



Karatekin Hukuk Dergisi

Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 1,

Sayı/Issue: 2, 129-143

ISSN: 2980-079X

Geliş Tarihi / Received: 04.05.2023

Kabul Tarihi Accepted: 03.07.2023



ÇEVİRİ: GÜNEY AFRIKA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI PRESCRIPTION IN SOUTH AFRICA

Dr. Öğr. Üyesi Cemâl Dursun*

GİRİŞ

Karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında esas alınan ayrımlar bakımından Güney Afrika, karma hukuk sistemine dahil edilen ülkeler arasında yer almaktadır¹. Tarihsel süreçte *Roman-Dutch* hukuku (*Roman-Dutch law*), müşterek hukuk (*common law*) ve örf ve âdet hukuku (*customary law*) bir araya gelerek, bugün Güney Afrika hukuku dediğimiz tümüyle kendine özgü bir hukuk sisteminin oluşmasına neden olmuşlardır². *Roman-Dutch* hukuku daha çok medeni hukuk alanında; *common law* daha çok sözleşmeler, kıymetli evrak, deniz taşıması, sigorta ve usul hukuku³ alanında; örf ve âdet hukuku ise, eski tabiri ile münâkehat olarak adlandırdığımız nişanlanma, evlenme ve boşanma alanında ağırlık taşımaktadır. Bu çoğulcu/karma nitelik, Güney Afrika Anayasası'na da yansımıştır (Bkz. ss 211(2) & (3)⁴;

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: cemaldursun@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3674-9684.

¹ Okeke, Christian N. "Comparative Law in Africa: Methodologies and Concepts" (Book Chapters by GGU Law Authors, 2015), sf. 51. http://digitalcommons.law.ggu.edu/book_chapters/26 (son erişim tarihi: 04.05.2023). Zimmermann, Reinhard and Visser, Daniel. Introduction. South African law as a mixed legal system in: Zimmermann R, ed. Visser D. (Southern cross: civil law and common law in South Africa, Oxford, 1996), sf. 7-8. Cadoux, Charles. L'Afrique du Sud (France: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966), sf. 180.

² van der Merve, Cornie. The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and Their Importance in Globalisation, *Fundamina: A Journal of Legal History*, Volume 18, Issue 1 | Jan 2012, sf. 92-102. <https://journals.co.za/doi/epdf/10.10520/EJC126512> (son erişim tarihi: 04.05.2023)

³ Gerekeçeli kararın çoğunluk görüşünü oluşturan hakimlerden biri tarafından kaleme alınması da bir *common law* geleneğidir.

⁴ Chapter 12: Traditional Leaders

211. Recognition

(...)

2. A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs.

3. The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law.

<https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-12-traditional-leaders> (son erişim

s 15(3)(a)(i), (ii)⁵.

Çevirisi sunulan aşağıdaki karar, Güney Afrika Yüksek Mahkemesi'nin KwaZulu-Natal Yerel Bölümü tarafından 14.03.2023 tarihinde verilmiştir. Bir taşınmazı konu edinen bu davada kazandırıcı zamanaşımının uygulanmasına dair önemli ipuçları bulunmaktadır. Kararın anlaşılabilmesini teminen zamanaşımına dair Güney Afrika'daki hukuki yaklaşımın Türk hukuku ile mukayeseli olarak verilmesi önem taşımaktadır.

- 1) Güney Afrika'da zamanaşımı (*prescription*) mefhumu, ülkemizin de parçası olduğu Kıta Avrupası geleneğindeki gibi maddi hukukun bir parçası olarak ele alınmaktadır. Buna karşılık *common law* ülkelerinde eşdeğer olarak kullanılan *limitation* kavramı, maddi hukukun yerine usul hukukunun bir konusu olarak ele alınmaktadır⁷. Yukarıda işaret edildiği üzere, usul hukuku daha çok bir *common law* konusu olarak görülmekle birlikte, Güney Afrika hukukunun karma nitelikli yapısı içerisinde *common law* kökenli bir usul hukuku mefhumu olan *limitation* yerine Kıta Avrupası kökenli bir maddi hukuk mefhumu olan *prescription* kavramının öne çıktığı söylenebilecektir⁸.
- 2) Güney Afrika'da zamanaşımı meselesi, 68 Nolu ve 1969 tarihli *Prescription Act (PA)* adı altında ayrı bir kanunun konusudur. Oysa ülkemizde zamanaşımı için ayrı bir kanuni düzenleme yapılmamış, bu konudaki düzenlemeler esas itibarıyla medeni hukuk ilişkilerinin temel kodları olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) bırakılmıştır⁹.

tarihi: 04.05.2023)

⁵ 15. *Freedom of religion, belief and opinion*

(...)

3. a. *This section does not prevent legislation recognising*

i. marriages concluded under any tradition, or a system of religious, personal or family law; or

ii. systems of personal and family law under any tradition, or adhered to by persons professing a particular religion.

<https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#15> (son erişim tarihi: 04.05.2023).

