüniyetle iktisap ettiği kanıtı eşliğinde, davalınıninkine oranla daha üstün bir hak anlamına gelen ve aynı anda davalının şimdiki zilyedliğine bağlı karineyi yıkan zilyedliktir⁴².

b. Menkul davasını şekli dava yetkisi anlamına gelen zilyedliğe dayandıran görüş.

Bu görüşün kurucusu sayılan OSTERTAG’a göre⁴³ :

“Şeyin rıza dışı elden çıkışı halinde veya kötüniyetli zilyede karşı açılan davada, davalı, davacının bir hakkı bulunmasa bile kendini savunamaz. Önceki zilyedlik, bir başına dava yetkisi verir... Ama bu davada da davalı üstün hakkını davacıya karşı ileri sürebilir.”

OSTERTAG da kötüniyetle iktisabın veya zilyedliğin rıza dışı kaybının davalının şimdiki zilyedliğine bağlı karineyi yıktığını kabul eder⁴⁴. OSTERTAG önceki zilyedliğe bağlı hak karinesinin davadaki rolü hakkında kesin tavır alan ilk İsviçreli hukukçudur⁴⁵:

“Zilyedliğin rıza dışı kaybı ve kötüniyetli zilyedlik hallerinde şimdiki zilyede karşı açılan dava, önceki zilyed olan davacının hakkına değil, onun, bir başına, önceki zilyedliğine (hak karinesi olarak değil) dayanır.”

STARK da bu görüşe katılmıştır, önceki zilyedin dava yetkisine sahip olmasını şöyle açıklar⁴⁶:

“CCS md. 930 vd. daki karineler yasa koyucu tarafından yalnızca, bir şeyi iktisap edenin, tevdi edilmiş eşya halinde (CCS md. 933),

42) TUOR/SCNYDER, age., s. 485, 486.

43) age., N 22 Vorb. zum 24. Titel.

44) age., N 18 ad art. 930/31.

45) age., N 9 ad art. 930/31.

46) age., N 39 Vorb. ad art. 930-937.

zilyedlikten doğan tasarruf hakkı üzerindeki iyiniyetinin korunacağı anlamında getirilmemişlerdir. Yasa koyucu bu anlamı aşmış, karineleri, önceki zilyede, bazı koşullarda, iadeye yönelik özel bir dava tanıyarak mükemmelleştirmiştir.”

Şu halde, STARK için, zilyedlik CCS md. 930-932 de karine, iyi niyetli iktisap halinde tasarruf yetkisi, 934 ve 936. maddelerde bir dava yetkisi anlamına gelir. Başka bir deyişle, zilyedliğin son iki halde karineden daha üstün bir anlamı vardır. Bunun mantıksal sonucu, karineleri düzenleyen 930-932. maddelerin menkul davasında uygulanmamasıdır⁴⁷. Davacı önceki zilyedliğini ve zilyedliği rızası dışında kaybettiğini veya davalı tarafından zilyedliğin kötüniyetle iktisap edildiğini kanıtlar kanıtlamaz, yasaca davalıdan üstün tutulur⁴⁸.

HINDERLING'de de aynı düşünceleri bulabiliriz. Davacı aslî veya ferî, vasıtalı veya vasıtasız zilyedliğine, bu zilyedliğe bağlı olan karineyi ileri sürmeksizin başvurabilir⁴⁹. Çünkü, menkul davasının hukuki dayanağının bir hak ya da hak karinesi olduğu kabul edilirse, davacı ve davalının her ikisi de bir hakka sahip olmadıklarında, dava daima sonuçsuz kalacaktır. Bu durum, kötüniyetli, hak sahibi olmayan, şimdiki zilyede karşı dava açamayan, yine hak sahibi olmayan ama iyiniyetle zilyedliğini iktisap etmiş önceki zilyed için üzücü ve şaşırtıcı, hukuk duygusunu da örseleyici olacaktır⁵⁰.

Ancak, HINDERLING bu görüşün diğer yandaşları kadar kesin tavır almamaktadır. Ona göre, 934. maddede (davalının iyiniyetli olduğunda) örtülü bir boşluk vardır. Bu boşluk hakkaniyete göre doldurulmalı ve hakkaniyet iyiniyetli şimdiki zilyedi korumayı gerektirdiğinde, anlaşmazlık onun yararına çözümlenmelidir, aksi halde davacı önceki zilyed her zaman başarıya ulaşacaktır⁵¹. Hakkaniyet, örneğin, davalının iktisabının bir belgeye dayandığında veya davalının davacının kötüniyetle iktisap ettiğini kanıtlayamamakla birlikte,

47) age., N 4 ad art. 932.

48) age., N 42 Vorb. ad art. 930-937.

49) Besitzrechtsklage, s. 10.

50) Besitzrechtsklage, s. 24 vd., Schweizerisches Privatrecht, s. 498 vd.

51) Besitzrechtsklage, s. 25, 26, Schweizerisches Privatrecht, s. 499.

davacının iyiniyetle iktisap ettiği hakkında bir şüphe uyandırdığında, davalı yararına bir çözüm gerektirecektir⁵².

SCHMIDLİN, Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklage adlı makalesinde, menkul davasını düzenleyen kuralların söylemlerinden hareket eder⁵³:

“Ne 934. ne de 936. maddelerde zilyedliğe haktan sözedilmiştir. Davacı yalnız rızası dışında kaybettiği veya davalının kötüniyetle iktisap ettiği zilyedliği ileri sürmelidir. Davanın başında bir zilyedliğe hakkı ileri sürmesi söz konusu değildir.”

SCHMIDLİN de, HINDERLING gibi, kötüniyetli hak sahibi olmayan davalının, haksahibi olmayan ama iyiniyetli davacı karşısında korunmasının kabul edilemeyeceği görüşündedir⁵⁴. Bu dava yalnız hak sahibi zilyedi koruma amacıyla düzenlenmiş olamaz, hak sahibi olmayan iyiniyetli önceki zilyedin özel durumunu da yeterli bir şekilde çözümlemelidir⁵⁵. Hakkın dış görüşünüyle zilyedlik arasındaki temel özdeşlik menkul davasının hukuki dayanağını oluşturur⁵⁶. Zilyedliğini ileri süren kişi, zilyedliğinde dış dünyaya akseden hakkına başvuruyor demektir. Zilyedlik, burada, ancak bir hak karinesi oluşturabilen şey üzerindeki fiili bir tasarruf anlamında değildir. Zilyedlikte beliren hakka karşı daha üstün bir hak ileri sürülmedikçe, zilyeden, zilyedliğinin arkasındaki hakkını ortaya çıkartması istenemez, onun hakkı zilyedliğiyle yeterince belirmiştir: zilyed şekli olarak hak sahibidir⁵⁷.

c. Menkul davasını özel nitelikte bir hakka dayandıran görüş.

Bu görüş daha çok alman hukukçularınca geliştirilmiştir. WOLFF/RAISER'e göre menkul davasının hukuki dayanağı zilyedlikten doğan bir zilyedliğe haktır⁵⁸. Dava her iki tarafın bir hakkının bulunmadığı durumlarda önem kazanır. Böyle hallerde BGB pr. 1007

52) Besitzrechtsklage, s. 29, 30, Schweizerisches Privatrecht, s. 500.

53) age., s. 143.

54) age., s. 144.

55) age., s. 163.

56) age., s. 164.

57) age., s. 164.

58) age., s. 69.

önceki zilyede nisbi bir zilyedliğe hak tanıyor. Bu zilyedliğe hak mülkiyetten, sınırlı bir ayni haktan veya bir borç ilişkisinden değil, zilyedliğin kendisinden doğan bir haktır⁵⁹.

HÖRER, Die Besitzrechtsklage, Klagegrundlage und Praktikabilität, adlı kitabında BGB pr. 1007 den bilinegelen (herkömmlich) haklardan ayrı, bir hak doğduğunu savunuyor. HÖRER, menkul davasında, davanın olgusu (état de fait, Tatbestand) ve hukuki sonucu (Rechtsfolge) arasında bir ayırım yapmıştır. Davacının iyiniyeti ve buna bağlı olarak zilyedliğe hakkı davanın olgusunda yer alır. Buradaki zilyedliğe hak bilinegelen haklardandır, davada verilen kararda ikinci bir zilyedliğe hak vardır ve bu hak hukuki sonuçta yer alır⁶⁰. Hukukî sonuçta yer alan bu zilyedliğe hak bilinegelen haklardan biri olamaz, çünkü davacı böyle bir hakkı olmasa bile iadeyi isteyebilir⁶¹. Bu hak ayni bir haktır, çünkü menkul davası Eşya Hukuku içinde yer alır ve bu Hukuk ayni haklara ilişkindir, ayrıca bu hak şey üzerinde doğrudan tasarruf hakkıdır⁶². Bu özel nitelikteki ayni hakkı menkul davasını düzenleyen kurallar doğurur⁶³. Bu hakkın diğer bir özelliği de yalnız davanın yanları arasında etkin olması nedeniyle nisbi oluşudur ve bu nisbiliktir ki, onun yanlardan birine, bir üçüncü kişinin şey üzerinde bilinegelen bir hakkı, örneğin mülkiyet hakkı olduğu anlaşılrsa bile, tanınmasını sağlar⁶⁴. Davacının aynı zamanda malik olması veya diğer bir ayni hakka sahip olması davanın hukuki dayanağında bir değişiklik yapmaz, çünkü bu bilinegelen haklar davanın olgusu içinde yer alır ve hukuki sonuçta yer alan özel nitelikteki nisbi ayni hakkı doğururlar⁶⁵.

HÖRER'in düşünceleri yenilerde PİKART tarafından benimsenmiştir⁶⁶.

İsviçreli hukukçu GÜLLER'in de burada anımsatılması gerekir. Ona göre menkul davasının hukuki dayanağı zilyedlik hakkı anla-

59) age., s. 69.

60) age., s. 86.

61) age., s. 86.

62) age., s. 87.

63) age., s. 87.

64) age., s. 87.

65) age., s. 96.

66) PİKART, age., N 1 ad pr. 1007.

minı taşıyan zilyedliktir⁶⁷. Menkul davası hukuki dayanak bakımından yedin iadesi davasından farklı değildir. Menkul davasında davalı üstün hakkını ileri sürebiliyorsa, bu, bir yıl sonunda tecavüze uğramış zilyedliğin gücünden kaybetmiş olmasındandır⁶⁸. Menkul davasında korunan, aynı hak değil tecavüze uğramış tasarruf yetkisi, yani zilyedlik hakkıdır⁶⁹.

