

**OSMANLI DEVLETİNDE GAYRİMENKUL MÜLKİYETİ**  
**BAKIMINDAN**  
**YABANCILARIN HUKUKİ DURUMU**

Yazan :  
**Nédjib H. Chiha**

Çeviren :  
**Halil CİN**  
Türk Hukuk Tarihi Asistanı

**I — Umumi malûmat ve 7 Sefer 1284 Tarihli Kanun : (\*)**

7 Sefer 1284 (16 Haziran 1869) Tarihli Kanunun neşrinden evvel, yabancılara Türkiye’de gayrimenkul mülkiyeti iktisap etmek hakkı tanınmıyordu. Benzer bir yasaklamaya, farklı mahiyette mülâhazalarla, gayrimenkul mülkiyeti edinmek hakkını yalnız kendi tebaasına hasreden bazı memleketlerin eski mevzuatlarında da raslanır; aynı şekilde, günümüzde bazı modern mevzuatlar bu neviden tahditler ihtiva etmektedir. Romanya’da, yabancılara şehirlerde gayrimenkul iktisap hakkını tanıyan fakat köylerde bu hakkı kabul etmeyen Romen mevzuatı örnek olarak zikredilebilir.

Bununla beraber, Türkiye’de gayrimenkul iktisabının yabancılara yasak olduğu devirde bile, yabancılar müracaat ettikleri bir çok usullerle bu yasağı bertaraf etmeye muvaffak olmuşlardır; bir gayrimenkul satın alan yabancı, bu gayrimenkülü tapu siciline, Osmanlı Tebaasından mutavassıt bir şahıs adına resmen tescil ettirebiliyordu; yahut kendisini Osmanlı Tebaasından göstererek, gayrimenkülü kendi adına tescil ettiriyordu; zaten bu, Yabancı için hiç bir mahzur arzetmiyordu; çünkü bu hareket, onun asıl tâbiyetini hiç bir şekilde kaybettirmiyordu. Nihayet, Osmanlı Tebaasından olan kadımlarla evlenmiş bazı yabancılar, gayrimenkullerini Osmanlı Tebaası olarak kabul edilen karıları adına tescil ettiriyorlardı.

---

(\*) 7 sefer 1284 Tarihli Tebaayı Ecnebiyenin Emlâke Mutasarrıf olmaları hakkında kanun.

Bu haksız ve gayrıtâbii durum bir çok güçlüklerin kaynağını teşkil ediyordu. Buna bir son vermek, Osmanlı Tebaası gibi Yabancılaraya gayrimenkul iktisap hakkını tanımak maksadiyle, 1863 senesinden itibaren Osmanlı Hükümeti ve Yabancı Devletler arasında görüşmeler başladı. 1869 Tarihinden neşredilmiş olan 7 Sefer Kanunu bu görüşmelerin neticesidir.

Bu Kanun, Yabancılaraya Türkiye'de gayrimenkul edinmek hakkını tanıdı; fakat bu hakkı tanıırken, Osmanlı Hükümeti bu haktan istifadeyi biraz sonra izah edilecek olan bazı şartlara tâbi kıldı. Bu şartlardan en önemlisi, Yabancıları, gayrimenkullerine taallük eden bütün hususlarda - Osmanlı Yargısından kurtulmak için Kapitülasyonlar rejiminden hiç bir şekilde istifade etmeksizin - Osmanlı Kanun ve Nizamlarına tâbi kılını idi.

Bundan başka, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanun, hemen işaret edilmesi uygun olan üç önemli tahdit ihtiva etmektedir :

1 — Yabancılar, Hicaz Vilâyeti dışında kalan bütün İmparatorluk topraklarında, köyde ve şehirde bulunan her nevi gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkı iktisap edebilirler. (Madde 1)

2 — Kanun, doğuştan Osmanlı Tebaasından olupda, sonradan tâbiyetini değiştiren Osmanlıyı, sarahaten arazi mülkiyetinden mahrum etmektedir. Bunların hukuki durumu hususi bir kanunla (kanuni mahsus) idare edilir. Bahis konusu hususi kanun, hükümetin önceden izni olmaksızın Yabancı bir tâbiyete geçen Osmanlı Vatandaşları ile, bir irade gereğince verilmiş bir müsaade ile yabancı tâbiyetini iktisap eden Osmanlı Tebaası arasında bir ayırım yapan 26 Rebiulâhîr 1300 Tarihli Kanundur. Bu ikinci halde, tâbiyet değiştirme (telsik) in muteberliği hükümet tarafından kabul edildiğinden Yabancı Tâbiyete geçen Osmanlı Tebaası, 7 Sefer Kanunundan istifade suretiyle Türkiye'de gayrimenkuller iktisap edebilir; hatta, tâbiyet değiştirmesinden önce tasarruf ettiği mirî yahut vakıf topraklar tasarrufunda bırakılır; yani mâhluğ olmaz. Aksine tâbiyet değiştirme önceden verilmiş bir izin olmaksızın vukubulmuşsa; hükümet, Tâbiyet Kanunu mucibince ister telsiki bâtil kabul eder ve tâbiyet değiştirmiş kimseye Osmanlı Tebaası gibi muamele yapar; isterse, o kimsenin Osmanlı Tâbiyetini kaybettiğini kabul eder. Bu durumda tâbiyetin kaybı, İmparatorlukda oturmak (ikâmet) yasağını tazammun eder. Şu halde 7 Sefer Kanunu, doğuştan Osmanlı olupda sonradan yabancı bir devletin tâbiyetini iktisap etmek için asli tâbiyetini terketmiş olan Osman-

lıyı, gayrimenkul mülkiyeti hakkında mahrum ederken bu sonun-  
cu ihtimali nazara almaktadır.

Bir yabancı erkekle evlenmiş olan Osmanlı Tebaasından kadı-  
nın hususi durumuna gelince; Tâbiyeti Osmaniye Kanununun 7.  
maddesine göre, bu kadın Osmanlı Tâbiyetini kaybeder ve koca-  
sının tâbiyetini iktisap eder. Bu şekilde Yabancı Tâbiyetine ge-  
çen kadın, artık Osmanlı Tebaasından olan yakınlarına, tâbiyet  
ayrılığı sebebiyle tevarüs edemez; fakat Türkiye'de gayrimenkul-  
ler iktisap eder ve 7 Sefer Kanunundan faydalanır. Kısaca bu hu-  
susî halde, hükümetin rızası (müsaadesi) lüzumlu değildir. Bu-  
nunla beraber, Yabancı bir erkekle evlenmiş olan Osmanlı Kadı-  
nı, ancak kocası 7 Sefer 1284 Tarihli Kanuna Ek Protokolle imza  
koymuş olan bir devletin tebaasından olmak şartıyla gayrimenkul-  
kuller iktisap edebilir; yahut önceden kazanmış olduğu gayrimenkul-  
kulleri yedinde muhafaza edebilir.