⁶ van Niekerk, G.J. "Legal Pluralism" in J.C. Bekker, C. Rautenbach & N.M.I. Goolam eds., *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, 2d ed. (Durban: LexisNexis South Africa, 2007) 5-14.

⁷ Buna dair tespit ile kavramın *common law*'daki karşılaştırmalı gelişimi için bkz. Rabel, Ernst, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*. Vol. 3. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1950, 475-494.

⁸ Güney Afrika Hukuk Reformu Komisyonu'nun "*Farklı Zamanaşımı Süreleri Getiren Mevcut Kanunların Uyumlaştırılması*" başlıklı, 2018 tarihli ve 147 nolu Gözden Geçirilmiş Müzakere Raporu için bkz. <https://www.justice.gov.za/salrc/dpapers/dp147-prj125-Feb2018.pdf> (son erişim tarihi: 29.06.2023).

⁹ Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı* (İstanbul, Oniki Levha, 2010) 33.

- 3) PA'da zamanaşımı üçlü bir ayırım esas alınarak düzenlenmiştir. Buna göre ilkin mülkiyet hakkına (*Chapter I.1-5*), ardından irtifak haklarına (*Chapter II.6-9*) ve en nihayet borç ilişkilerine (*Chapter II.10-16*) dair zamanaşımı kuralları ele alınmıştır¹⁰. Türkiye'de ise nisbî karakterli hukuki ilişkiler bakımından zamanaşımı TBK'da ve borcun her bir kaynağı esas alınmak suretiyle, diğer özel hukuk ilişkileri bakımından ise TMK'da düzenlenmektedir. Sınırlı aynî haklarda ise TMK, intifa hakkı (TMK m. 802) ile (*rehin karşılığında ödünç para verme işi ile uğraşanlar özelinde*) rehnin paraya çevrilmesi (TMK m. 966) bakımından özel bir zamanaşımı hükmü sevk etmiş, taşınmaz lehine (*in rem*) irtifak hakları ile (intifa harici diğer) şahıs lehine (*in personam*) diğer irtifak hakları, rehin ve taşınmaz yükü bakımından sessiz kalmayı tercih etmiştir.
- 4) Kazandırıcı zamanaşımı bakımından PA'da taşınır ve taşınmaz arasında bir ayırım yapılmamış, aynı madde içerisinde düzenlenmiştir. Oysa TMK'da taşınıra ve taşınmaza ilişkin kazandırıcı zamanaşımı, Eşya Hukuku kitabının Mülkiyet başlıklı kısmında, ancak ayrı bölümlerde düzenlenmiş, ayrıca tapuya kayıtlı olan taşınmazlar ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar arasında hem süre hem de iyiniyet unsuru bakımından bir ayırım yapılmıştır.

Kararda dikkati çeken önemli bir husus da taşınmazın kısmi bir alanı üzerinde zilyetlik söz konusu olduğu hususunda taraflar arasında bir ihtilaf konusu olmamasına rağmen kazandırıcı zamanaşımının, fiili hakimiyetin kurulmadığı kısımları da içerecek şekilde taşınmazın tümü üzerinde hüküm ve sonuç doğuracağına karar verilmesidir. Tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından bizim hukukumuzda da benzer bir yaklaşımın söz konusu olabileceği sonucuna varılabilir ise de¹¹, TMK m. 713/I'in açık düzenlemesi karşısında tapuya kayıtlı

¹⁰ Güney Afrika hukukunda aynî haklar, açık bir şekilde *numerus clausus* ilkesine tâbi tutulmamıştır. Bu durum, kanuni bir düzenleme yapılmasına gerek kalmaksızın, (özellikle içtihat yoluyla) yeni aynî haklar yaratılmasına olanak tanımaktadır. Bkz. van der Merwe, C.G. Numerus Clausus and the Development of New Real Rights in South Africa, *South African Law Journal* (2002), sf. 803-815. <https://files.core.ac.uk/pdf/1/176932.pdf> (son erişim tarihi: 04.05.2023). Borç ilişkilerinde zamanaşımı süresinin başlangıcı hakkında önemli bir Yüksek Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. *Johannes G Coetzee & Seun and Another v Le Roux and Another* (969/2020) [2022] ZASCA 47 (8 April 2022); <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2022/47.html> (son erişim tarihi: 29.06.2023). PA'da olmayan borç (*debt*) kavramının izahı, *rei vindicatio* davasının zamanaşımına tabi olmadığı, *in rem* ve *in personam* haklar ayırımı hakkında önemli bir Yüksek Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. *Absa Bank Limited v Keet* (817/2013) [2015] ZASCA 81; 2015 (4) SA 474 (SCA); [2015] 4 All SA 1 (SCA) (28 May 2015); <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2015/81.html> (son erişim tarihi: 29.06.2023).