Bu genel gruptaki görüşler hakkında şu ön eleştiri yapılabilir. Birinci görüşte, zilyedliğin neden üstün bir hak anlamına geldiği veya böyle bir hakka karine olduğu açıklanmamıştır. Zilyedliğe karineneden daha üstün bir anlam veren görüş de bu anlamı bir başına zilyedlikten çıkardığından açık değildir. Menkul davasını özel nitelikte bir hakka dayandıran görüş, bu davanın zilyedlik davasından da, mülkiyet veya diğer bir aynı hakka dayanan istihkak davasından da belirgin bir şekilde ayırdedilmesini sağladığından, bu ikinci genel grupta tercih edilmesi gereken görüştür. Ancak, burada, bu görüş çatısı altında incelediğimiz GÜLLER'in düşüncelerinin zilyedlik davası ile menkul davasını ayırmaya yetmediğini belirtmek gerekir.

IV. MENKUL DAVASININ HUKUKİ DAYANAĞI BİRİNCİ VEYA İKİNCİ GRUPTAKİ GÖRÜŞLERDEN BİRİYLE AÇIKLANABİLİR Mİ?

Birinci genel grupta tercih ettiğimiz HOMBERGER ve RUSCONI'nin geliştirdiği, davalı ve davacı yararına zilyedliğe bağlı hak karinelerinin uygulanacağını, davacı yararına olan karinenin de, davacının hiç bir hakka sahip bulunmadığının kanıtlanmasıyla yıkılacağını savunan görüş ile ikinci genel grupta en mantıksal görüş olan menkul davasının özel nitelikte bir zilyedliğe hakka dayandırılması birbirlerine zıttırlar. Bu iki görüşten biri menkul davasının hukuki dayanağını açıklamaya yetecek midir, yoksa yeni bir kurama mı gerek duyulacaktır? Bu soruları yanıtlamak için menkul davasının tarihi kaynağını, yasalara konuluşunu, yasalardaki yerini, davayı dü-

67) age., s. 28.

68) age., s. 31.

69) age., s. 31.

zenleyen kuralların söylemlerini ve menkul davasının Eşya Hukukunun diğer iadeye yönelik davaları arasındaki yer ve anlamını inceleyeceğiz.

a. Menkul davasının tarihi kaynağı.

Öğretide, genellikle, menkul davasının Cermen Hukukunun Fahrnisklage modeli üzerinde kurulduğu kabul edilmektedir⁷⁰. Cermen Hukukunda Fahrnisklage'nin hukuki dayanağı, bu hukukun en temel taşlarından biri olan Gewere'dir⁷¹. Gewere özellikle bu davada ne anlam taşımaktadır? Bu sorunun yanıtını çok önemli iki yapıttan çıkartmaya çalışacağız: Eugen HUBER'in "Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht" ve Otto GIERKE'nin "Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht" adlı yapıtları.

HUBER'e göre, Gewere sahibinin hukuki durum ve yetkisini içerir. Bu nedenle bir şey üzerinde Gewere'ye, yani fiili tasarrufa sahip olandan, o şey, ancak Gewere'nin hiç bir hakkı içermediğinin kanıtlanmasıyla, geri alınabilir⁷². Kaybedilmiş ve çalınmış şeyler üzerinde Gewere sahibinin iade borcu vardır. Bu iade borcu Gewere'nin kendisinde olan bir eksiklikten değil, Gewere'nin içermesi gereken hak taki bir bozukluktan doğar⁷³. Davalının bu borcunun karşısında, davacının, Gewere'den doğan, iadeyi isteme yetkisi vardır⁷⁴:

"Kaybettiğini kanıtlayan şeyi elinde bulundurmuş olduğunu da kanıtlamış olur. Böylece önceki Gewere'sini ileri sürmüştür ve kendisinden başka bir kanıt beklenmez. Davanın dayanağını rıza dışı kaybetme değil, davacının önceki Gewere'si oluşturur."

Gewere bir aynı hakkın giysisi olduğundan böyle bir yetki verebilir, Gewere'nin bütün hükümlerinin temelinde, aynı hakların hu-

70) GIERKE, Besitz, s. 19, 71; SCHMIDLIN, age., s. 163; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 495; HAURI, Die deutschrechtliche Gewere und ihre Einfluss auf die Besitzlehre des schweiz. ZGB, s. 42, 43.

71) Gewere'nin fonksiyonları için bkz. GIERKE, Besitz, s. 71; HUBER, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, s. 18, 46.

72) Gewere s. 8-10.

73) Gewere, s. 11.

74) Gewere, s. 18.

kuki yaşamda yer almak için Gewere ile giyindiği düşüncesi vardır⁷⁵. Bu düşünce Gewere'nin, neden, aynı zamanda fiili tasarruf ve bu tasarrufa uyan aynı hakkın vurgulanması olduğunu⁷⁶ ve Gewere'nin korunmasının, neden, aslında hakkın kendisinin korunması anlamına geldiğini⁷⁷ açıklar. Gewere bir zilyedliğe hak veya bir aynı hak değildir, var olduğu ileri sürülen hakkın dışı aksetmesidir⁷⁸.

HUBER Gewere'nin bir hak karinesi oluşturduğunu söylememiştir, ancak, açıklamalarından bir hak karinesi düşündüğü çıkarılabilir. Çünkü, ona göre, şimdiki Gewere yalnız temelinde bir hakkın bulunmadığının, yani aksinin kanıtlanmasıyla yıkılabilir. Önceki Gewere'nin başka bir anlamı olduğu hakkında, yapıtında en küçük bir işaret yoktur. O halde, önceki Gewere'nin de bir hakka dayanmadığının kanıtlanmasıyla gücünü kaybettiği sonucu ortaya çıkar.

GIERKE de Gewere'nin Eşya Hukukunda giysi olduğu tanımından hareket ediyor. Gewere arkasında bir hakkın gizlendiği dış görünüştür ve bu durum dış görünüşün gerçeğe uymadığının kanıtlanmasına kadar sürer⁷⁹. GIERKE dış görünüş olmaya hak karinesi olma anlamını vermiş ve bu düşüncüyü Gewere'ye bağlı tüm fonksiyonların temelinde yerleştirmiştir⁸⁰. Ona göre Gewere'ye dayanan Cermen Hukuku prensipleri BGB Eşya Hukuku sistemine üç yönde aktarılmıştır⁸¹: Zilyedlik, ilk önce, bir hak karinesi olarak mülkiyet veya sınırlı bir aynı hak ile ilgili anlaşmazlıklarda, önceki ve şimdiki zilyedin yararlandığı, bağımsız bir anlam taşıyan bir kurumdur; ikinci olarak, zilyedlik, bir başına, bir savunma aracıdır; Nihayet, taşınır hukukunda, önceki zilyedlik bir başına, Cermen Hukukunun Fahrnisklage'sindeki Gewere gibi bir aynı dava oluşturur.

Anlaşılacağı gibi, GIERKE hak karinesi olma fonksiyonunu menkul davasına hukuki dayanak olma fonksiyonundan ayırmıştır. GIERKE menkul davasının hukuki dayanağını bir zilyedliğe hak-

75) Gewere, s. 22.

76) Gewere, s. 22.

77) Gewere, s. 46.

78) Gewere, s. 46, 47.

79) Besitz, s. 2.

80) Besitz, s. 9.

81) Besitz, s. 19.

ta değil, önceki zilyedlikte görmüştür, bu görüş de, davacının hiç bir hakka sahip bulunmadığını kanıtlamanın, neden, davanın başarıyla sonuçlanmasına engel olamayacağını açıklar. Davalı ancak üstün bir zilyedliğe hakkı bulunduğunu kanıtlayarak kendini savunabilir⁸².

Bu iki yapıtın incelenmesi řu sonucu ortaya çıkarıyor: aynı tanımdan hareket etmelerine karşın, HUBER birinci genel grupta, GIERKE ikinci genel grupta tercih ettiğimiz görüşe daha yakındırlar.

b. İsviçre Medeni Yasası (CCS) ön tasarısı gerekçeleri ve İsviçre Federal Hükümetinin Medeni Yasa için hazırladığı Meşaj'da Menkul Davası, Alman Medeni Yasası (BGB) ilk tasarısını hazırlayan iki Komisyonda Menkul Davası.

HUBER, gerekçelerde (Exposé des Motifs), zilyedliğin üç türlü koruma sağladığını belirtmektedir⁸³.

“Önce, zilyed, hakkını, aksi kanıtlanmadığı sürece temin eden, bir karineden yararlanır. Davada davalı durumundadır ve dayandığı aynı hakkı kanıtlamakla yükümlü değildir. Ona karşı herhangi bir şey ileri sürebilmek için, önce yararlandığı hak karinesini çürütmek gerekir.

Sonra, zilyedin rızası dışında kendisinden alınan veya kaybettiği şeyi geri alabilmek için zilyedliğini ileri sürmesi yetecektir. Hakkını kanıtlamasına gerek kalmadan şimdiki zilyede tercih edilir. Bu halde, zilyedin hak sahibi olduğu karine olarak kabul edilir ve zilyedliği hukuki dayanağıdır. İstihkak davasındaki, davacının şey üzerindeki istemlerinin varlığını kanıtlamak, onun için söz konusu değildir.

Nihayet, zilyed adı geçen karinenin yararını başka birine geçirebilir. Bu kişi, şey önceki zilyedin elinden rızası dışında çıkmamışsa, iyiniyetle zilyedliğini iktisap ettiği andan itibaren korunur.”

Bu açıklamalardan HUBER'n menkul davasını zilyedliğe bağlı hak karinelerinin bir hükmü gibi gördüğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü, bir yandan, önceki zilyed yararına bir hak karinesinden sözet-

82) Besitz, s. 56, 58.

83) Exposé des Motifs, s. 290.

mekte, öte yandan, her üç korumayı zilyedliğe bağlı hak karineleri çatısı altında incelemektedir.

Federal Hükümetin Mesajı (Message du Conseil Fédéral) gerekçelerdeki açıklamalara yeni bir şey eklememiştir. Federal Hükümet yalnızca her önceki zilyede kötüniyetli şimdiki zilyede karşı iadeyi istemek hakkı tanındığından sözeder⁸⁴.