Evlenme ile tâbiyetin kaybına ilişkin olarak, aksi hali yani  
bir Osmanlı ile evlenen yabancı kadının hukukî durumunu incele-  
mek uygun olur. 7 Sefer 1284 Tarihli Kanuna Ek Protokola katıl-  
mamış olan devletin tebaasından ve binnetice gayrimenkul mül-  
kiyeti iktisap hakkında mahrum bir yabancı kadın, Osmanlı Te-  
baasından bir erkekle evleniyor. Kocasının tâbiyetini kazanmak  
için, hukuken, tebaası bulunduğu devletin tâbiyetini kaybeder mi?  
Bu meselenin halli ehemmiyet arzeder ve iki görüş açısından hu-  
kukî neticeler ortaya çıkabilir. Filhakika, bir taraftan bahis konu-  
su kadın aslı tâbiyetini kaybeder ve kocasının tâbiyetini kazanır-  
sa, bu münasebetle evlenmeden önce mahrum olduğu gayrimenkul  
mülkiyeti iktisap etmek hakkını kazanır; diğer taraftan, Osmanlı  
Tâbiyetini kazandığı için kocasına yahut diğer Osmanlılara teva-  
rüs edebilir. Halbuki yabancı tâbiyetini muhafaza etseydi, onlara  
tevarüs edemezdi. Bu hususda zıt iki çözüm tarzı teklif edilmiştir.  
Bazı yabancı yazarlar, bir Osmanlı ile evlenmiş yabancı kadının  
aslı tâbiyetini muhafaza edeceğini iddia ediyorlar. Bu yazarlar  
kanaatlerini, prensip olarak, Osmanlı Kanunlarının, bir Osmanlı  
ile evlenen yabancı kadının Osmanlı Tâbiyetini iktisap edeceğine  
dair bir sarahat ihtiva etmediği iddiasına dayandırmaktadırlar.  
Halbuki aslı tâbiyetin kaybı ve yeni bir tâbiyetin iktisabı, ancak  
sarih bir kanun hükmü mucibince vukubulabilir. Aksine diğer ba-  
zı müellifler, Tâbiyeti Osmaniye Kanununun bu konuda sarih bir  
hüküm ihtiva etmemesine rağmen, bir Osmanlı ile evlenen yaban-  
cı kadına, Osmanlı Tâbiyetini verdiğinin şüphe dışı olduğunu ile-

ri sürerek müsbet tezi savunuyorlar. Bu müellifler, Tâbiyeti Osmanîye Kanununun sarîh bir hüküm ihtiva etmemesinin sebebini, kanun koyucunun bunu fazla telâkki etmesinde aramaktadırlar. Adı geçen müellifler, meseleyi bu anlamda halletmiş olan Şûrayı Devlet'in bir kararını ve bir Vezaret Tamimini fikirlerine dayanak olarak almaktadırlar. Fransız İçtihadı bu görüş tarzını kabul etmiyor ve aksi tezi savunuyor; hususiyle Montpellier Mahkemesinin dikkate değer bir kararını zikredelim; «Fransız karının, kocasının tâbiyetini iktisap etmesi için, kocanın kanununun, karıya kocanın tâbiyetini reddetmemiş olması yeterli olmadığına binaen ve Code Civil'in 19. maddesi gereğince bir Fransızla evlenen yabancı kadına tâbiyet bahşederken, bizzat Fransız Kanununun Code Civil'in 12. maddesinde yaptığı gibi, kocanın kanununun karıya ancak sarîh bir hükümle tâbiyet bahşetmesi lüzumlu olduğu cihetle; bu hükmün, 14 Ocak 1869 Tarihli Osmanlı Kanununun, bir Osmanlı ile evlenen yabancı kadınla değil, bir yabancı ile evlenen Osmanlı kadını ile meşgul olan 7. maddesinde zımnen münderiç olduğu görülmüdüğünden; bakanlık tamimlerine, diplomatik notlara, Osmanlı Devlet Şûrasının fikir ve kararlarına bağlanan kudrete rağmen, bu muhtelif kaynaklar, ancak bir fikrin izharını ihtiva etmektedirler.»

Fransız Mahkemeleri, Osmanlı Kanununun, bir Osmanlı ile evlenen Yabancı kadına Osmanlı Tâbiyetini vermediğini iddia etmekle aldanyorlar. Türkiye'de tâbiyete ilişkin bütün meseleler, adli yoldan değil, idari yoldan halledildiğinden; Bakanlık Tamimi, Devlet Şûrası Kararı, Diplomatik kayıtlar, bu konuda sadece bir kanatın izharı olarak kabul edilemezler. Bu kararlar, kanun koyucunun maksadını tefsir yetkisine sahip olan makamlardan sadır olmaktadır. Türkiye'de mahkemeler, bu kararlara uymaya mecburdurlar. Gerçekten Montpellier Mahkemesi, kanunun ancak sarîh bir hükümle tâbiyet bahşedebileceğini iddia etmektedir. Bu hüküm Fransa için haklı olabilir fakat Türkiye için olamaz. Her devlet, tâbiyeti dillediği gibi tanzim etmekte serbestir. Fransız Kanunu, kati bir hükümle tâbiyet vermeyi ödev telâkki ediyorsa, bundan diğer memleketlerin kanun koyucularının da aynı şeyi yapmaya mecbur oldukları neticesi çıkmaz. Bahis konusu karar, ecnebi kanun koyuculara Fransız Kanununun usulünü kabul ettirmeye çalışıyor ve Fransız Kanununun bizzat Code Civil'in 12. maddesinde yaptığı gibi, kati bir hüküm istiyor. Bu iddia kabule şayan değildir. Osmanlı Kanununun bir Osmanlı ile evlenen Yabancı kadı-

na Osmanlı Tâbiyetini verip vermediğini öğrenmek için, Fransız noktai nazarından değil, Osmanlı görüş açısından bakmak gerekir. Halbuki Türkiye'de idari ve adli makamlar bir Osmanlı ile evlenen Yabancı kadının Osmanlı olduğuna karar vermektedirler. Mahkemeler, bir Osmanlı ile evlenmiş olan yabancı kadını kocasının mirasından mahrum etmeyi asla düşünmediler; zira evlenme ile yabancı kadının Osmanlı Tâbiyetini kazandığını kesin olarak kabul ediyorlardı. İdari Kanunlar, Osmanlı ile evlenen Yabancı Kadına bir tâbiyet belgesi almak ödevini yüklediler. Elçiler tarafından sorulduğunda, Babı-Âli, bir Osmanlı ile evlenen Yabancı Kadının Osmanlı Tâbiyetini kazanacağını bildirmiştir. Bütün bu kararlar ve Osmanlı Mahkemelerinin müstakar içtihadı karşısında, Osmanlı Kanununun sarih bir hüküm ihtiva etmemesi sebebiyle, Yabancı Mahkemenin aksine karar vermesi doğru mudur?