¹¹ Bkz. AYM, 17.03.2011, 2009/58 E., 2011/52 K.: “Kural olarak tapuya kayıtlı bir taşınmazın tamamı, bir payı veya bölünebilir bir parçasının olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla edinilebilmesi mümkün değildir.” Aynı yönde bkz. YİBK, 18.04.1960, 15/7: “Medeni Kanunun (fevkalade iktisabi müruru zamana ait) 639. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce, tapuya yazılı olup da maliki kim olduğu sicilden anlaşılamayan veya malikinin 20 yıl önce olmuş veyahut 20 yıl önce malikinin gaipliğine hükmü verilmiş bulunan bir gayrimenkule malik olarak 20 yıl

olmayan taşınmazlar bakımından bu tür bir “bölünemezlik” yaklaşımının kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Son olarak, Güney Afrika mahkeme kararlarında dikkat çeken hususlardan biri de, *Roman-Dutch* hukukunun etkisi ile Latince kavramların kullanımındaki sıklık ve yoğunluktur¹². Gerekçede yer alan zilyetliğin maddi unsuru olan fiili hakimiyet için *animus*, manevi unsur olan malik olma niyeti için *bona/mala fides possessor* dikkate çarpılmaktadır¹³. Oysa *common law* geleneğinde Latince hukuk kavramlarının kullanılmasına sıcak bakılmamaktadır¹⁴.

süreile aralıksız ve nizasız zilyet bulunmuş olan kimse, o gayrimenkulün kendi adına tescilini hakimden isteyebilir. Uyuşmazlık konusu mesele, zilyedin tapuda yazılı yerin ancak bir parçasına zilyet olması halinde dahi bu hükümdeki zilyetlik şartının gerçekleşmiş sayılıp sayılmayacağı meselesidir. (...) Tapuya bağlı bir gayrimenkulün Medeni Kanununun 639. maddesi gereğince zilyet adına tescilinin istenebilmesi için onun tamamının zilyedi bulunmak gerekeceğine ve tapuya bağlı bir gayrimenkulün bir parçasına zilyet bulunan kimsenin sadece o parçanın kendi adına tescilini isteyemeyeceğine, 18.4.1960 günlü ikinci toplantıda mutlak ekseriyetle karar verildi”.

¹² Zimmermann, R. Latin for Lawyers. De Rebus (Desember), 1986. https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA02500329_1889 (son erişim tarihi: 04.05.2023)

¹³ *Admission of Advocates Act 74 of 1964*’ün, *Admission of Legal Practitioners Amendment Act 33 of 1995* tarafından ilga edilene kadar otuzbir yıl boyunca yürürlükte kalan s. 3.2(a) bendine göre mesleğe kabul edilecek avukatların, lisans derecesi yanında bir Latince kursu alması ve bu dersten başarılı olması şartı aranıyordu. 2014 tarihli Kanunda böyle bir hüküm yer almamaktadır.

¹⁴ *Borwick Development Solutions Ltd v Clear Water Fisheries Ltd* [2020] EWCA Civ 578 (01 May 2020) davasındaki çoğunluk görüşünü kalem alan istinaf mahkemesi yargıçlarından Sir Timothy Lloyd’un 8. paragraftaki ifadesi şu şekildedir: “*Legal issues as regards animals may arise in a variety of circumstances, including (as here) proprietary claims, or claims arising from damage caused either by or to animals. For these purposes, English law draws a distinction between wild animals and domestic animals. Into which category an animal falls is a question of law, not of fact – a question for the judge in a criminal trial, not for the jury. Despite the disapproval of the use of Latin in court proceedings, it seems to me sensible to use the traditional Latin labels, namely animals ferae naturae and animals domitae naturae, to mark this distinction, because merely to refer to wild animals, as if it were an ordinary use of English rather than a term of art, might be misleading.*” Künye: [2020] EWCA Civ 578, [2021] Ch 153, [2020] WLR(D) 265, [2020] 3 WLR 755, [2020] 2 P & CR 18, [2021] 1 All ER 931. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/578.html> (son erişim tarihi: 04.05.2023)

**GÜNEY AFRİKA YÜKSEK MAHKEMESİ
KWAZULU-NATAL YEREL BÖLÜMÜ, DURBAN**

DAVA NO: D3519/2021

arasındaki meselede:

DHANWANTHIE GIANCHANDI

BAŞVURUCU

ve

TAPU SİCİL MEMURU, PIETERMARITZBURG

BİRİNCİ DAVALI

MOSELEY PARK ESTATES (PTY) LTD

İKİNCİ DAVALI

ETHEKWINI BELEDİYESİ

ÜÇÜNCÜ DAVALI

KARAR

Nicholson A.J.

[1] Başvurucu, Erf [...], M [.. ..] Park, Ext [...] (Pietermaritzburg), KwaZulu-Natal Bölgesi olarak tanımlanan taşınmazın 30 yılı aşan bir süredir şâgili olması ışığında ("taşınmaz") 1969 tarih ve 68 sayılı Zamanaşımı Kanunu'nun 1. Bölümüne göre bir tespit kararı arayışındadır.

[2] Başvurucu, 1937 tarih ve 47 sayılı Tapu Sicili Kanunu'nun 33. bölümü uyarınca taşınmazın kendi adına tescil edilmesine dair bir talepte de bulunmaktadır.