Almanya'da BGB'nin hazırlanışı sırasında taşınırların iadesi konusundaki gelişmeler şöyle olmuştur. Birinci tasarımı ele alan komisyonlardan ilkinde ana amaç taşınırlarda mülkiyete dayanan iade istemlerinin kolaylaştırılmasıydı⁸⁵. Davacı için, özellikle ferî iktisap halinde, mülkiyeti kanıtlamak çok güç olabilirdi (probatio diabolica). Birinci komisyonun önünde iki olanak vardı: Roma Hukukunun *actio publiciana*sı ve Cermen Hukukunun rıza dışı kaybedilmiş *Gewere*'ye dayanan davası. Komisyon bu ikinci olanağın, davacının önceki zilyedliğine bağlı mülkiyet karinesinden doğduğu görüşündeydi. Bu olanak, kolaylığına karşın, üçüncü kişinin hak sahibi olduğu def'ini (*exceptio de jure tertii*) önleyemeyeceğinden gözönüne alınmadı. Davalı davacı yararına olan mülkiyet karinesini üçüncü bir kişinin malik olduğunu kanıtlayarak yıkabilir ve *probatio diabolica* yeniden doğabilirdi. Bu nedenle birinci komisyon *actio publiciana* yolunu seçti. İkinci komisyon⁸⁶, birinci komisyonun tam aksi görüşe katıldı. *Actio publiciana*yı tasarıdan çıkardı. Bu davaya gerek yoktu, çünkü karineler onun fonksiyonunu yerine getirebilirlerdi. İkinci yenilik, Cermen Hukukuna dayanan, taşınırlarda zilyedliğe bağlı hak karinelerinin tasarıya konulmasıydı. Diğer bir yenilik de tasarı'nın 945. paragrafıyla getirildi. Bu kural *actio publiciana*yı daha zayıf bir hakka sahip olan kişiye karşı açılan, önceki zilyedliğe dayanan dava haline dönüştürdü.

HÖRER⁸⁷ ikinci komisyonun getirdiği ve bugün de yasada yer alan yeniliklerden şu sonucu çıkarır: mülkiyete dayanarak iadeyi istemek karinelerle kolaylaştırılmış, menkul davası aynı şekilde düzenlenmiş olamaz, bu nedenle zilyedliğe bağlı hak karinelerinden daha başka bir düzeyde yer alır.

84) Message du Conseil Fédéral, s. 92.

85) HÖRER, age., s. 17-21.

86) HÖRER, age., s. 21-26.

87) HÖRER, age., s. 25, 26.

Bu bölümdeki açıklamalara dayanarak İsviçre Medeni Yasası hazırlık çalışmalarındaki düşüncelerin birinci genel gruptaki, Alman Medenî Yasası hazırlık çalışmalarındaki düşüncelerin ikinci genel gruptaki görüşlere daha yakın olduğu söylenebilir.

c. Menkul Davasını düzenleyen kuralların yasalar içindeki yerleri ve söylemleri.

Her üç yasada menkul davasını düzenleyen kurallar (TMY md. 902 ve 904, CCS md. 934 ve 936, BGB pr. 1007) davacı için herhangi bir haktan söz etmemektedirler. Tüm kurallarda davacı önceki zilyedir. TMY ve CCS te menkul davasını düzenleyen kurallar "Zilyedlik" adını taşıyan 24. babın C II bölümünde yer almaktadır. C II bölümü "Hakkın himayesi" başlığını almıştır. Bu bölümdeki ilk kurallar (TMY md. 898-900, CCS md. 930-932) zilyedliğe bağlı hak karineleri üzerinedir. Menkul davasını koyan kurallar görüldüğü gibi II. bölümde ve hak karinelerinden hemen sonra gelmektedirler. Bu nedenle, ilkbakışta, menkul davasının da zilyedliğe bağlı hak karinelerinin bir hükmü olduğu akla gelebilir. Ancak II. bölüm daha yakından incelendiğinde, TMY md. 901, CCS md. 933 ile zilyedliğin başka bir görünümünün söz konusu olduğu anlaşılır. II. bölümde, TMY md. 901-904, CCS md. 933-936,4 sayılı altbölümde yer alır. Bu altbölüm CCS te "Droit de disposition et de revendication" (Tasarruf ve istihkak davası hakkı) kenar başlığını taşır⁸⁸. CCS md. 933, TMY md. 901, bazı koşullarda (iyiniyet, emin sıfatıyla zilyedlik ve bir ayni hakkı devretmek veya kurmak için zilyedliğin devri) tasarrufta bulunan zilyedi, zilyedliğe bağlı hak karinelerinden yararlandırmakla yetinmiyor, bir tasarruf hakkına sahip addediyor. Her iki yasa, böylece, basit bir karine anlamının üstüne çıkmaktadır. İstihkak davasından söz eden TMY md. 902 ve 904, CCS md. 934 ve 936 da istihkak davası önceki zilyed için düşünülmüştür. TMY md. 901, CCS md. 933 te tasarrufta bulunan zilyed için söz konusu olan hakkın, menkul davasını düzenleyen kurallarda önceki zilyed davacı için söz konusu olduğu savunulabilir Bunun sonucu olarak da bu kurallarda da hak karinesinden daha üstün bir düzeyde bulunduğu kabul edilebilir.

88) TMY da bu başlık "tasarruf hakkı ve istihkak davası diye geçmektedir. Biz bunun bir çeviri hatası olduğu görüşündeyiz.

Bu açıklamalara dayanarak, TMY ve CCS te menkul davasını düzenleyen kuralların söylemleri ve yerlerinin, bu davayı zilyedliğe bağlı hak karinelerinden daha üstün bir düzeye yerleştiren ikinci genel gruptaki görüşlere daha yakın olduğu söylenebilir.

BGB de pr. 1007, Sachenrecht (Eşya Hukuku) kitabının, üçüncü bölümünün (Eigentum-Mülkiyet), dördüncü altbölümünde (Ansprüche aus dem Eigentum-Mülkiyetten doğan istemler) yer alır. Şu halde BGB deki yeri itibariyle, menkul davası mülkiyetten doğan bir istem görünümündedir. Ayrıca, menkul davası BGB de zilyedliğe bağlı hak karinelerini düzenleyen pr. 1006 yı hemen izlemektedir. Nihayet, pr. 1006 I, 2. cümle şeyi rızası dışında kaybedene karşı karinelerin ileri sürülemeyeceğini belirterek, adeta önceki zilyedliğe bağlı hak karinesinin, şimdiki zilyedliğe bağlı hak karinesi karşısında üstünlüğünü açıklamış gibidir Bu nedenle pr. 1007 nin, yalnız önceki zilyedden söz etmesine karşın, zilyedliğe bağlı hak karinelerinin bir hükmü olduğu sonucuna varılabilir.

CCS hazırlık çalışmalarından, daha önce gördüğümüz gibi menkul davasının zilyedliğe bağlı hak karinelerinin bir hükmü olduğu sonucu çıkarılmıştı. Oysa TMY ve CCS te bu davayı düzenleyen kuralların yerleri ve söylemleri, daha çok, bu davanın karineler çerçevesi dışında anlaşılmasını gerektiriyor. Alman Hukukunda durum tam aksinedir. Yasa hazırlık çalışmalarında menkul davasına karinelerin ötesinde bir anlam verilmiştir, ancak, bu davayı düzenleyen pr. 1007 nin BGB deki yeri, davayı karinelerin bir hükmü gibi göstermektedir.

d. Hak karinelerinin niteliğinden ve menkul davasının Eşya Hukuku sistemi içindeki anlamından çıkarılan sonuçlar.

Şimdiye kadar gördüğümüz gibi tarihi kaynağın, yasalar hazırlık çalışmalarının, menkul davasını düzenleyen kuralların yasalar-daki yerleri ve söylemlerinin incelenmesi güvenilir, açık bir sonuca varmayı sağlamamaktadır. Şu halde çözüm başka yerde aranmalı ve zilyedliğe bağlı hak karinelerinin niteliğine ve Eşya Hukuku sisteminde biri, bir başına, zilyedliğe, diğeri mülkiyete (veya sınırlı bir ayni hakka) dayanan, iadeye yönelik iki dava daha olduğu gerçeğine uygun düşmelidir.

Zilyedliğe bağlı hak karinelerini menkul davasında uygulayan hukukçular, genellikle, zilyedliğin rıza dışı kaybının veya kötüniyetle iktisabının kanıtlanmasıyla, davalının şimdiki zilyedliğine bağlı hak karinesinin yıkıldığı ve yerini davacının önceki zilyedliğine bağlı hak karinesine terk ettiği görüşündedirler⁸⁹.

İsviçre ve Türk hukuklarında bu görüş kabul edilemez. Çünkü bu hukuklarda, zilyedliğe bağlı hak karinelerinin konusu hakkın varlığıdır. Oysa rıza dışı kaybetme veya kötüniyetle iktisap olsa olsa hakkın zilyedliğin iktisabı anında kazanılmadığını gösterir. Her iki hukukta rıza dışı elden çıkmış veya zilyedliği kötüniyetle iktisap edilmiş şey üzerinde sonradan ayni (veya şahsi) bir hak edinilebilir: örneğin, hukuki tağyir, malların karışması veya birleşmesi, gerçek hak sahibine mirasçı olma gibi hallerde, Hak karinesinin zilyedliğin veya hakkın iktisap edildiği anla hiç bir ilgisi yoktur⁹⁰.

Alman hukukunda durum başkadır. Önce, yasa kendisi pr. 1006 I, 2. cümlede şimdiki zilyedin zilyedliğine bağlı hak karinesinin, rızası dışında zilyedliğini yitirmiş önceki zilyede karşı ileri sürülmesini engelliyor. Sonra, alman hukukçularının büyük çoğunluğu ve alman Federal Mahkemesi zilyedliğe bağlı hak karinesinin konusunun mülkiyetin zilyedliğin iktisabı anında iktisap edildiği olduğunu kabul etmektedir⁹¹. Zilyedliği rızası dışında kaybetmiş önceki zilyede karşı karineyi ileri sürememe kuralı açık ve kesin olduğundan, tartışmaya

89) BAUR, Sachenrecht, s. 72; RUSCONI, age., s. 158, 159; HOMBERGER, age., N 18 ad art. 934, N 2 ad art. 936; AKİPEK, Menkul Davası, s. 67; SAYMEN/ELBİR, age., s. 100; OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 89, 90; TEKİNAY, age., s. 122; ÖZAKMAN, age., s. 488, 509, 510; karşıt görüşte, WINKLER, age., s. 33, 36; GÜRSOY, age., s. 87.

90) KUMMER, age., N 327 ad art. 8; EGGER, age., N 23 ad art. 8; WINKLER, age., s. 2, 33, 35; UMAR, age., s. 186; ROSENBERG, age., s. 226, 227; ROSENBERG/SCHWAB, age., s. 607.

91) WOLFF/RAISER, age., s. 65; BAUR, Sachenrecht, s. 77; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 168; HADDING, age., s. 184; von GIERKE, age., s. 121; LENT/SCHWAB, age., s. 195; MÜHL, age., N 4 ad pr. 1006; EICHLER, age., s. 212, dipnot 139; BGH in LM, No. 10 ad pr. 1006 BGB; karşıt görüşte, HECK, age., s. 129; RÖSENBERG, age., s. 226, 227; ROSENBERG/SCHWAB, age., s. 607.

yer bırakmamaktadır. Kötüniyetli iktisabın zilyedliğe bağlı hak karinesini yıkıp yıkamayacağı konusu tartışılabilir. Alman hukukunda da, İsviçre ve Türk hukuklarındaki hakkın zilyedliğin iktisabından sonra kazanılması olanakları görülmektedir, örneğin pr. 945 BGB⁹². Bu olanaklar, Almanya'da karinenin konusunun hakkın, zilyedliğin iktisabı anında, kazanıldığı olacağı genel kanısını hiç etkilememiştir. Bu durumda, alman hukuku için, kötüniyetli iktisabın zilyedliğe bağlı hak karinesini yıktığı söylenebilir mi? Yanıt ancak olumsuz olabilir. Çünkü kötüniyet yalnız hakkın iktisap edilmediği hallerde söz konusudur ve hakkın iktisap edilmediğinin kanıtlanması zaten karinenin yıkıldığını gösterir, iyiniyeti, kötüniyeti araştırmaya gerek kalmaz⁹³.