Fransız Mahkemelerinin içtihadına karşı daha kesin bir başka delil de ileri sürülebilir. Bu mahkemeler, Osmanlı Kanununun Kat'i bir hüküm ihtiva etmediğini iddia ettikleri zaman, ancak 19 Ocak 1869 Tarihli Kanunu nazara almışlardır. Onlar, Türkiye'de Medeni Hukukun kısmen tedvin edildiğini ve tedvin edilmemiş olan kısım hakkında, kanun tarafından tanzim edilmemiş olan hukuk meseleleri için olduğu gibi, bütün Medeni Hukukun kaynağı olan ve yetkili İslâm Hukuku Kitaplarında ve İçtihatda münderic İslâm Hukukuna müracaat edilmesi gerektiğini gözden kaybediyorlar. Bu kurala göre, 19 Ocak Kanununda kesin bir hükmün bulunmaması halinde, mesele İslâm Hukukunun prensiplerine göre halledilmelidir. Halbuki en yetkili eserlere müracaat edilirse, İslâm Memleketinde, İslâm olmayan (zimmî) bir Osmanlı Tebaası ile evlenen Yabancı Kadının, Müslim olmayan (Zimmî) Osmanlı Tebaası olduğuna hükmeden kati kararlar bulunur.

Temenni edilir ki Fransız Mahkemeleri yanlış kanaatlerinden dönsünler. Çünkü bu mahkemelerin içtihatları, Fransız Kanunu ile Osmanlı Kanunu arasında ihtilâfa sebep olduktan başka, Osmanlı Tebaasından olan bir kimse ile evlenen Fransız Kadını için ekseriya istenmiyen neticeler doğurabilir. Osmanlı Mahkemeleri, Fransız Mahkemelerinin fikrini kabul etmiş olsaydı, bir Osmanlı ile evli bulunan Fransız Kadının kocasına mirasçı olamayacağı neticesine varılırdı. Osmanlı Hukukunda, bir Osmanlı ile evlenen Yabancı Kadının Osmanlı olduğu neticesine varmakta tereddüt etmiyoruz. Binnetice, evlenmeden önce 7 Sefer 1284 Tarihli Kanuna Ek Protokola katılmamış bir devletin tebaası olsa bile, evlenme-

den sonra Türkiye'de ister satın alma yahut hibe ister miras yolu ile olsun gayrimenkuller iktisap edebilir.

3 — 7 Sefer 1284 Tarihli Kanun, adı geçen protokola katılmamış olan devletlerin tebaasından olan Yabancıları gayrimenkul mülkiyeti hakkından mahrum ediyor. Kanununun 5. maddesi «Her Yabancıнын, tâbi olduğu devletin, Babı-Âli tarafından, mülkiyet hakkının istimali için teklif edilen düzeltimlere iştirak ettiği anda, kanundan istifade edeceğini» derpiş etmektedir. Bahis konusu düzeltimler, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanuna Ek Protokolun konusunu teşkil eder ve kapitülasyonlar Rejimi mucibince Yabancıların istifade ettiği bazı imtiyazları tahdit etmek gayesine matuftur.

## II — Gayrimenkuller Konusunda Yabancı Tebaanın, Osmanlı Tebaası İle Aynı Hukuki Rejime Tâbi Tutulması :

7 Sefer 1284 tarihli Kanununun 2. maddesi şöyle diyor : «Birinci madde ahkamı iktizasınca dahil ve harici şehirde emläke mutasarrıf olan Yabancılar emläklerine ait kaffe hususatda Tebaayı Devleti Âliye'nin mükellef oldukları şeraiti ifaya mecbur olacaklar ve bu mecburiyetin netice-i meşruası olmak üzere evvelâ emläkin tasarruf ve intikal ve ferağ ve istiğlâl hakkında halen cari olan ve istikbalde cereyan edecek olan kavanin ve nizamâtı zabıtaya ve belediyeye ittibağ edecek; saniyen her ne nam ve şekilde olursa olsun dahil ve harici şehirde, Tebaayı Devleti Âliye'den olan ashâbı emläkin mükellef olduğu ve bundan böyle olabileceği tekalif ve rüsumatı ifa edecek; salısen emläke müteallik kaffe-i hususatda ve ona dair bir dava vukuunda gerek kendileri müddei ve müddeialehy olsun ve gerek iki taraf dahi tebaayı ecnebiyeden bulunsun doğrudan doğruya Devleti Âliye Mahkemelerine müracaat edeceklerdir, ve ecanibin mutasarrıf oldukları emläke ait olan hususat, zatlarına mahsus sıfatı tâbiyeti asliyelerinin müdahalesi olmaksızın ve muahedat iktizasınca zatlarına ve emval-i menkullelerine ait olan muafiyet muhafaza olunmak kaydıyla Tebaayı Devleti Âliye'den olan eshabı emläkin haiz oldukları hukuk ve mükellef oldukları şerait ve tâbi oldukları usul üzere rüyet olunacaktır.» Bu metinden yabancıların gayrimenkul malları konusunda, Medeni Hukuk açısından olduğu kadar; idari noktai nazardan da Osmanlı Tebaası ile aynı hukuki rejime tâbi kılınmış oldukları neticesi çıkar. 2. maddenin sonraki fıkrası, yabancıları, hangi isim ve şekil altında olursa olsun, gayrimenkullere tahmil edilen bütün vergi

ve harçları ödemek mecburiyetine tâbi tutmuştur. Nihayet üçüncü fıkra, yabancıları gayrimenkullerine taalluk eden bütün hususlarda, tâbiyetlerinden faydalanmaksızın ve eski anlaşmalar mucibince verilmiş imtiyazları ileri sürmeksizin Osmanlı Mahkemelerinin Kazasına tâbi tutmuştur. Açık metnine rağmen bu maddenin tatbiki, prensip olarak Yabancıların Osmanlılarla aynı hukuki rejime tabi tutulmasının genişlik ve kıymetine talluk eden çok sayıda mühim ihtilaflara sebep oldu. Filhakika bu ayniyet konusunda, idari bakımdan hiç bir güçlük çıkmadı. Yabancılar, maliyeye ve belediyeye taalluk eden bütün kanunlara uymak zorundadırlar. Onlar arazi vergilerini ve Osmanlı Tebaasının tâbi olduğu diğer resimleri ödemektedirler. Fakat gayrimenkuller konusunda, Osmanlı Mahkemelerinin inhisari bir şekilde yetkili olmaları mevzuunda durum aynı değildir. Bu yargı meselesi, izah edilmesi gereken bir çok ihtilaflara sebep olmuştur.