[3] Üçüncü Davalı, talep konusuna itiraz etmemekle birlikte, aşağıda ele alınacağı üzere taşınmazla ilgili bazı hukuka aykırılıkları dile getirdikleri bir cevap lâyihası sunmuş iken Birinci Davalı bu davaya hiç katılmamıştır.

[4] Başvurucunun talebine, Taşınmazın kayıtlı sahipleri olan İkinci Davalı tarafından itiraz edilmiştir.

Maddi Vakıalar

[5] Başvurucu, 1990 yılı Nisan ayında veya civarında merhum eşi ve kendisinin taşınmazdan 3 ev ötede bir ev satın aldıklarını ileri sürmüştür.

[6] Bu süre zarfında taşınmazın geliştirilmemiş ve terk edilmiş olduğunu kaydetmiştir. O ve ailesi daha sonra taşınmazda birkaç iyileştirme yapmış ve burayı bir kreş ve halk parkına dönüştürmüştür. Park şu anda halka açık ve halk tarafından erişilebilirdir.

[7] Başvurucu, kreşe elektrik ve su temin etmek için komşulardan su ve elektrik kullandıklarını ve bunun bedelini komşulara ödediklerini ifade etmiştir.

[8] Ayrıca, parkın işletme maliyetleri aylık yaklaşık R16 000'dir ve taşınmazda bugüne kadarki iyileştirmeler yaklaşık R950 000'dir¹⁵. Parkın ve kreşin geliri parkın bakımı için kullanılmaktadır.

[9] Başvurucu ayrıca, mülkün (bu başvuruyu getirdiği sırada) 31 yıllık bir süredir kullanımda olduğundan, taşınmazın mülkiyetini kendi adına düzenlemenin basiretkâr olacağını düşündüğünü ifade etmiştir. Bu amaçla bir avukata danışmıştır.

[10] Başvurucu ayrıca, geçen 31 yıllık sürenin tamamında zilyetliğini aleni olarak sürdürdüğünü ve taşınmazı, malik sıfatıyla zilyedi olmak ve kontrol etmek niyetiyle zilyetliğinde bulundurduğunu ifade etmiştir.

[11] Başvurucu ayrıca, davadaki vekilinin, taşınmazın kayıtlı sahiplerinin, 16 Temmuz 2010 ile 15 Eylül 2020 tarihleri arasında [*malik olarak*, ÇN] kaydı terkin edilmiş ve taşınmazı işgali ve kullanması ile ilgili olarak Başvurucuyla herhangi bir şekilde görüşmemiş M [...] Park Estates (Pty) Ltd ("M [...] Park Estates") olduğunu ortaya koyduğunu ileri sürmüştür.

[12] İkinci Davalı adına Bayan Sandra Pillay, Başvurucunun davadaki taleplerine muhalif kalan cevap dilekçesini beyanla kendisinin ve kocasının 1993 yılında veya civarında M [...] Park Estates'i satın aldığını ve 9 Temmuz 1993'te şirket müdürü olduklarını ve İkinci Davalı'nın şu

¹⁵ ÇN (*Çevirenin Notu*): R harfi, Güney Afrika resmi para birimi Rand'ın kısaltmasıdır.

anda söz konusu taşınmazın de dahil olduğu M [...] Park Estates alanında 39 parselle sahip olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, İkinci Davalı'nın taşınmazın tam olarak ne zaman maliki olduğunu belirtmemiştir.

[13] M [...] Park Siteleri'ni satın almalarının nedeni, parselleri konut veya iş alanı için geliştirmek ve geliştirilen bu parselleri satmaktır. Dahası, 39 parselin çoğu metruk halde olup yoğun bitki örtüsü ile kaplıdır ve su ve elektrik gibi hizmetlerden yoksundur. Bunlara ilaveten Bayan Pillay, mâli sıkıntıların bir sonucu olarak M [...] Park Estates'in 2010'da tapu sicil kaydının terkin edildiğini ve 2020'de yeniden tescil edildiğini belirtmiştir.

[14] Bayan Pillay, ne kendisinin ne de kocasının Başvurucuyla görüştiklerini, çünkü taşınmazın önünden geçtiklerinde kreşin görünmediğini ve arazideki kreşin daha yeni farkına vardıklarını teyit etmiştir. Başlangıçta kreşin komşu bir taşınmazda yer aldığını varsaymışlardır.

[15] Burada, Bayan Pillay'in kreşin yoldan görünmediğini söylemek dışında taşınmazın ne zaman ve neden ziyaret edildiğine dair herhangi bir ayrıntı vermediğini vurgulamak için ara veriyorum.

[16] Bayan Pillay, Başvurucunun 31 yıldır taşınmazda bulunduğunu inkâr ettiklerini ifade etmiştir çünkü: Başvurucu yeminli ifadesinde bu dönemdeki zilyetliğini kanıtlayan herhangi bir kanıt sunamamıştır ve Belediye, 2020'de büyük miktarda bitki örtüsünün daha yeni temizlendiğini ve asfalt garaj yolunun 202 yılında inşa edildiğini gösteren 2019 ve 2020 tarihli iki hava fotoğrafı sunmuştur. Buna göre, taşınmazın işgali ancak 2020'de başlamıştır.