Davalı şimdiki zilyed olduğundan, davacının önceki zilyedliğine bağlı hak karinesinden üstün bir karineden yararlanır. Başka bir deyişle şimdiki zilyedliğe bağlı hak karinesi, önceki zilyedliğe bağlı karine karşısında önceliğe sahiptir⁹⁴. Menkul davasında, davacı önceki zilyedliğini ve şeyin rızası dışında elinden çıktığını veya davalı tarafından kötüniyetle iktisap edildiğini kanıtlarsa, kendisine düşen kanıt yükünü yerine getirmiş olur ve artık kanıt yükü davalıya geçer. Yukarıda belirttiğimiz gibi, İsviçre ve Türk hukuklarında rıza dışı zilyedliği kaybetme veya kötüniyetle iktisap, Alman hukukunda

92) Bu konuda bkz. GIERKE, Besitz, s. 69; BERG, age., N 11 ad pr. 1007.

93) HÖRER, age., s. 35, 85; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 173.

94) HOMBERGER, age., N 19 ad art. 930; STARK, age., N 27 ad art. 930; BERTAN, age., s. 61; WIELAND, age., II. cilt, s. 406; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 460; TUOR/SCHNYDER, age., s. 492; WINKLER, age., s. 44; OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 85, 87; REİSOĞLU, age., s. 56; SAYMEN/ELBİR, age., s. 98; TEKİNAY, age., s. 122; GÜRSOY, age., s. 88, 89; ÖZAKMAN age., s. 488; WOLFF/RAISER, age., s. 67; BAUR, Sachenrecht, s. 77, 78; LENT/SCHWAB, age., s. 196; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 170; EICHLER, age., s. 212, 214; MÜHL, age., N 6, 7 ad pr. 1006; JOHANNSEN, age., N 24 ad pr. 1006; GRASMANN, Recht der beweglichen Sachen, s. 98, 115, 116; WESTERMANN, ERMANN Komm. N 6 ad pr. 1006; HECK, age., s. 129; GIERKE, Besitz, s. 26, 27; PIKART, age., N 29 ad pr. 1006; HIRSCH/PLEYER, age., s. 94; HAASE/KELLER, age., s. 144.

kötüniyetle iktisap şimdiki zilyedliğe bağlı hak karinesini yıkamayacağına göre davacının davalıya üstün tutulmasının dayanağı önceki zilyedliğe bağlı hak karinesi olamaz, bu karine ancak davalının şimdiki zilyedliğine bağlı karine yıkıldığında gücünü gösterebilir.

Daha önce de gördüğümüz gibi, RUSCONİ menkul davasını kolaylaştırılmış bir istihkak davası olarak görmektedir. Böylece bu davanın bağımsızlığı, yasada kendisini düzenleyen özel kurallar bulunmasına karşın, yadsınmış olmaktadır. Ona göre kolaylık karine-leri uygulamakla sağlanır⁹⁵. Şeyin zilyedi olan malığın, zilyedliği, geçersiz bir sözleşmeyi ifa amacıyla, iyiniyetli bir kişiye devrettiğini düşünelim. Sözleşme geçersiz olduğundan zilyedliği devralan bir hak sahibi olamamıştır. Zilyedliğin rıza dışı kaybı veya kötüniyetle iktisap sözkonusu değildir. Menkul davası bu durumda uygulanamayacaktır. Malik, ancak, mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası açabilir⁹⁶. Bu istihkak davasında davacı önceki zilyed, davalı şimdiki zilyedir. O halde karineler uygulanmayacak mıdır? İsviçre ve Türk hukuklarında bazı yazarlar zilyedliğe bağlı hak karinelerinin istihkak davasında uygulanamayacağı görüşündedirler⁹⁷. Alman ve İsviçre hukuklarında büyük çoğunluk zilyedliğe bağlı hak karinelerinin mülkiyete dayanan istihkak davasında uygulanacağı, hatta bu davanın karinelerin en önemli uygulama alanı olduğu görüşündedir⁹⁸. Biz de çoğunluğun görüşüne katılıyoruz. Zilyedliğe bağlı hak

95) age., s. 145, 146.

96) STARK, age., N 47 Vorb. ad art. 930-937; HINDERLING, Besitzrechtsklage, s. 40; MEIER - HAYOZ, age., N 40, 56 ad art. 641; OSTERTAG, age., N 19 ad art. 930/31; AKİPEK, Menkul Davası, s. 125; TEKİNAY, age., s. 150.

97) BERTAN, age., s. 56; GILLIARD, age., s. 16, 17; OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 230; TEKİNAY, age., s. 149; ÖZAKMAN, age., s. 515.

98) HAAB, Zürcher Komm. zum schweiz. ZGB, N 35 ad art. 641; WIELAND, age., I. cilt, s. 25, II. cilt, s. 409; HOMBERGER, age., N 14-21 ad art. 930; ROMANO, Die Entwicklung des Besitzrechts vom römischen bis zum heutigen Recht, s. 124, 125; LEEMANN, Berner Komm. zum schweiz. ZGB, N 33 ad art. 641; WINKLER, age., s. 42 vd.; OSTERTAG, age., N 19-21 Vorb. zum 24. Titel, N 5, 6 ad art. 930/31; STARK, age., N 36 Vorb. ad art. 930-937; MEIER - HAYOZ, age., N 45 vd. ad art. 641; TUOR/SCHNYDER, age., s. 491; Cenevre Asliye Hukuk Mahkemesinin (Cour de

karinelerinin ana amacı mülkiyet hakkının kanıtlanmasının kolaylaştırılmasıdır. Tarihi açıdan bakılınca, Cermen hukukunun yarattığı zilyedliğe bağlı mülkiyet karinesi, Roma hukuku rei vindicatio'sunun davacı için söz konusu olan probatio diabolica'sını önlemek amacıyla düzenlenmiştir. (Rei vindicatio'da şeyi elinde bulunduran davalı davanın başında herhangi bir kanıtla yükümlü değildi⁹⁹). Davacı mülkiyeti ferî iktisap yoluyla kazanmışsa, kanıt yükünü yerine getirebilmesi için kendisinden önceki asli iktisaba kadar çıkmak zorundaydı. Mülkiyet hakkına dayanan istihkak davasını hala koruyan modern hukuklarda, bu güçlük zilyedliğe bağlı mülkiyet karinesiyle ortadan kaldırılmak istenmiştir¹⁰⁰. Zilyedliğe bağlı hak karinesi istihkak davasında da uygulandığına göre, yukarıda sözünü ettiğimiz durumda açılan istihkak davası, menkul davasından daha az mı yoksa daha çok mu kolaylaştırılmıştır? Ne kadar düşünülürse düşünülün bu soruyu yanıtlamaya olanak yoktur. Menkul davasında da, istihkak davasında da zilyedliğe bağlı hak karinelerinin uygulanacağı ve zil-

Justice) 15 Ekim 1976 t. kararı için bkz. SJ 1977, s. 609 vd., 614; BAUR, Sachenrecht, s. 77; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 130; JOHANNSEN, age., N 31 ad pr. 985, N 1 ad pr. 1006; PIKART, age., N 3 ad pr. 1006; GIERKE, DPR, s. 260, dipnot 64, 65; HIRSCH/PLEYER, age., s. 93, 94; HAASE/KELLER, age., s. 144; HÖRER, age., s. 22, 102; HEDEMANN, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs, s. 274, 275; LEISS, ACHILLES/GREIFF Komm. zum BGB, pr. 985, pr. 1006; EICHLER, age., s. 212; von GIERKE, age., s. 121; LANGE, age., s. 57; GRASMANN, age., s. 116; WOLFF/RAISER, age., s. 66; MÜHL, age., N 23 ad pr. 985; BERG, age., N 8 ad pr. 1006, N 13 ad pr. 985; Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları: 29.1.1951 t. in LM No. 1 ad pr. 985 BGB, 24.4.1952 t. in LM No. 2 ad pr. 1006.

99) Bk. RUSCONI, s. 25.

100) HAAB, age., N 3 ad art. 641; STARK, age., N 2 ad art. 930; MEIER - HAYOZ, age., N 45 ad art. 641; WINKLER, age., s. 42, dipnot 21; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 460; WOLFF/RAISER, age., s. 66, dipnot 7; HÖRER, age., s. 17; HEDEMANN, Sachenrecht, s. 173, 174; LANGE, age., s. 57; BERG, age., N 1 ad pr. 1006; BAUR, Sachenrecht, s. 77; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 168; GRASMANN, age., s. 116; LENT/SCHWAB, age., s. 196; JOHANNSEN, age., N 1 ad pr. 1006; GIERKE, Besitz, s. 28.

yedliğin rıza dışı kaybedilmesi veya kötüniyetle iktisabının kanıtlanmasının davalının şimdiki zilyedliğine bağlı hak karinesini yıkamayaacağı göz önüne alınır, bu iki davadan birinin daha kolay veya daha güç olmasından sözedilemez. Bu açıklamaların sonucunda, RUSCONI'nin savunduğu gibi menkul davasında zilyedliğe bağlı hak karineleri uygulanırsa, bu davanın hiç bir anlamının kalmadığını ve varlığının kolaylaştırılmış bir istihkak davası olarak bile kabul edilemeyeceğini belirtmek gerekmektedir. Oysa istihkak davası ve menkul davası ayrı ayrı kurullarla düzenlenmiştir: TMY md. 618 ve 902, 904., CCS md. 641 ve 934, 936., BGB pr. 985 ve 1007.