Bazı müellifler, her şeyden evvel Medeni Hukuk sahasında aynı rejime tâbi olma bakımından yukarıya aynen olduğumuz 2. madde metnine dayanarak Yabancıların, bir Osmanlı Tebaasının gayrimenkule taallük eden mirasından mahrum olmasına karşı çıkmaktadırlar. Bu müellifler, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun, Yabancıları Hususi Hukuk açısından Osmanlılarla aynı hukuki rejime tâbi tuttuğunu ve her türlü tâbiyet farkına karşı olduğunu ileri sürmektedirler. Halbuki İslâm Hukukuna göre, Yabancı, bir Osmanlıya tevarüs edemez. Çünkü tâbiyet ayrılığı dolayısıyla ehliyet-sizlik mevcuttur; özellikle miri topraklar konusunda, Arazi Kanununun 110. maddesinin bu konuda sarîh bir hüküm ihtiva ettiği hatırlanmalıdır. Halbuki bu hükümlerin, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun 2. maddesiyle, hiç olmazsa gayrimenkuller konusunda kabili tatbik olmaktan çıktığı iddia olundu. Çünkü 2. madde «Şehirlerin dahil ve haricinde emläke mutasarrıf olan ecnebiler, mallarına ait bütün hususlarda Osmanlı Tebaasının mükellef olduğu şeraiti ifaya mecbur olacaklar» hükmünü koyarak, Osmanlılarla Yabancılar arasında tam bir eşitlik tesis etmiştir. Pélissié du Rausas, (Le Régim des Capitulations dans L'Empir Ottoman, P. 464) bu fikirden yana olarak şöyle diyor: «Osmanlı Tebaasından olan akrabalarına tevarüs etmek hakkını yabancılar reddetmek, onların, Osmanlı Tebaası gibi gayrimenkul mülkiyeti hakkından istifadesine mani olmak ve binnetice 1284 Fermanın kat'i hükümlerini ihlal etmek değil midir? Ferman, mülkiyeti iktisap şekilleri bakımından yabancıları ve Osmanlı Tebaasını aynı çizgi üzerine koyuyor.

İmdi Osmanlı Hukukunda mülkiyeti iktisap şekilleri nelerdir? Mecelle'nin 1284. maddesi bize cevap veriyor : Mülkiyeti iktisabın şekilleri üçtür. Birincisi, bir malın bir malikten diğer bir kimseye intikalidir. Satış akdi gibi. İkincisi miras yolu ile iktisaptır. Üçüncüsü, ticari olmayan mubah bir şeyin işgalidir.» Fakat bu fikre, yabancıların bir Osmanlıya ait olan gayrimenkulleri miras yolu ile iktisap edemeyeceğine hüküm vererek, bu nazariyeyi kabul etmeyen Şûrayı Devlet tarafından hücum edilmiştir. Şûrayı Devletin fikrini istinat ettirdiği sebep, 24 Haziran 1291 (5 Ağustos 1876) tarihli kararında şöyle izah edilmiştir. «Mülkiyet ve mirasın karşılıklı olarak birbirine bağlı olmadığı ve birinin diğerinden ayrı şeyler olduğu; 7 Sefer 1284 Tarihli Kanun ile Yabancılara gayrimenkullere sahip olmak hakkının tanınıp, fakat Osmanlı Tebaasından olan muris tarafından bırakılmış malları miras yolu ile iktisap hakkının, Yabancı Tâbiyetli olan akrabalara tanınmadığı; Arazi Kanununun 110. maddesinde mevcut tevarüs ehliyetsizliği, Osmanlı Tâbiyet bağlarını muhafaza etmek meşru gayesiyle kaleme alındığından; bu noktanın -bütün memleketlerde ehemmiyetle nazara alındığı gibi- Osmanlı Devletinde de kabul edilmesi gerektiği cihetle; bunun sonucu olarak bir Osmanlı Tebaasının ölümü halinde, menkul ve gayrimenkullerinin miras yolu ile Yabancı Tebaalı çocuklarına yahut akrabalarına intikal edemeyeceğini mutazammın karar muhafaza edilmek gerekir.»

7 Sefer 1284 Tarihli Kanun, Miras Hukuku kaidelerini asla ihlâl etmedi; zira yabancılara gayrimenkul konusunda Osmanlı Tebaasının haklarını bahşederken onları, tıpkı Osmanlı Tebaası için olduğu gibi, eski anlaşmalar mucibince Yabancılara verilmiş imtiyazları hiç nazara almaksızın gayrimenkulleri idare eden Osmanlı Kanunlarının hepsine tâbi kılmak istemiştir. Fakat kanun koyucunun İslâm Hukukunu ihlâl etmek istemediğini ve menkul mallar bahse konu olduğu zaman bile, İslâm Hukukunca Yabancılara reddedilen bir miras hakkını, gayrimenkuller konusunda tanımadığı şüphesizdir. Kanun, Yabancılara, Osmanlı Tebaası gibi gayrimenkule tasarruf ve temellük hakkını bahşederken hısımlarına tevarüs hakkını da şüphesiz tanımış oluyordu. Fakat bu, onların Osmanlı Tebaası gibi Osmanlı Miras Hukuku kaidelerine göre kanunen mirasçı olmaya ehil oldukları zamandır. Binnetice, miras konusundaki ehliyetsizlik, 7 Sefer Kanununa rağmen Osmanlı Tebaası için olduğu gibi Yabancılar için de devam etmektedir. Meselâ, bir başka ehliyetsizlik sebebini; din ayrılığından doğan ehli-