[17] Bayan Pillay ayrıca Başvurucunun malik olarak taşınmazın zilyedi olmadığını ve taşınmazı kontrol etmediğini, çünkü bir malikten beklenenin aksine Başvurucu:

(a) taşınmaza hem kaçak elektrik hem de su bağlamıştır;

(b) taşınmaza Kanunl su ve elektrik bağlantısı için başvurmamıştır;

(c) kamuya açık alan olarak imar planı yapılan taşınmazı Kanun dışı bir şekilde kullanmıştır;
ve

(d) taşınmazı kreş olarak kullanmak için Belediye'ye başvuruda bulunmamıştır.

[18] Başvurucunun verdiği cevap dilekçesinde, su ve elektriğin gerçekten Kanun dışı bir şekilde bağlanmasının herkesin mustarip olduğu bir vakıa olarak ortaya çıkmıştır; Başvurucu taşınmazın uygun şekilde imar planlaması için başvuruda bulunmamıştır; ve 2019 ile 2020 yılları arasında bitki örtüsü temizlenmiş olsa da, taşınmazın işgali aslında bunun 31 yıl öncesindedir.

[19] Bu noktada, eThekwini Belediyesi'nin sunduğu cevap dilekçesinde, taşınmazın kullanımı ve yeniden imar planı için herhangi bir başvuru yapılmadığının ve su ve elektrik bağlantısının gerçekten de Kanun dışı olduğunun doğrulandığı belirtmek gerekmektedir.

Kazandırıcı zamanaşımı için Kanuni şartlar

[20] Kanun'un 1. Bölümü şöyledir:

'Mülkiyetin zamanaşımı ile kazanılması - Bu Kısım ve IV. Kısım hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kişi, aleni bir şekilde ve otuz yıl kesintisiz bir süre için veya seleflerinin bu tür bir şeye zilyet oldukları dönemlerle birlikte kesintisiz otuz yıllık bir süre oluşturan bir süre için sanki onun sahibiymiş gibi zilyedi olduğu bir şeyin zamanaşımı ile maliki olacaktır.'

[21] Amler'in lâyhalar emsalleri¹⁶ [*kitabı, çn*] şöyle der:

'Taşınır veya taşınmaz bir şeyi zamanaşımı ile kazandığını iddia eden taraf, aşağıdakileri iddia ve ispat etmelidir:

(a) medeni vazülyetlik - yani zilyet olma ve zilyet olarak kontrol etme niyetiyle sahiplik.

(b) otuz yıl kesintisiz bir süre için veya seleflerinin bu tür bir şeye zilyet oldukları

¹⁶ ÇN: Dokuzuncu Bası, 303'te. [İlk defa 1956'da yayımlanan Amler'in kitabı, Güney Afrika'daki hukuk uygulayıcıları için başucu kitaplarından biridir. Gerekçede atf yapılan bası, 2018 tarihli 9. Bası'dır. Amler, C. S.; Harms (2018), L. T. C., *Amler's Precedents of Pleadings (9th Ed.)*, Lexisnexis, ISBN-13: 9780639004747].

dönemlerle birlikte kesintisiz otuz yıllık bir süre oluşturan bir süre için vazüyetlik.

(c) bu zilyetliğin aleniyet kesbetmesi.

(d) [*niza yaratması muhtemel, çn*] muâriz kullanıcı¹⁷ (bu öge muhtemelen ilk ögeyle aynıdır).’

[22] Kanun’un 4(1) bölümü uyarınca, kazandırıcı zamanaşımının işleyişi, herhangi bir kişinin söz konusu taşınmazın mülkiyetini iddia ettiği herhangi bir işlemin vazülyede tebliğ edilmesiyle kesintiye uğrar. Başvurucu, mevcut başvuruyu 26 Nisan 2021’de başlatmıştır ve muhtelif davalılara tebligatlar 4 Mayıs 2021, 9 Haziran 2021 ve 17 Ağustos 2021 tarihlerinde yapılmıştır.

[23] Buna göre, Kanununun 1. Bölümünde öngörülen türden zilyetlik, başvuru ve selefleri tarafından 17 Ağustos 2021 tarihinden önce en az 30 yıl süresince söz konusu ise, Başvurucunun¹⁸ kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmazın maliki olacağı anlaşılmaktadır. Bu, böyle bir zilyetliğin en geç Ağustos 1991 itibarıyla tatbikinin başlanmış olmasını gerektirir.

[24] Mevcut davadaki kritik gereklilik, 1. bölümdeki “aleni bir şekilde ve sanki onun malikiymiş gibi vazülyedi olunan” ifadesinde özetlenmiştir¹⁹. 1. bölümde öngörülen zilyetlik, medeni vazüyetlik olarak adlandırılan şeydir ve bu tür zilyetliğin bir objektif ve bir sübjektif unsuru vardır, yani *animus domini* ile bir arada bulunan fiili hakimiyet²⁰. Sanki malikiymiş gibi zilyetliğin zihni durumu, hem *bona fide* vazülyedi hem de *mala fide* vazülyedi kapsar. Bu, *bona fide* ancak malik olduğuna dair hatalı inanıştan mütevellit zilyetliğin yeterli olduğu anlamına gelir²¹. Kişinin gerçekleri bilseydi bu zihni durum içinde olmayacağı gerçeği, konu dışıdır²².