RUSCONI ve menkul davasında zilyedliğe bağlı hak karinelerinin uygulanacağını savunan diğer hukukçuların görüşlerine karşı ileri sürülebilecek başka bir kanıt da şudur. Menkul davası zilyedliğe bağlı hak karinesine dayanırsa, bu karinenin hakkın bulunmadığının kanıtlanmasıyla yıkılacağı muhakkaktır. Bunun sonucunda, RUSCONI ne derse desin çok tuhaf, üzücü bir çözüme ulaşılır: hak sahibi olmayan kötüniyetli şimdiki zilyedin, hak sahibi olmayan ama hiç olmazsa zilyedliğini iyiniyetle iktisap etmiş öncek zilyede karşı korunması gerekecektir. RUSCONI'nin görüşüne katılan PIOTET, bu durumda önceki zilyedin zilyedlik davasıyla, haksız fiilden, sözleşmeden, vekaletsiz iş görmeden ve haksız zenginleşmeden doğan davalarla korunabileceğini ileri sürmektedir¹⁰¹. İsviçre ve Türk hukukları için bu görüş kabul edilemez¹⁰². Zilyedlik davası, bir yandan kısa iki hak düşümü süresine tabi olduğu, öte yandan ancak gaspeden zilyede karşı açılacağından, zayıf bir koruma yoludur. Gaspeden, zilyedliği başka birine devretmişse, bu kişiye karşı zilyedlik davası açılmaz. Sözleşmeden doğan dava ancak yanlar arasında bir sözleşme olduğunda söz konusudur. A zilyedliği bir sözleşmenin ifası için B'ye, B de, buna hakkı olmadığı halde, zilyedliği, devretme hakkının bulunmadığını bilen veya bilmesi gereken C'ye devretse, A ile C arasında hiç bir sözleşme ilişkisi yoktur. Bu nedenle A, C'ye karşı sözleşmeden doğan bir dava açamayacaktır. Vekaletsiz iş görmeden doğan bir dava da söz konusu ola-

101) age., s. 67.

102) Aynı görüşte HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 499, dipnot 14.

maz, çünkü kötüniyetli bir zilyedin, gerçek anlamda bir vekâletsiz iş görmesi düşünülemez. Burada gerçek olmayan (veya caiz olmayan) vekaletsiz iş görme akla gelebilir. Böyle bir vekaletsiz iş görmenin ana ögesi başkasının hukuki alanına girme, başkasının işine atılma, başkasına ait öznel (sübjektif) hakları kullanmaktır¹⁰³. Zilyedliğin bir başına (önceki ve şimdiki zilyedlerin hak sahibi olmadığı durumda) hukukî alana girdiği, bir iş oluşturduğu veya bir öznel hak olduğu kabul edilse bile, C'nin B'den, B'nin de A'dan zilyedliği kötüniyetle ele geçirdiği örneğinde, C, olsa olsa B'nin hukukî alanına girmiş, B'ye ait bir iş görmüş, B'nin öznel hakkını kullanmış olur, çünkü, daha önce, zilyedlik A'dan çıkmış, B'nin hukuki alanına girmiştir. Bu nedenle A, C'ye karşı vekâletsiz iş görmeden doğan bir davaya sahip değildir. Haksız fiil ve haksız zenginleşmeden doğan davalara gelince, öncelikle, öğretilerde zilyedliğin bir başına haksız fiil veya haksız zenginleşmeye konu olup olamayacağının tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir¹⁰⁴. Zilyedliğin bir başına haksız fiil ve haksız zenginleşmeye konu olabileceği kabul edilse bile haksız fiil ve haksız zenginleşmeden doğan davaların menkul davasının yerini alacağı söylenebilir. TMY md. 44 ve CCS md. 44, zarar görenin rızasının haksız, zarar verici fiili ortadan kaldıracağını söylemektedirler. Zilyedliğin rıza ile, geçersiz bir sözleşmenin ifası için, bu geçersizliği bilen veya bilmesi gereken birine devredilmesi halinde, kötüniyetli devralanın zarar verici bir haksız fiil işlediğini kabul etmek oldukça güçtür. Ayrıca kötüniyetli zilyede karşı açılacak menkul davası herhangi bir süreye tabi değildir, oysa haksız fiilden doğan dava bir ve on yıllık sürelerle tabidir (TBY. md. 60, COS md. 60). Haksız zenginleşmeden doğan dava kötüniyetli zilyedin zilyedliği davacıdan iktisap etmediği hallerde uygulanamaz. A, zilyedliği B'ye, B de kötüniyetli C'ye devretse, C haksız olarak A'nın değil, olsa olsa B'nin aleyhine zenginleşmiştir, çünkü zilyedlik C'den önce B'nin malvarlığı

103) TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk ve hususiyle Türk - İsviçre Hukuku bakımından Vekâletsiz İş Görme, s. 66 vd., 95, 323; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, s. 440.

104) Bu konuda bkz. MEDICUS, Besitzerschutz, s. 115 vd.; von CAEMMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung; HOMBERGER, age., N 26 ad art. 927.

ğına geçmiştir¹⁰⁵. Buna bir de İsviçre ve Türk hukuklarında haksız zenginleşmeden doğan davanın ancak başka bir hukuki yol olmadığında açılabileceğini¹⁰⁶ eklersek, haksız zenginleşmeden doğan davanın menkul davasının yerini alabileceği çok şüphelidir.

PİOTET'nin önerisi alman hukuku için de geçersizdir. BGB nin zilyedlik davası, İsviçre ve Türk hukuklarında, bizim de katıldığımız görüşün¹⁰⁷ aksine, gaspedenden zilyedliği devralan ve kendisine zilyedliği devredenin gaspla zilyedliği eline geçirdiğini bilen kişiye karşı da açılabilir. Ancak dava, devredenin gaspla zilyedliği iktisap ettiğini bilmeyen halefine karşı halef kötüniyetli olsa, örneğin devredenin herhangi bir hakkı bulunmadığını bilse, bile açılmaz. Ayrıca zilyedlik davası bir, menkul davası otuz yıllık sürelerle tabidir¹⁰⁸. Sözleşmeden ve vekâletsiz iş görmeden doğan davalar konusunda İsviçre ve Türk hukuku için söylenenler, Alman hukuku için de geçerlidir. Haksız fiilden doğan dava üç yıllık süreye tabidir. Haksız zenginleşmeden doğan dava, menkul davasıyla aynı süreye tabidir (otuz yıllık genel zamanaşımı süresi)¹⁰⁹, ama alman hukukunda da B'nin zilyedliği A'dan, C'nin de B'den elde ettiği durumda C, A değil, B aleyhine zenginleşmiştir. A, C'den, iadeyi bu dava ile isteyemez¹¹⁰.

Hak sahibi olmayan iyiniyetli önceki zilyed, hak sahibi olmayan kötüniyetli şimdiki zilyed karşısında korunmalıdır. Yalnız, haktan veya hak karinesinden başka bir dayanağı olan menkul davası uygun bir koruma sağlayabilir.

105) Üçlü ilişkide zengileşme için bkz. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, s. 397.

106) ENGEL, *age.*, s. 349, 403, 404; von TUHR/SIEGWART, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht*, I. cilt, s. 403; GUHL/MERZ/KUMMER, *age.*, s. 203, 207; TEKİNAY, *Borçlar Hukuku*, s. 513 vd.; FEYZİOĞLU, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükmüler, I. cilt, s. 777 vd.

107) HOMBERGER, *age.*, N 8 ad art. 927; TEKİNAY, *Eşya Hukuku*, s. 112; OĞUZMAN/SELİÇİ, *age.*, s. 79; GÜRSOY, *age.*, s. 75; AKİPEK, *Türk Eşya Hukuku*, I. cilt, s. 237; Karşıt görüşte, STRAK, *age.*, N 5 ad art. 927; OSTERTAG, *age.*, N 17 ad art. 927; HINDERLING, *Schweizerisches Privatrecht*, s. 454; WIELAND, *age.*, II. cilt, s. 397; SAYMEN/ELBİR, *age.*, s. 90.

108) BERG, *age.*, N 19 ad pr. 1007.

109) HEFERMEHL, *ERMAN Komm.* N 5 ad pr. 195.

110) BGB pr. 816 ivazsız kazandırma halinde bir istisna öngörüyor.

V. MENKUL DAVASININ HUKUKİ DAYANAĞI

Yukarıda gördüğümüz gibi, menkul davasının hukukî dayanağı zilyedliğe bağlı hak karinesi veya bilinegelen (herkömmlich, habituel) haklardan biri olamaz, çünkü böyle bir dayanak kabul edilirse menkul davasını istihkak davasından ayırma olanağı yoktur. Ayrıca iyiniyetli ama hak sahibi olmayan önceki zilyed, hak sahibi olmayan ve kötüniyetli şimdiki zilyed karşısında koruma bulamaz. Bu dayanak zilyedlik de olamaz, çünkü zilyedliğe dayanan bir iade davası yasa da zaten vardır ve yasanın, aynı temel üzerinde ,süre, davalı olabilme, davalının ileri sürebileceği def'iler yönünden farklılıklar olan iki dava kurduğunu söylemek mantıklı olmaktan uzaktır. Gewere'nin şekli davacılık yetkisi verme fonksiyonunu ortaya atan savlar da yeterli değildirler, çünkü bu fonksiyonun ne olduğu hakkında Cermen hukuku açısından bile görüşbirliği yoktur¹¹¹. RUSCONİ ile¹¹² zilyedliğin bir zilyedliğe hak içerdiği veya zilyedliğin soyut bir üstün hakka karine olduğunu da yadsımak gerekir. Şu halde menkul davasının hukukî dayanağı ancak davanın akışı incelenerek bulunabilir.

İyiniyetli zilyede karşı açılan menkul davasında, davacı şeyin önceki zilyedi olduğunu, elinden rızası dışında çıkmış olduğunu ve davalının şimdiki zilyedliğini kanıtlayarak kendisine düşen kanıt yükünü yerine getirmiş olacaktır. Davalı bu durumda kendisini şöyle savunabilir. İlk olarak, davacının zilyedliği iktisabından önce, şeyin kendisinin zilyedliğinde bulunmuş ve elinden rızası dışında çıkmış olduğunu kanıtlayabilir. Davalıya böyle bir savunma hakkının tanınması kolaylıkla açıklanabilir. Bu kanıtıyla, davalı adeta davacının yerini almıştır, yani davada yanların rolü değişmiştir. Bundan başka davalı, davacının şeyi rızası dışında kaybetmesine karşın, bir hak iktisap ettiğini ileri sürebilir. Bu savunma da kolaylıkla doğrulanabilir. Zilyedliğe hakkı olan iadeyle yükümlü değildir. Nihayet davalı davacının önceki zilyedliğini kötüniyetle iktisap ettiğini kanıtlayabilir. Davalı davacının bir hakkı olmadığı savunmasını ileri sürebilir mi? Buna olanak yoktur, çünkü davacı yalnız önceki zilyedliğini ve şeyin rızası dışında elinden çıktığını ileri sürmüştür. Buradaki zil-

111) Bkz. HUBER, Gewere, GIERKE, Besitz.