yetsizliği nazara alalım. Hıristiyan bir Osmanlı Tebaası, Müslüman bir Osmanlıya mirasçı olamaz. Bunun tersi de mümkündür. Şimdi aynı durumun Yabancılar için mevcut olduğunu farzedelim; ezcümle, Türkiye'de gayri menkullere sahip olan bir Fransız, tâbiyetini muhafaza ederek İslamiyeti kabul etse, Fransız Tebaasından olan çocukları Hıristiyan olarak kalırlar; babalarının ölümü halinde, bunlar onun gayrimenkullerini miras yolu ile iktisap edebilecekler mi? Şüphesiz hayır; zira din ayrılığı sebebiyle ehliyet-sizlik vardır; şu halde bu ehliyetsizlik Yabancılar için uygulanınca, Tâbiyet ayrılığından doğan ehliyetsizlik de uygulanmalıdır. Fakat bu tefsirin, Yabancılarla Osmanlı Tebaası arasında gayrimenkule tasarruf ve temellük konusunda tam bir eşitlik yaratan 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun metnine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Miras, Mecelle'nin 1284. maddesine göre, mülkiyeti iktisabın sebeplerinden biri olarak kabul edildiği halde, Yabancıya miras yolu ile gayrimenkul iktisap etmek hakkının tanımamakla, Yabancı Tebaa ile Osmanlı Tebaası arasında bir fark yapılmış olmuyor mu? Bu itiraz haklı değildir; zira 7 Sefer 1284 Kanunu, Şûrayı Devletin ve Osmanlı Mahkemelerinin yaptığı gibi tefsir edilince, gayrimenkullerin miras yolu ile iktisabı hakkı, Yabancılar için reddedilmiş olmaz. Bir yabancıya bir Osmanlıya mirasçı olamayacağı söylenildiği zaman, bu, Yabancıya miras yolu ile gayrimenkul iktisap etmeye mutlak olarak ehliyetsiz olduğunu göstermez; zira onun bir başka Yabancıya ait olan bir gayrimenkulü mükemmel bir şekilde iktisap edebileceği kabul edilmektedir. Dahası da var. Yabancı, hususi bir durumda, bir Osmanlı Tebaasına ait gayrimenkulü miras yolu ile iktisap edebilir. Zira ehliyetsizlik mevcut değildir. Filhakika, tâbiyet ayrılığı sadece gayrimüslimler arasında bir ehliyetsizlik sebebi teşkil eder. Binnetice, muris ve mirasçısı müslüman, tâbiyetleri ayrı olsa bile ehliyetsizlik mevcut değildir; bunun gibi bir Fransız Müslüman, Osmanlı Tebaasından olan bir Müslümana ait gayrimenkulleri mirasla iktisap edebilir; bunun tersi de mümkündür. Böylece, Şûrayı Devletin tefsirinin İslâm Hukukunun prensiplerine uygun ve 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun lâfzına yahut ruhuna bir aykırılık ihtiva etmediği neticesine varıyoruz.

Şimdi tefsiri, Yabancılar arasında zuhur eden ve gayrimenkullere ilişkin ihtilâflarda Osmanlı Mahkemelerinin görevinin şumulüne taallük eden bir takım münakaşalara sebep olan 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrasına geçiyoruz. Gayri-

menkul konusunda, Osmanlı Mahkemelerinin inhisari olarak görevli olması, Osmanlı Hükümetinin, Yabancılara gayrimenkul mülkiyeti hakkını tanıırken koyduğu temel şartlardan biridir; buna kani olmak için 2. maddenin 3. fıkrası kaleme alınırken sarfedilen ihtimamı görmek yeter. Kanun koyucu, bir gayrimenkule ilişkin ihtilâf bahse konu olduğu zaman, davalı ve davacı, Tebaayı Ecnebiyeden olsa bile, Yabancı Mahkemelerin görevini tamamen bertaraf etmek istemiştir. İzah edilecek olan ihtilâfların incelenmesini kolaylaştırmak için, mezkûr 3. fıkranın metnini aynen alalım. Kanun, Osmanlı Tebaası ile Yabancılar arasında gayrimenkule tasarruf ve temellük bakımından tam bir eşitlik tesis ettikten sonra, bu eşitliğin şu kanunî neticeye sahip olduğunu ilâve ediyor : (Maddenin 3. paragrafı). «Emlâke mütealîk kaffei hususatda ve ona dair bir dava vukuunda gerek kendileri müddei ve gerek müddealeyh olsun ve iki taraf dahi Tebaayı Ecnebiyeden olsun doğrudan doğruya Devlet-i Âliye mahkemelerine müracaat edeceklerdir ve ecnabin mutasarrıf olacakları emlâke ait olan hususat, zatlarına mahsus sıfatı - tâbiyeti asliyelerinin müdahalesi olmaksızın ve muahadat iktizasınca zatlarına ve emvâli menkulelerine ait olan muafiyet muhafaza olunmak kaydıyle Tebaayı Devleti Âliyeden olan eshabı emlâkin haiz oldukları hukuk ve mükellef oldukları şerait ve tâbi oldukları usul üzere rü'yet olunacaktır.»

Öyle geliyor ki, bu fıkranın açık ve sarîh ifadesi, gayrimenkul konusunda Yabancılar arasında çıkacak ihtilâfları halletmek için, eski anlaşmalar mucibince kurulmuş Konsolosluk Mahkemelerinin görevini münakaşa götürmez bir şekilde bertaraf etmiştir. Bununla beraber, Konsolosluk Mahkemeleri bazı gayrimenkul ihtilâflarında görevli olduklarını beyan ederek, kanunu farklı bir anlam da tefsir edebileceklerini zannettiler; bu konuda, müstakar bir içtihat bile teessüs etti. Konsolosluk Mahkemeleri, yukarıya aynen alınmış olan 3. fıkranın aynı davalara taalluk ettiğini ileri sürerek, gayrimenkul mevzuunda Osmanlı Mahkemelerinin yetkisinin, aynı davalarla mahdut olduğunu müdafaa etmektedirler. Bu sebeble adı geçen mahkemeler, gayrimenkul davası, şahsi yahut karma bir karakter arzettiği zaman görevli olduklarına inanmaktadırlar. 17 Temmuz ve 7 Ağustos 1891 tarihli iki kararında, gayrimenkul konusunda yetkili olduğunu beyan eden Fransa'nın İstanbul'daki Konsolosluk Mahkemesinin içtihadını hususiyle zikredelim. Burada, bir Fransız tarafından diğer bir Fransıza bir akit mucibince satılmış bir gayrimenkul bahse konu oluyordu; satıcı