[25] Kanun’un 1. bölümünde belirtilen gereklilikleri ispat külfeti, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyet iddiasında bulunan kişi olarak Başvurucu’ya aittir²³.

¹⁷ ÇN: “*Adverse user*” kavramı.

¹⁸ ÇN: Kararda sehven “Davalılar” olarak yazılmıştır.

¹⁹ Morgenster 1711 (Pty) Ltd v De Kock NO & others (2012) JOL 28477 (WCC), para 14.

²⁰ Bkz. Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Food (Pty) Ltd Another 1972 (2) SA 464(W)

At 474B-C ve orada atıfta bulunulan davalar; Glaston House (Pty) Ltd v Cape Town Municipality 1973 (4) SA276 (C) at 281D-F; Pienaar v Rabie 1983 (3) SA 126 (A) at 134A-D.

²¹ Morkels Transport, supra, at 474E.

²² Morgenster 1711 (Pty) Ltd, supra, at para 14.

²³ Bkz. Bisschop v Stafford 1974 (3) SA 1 (A) at 9D-H; ayrıca bkz. Du Toit & others v Furstenberg & others 1957 (1) SA 501 (0) at 503E-F.

[İddia ve Savunmaya dair Hukuki, çn] Argüman[lar, çn]

[26] Başvurucu adına Bayan *Jaipal* iddiasında, Başvurucunun Kanunun 1. maddesinin tüm unsurlarına uyduğunu, çünkü 1990'dan beri masrafları kendisine ait olmak üzere taşınmazda bir kreş ve halk parkını aleni olarak işlettiğini ileri sürmüştür.

[27] Taşınmazın sadece sekiz yüz (800) metrekaresi kreş için kullanılmasına rağmen, taşınmazın geri kalanı park olarak ve ağaçları depolamak ve diğer muhtelif girişimler için kullanıldığını belirtmiştir.

[28] Başvurucu, gerekli su ve elektrik bağlantıları için başvuruda bulunamamıştır, ancak kullandığı su ve elektriği ödemiştir.

[29] Başvurucu'nun muhtelif komşuları, Başvurucu'nun cevabî beyanlarını teyit eden kendi beyanları ile, Başvurucu'nun taşınmazı aleni bir şekilde kullandığını ve işgal ettiğini, komşulardan biri de bu bölgede 31 yıldan daha uzun süredir ikamet ettiğini, ve Başvurucu'nun taşınmazı 31 yıldır kreş ve park olarak kullandığını doğrulamıştır.

[30] Bayan *Jaipal*, fotoğraflarla ilgili olarak Başvurucu'nun 2019 ve 2020 yılları arasında taşınmazda sadece bazı iyileştirmeler yaptığını kabul etmekle birlikte, bunun son 31 yıldır taşınmazda şağil olarak bulunmadıkları anlamına geldiğini reddetmiştir.

[31] İkinci Davalı adına Bayan *Holtzhausen*:

- (a) kreş ve parkın yoldan görünmediği ve sık bitki örtüsünün arkasına gizlendiği için Başvurucu'nun taşınmazı açıkça işgal ettiğini ve taşınmaz edindiğini reddetmiştir;
- (b) Belediyeden alınan hava fotoğraflarının arazide imar çalışmalarının yalnızca 2019 ve 2020 yılları arasında gerçekleştiğini göstermesi nedeniyle Başvurucu'nun taşınmazı 30 yıl boyunca kullanmış olamayacağını belirtmiştir;
- (c) Kanun dışı olarak su ve elektrik bağlama, taşınmazın imar planı için başvuru yapmama, ve gerekli izin olmaksızın taşınmazı kreş olarak kullanma suretiyle Başvurucu'nun taşınmazı yasadışı olarak kullandığını beyan etmiştir.

Uyuşmazlık

[32] Bu koşullarda, taraflar arasındaki anlaşmazlıklar üç katmanlı görünmektedir:

- (a) Başvurucu taşınmazı 30 yıllık bir süre boyunca taşınmaza zilyet olma ve taşınmazı kullanma niyetiyle işgal etti mi;
- (b) Taşınmazın, elektrik ve su bağlantılarının kanun dışı olduğu ve Taşınmazı kreş olarak kullanmak için gerekli izin olmaksızın işgal edilmesi, Zamanaşımı Kanunu'nun amaçları çerçevesinde zilyetlik olarak yorumlanabileceği anlamına gelir mi; ve
- (c) Başvurucu, Taşınmazın yalnızca küçük bir kısmına vazülyettir.