112) age., s. 110, 111.

yedlik çok kez belirtmiş olduğumuz gibi hak karinesi anlamında değildir. Davacı davalının ilk savunmasını davalının daha önceki zilyedliğini kötüniyetle iktisap ettiğini ya da davalının daha önceki zilyedliğini rızası dışında kaybetmesine karşın, şey üzerinde bir hak elde ettiğini kanıtlayarak etkisiz bırakabilir. Başka bir deyişle, davalı durumunu alan davacı, davalının, kendisine karşı sahip olduğu olanaklardan yararlanacaktır¹¹³. Davalı yerini almış davacının hakkını kanıtlamasına davalı daha üstün bir hakkını kanıtlayarak karşılık verebilir. Davalının ikinci savunmasına, davacı üstün bir zilyedliğe hakkı bulunduğunu kanıtlayarak, karşı koyabilir. Davalının üçüncü savunma yolu, davacının kötüniyetle zilyedliği iktisap ettiği, öğretide tartışmalar doğurmuştur. İsviçre ve Türk hukuklarında baskın görüş bu kanıtın davacının menkul davasını ortadan kaldırdığı yönündedir¹¹⁴. Bazı hukukçular bu durumda da davacının bir hak elde etmiş olduğunu kanıtlayabileceğini ileri sürmektedir¹¹⁵. Alman hukukunda baskın görüş davacıya hakkını kanıtlama olanağı tanımıştır¹¹⁶. İsviçre ve Türk hukuklarında çoğunluğun, Alman hukukunda azınlığın görüşü olan davacının kötüniyetle zilyedliği iktisap ettiğinde menkul davasına hakkı bulunmadığı görüşü tercih edilmelidir. Çünkü bu konuyu düzenleyen TMY md. 904 2. cümle, CCS md. 936 II, BGB pr. 1007 II açık ve kesindirler. Alman hukukunda bu görüşü doğrulayan başka bir kanıt daha vardır. BGB pr. 1007 III kötü-

113) STARK, age., N 18 ad art. 934; OSTERTAG, age., N 23 ad art. 934; BERG, age., N 14 ad pr. 1007; JOHANNSEN, age., N 24 ad pr. 1007; Ancak GIERKE, Besitz, s. 62, 63 ve MÜHL, age., N 6 ad pr. 1007 davalının daha önceki zilyedliğini kanıtladığında davacı için yalnız bu zilyedliğin kötüniyetle iktisap edilmiş olduğu savunmasından sözediyorlar.

114) HINDERLING, Besitzrechtsklage, s. 15, dipnot 39; STRAK, age., N 19 ad art. 936, N 4 Vorb. ad art. 930/937; MEIER-HAYOZ, age., N 56 ad art. 641; ZYCHA, age., s. 96, 97; AKİPEK, Menkul Davası, s. 68; OĞUZMAN/SELİÇİ, age., s. 91, dipnot 150; TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. 146; ÖZAKMAN, age., s. 504.

115) RUSCONI, age., s. 158, 159; SCHMIDLIN, age., s. 150, dipnot 19.

116) WESTERMANN, Sachenrecht, s. 173; HÖRER, age., s. 25, 85, 92, 93; WOLFF/RAISER, age., s. 70; PIKART, age., N 10 ad pr. 1007; BAUR, Sachenrecht, s. 73; Karşıt görüş için bkz. BERG, age., N 11 ad pr. 1007; GIERKE, Besitz, age., s. 58, 68, 69; HECK, age., s. 134.

niyetle iktisabın yanında şeyin rıza ile elden çıkışından da menkul davasına karşı savunma yolu olarak sözeder. Rıza ile elden çıkış halinde menkul davasının açılmayacağı kabul edilmektedir. Aynı çerçevede yer alan, aynı amaca yönelik kötüniyetli iktisapta da davanın reddi gerekir.

CCS md. 936, TMY md. 904 ve BGB pr. 1007 I e dayanan menkul davasında ,davacı önceki zilyedliğini ve şimdiki zilyed davalının zilyedliği kötüniyetle iktisap ettiğini kanıtlamalıdır. Davalı, her üç hukukta, ortak, iki savunma yolundan yararlanabilir. Davacının önceki zilyedliğini kötüniyetle iktisap ettiğini kanıtlamak (bu durumda dava reddedilecektir) ve kendisinin kötüniyetle zilyedliği iktisap etmesne karşın, şey üzerinde bir hak edindiğini kanıtlamak. Bu son kanıta karşı davacı daha üstün bir hakka sahip olduğunu ileri sürebilir. BGB davalıya, TMY ve CCS te bulunmayan, davayı düşüren, üçüncü bir savunma tanıyor: zilyedliğin rıza ile kaybı (pr. 1007 III)¹¹⁷. Zilyedliğin rıza ile kaybedilmesinden, şey ile tüm ilişkilerin isteyerek koparılması anlaşılır¹¹⁸. Vasıtalı zilyedliği kaybetmeden, vasıtasız zilyedliği devretmek, zilyedliğin rıza ile kaybedilmesi değildir¹¹⁹. Vasıtasız zilyed tarafından rıza ile elden çıkarma, vasıtalı zilyed için de zilyedliğin rıza ile elden çıkması anlamına gelmez, önemli olan vasıtalı zilyedin rızasıdır¹²⁰. Şu halde, A'nın, geçersiz bir satış sözleşmesini ifa amacıyla B'ye bir şeyin zilyedliğini devrettiğini ve B'nin de geçersizliği bildiğini veya bilmesi gerektiğini varsayarsak, A Alman hukukunda B'ye karşı menkul davası açamayacak, İsviçre ve Türk hukuklarında ise TMY md. 904 ve CCS md. 936 ya dayanarak iadeyi isteyebilecektir¹²¹.

117) GIERKE, Besitz, age., s. 68, 69, 71; HÖRER, age., s. 82; WOLFF/RAISER, age., s. 70; BERG, age., N 12 ad pr. 1007.

118) BERG, age., N 12 pr. 1007.

119) PIKART, age., N 26 ad pr. 1007; BERG, age., N 12 ad pr. 1007; MÜHL, age., N 5 ad pr. 1007; WESTERMANN, Sachenrecht, s. 173; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 502.

120) PIKART, age., N 27 ad pr. 1007; BERG, age., N 12 ad pr. 1007.

121) HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 502, 503, dipnot 24; ZYCHA, age., s. 98; GILLIARD, age., s. 6; Karşıt görüşte OSTERTAG, age., N 16, 20 ad art. 934, N 3 ad art. 936 alman hukuku çözümünü benimsemiştir.

Görüldüğü gibi, davacı, önceki zilyedliğini ve bu zilyedliği rızası dışında kaybettiğini veya şimdiki zilyedin, zilyedliği kötüniyetle iktisap ettiğini kanıtladığında, yasaca davalıya üstün tutulmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu üstünlük, bir başına, önceki zilyedliğe veya bu zilyedliğin bir hak karinesi olmasına dayanamaz. Bu durum, ancak, yasa tarafından önceki zilyede şimdiki bir zilyedliğe hak tanındığının kabulüyle açıklanabilir. Bu şimdiki zilyedliğe hak davacının kanıtladığı dava olgusundan (Tatbestand, état de fait) (önceki iyiniyetle iktisap edildiği varsayılan zilyedlik, şeyin rıza dışı elden çıkışı veya şimdiki zilyedin zilyedliğini kötüniyetle iktisap edişi, davalının şimdiki zilyedliği) doğar. HÖRER'le birlikte¹²² buradaki hakkın, davanın olgusunda değil, hukuki sonucunda (Rechtsfolge) yer aldığını kabul etmek gerekir. Böyle bir hakkın tanınması, davalının, davacının bir hakkı bulunmadığını kanıtlamasının gereksizliği ve olanaksızlığını da açıklamaktadır: davacı, şey üzerinde bilinegelen (herkömmlich, habituel) hiç bir hakkı olmasa da, menkul davanın koşulları gerçekleştiğinde, yasanın kendisine tanıdığı özel nitelikteki hakka sahiptir.

Davalı, bu özel nitelikteki hakka, bu hakkın üzerinde kurulduğu olguyu çürüterek veya doğrudan hakkın etkisini ortadan kaldırarak karşı koyabilir. Davalı önceki zilyedliğin davacı tarafından kötüniyetle iktisap edildiğini kanıtladığında, iyiniyetle iktisabın da yer aldığı davanın olgusunu çürütmüş olur. Davalı, davacının zilyedliğinden önce şeyin kendisinin zilyedliğinde bulunmuş ve bu zilyedliği rızası dışında kaybetmiş olduğunu kanıtlarsa, bu, aslında kendisinin davacı olabilme yetkisini gösterir. Başka bir deyişle, kendisi davanın koşullarını yerine getirdiğinden, yasanın tanıdığı özel nitelikteki haktan yararlanır. Davalı durumuna düşen davacı, davacı yerini alan davalının bu hakkına iki şekilde karşı koyabilir: hakkı doğuran olguyu, davalının kendi zilyedliğini kötüniyetle iktisap ettiğini kanıtlayıp, çürüterek veya davalının daha önceki zilyedliğini rızası dışında kaybetmesine karşın, şey üzerinde bilinegelen bir hak iktisap ettiğini kanıtlayıp, davalının özel nitelikteki hakkını etkisiz bırakarak¹²³. Burada akla iki soru gelmektedir. Davacı zilyedliğine bağlı karinelere bilinegelen bir hakkı olduğunu kanıtlama amacıyla, başvurabilir mi? Bir zamanlar kazanılmış olan bu hak şimdiki zilyed

122) age., s. 86.

davalıya karşı neden ileri sürülebilir? Birinci soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Davalı daha önceki zilyedliğini ve bu zilyedliğin rızası dışında elinden çıktığını kanıtladığında, yasanın tanıdığı özel nitelikteki haktan yararlanmaktadır. Bu hak şimdiki (halihazır) bir haktır. Yasa karineleri çatıştırmayla uğraşmamakta, daha önceki zilyed davalıya özel bir hak tanıyarak sonucu vermektedir. Davacı bu durumda bilinegelen hakkını doğrudan kanıtlamalıdır, karineden yararlanamaz. Davacının, davalının daha önceki zilyedliğinin rıza dışı kaybedilmesinden sonra, bilinegelen bir hak iktisap ettiğinin kanıtı, bir başına. davalının şimdiki zilyedliğinden doğan hak karinesine karşı koyamaz. Eğer davacı yasanın tercihini elde ediyorsa, bu, yeniden yasanın tanıdığı özel nitelikteki şimdiki haktan yararlandığındandır. Kendi bilinegelen hakkını kanıtlayan davacı, davalının yararlandığı özel hakkı etkisiz bırakmış ve bu özel hakkın kendisi için doğmasını sağlayan, davanın başında kanıtladığı olguyu yeniden canlandırmıştır. Şu halde davacının buradaki bilinegelen hakkı, özel hakkı yaratan olguda yer almaktadır¹²⁴.