gayrimenkulü, alıcının adına resmen ferağ etmeyi reddedince; alıcı, gayrimenkulün teslimi ve zarar-zıyan isteminden ibaret olan bir dava açar. Konsolosluk Mahkemesi şu sebeplerle görevli olduğunu beyan ediyor: «Bu, gayrimenkul maliki Yabancıları, ülke hakimiyetine, memleketin idari ve mali rejimine tâbi kılan bir kanun olduğu; bu görüş noktasından, bu kanun Medeni Kanunumuzun 3. maddesinin aynı olup, fakat Türkiye’de mülkiyet rejimine taalluk etmeyen meseleler için Konsolosluk Mahkemelerinin görevini bertaraf etmediği; bu görevin tarafların refağı yaptırmak için Osmanlı İdaresine müracaat ettikleri ana kadar devam edeceği; fakat önceki muameleler; iradelerin uygunluğu, bu uygunluğun tefsiri, bir anlaşmanın hukuki değeri gibi meselelerin Konsolosluk Mahkemelerinin görevi içinde kaldığı; bu prensiplerin alternatif mütalebelerde, S... in satış akdinin teyidi yahut zarar zıyan talep ederek feshini istediği bir hale tatbiki gerektiği cihetle, bir gayrimenkul satışının feshine matuf bir talebin şahsi bir dava olduğu içtihatlandır.» (17 Temmuz 1891 Tarihli Karar). Aynı mesele hakkında verilmiş 7 Ağustos 1891 Tarihli ikinci kararda şu mülahazalar yer almıştır: «Türkiye’de Yabancıların gayrimenkul maliki olmasına müsaade eden bu kanunun (7 Sefer 1284 Tarihli Kanun) meriyete konmasından itibaren, arazi rejimine ilişkin Osmanlı Hukunun tabiatıyla Yabancılara tatbik olunacağı; bunun arazi (ülke) hakimiyeti prensibinin zaruri bir neticesi olduğu; Fransa’da, topraklarımız üzerinde kâin ve yabancılara ait gayrimenkullerin miras yolu ile intikalinin, kanunlarımız tarafından tanzim edilmesini isteyen kaideye göre, bu neticenin miras rejimine kadar teşmil edildiği; fakat bu yeni vakıaların Konsolosluk Mahkemelerinin görevi açısından, önce mevcut olan durumu değiştiremeyeceği ve onların hiç bir zaman hüküm vermedikleri mülkiyet meselesi üzerindeki görevini tahdit edemeyeceği cihetle; netice olarak Osmanlı Mahkemeleri, mülkiyet rejimine ilişkin bütün ihtilaflar için Yabancıların hâkimleri olduğu halde, Konsolosluk Mahkemeleri, bir gayrimenkul satışına taalluk etse bile, tarafların iradeleri, akitle ilgili bütün meseleler için görevli olarak kalmışlardır.» Şu halde mahkeme davahı, esas olarak, gayrimenkulün ferağını temin için muayyen bir müddet içinde yetkili Osmanlı Makamlarına müracaata ve ikinci olarak gayrimenkulün ferağını reddetmesi halinde, davacıya zarar zıyan ödemeye mahkûm eder. Asıl edaya taalluk eden mahkûmiyet, Osmanlı Kadastro Makamlarının, haklı olarak, bir Yabancı Mahkeme tarafından gayrimenkul konusunda verilmiş olan kararı hükümsüz telakki etmeleri sebebiyle, ölü bir karar

olarak kalıyordu. Bu içtihat, Osmanlı Hükümetinin enerjik protestolarına rağmen, başka Konsolosluk Mahkemeleri tarafından da kabul edildi. Zira bu karar yargılama noktai nazarından, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun inkarı demektir. Osmanlı Hükümeti, Konsolosluk Mahkemelerinin, «aynî davalar» deyiminden çıkardıkları delile cevap olarak; bu deyim, aksine, gayrimenkul davalarından yahut daha kesin olarak «gayrimenkullere taaluk eden bütün davalardan» bahseden Türkçe metinde mevcut olmadığını ileri sürmüştür. Osmanlı Hükümeti, Fransızca yorumun resmi olduğunu kabul etmekle beraber, Türkçe metinde aynî dava teriminin yokluğunu ileri sürüyor ve Osmanlı Kanun Koyucusunun, bu konuda Osmanlı Mahkemelerinin görevini tahdit etmek niyetinde olmadığına, binnetice Konsolosluk Mahkemelerinin iddiasının sadece bir maddi tercüme hatası üzerine dayandığına işaret etmektedir.

Zaten Konsolosluk Mahkemelerinin iddiası, Fransızca tefsir doğru olarak kabul edilse bile, ciddi bir araştırmaya dayanmamaktadır. Onu cerhetmek için 2. maddenin 3. fıkrasını tekrar okumak ve önce gelen cümledeki «aynî davalar» deyimini nazara almak yeterlidir. Cümlede «emlâke müteallik kaffe-i hususatda ve ona dair bir dava vukuunda vs...» için Yabancıların, Osmanlı Mahkemelerinde muhakeme edileceği derpiş edilmektedir. İddia edildiği gibi, görev sadece aynî davalarla tahdit edilmemiştir. Aksine gayrimenkullere ilişkin ihtilâfların hepsine yani ister aynî ister şahsi olsun gayrimenkule ilişkin bütün davalara şamildir. Cümlede mevcut olan aynî davalar deyimini, önceki cümleyi açık bir şekilde tamamlamakta ve asla bir tahdit teşkil etmemektedir.

Fakat İstanbul'daki Fransız Konsolosluk Mahkemesine göre; 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun meriyete girişi, rıza ve bir gayrimenkul satışına taalluk etse bile, akitle ilgili bütün meselelerde görevli bulunan Konsolosluk Mahkemelerinin görevini tahdit etmemiştir. Bu, «Ecaribin mutasarrıf oldukları emlâke ait olan hususat ve zatlarına mahsus sıfatı - tâbiyeti asliyelerinin müdahalesi olmaksızın ve muahedat iktizasınca zatlarına ve emvâli menkulelerine ait olan muafiyetler mahfuz kalmak kaydıyle... vs.» diyerek biten 2. maddenin 3. fıkrasının ifadesi karşısında kabule şayan değildir. Halbuki 7 Sefer 1284 Tarihli Kanundan önce, Yabancılar Türkiye'de gayrimenkul iktisap etmek hakkından mahrum buldukları için hiç bir Konsolosluk Mahkemesi bir gayrimenkul davasına bakamıyordu. Diğer taraftan Konsolosluk Mahkemelerinin mevcudiyeti, Türkiye'de yerleşmiş bulunup da Yabancı Tebaadan olan şa-

hıslara tanınan ve 7 Sefer Kanununun, gayrimenkuller konusunda kesin bir şekilde kaldırmak istediği muafiyetlerden doğmuştur. Binnetice, Kanunun açık ve kesin hükümleri karşısında, Yabancıların, gayrimenkul konusunda aslı tâbiyetlerinden istifade edememeleri sebebiyle, aynı yahut şahsi veya karma bir gayrimenkul davası mevcut olsa bile, bu konuda Yabancı Tabiiyet ve Konsolosluk Mahkemeleri nazara alınmayacaktır.

Bir Fransız müellifinin yaptığı gibi, (Pélissié du Rausas, Le Régime des Capitulations en Turquie. Sh. 474). Fransız hukuk lisanında, aynı dava deyiminin ekseriya gayrimenkul davasının müteradifi gibi kullanıldığına işaret edelim. Şu halde, Fransa'da en yetkili hukukçuların yaptığı bir dikkatsizliği, 7 Sefer Kanunu mütercimlerinin işlemiş olmaları şayanı hayret değildir.