Maddi vakıaların ve hukukun analizi

[33] Taşınmazın kanun dışı kullanımı ve kanun dışı elektrik ve su bağlantısı ile ilgili olarak Bayan *Holtzhausen* mahkemenin dikkatini, başvurucunun taşınmazda 30 yılı aşkın bir süredir olmasına rağmen başvurucunun işgalinin zilyetliğe değil, maden ruhsatına dayalı olarak yer yüzeyinin kullanımını yasaklayan 1908 (T) tarih ve 35 sayılı Transvaal Altın Kanunu'nun²⁴ 38. maddesine aykırı olmasından bahisle mahkemenin [*taşınmazın zamanaşımı ile kazanıldığına dair talebi, çn*] şağilin mülkiyetini onaylamayı reddettiği *Swanepoel v Crown Mines Ltd 1954* (4) SA 596 (A) davasına çekmiştir.

[34] Temyiz Bölümü, Transvaal Altın Kanunu'nun maden ruhsatı gereğince tasarruf edilen arazinin işgali ve kullanımına bir kısıtlama getirdiğini ve kazandırıcı zamanaşımı için gerekli zilyetliğin arazinin işgali ve kullanımına bağlı kılındığını gerekçe gösterdi, ki bu Transvaal Altın Kanunu gereğince kanuna aykırıdır; mülkiyet, bir kanuna aykırılıktan neş'et edemez.

²⁴ ÇN: Tam adı *Transvaal Gold Law Act* olan bu kanundaki *Law* ve *Act* kelimelerinin her ikisinin de yasa, kanun anlamına gelmesi dolayısıyla bir totoloji oluşturmasına mani olmak adına sadece “kanun” kelimesi tercih edilmiştir. 19. yy.'ın ikinci yarısından hukuk dünyasına zuhur eden “nizamname” kavramının Osmanlı döneminde “kanunname”, Cumhuriyet döneminde “kanun, yasa” kavramları ile oluşturduğu dikotomi için bkz. Ergin, K. (2016). Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş. Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 0 (39), 1-26. Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sufesosbil/issue/27096/285145> (son erişim tarihi: 21.04.2023).

Ancak mahkeme²⁵, zilyetliğin kanuna aykırı fiillerle iç içe geçtiği hallerin olabileceğini, ancak zamanaşımı açısından zilyetliğin kanuna aykırılıktan ayrılabilceğini kabul etmektedir.

[35] Bununla birlikte, bu davadaki maddi vakıalar *Swanepoel*'den ayırt edilebilirdir. Eldeki mesele, arazinin mülkiyetinin veya zilyetliğinin kanuna aykırılık teşkil etmesi değildir. Bu, İkinci Davalı'nın araziye sahip olması ve İkinci Davalı'nın ifadesinde, başvurulması halinde gerekli izinlerin verilmeyeceğine dair hiçbir şeyin bulunmaması gerçeğiyle kanıtlanmıştır.

[36] Bu halde, su ve elektrik bağlantısının kanuna aykırılığı, gerekli imar başvurusunda bulunulmaması ve taşınmazın gerekli yetkilendirme olmaksızın kreş olarak kullanılması, zilyetlikten ayrılabilir.

Malik sıfatıyla zilyetlik

[37] Yukarıda atıfta bulunulan 2019 ve 2020 fotoğraflarının dışında, İkinci Davalı'nın Başvurucu'nun 31 yıllık bir süre boyunca taşınmaza zilyet olduğunu reddetmesi dışında, İkinci Davalı'nın taşınmazın işgal müddetini reddetmesini destekleyecek başkaca bir kanıtı yoktur.

[38] Öte yandan Başvurucu, Başvurucu'nun taşınmaza zilyet olduğunu yalnızca teyit etmekle kalmayıp aynı zamanda Başvurucu'nun taşınmazı kullandığını ve taşınmaza aleni zilyetliğini ve Başvurucu'nun 31 yıldan fazla bir süre boyunca taşınmaza zilyetliğini teyit eden muhtelif doğrulayıcı beyanlar sunmuştur.

[39] Ayrıca, Bayan Pillay, İkinci Davalı'nın mülkiyetini 1993 yılında, yani Başvurucu'nun taşınmazı teslim aldığından 3 yıl sonra aldığı doğrulamıştır. Bayan Pillay, bundan başka kreş ve park yoldan görünmediği için Başvurucu'nun zilyetliğinden haberdar olmadığını kabul etmektedir. Buna göre Bayan Pillay, Başvurucu'nun 31 yıldan fazla bir müddet boyunca taşınmaza zilyetliğini inkâr edememiştir.

Zilyetliğin kapsamı

[40] Taşınmazın zilyetliğinin kapsamı ilgisi bağlamında, *Markets Transport*²⁶ [davasında, çn]

²⁵ *Swanepoel v Crown Mines Ltd* 1954 (4) SA 596 (A) at 605D-E.

²⁶ At 467H-4688.