Davalı, davacının yararlandığı özel hakkın olgusunu çürütme yerine, bu hakkın etkisini ortadan kaldırma yoluna da başvurabilir. Bunun için, zilyedliğe bilinegelen bir hakkı olduğunu kanıtlaması gerekir. Bu kanıtlama için, yukarıda belirttiğimiz gibi, zilyedliğine bağlı hak karinesinden yararlanamaz. Davacı, özel hakkın etkisi ortadan kalkınca davayı mutlaka kaybedecek değildir. O, şimdiki, davalınınkinden üstün bilinegelen bir hakka sahip olduğunu kanıtlayabilir. Demek ki burada davanın sonucunu şimdiki, bilinegelen, üstün, zilyedliğe hak belirler. HÖRER burada da davacının özel nitelikteki hakkının yeniden canlanacağını kabul etmekte, davacının şimdiki bilinegelen hakkını davanın olgusu içine yerleştirmektedir, hukukî sonuçta yine özel nitelikteki hak vardır¹²⁵. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Davalının etkisini ortadan kaldırdığı özel nitelikteki hak canlanamaz. Zaten şimdiki, üstün bilinegelen hakkını kanıtlayan davacıya böyle bir özel hak tanımada hiç bir yarar ve anlam yoktur.

Kötüniyetli davalı için BGB davacının zilyedliğini kötüniyetle iktisap ettiği kanıtından başka yine davacının özel nitelikteki hakkı-

123) HÖRER, age., s. 86.

124) HÖRER, age., s. 88.

125) age., s. 86 vd.

nın üzerinde kurulduğu olguyu çürütmek için bir olanak daha tanımaktadır: zilyedliğin rıza ile elden çıkışı. Kötüniyetli davalı da şimdiki, bilinegelen hakkını kanıtlayarak, doğrudan davacının özel hakkını etkisiz bırakabilir. Bu da davacıyı şimdiki, bilinegelen, üstün bir hakkı bulduğunu kanıtlamaya zorlar.

HÖRER¹²⁶ bu özel nitelikteki hakkı nisbi-ayni hak diye nitelendirmektedir. Kanımızca bu nitelendirme doğrudur. Bu hak aynidir, çünkü doğrudan yasadan doğar, başka biriyle olan hukuki bir ilişkiden değil, yani özel hak sahibi ile şey arasında başka bir kişinin girişimi yoktur¹²⁷. Bu hak aynı zamanda nisbidir, çünkü, yalnız davanın yanları arasında doğar ve etkisini gösterir¹²⁸. Ayrıca bu hak, yukarıda belirttiğimiz gibi şimdiki, bilinegelen bir hak karşısında etkisini sürdüremez.

Bu doğru tanıma karşın HÖRER'in kuramı, kanımızca, tümüyle başarılı değildir. Ona göre¹²⁹, yasanın yarattığı özel hak, kanıt olarak getirilebileceklerin tümünden sonra kendini gösterir, yani kanıtlar çatışmasında yengi alan yan, ister davacı, ister davalı olsun, yasanın yarattığı nisbi-ayni hakkın sahibidir. Bu düşüncenin sonucunda davacının kötüniyetle zilyedliğini iktisap ettiğini kanıtlayan davalı, kendisi de kötüniyetli zilyed olsa bile bu özel hakka sahip olacaktır. Oysa, kanımızca, özel hakkın olgusu içinde zilyedliğin iyiniyetle iktisap edilmiş olduğu da yer almaktadır. Ayrıca bu özel hak tüm kanıtların sonunda ortaya çıktığına göre, davalı veya davacının neden zilyedliğe bağlı hak karinelerine başvuramayacakları anlaşılabilir. Ancak her kanıtın bu özel hakkı beraberinde getirdiği kabul edilirse, hak karinelerinin menkul davasında yer almayışı açılanabilir ki bu da bizi yukarıda sözü geçen çıkmaza götürür: kötüniyetli şimdiki zilyed davalı, önceki zilyedin zilyedliğini kötüniyetle iktisap ettiğini kanıtladığında, özel hakkın sahibi olacaktır. Nihayet, bu özel hakkın bir tenis topu gibi el değiştirmesi savunulabilirlikten uzaktır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu nisbi-ayni hak, (iyiniyetle zilyedliği iktisap ettiği varsayılan) davacının önceki zilyedliğini ve

126) age., s. 86 vd.

127) HÖRER, age., s. 87.

128) HÖRER, age., s. 87 vd.

129) HÖRER, age., s. 88 vd.

önceki zilyed için de istihkak davası söz konusu olamaz, yalnız menkul davası açılabilir¹³⁰.

Şu hallerde yalnız istihkak davası açılabilir. Davacı mülkiyeti, hiç bir zaman zilyedliği eline geçirmeden, iktisap etmişse, örneğin İsviçre ve Türk hukuklarında açık arttırmayla satış sonunda iktisap, her üç hukukta komşunun kümesine yumurtlayan tavuğun maliki tarafından yumurtaların iktisabı, üzerinde bir yapı bulunan arsanın alıcısı tarafından, satıcının daha zilyedliği devretmeden, ama alıcıyı malik olarak tapuya kaydettirdikten sonra yapıyı yıktırıp, beraberinde alıp götürdüğü yıkığın iktisabı¹³¹. İsviçre ve Türk hukuklarında, davacının önceki vasıtalı zilyed olduğu ve şeyin kendisine iadesini amaçladığında ancak istihkak davası açılabilir, çünkü menkul davasıyla yalnız, zilyedliğin önceki vasıtasız zilyede iadesi istenebilir¹³². Alman hukukunda istihkak davasında da menkul davasında olduğu gibi, davacı ancak şeyin vasıtasız zilyede iadesini isteyebilir¹³³. İsviçre ve Türk hukuklarında şimdiki zilyed zilyedliği kötüniyetle iktisap etmemiş ve önceki zilyed zilyedliğini rızası dışında kaybetmemişse, örneğin bir şeyin maliki zilyedliği geçersiz bir satış sözleşmesini ifa için, geçersizliği bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen, yani iyiniyetli alıcıya devrederse, malik önceki zilyed yalnız istihkak davası açabilir¹³⁴. Alman hukukunda önceki zilyed şey ile her türlü bağını rızası ile

130) HINDERLING, Besitzrechtsklage, s. 39; STARK, age., N 44 Vorb. ad art. 930-937; WOLFF/RAISER, age., s. 74.

131) TUOR/SCHNYDER, age., s. 490; HINDERLING, Besitzrechtsklage, s. 39; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 505; MEIER - HAYOZ, age., N 56 ad art. 641; STARK, age., N 47 Vorb. ad art. 930-937; BERTAN, age., s. 12 vd.; AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, cilt I, s. 125; TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. 150; ÖZAKMAN, age., s. 515; LANGE, age., s. 67; WOLFF/RAISER, age., s. 74; PIKART, age., N 35 ad pr. 1007; BERG, age., N 15 ad pr. 1007; GIERKE, Besitz, s. 68.

132) HINDERLING, Besitzrechtsklage, s. 40; MEIER - HAYOZ, age., N 56 ad art. 641; STARK, age., N 47 Vorb. ad art. 930-937, N 8 ad art. 934; AKİPEK, Menkul Davası, s. 55, 56; ÖZAKMAN, age., s. 515.

133) WOLFF/RAISER, age., s. 321; BAUR, Sachenrecht, s. 91; PIKART, age., N 11 ad pr. 985, N 8 ad pr. 1007.

134) HINDERLING/Schweizerisches Privatrecht, s. 505; MEIER - HAYOZ, age., N 56 ad art. 641; STARK, age., N 47 Vorb. ad art. 930-937; TUOR/SCHNYDER, age., s. 490.

koparmışsa, kötüniyetli şimdiki zilyede karşı bile menkul davası açamaz, istihkak davasıyla yetinmek zorundadır¹³⁵. Her üç hukukta zilyedliğini kötüniyetle iktisap etmiş ama daha sonra örneğin miras yoluyla malik olmuş önceki zilyed de yalnız istihkak davasından yararlanabilir¹³⁶. İsviçre ve Türk hukuklarında iyiniyetli şimdiki zilyede karşı menkul davası zilyedliğin rıza dışı kaybından itibaren beş yıl içinde açılmalıdır. Bu beş yıl sonunda zilyedliği iyiniyetle iktisap eden, iyiniyetli iktisabın diğer koşulları da varsa (doğal olarak emin sıfatı ile zilyedlik koşulu dışındakiler) hakkı iktisap eder. Ancak iktisabın sebebi, örneğin satış sözleşmesi geçersizse, hak, bu beş yıl sonunda zamanaşımıyla iktisabın koşulları gerçekleşmemiş ise, iktisap edilemez. Malik şimdiki zilyedden şeyin iadesini yalnız istihkak davasıyla isteyebilir¹³⁷. Alman hukukunda menkul davası her iki türünde istihkak davasıyla aynı süreye tabidir (pr. 195 BGB genel zamanaşımı süresi olan otuz yıl).

VII. İÇTİHATLARDA MENKUL DAVASI

İsviçre hukukunda menkul davasının hukuki dayanağı konusunda Federal Mahkemenin kesin bir içtihadı yoktur. 9 Mayıs 1958 tarihli kararında¹³⁸, daha önce de belirttiğimiz gibi, Federal Mahkeme menkul davasının hukukî dayanağı sorusunu ortaya atmış, ancak bu soruyu yanıtızsız bırakmıştır.

Türk hukukunda içtihadların durumu, Yargıtay'ın zilyedliğin kendisini bir aynı hak olarak kabul etmesinden ötürü çok karmaşık-

135) GIERKE, Besitz, s. 68, 69, 71; HÖRER, age., s. 82; WOLFF/RAISER, age., s. 70; BERG, age., N 12 ad pr. 1007; PIKART, age., N 26 vd. ad pr. 1007.

136) STARK, age., N 47 Vorb. ad art. 930-937; MEIER - HAYOZ, age., N 56 ad art. 641; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 505; GIERKE, Besitz, s. 69.

137) HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, s. 505; STARK, age., N 47 Vorb. ad art. 930-937; MEIER - HAYOZ, age., N 56 ad art. 641; Ancak TUOR/SCHNYDER, age., s. 490; BERTAN, age., s. 17 ve ÖZAKMAN, age., s. 512, 516 menkul davasının beş yıl içinde açılmaması halinde hakkın iktisabını hiçbir şekilde kabul etmemektedirler.

138) JdT 1959 I, s. 115 vd.

tır. 3 Haziran 1964 tarihli 270-8/587 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararına göre¹³⁹:

“Medeni Kanununun 894, 895, 896 ve 897. maddeleri hükümleri mal üzerinde zilyedlikten başka hiçbir hakkı bulunmayan kimsenin zilyedliğini korumak üzere konulmuştur. Halbuki MK nun 907, 903 ve 904. maddelerinde düzenlenen zilyedliğe istihkak davaları zilyedliği herhangi bir hakka dayanan kimse tarafından açılacak davalardır.”