Zaten Fransızca metinde mevcut olan «aynî davalar» deyiminin nazara alınması ihtimal olarak kabul edilse bile, «aynî davalar» deyiminden ne anlaşılması gerektiğini kendi kendimize sormamız gerekirdi. Osmanlı Hukukunda, aynî ve şahsi davalar arasındaki fark, diğer yabancı mevzuatlarda mevcut olan kaideden sarıh bir şekilde ayrılan bir kural üzerine dayanır. Ezcümle, Fransız Hukukunda, aynî dava, prensip olarak davacının ihtilâf konusu şey üzerinde aynî bir hak iddia ettiği davadır; davacının esas edanın yanında davalıyı şahsi edaya mahkum ettirmek istemesi halinde, dava daha az aynî değildir. Şahsi dava; davacının, borçlunun taahhüdünü yerine getirmesini isteyerek, borçlusuna karşı bir alacak ileri sürdüğü davadır. Bu tarife göre, davacının, davalının satılmış şeyin teslimine mahkum edilmesine müteveccih davası, şahsi bir davadır. Çünkü davacı, davalı tarafından kendi lehine girişilen taahhüdün icrasını istemektedir; halbuki, Osmanlı Hukukunda aynî dava, şahsi değildir.

Gerçekten Osmanlı Hukukunda davalar, aynî ve şahsi dava olarak tertüme edilen, aynî ve deyn davası olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Fakat aynî davası ile, maddi bir şeye ilişkin her dava kastedilir; halbuki deyn davası, bir alacak hakkının yahut gayri maddi bir şeye taalluk eden bir hakkın talep edildiği davadır. Şu halde, görülüyor ki Osmanlı Hukukunda dava, davacı aynî bir hak iddia etmeksizin de aynî davası olabilir; satılmış bir şeyin teslimini isteyen alıcının davasında olduğu gibi, davacının maddi bir şey talep etmesi yetişir.

Şimdi Fransızca metinde, aynî dâvalardan bahseden 7. Sefer

Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrasına tekrar dönelim: Bu deyime, Fransız Hukukunda atfedilen ve Osmanlı Hukukunda kabul edilmiyen anlamı vermek gerekli midir? 7 Sefer 1284 Tarihli Kanun bir Osmanlı Kanunu olduğundan, bunun Yabancı bir mevzuatın kurallarına göre tefsir edilebilmesi kabule şayan değildir. Bu husus, Türkçe metnin gayrimenkule ilişkin her nevi davadan bahsetmesi sebebiyle aynı dâva tâbirinin, kanunun Fransızca tercümesinde bir dikkatsizlik neticesi kullanılmış olduğunu savunan Osmanlı Hükümetinin iddiaları lehine bir delil teşkil eder.

Aynı dâva deyiminin manası konusunda, 7 Sefer Kanunu Hakkında bir etüdüün yazarı olan Salem, (bak. Clunet, Journal de Droit International Privé, année 1893. Sh. 41 vd.) aynı teoriyi kabul ederek şöyle diyor: «Bununla beraber, fikrimce görev meselesini halletmek için, dâvanın şahsiliği ve aynılığı arasındaki farka bağlanılmamalıdır; ortaya koymaya çalıştığım başka bir düşünce tarzı üzerine dayanılmalıdır. Aynı, şahsi ve karma (mixte) davalar arasındaki farkın Osmanlı Mahkemelerince bilinmediği kabul edilebilir.» Bununla beraber, aynı hukukçu, Konsolosluk Mahkemelerinin içtihadını tasvip ederek şu neticeye varıyor:» Kısaca, gayrimenkul mevzuunda Osmanlı Mahkemelerinin görevi aynı dâvalarla tahdit edilmelidir.» Bize öyle geliyor ki, bu netice, yazar tarafından daha evvel tezinin başlangıcında kabul edilmiş olan kuralla bağdaşmaz. Zira yazar şu fikri savunmaktadır. «Böyle bir hakkın menkul yahut gayrimenkul mü, bundan doğan davanın aynı yahut şahsi mi olduğunu ayırt etmek bahse konu olduğu zaman, Konsolosluk Mahkemeleri münhasıran milli kanunlarına müracaat etmeyip daha çok ülke kanununu tatbik etmelidir. Türk hükümeti davanın şahsiliğini yahut aynılığını yabancı kanunlara göre değil, kendi milli kanunlarına göre tayin eder.» Aynı davalar ve şahsi davalar arasındaki farkın Osmanlı Mahkemesince bilinmediği kabul edildiği zaman, netice ile bu nazariye nasıl bağdaştırılabilir? Bu teorinin, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunu, kendi milli mevzuatlarının kurallarına göre tefsir eden Konsolosluk Mahkemelerine ait olmadığına da işaret edelim.

Filhakika Konsolosluk Mahkemeleri, 7 Sefer Kanununu ekseriya beynelmilel bir kanun olarak tavsif ediyorlar. Bu tavsif doğruysa, bahis konusu beynelmilel kanunun Osmanlı Hukukunun kurallarına göre yorumlanamayacağı itirazında bulunulabilir. Fakat gerçekte 7 Sefer 1284 Tarihli Kanun, beynelmilel bir kanun değil, bir Osmanlı Kanunudur. Bu kanundan istifadenin, Kanuna Ekli Proto-

kola katılmak arzusunu izhar eden devletlerin tebaasına hasredilmesi, onun esas itibarıyla Osmanlı Kanunu olmak karakterini kaldırmaz; bizzat Protokolun beynelmilel bir akit olduğu kabul edilse bile. Bu fikre mesnet olarak Konsolosluk Mahkemelerinin kararına muarız olan E. Manasse'in (Bak. Clunet, Id. 1893 Sh. 74) ilginç etüdünün aşağıdaki paragrafını zikredelim : «Konsolosluk Mahkemelerinde bile, sadece Türkçe metin nazara alınmalıdır; çünkü bu metin kararın icra edilebilmesi için, Padişahın tasdikini aramaktadır. Yabancıların Osmanlı Devletinde gayrimenkul iktisap edebilmeleri, tâbi oldukları devletlerin fiiline bağlı ise, bu hakkın bir beynelmilel bir anlaşmadan değil bir kanundan doğduğu daha doğrudur. Bu kanundan istifade, devletlerin bizzat bu kanuna değil fakat 7 Sefer Kanununun tatbikatında ortaya çıkan bazı güçlükleri tanzim etmek maksadiyle kabul edilen 9 Ocak 1868 Tarihli Protokola katılmalarına bağlıdır.»