Yargıç Colman, [*hukuki*, çn] testin:

“toprağın bir kısmının veya kısımlarının, pratik amaçlarla bütünün zilyetliği anlamına gelecek şekilde kullanımının olup olmadığı”; ve sonrakine gelince, söz konusu taşınmazın “durumun gerektirdiği şekilde zaman zaman [ve] taşınmazın doğasına ve konulduğu kullanım türüne ziyadesiyle dayalı olarak” kullanımının yeterli olup olmadığı kanaatindeydi.

[41] *Markets Transport*'taki gerekçeden devamla *Morgenster 1711 (Pty) Ltd*²⁷ [*davasında*, çn], mahkeme şu kanaatini serdetti:

“Aleni zilyetliği oluşturan kullanma eylemlerinin, ihtilafı alanın her bir bölümüyle ilgili olarak veya mutlak süreklilikle icra edilegelmiş olması gerekmez.”

[42] Bu koşullar altında, taşınmazın hem park hem de çocuk odası olarak kullanıldığı dikkate alındığında, Başvurucu'nun taşınmazın belirli kısımlarını seyrek olarak kullanması Başvurucu'nun zilyetliğini olumsuz etkilemeyecektir.

[43] Tüm bunlara binaen, Başvurucu'nun araziye zilyetliğinin Zamanaşımı Kanunu'nun 1. bölümüne uygun olduğu ve taşınmazın Başvurucu'ya devredilmesine yönelik *Swanepoel* kısıtlamasının bu taşınmaz için geçerli olmadığı kanaatine vardım.

Mazeret

[44] - [47]²⁸

Hüküm

[48] Bu nedenle aşağıdaki hükmü veriyorum:

²⁷ supra, at para 17.

²⁸ ÇN: Bu kısım, İkinci Davalı'nın süresi içerisinde cevap lâyihası sunmaması nedeniyle mazeret talebine ilişkin olup çeviri harici tutulmuştur.

(a) (...) ²⁹.

(b) (...) ³⁰.

(c) Başvurucu, aşağıda tanımlanan taşınmazın maliki olarak ilan edilmiştir: -

‘Erf [...], M [...] Park, Ext [...] (Pietermaritzburg), KwaZulu-Natal Bölgesi.’

(d) Birinci Davalı, Başvurucunun taşınmaza ilişkin aynî hakkını, bu hükmün verildiği tarihten 90 gün içerisinde tescil ettirecek ve kendisine tapu senedi verecektir.

(e) Gerekli yetkiye sahip Yüksek Mahkeme Şerifi, yukarıda belirtilen hükmün icrası için taşınmazın [*halihazır, çn*] kayıtlı sahibi adına tüm belgeleri imzalamaya mezu kılınmıştır.

(f) İkinci Davalı’nın, başvuru masraflarını ödemesine karar verilmiştir.

NICHOLSON AJ

Duruşma tarihi : 3 Mart 2023

Karar tarihi : 14 Mart 2023

Taraflar :

Başvurucu adına : Avukat Jaipal

Talimatlandıran : Prathika Asrai and Associates

144 High Ridge Road

Durban North

Durban

İkinci Davalı adına : Avukat Holtzhausen

Talimatlandıran : Keegan Govender and Associates

Suite 6, Wearcheck House

16 School Road Pinetown

²⁹ ÇN: *supra* not.

³⁰ ÇN: Geçici olarak verilen kararın yürürlüğe girmesini ileri bir tarihe öteleyen, ancak verilen bu kararın belirtilen tarihte yürürlüğe girmemesi konusunda esaslı bir itiraz imkânı sunan bir *common law* kuralı olan “*rule/decree nisi*” ile ilgili kısım olup çeviri harici tutulmuştur.

KAYNAKÇA

- Cadoux, Charles. L'Afrique du Sud. France: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.
- Erdem, Mehmet. Özel Hukukta Zamanaşımı. İstanbul: Oniki Levha, 2010.
- van der Merwe, C.G. Numerus Clausus and the Development of New Real Rights in South Africa, South African Law Journal (2002).
<https://files.core.ac.uk/pdf/1/176932.pdf>
- van der Merve, Cornie. The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and Their Importance in Globalisation, Fundamina: A Journal of Legal History, Volume 18, Issue 1 | Jan 2012.
<https://journals.co.za/doi/epdf/10.10520/EJC126512>
- van Niekerk, G.J. "Legal Pluralism" in J.C. Bekker, C. Rautenbach & N.M.I. Goolam eds., Introduction to Legal Pluralism in South Africa, 2d ed. Durban: LexisNexis South Africa, 2007.
- Okeke, Christian Nwachukwu. "Comparative Law in Africa: Methodologies and Concepts" (Book Chapters by GGU Law Authors, 2015), 34-54.
http://digitalcommons.law.ggu.edu/book_chapters/26
- Rabel, Ernst, The Conflict of Laws: A Comparative Study. Vol. 3. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1950, sf. 475-494.
- Zimmermann, Reinhard and Vissel, Daniel. Introduction. South African law as a mixed legal system in: Zimmermann R, ed. Visser D. (Southern cross: civil law and common law in South Africa, Oxford, 1996).
- Zimmermann, R. Latin for Lawyers. De Rebus (Desember), 1986.
https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA02500329_1889