Alman Federal Mahkemesi menkul davasına yukarıda sözetdiğimiz Yüksek Mahkemelerden daha fazla eğilmiştir. 25 Eylül 1952 tarihli bir kararında⁶⁴⁰, Alman Federal Mahkemesi menkul davasını zilyedlik ve istihkak davalarından ayırdetmeye çalışıyor ve önceki zilyedliği menkul davasının hukuki dayanağı olarak kabul ediyor¹⁴¹:

“Konusuyla, pr. 1007 bir taşınırın önceki zilyedine, kuralın şartları gerçekleştiğinde bir istihkak davası tanıyor. Bu kural yalnız görünüşte mülkiyetten doğan davalar arasında yer almaktadır. Hukuki niteliğine bırakılırsa pr. 1007 nin düzenlediği dava daha zayıf bir hakka sahip olana yönelik, önceki zilyedliğe dayanan bir davadır. Pr. 861 in düzenlediği zilyedlik davasının aksine, nihai bir karara götüren, zilyedliğe dayanan istihkak davasıdır.”

Alman Federal Mahkemesi 15 Şubat 1955 tarihli diğer bir kararında¹⁴² zilyedliğe bağlı mülkiyet karinesini menkul davası çerçevesinden atmış görünüyor:

“Bu noktada İstinaf Mahkemesi, M. nin hakkının korunması için pr. 1006 I, 2. cümledeki mülkiyet karinesinden ve pr. 1007 deki zilyedliğin korunmasından yararlanabileceğini unutmuştur.

Eğer üçüncü kişi pr. 1007 nin sağladığı zilyedliğin korunması veya pr. 1006 I, 2. cümledeki mülkiyet karinesine başvurabilirse...”

Daha yeni bir kararında, Alman Federal Mahkemesi menkul davasını zilyedliğe dayanan iade davasından ayırdediyor, ancak menkul davasının hukukî dayanağı konusunda daha fazla bir açıklama yapmıyor¹⁴³.

139) Bu karar için bkz. TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. 148, dipnot 22.

140) NJW 1952, s. 1410 vd.

141) NJW 1952, s. 1411.

142) NJW 1955, s. 585.

143) 5 Ekim 1960 tarihli karar için bkz. WM 1961, s. 275.

Sonuç olarak menkul davasının hukukî dayanağının ve akışının yarattığı güçlerin içtihadlarda da açık ve kesin bir çözüme ulaştığı söylenemez.

BİBLİYOGRAFYA

ACEMOĞLU, K.: Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970.

AKİPEK, J.: Menkul Davası, Ankara 1959.

AKİPEK, J.: Türk Eşya Hukuku, cilt I, 2. bası, Ankara 1972.

AUGUSTIN, G.: SOERGEL Komm. zum BGB, Bd. 4 Sachenrecht pr. 1204-1273, 10. bası, 1968.

BAUR, F.: Lehrbuch des Sachenrecht, 7. bası, München 1973.

BAUR, F.: SOERGEL, Komm. zum BGB, Bd. 4 Sachenrecht, pr. 1030-1067, 10. bası, 1968.

BERG, H.: STAUDINGER Komm. zum BGB, Bd. III/1 Sachenrecht, pr. 929-1011, 11. bası, 1956.

BERTAN, S.: La revendication des meubles en droit suisse, Lausanne 1941.

EGGER, A.: (Zürcher) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. I Einleitung und Personenrecht, 2. bası, Zürich 1930.

EICHLER, H.: Institutionen des Sachenrechts, Bd. II/1, 1957.

ENGEL, P.: Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.

FEYZİOĞLU, F.N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, cilt I, İstanbul 1976.

GIERKE, O.: Deutsches Privatrecht, Bd. 2, Sachenrecht, Leipzig 1905.

GIERKE, O.: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1897.

GILLIARD, F.: Les présomptions posées par les articles 930 à 932 CC et leur rapport avec la protection de l'acquéreur de bonne foi, in Recueil de travaux de la Faculté de Droit de Lausanne, 1958, s. 2 vd.

GRASMANN, G.: Recht der beweglichen Sachen, Berlin 1971.

GUHL, T./MERZ, H./KUMMER, M.: Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972, 6. bası.

- GUISAN, F.: La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière, 1970.
- GÜLLER, W.: Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrnisserwerb, Zürich 1924.
- GÜRSOY, K.T.: Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970.
- HAAB, R.: (Zürcher) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. IV Sachenrecht, art. 641-729, Zürich 1929 - 1977, SIMONIUS, A./SCHERRER, W./ZOBL, D. tarafından tamamlanmıştır.
- HAASE, R./KELLER, R.: Grundlagen und Grundformen des Rechts, 2. bası, 1973.
- HADDING, W.: Die Eigentumsvermutung nach pr. 1006 I BGB im Herausgabestreit, BGH FamRZ 1970, s. 586, in Juristische Schulung (JuS) 1972, s. 183.
- HAURI, E.: Die deutschrechtliche Gewere und ihre Einfluss auf die Besitzlehre des schweiz. ZGB, Bern 1942.
- HECK, P.: Grundriss des Sachenrechts, 2. bası, 1970.
- HEDEMANN, J.W.: Sachenrecht des BGB, 3. bası, Berlin 1960.
- HEDEMANN, J.W.: Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs, in O. Fischers Abhandlungen, 9, Heft 2, 1904.
- HEFERMEHL, W.: ERMAN Handkommentar zum BGB, Bd. II, pr. 937-1005, 6. bası, 1975.
- HINDERLING, H.: Der Besitz, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. V Sachenrecht, 1. Halbband, s' 403-519, 1977.
- HINDERLING, H.: Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage, 1966.
- HIRSCH, E.E./PLEYER, K.: Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht, 6. bası, München 1975.
- HOMBERGER, A.: (Zürcher) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. IV/3, Sachenrecht, art. 919-977, Zürich 1938.
- HOMBERGER, A./MARTI, H.: Fiches Juridiques Suisses (FJS), No. 646.
- HÖRER, B.: Die Besitzrechtsklage, Klagegrundlage und Praktikabilität, Berlin 1974.
- HUBER, E.: Exposé des Motifs, tome 3, Droits Réels, Berne 1902.

- HUBER, E.: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894.
- JENNY, K.: Der Besitzbegriff nach dem schweiz. ZGB, Zürich 1915.
- JOHANNSEN, K.H.: Kommentar zum BGB herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (RGRK) Bd. III, pr. 929-1011, 11. bası, 1959.
- KARAHASAN, M.R.: Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, cilt II, Ankara 1977.
- KUMMER, M.: (Berner) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. I, art. 8, Bern 1962.
- LANGE, H.: Sachenrecht des BGB, 1967.
- LEEMANN, H.: (Berner) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. IV/1, Sachenrecht, art. 641-729, Bern 1920.
- LEISS, L.: ACHILLES/GREIFF Kommentar zum BGB, pr. 985-1007, 21. bası, 1958.
- LENT, F./SCHWAB, K.H.: Sachenrecht, 13. bası, München 1972.
- LIVER, P.: Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGER 1958, in ZBJV 95 (1959), s. 443 vd.
- MEDICUS, D.: Bürgerliches Recht, 7. bası, 1975.
- MEDICUS, D.: Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadenersatz, in Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 165 (1965), s. 115 vd.
- MEIER - HAYOZ, A.: (Berner) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. IV/1, Sachenrecht, Syst. Teil und art. 641-654, Bern 1966.
- Message du Conseil Fédéral du 28 mai 1904, in Feuille Fédérale 1904, vol. IV, s. 1 vd.
- MÜHL, O.: SOERGEL Komm zum BGB, Bd. 4, Sachenrecht, pr. 854-872, 927-1007, 10. bası, 1968.
- OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 1975.
- OLGAÇ, S.: Kazai ve ilmî içtihatlara göre Türk Medenî Kanunu Şerhi, İstanbul 1967.
- OSTERTAG, F.: (Berner) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. IV/3, Sachenrecht, art. 919-977, Bern 1917.
- ÖZAKMAN, C.: Menkul Davası, in İÜHF. Mecmuası, cilt XL, 1974, s. 481 vd.

- PIKART, H.: RGRK, pr. 985-1011, 12. bası, 1978.
- PIOTET, P.: Compte rendu pour l'article de Hinderling "Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage, in RSJ - SJZ 1967, s. 66 vd.
- REİSOĞLU, S.: Türk Eşya Hukuku, 5. bası, Ankara 1977.
- ROMANO, S.: Die Entwicklung des Besitzrechts vom römischen bis zum heutigen Recht, Zürich 1928.
- RONKE, M.: ERMAN Handkommentar zum BGB, Bd. II, pr. 1030-1067, 1204-1272, 6. bası, 1975.
- ROSENBERG, L.: Die Beweislast, 5. bası, München/Berlin 1965.
- ROSENBERG, L./SCHWAB, K.: Zivilprozessrecht, 11. bası, München 1974.
- ROSSEL, V./MENTHA, P.: Manuel du droit civil suisse, cilt III.
- RUSCONI, B.: L'action pétitoire fondée sur la possession, Lausanne 1958.
- SAYMEN, F.H./ELBİR, H.K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- SCHMIDLIN, B.: Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklage, in RDS - ZSR (1968), 87 I, s. 141 vd.
- STARK, E.W.: (Berner) Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. IV/3, 2, Sachenrecht, art. 926-941, Bern 1966.
- TANDOĞAN, H.: Mukayeseli Hukuk ve hususiyle Türk - İsviçre Hukuku bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957.
- TEKİNAY, S.S.: Eşya Hukuku, cilt I, 3. bası, İstanbul 1978.
- TEKİNAY, S.S.: Borçlar Hukuku, 3. bası, İstanbul 1974.
- TUOR, P./SCHNYDER, B.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. bası, Zürich 1975.
- UMAR, B.: Hususî hukukta karineler, in S.Ş. Ansay'a Armađan, Ankara 1964.
- von CAEMMERER, E.: Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel, I, Tübingen 1954.
- von GIERKE J.: Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. bası, Berlin/Frankfurt 1959.
- von TUHR, A./SIEGWART, A.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, 2. bası, Band I, Zürich 1942.

WESTERMANN, H.: Sachenrecht, 5. bası, Karlsruhe 1966.

WESTERMANN, H.: ERMAN Handkommentar zum BGB, Bd. II, pr. 1006, 1007, 6. bası, 1975.

WIELAND, C.: Les Droits Réels, H. BOVAY'ın çevirisi, tome I, II, Paris 1913, 1914.

WINKLER, R.: Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, Zürich 1969.

WOLF, E.: Lehrbuch des Sachenrecht, 1971.

WOLFF, M./RAISER, L.: Sachenrecht, 10. bası, Tübingen 1957.

ZYCHA, A.: Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem schweiz. Civilgesetz - Entwürfe, in RDS - ZSR, Neue Folge, (1903) 22, s. 74 vd.