Bununla beraber Konsolosluk Mahkemelerinin yorumunu prensip olarak kabul eden bazı müellifler, bu mahkemelerin görevine tâbi gayrimenkul davaları konusunda bir ayırım yapıyorlar. Bu müellifler, mahkemelerin görevini davanın matuf olduğu neticeye tâbi kılıyorlar. İşte A. Aliotti (Des Français en Turquie, Spécialement au Point de Vue de La Propriété Immobilière et du Régime Succesoral, Sh. 160) bu konuda şöyle diyor : «Davacının gayrimenkulün ferâğını istediğini farzetseydik, şüphesiz ki Konsolosluk Mahkemesi yetkisiz olurdu. Bir gayrimenkule taallük eden aynı bir meseleyi halleden bu karar, bu konuda haklı olarak mezkûr kararların tasdikini, itiraz kabul etmez bir şekilde reddeden Türk Makamları karşısında hiç bir kıymet ifade etmezdi. Fakat davacı, ferâğı isteyecek yerde ademi ifa sebebiyle zarar ziyan istemiş olsaydı, artık ancak şahsi bir dava bahse konu olur ve 7 Sefer Kanunu mucibince Konsolosluk Mahkemesi görevli olurdu.» Yukarıda işaret edildiği gibi, Osmanlı Hukukunda, davacının esas olarak bir gayrimenkulün ferâğını istediği dava, aynı bir davadır. Bu fikre göre, Konsolosluk Mahkemesi bir Yabancıya, Osmanlı Makamları önünde bir gayrimenkulü feragat etmeyi emretmek hususunda görevsiz olduğuna göre; aynı mahkeme, davalıyı zarar ziyan ödemeye mahkûm etmek için nasıl görevli olabilir? Burada, zarar ziyan talebi, ancak asıl talebin fer'i, gayrimenkulün ferâğı mevzuunda girilen taaahhüde ilişkin bir taleptir. Halbuki esası halletmeye görevsiz olan mahkeme, esasın fer'i olan meselenin halli için de görevsizdir.

Diğer taraftan, Fransız Hukukunda davalının mahkûm olduğu şahsi edalara bağlı olsa bile davacı, aynı bir hak talep ediyorsa dava aynıdır. Esas itibariyle gayrimenkulün ferağına taallûk eden bir talebin aynı olduğu kabul edilirse, dava şahsi olmayacak ve binnetice, Konsolosluk Mahkemesi, davacı asıl talebine bağlı olarak zarar ziyan istediği zaman da görevli olamayacaktır.

Zaten aynı ve şahsi davalar arasında bu konuda mevcut olan fark, Konsolosluk Mahkemelerince her zaman kat'i bir şekilde nazara alınmamıştır. Bunu göstermek için, Konsolosluk Mahkemelerinin, kesin olarak görevleri dışında kalan aynı hak meselelerine müteallik olarak verdikleri bazı kararları zikretmek yeter. Smyrin'deki Fransız Konsolosluk Mahkemesi tarafından 25 Eylül 1885 Tarihinde verilmiş aşağıdaki kararı inceleyelim; önce bahis konusu meseleyi hülasa edeceğiz. Bir gayrimenkul, bu gayrimenkulün zilyedi olan bir Fransız tarafından mülkiyet hakkına itiraz edilmiş olan bir başka Fransız tarafından açık arttırma ile satılmıştır. İhale-den sonra müktesip, gayrimenkulün zilyetliğinin kendisine devredilmesi için zilyede karşı bir dava açıyor. Davalı bizzat kendisinin malik olduğunu beyanla, 7 Sefer Kanununa dayanarak Konsolosluk Mahkemesinin görevine itiraz etmiştir. Konsolosluk Mahkemesi aşağıdaki sebeplerle görevli olduğuna karar vermiştir : «Adı geçen beynelmilel Kanunun (7 Sefer 1284 Tarihli Kanun), arazi mülkiyetine ve bilhassa tarafların tâbiiyeti ne olursa olsun, aynı davalara ilişkin bütün ihtilâfları halletmek hususunda Türk Mahkemelerine tam bir yetki verdiği itiraz kabul etmiyorsa da, adı geçen kanunun Osmanlı Adaletinin yetkilerine taallûk eden hükümlerinin mutlak bir anlamda tefsir edilemeyeceği; bu şartların (bu hükümlerin) şahsi davalara yahut bir gayrimenkulün maddî işgali, bir kira mukavelesinin icrası, tahliye talebi, zarar ziyan istemi gibi sebeplerden doğan karma neviden davalara teşmil edilemeyeceği; bu neviden ihtilâflar, icabı halinde yabancı Tebaadan olan davacı malik tarafından, davalının tabî hakimleri önüne getirilebildiği ve Z. nin talebinin, B tarafından işgal edilmiş yerlerin terkedilmesine matuf olduğu kabul edildiğinden, binnetice talebin aynı dava karakterinde değil, fakat sadece şahsi ve menkul bir dava vasfına sahip olduğu; davacının meşru malik gibi hareket etme vasfı, celsede arzedip alım satım neticesinde gayrimenkullerin ferağının, kanuna uygun olarak yapıldığı mahalli makamlardan sadır olan resmi senetlerin bütün dış şekillerini haiz olan temessük senedinden veteri kadar anlaşıldığı; davalının bahis konusu gayrimenkule iliş-



kin iddiasının muntazam ve müsbit hiç bir delile dayanmayıp, gerçekte davalının Osmanlı Nizamiye Mahkemesinde ikame etmiş bulunduğu gayrimenkule istihkak davasına ilişkin basit bir iddia teşkil ettiği; bu dava ikamesi, tarafların deyimiyle, hiç bir hükme müncer olmayıp, bu davanın devamı sırasında Osmanlı Adaleti karşısında, tamamen bağımsız şartlar içinde kendi kazasına tâbi meseleleri halleden Konsolosluk Mahkemesinin görevini bertaraf edemeyeceği cihetle, B tarafından ileri sürülen görevsizlik itirazı kabule şayan olmayacaktır. vs...»

Görülüyor ki Konsolosluk Mahkemesi, davanın şahsi olduğunu iddia ederek görevli olduğunu kabul ediyor. Halbuki davacının davasını, hasmı tarafından kesin bir şekilde reddedilen mülkiyet hakkı üzerine istinat ettirdiği şüphesizdir. Konsolosluk Mahkemesi, zilyetliğin devri meselesinin ancak fer'i olarak bağlı bulunduğu aynı bir dava karşısında bulunuyordu; bu durumda mahkeme görevsizliğine karar vermeli yahut hiç olmazsa zilyetliğin teslimi, işgal edilmiş olan yerlerin tahliyesi gibi meseleler hakkında hüküm vermeyi talik etmeli ve tarafları mülkiyet meselesini halletmiş olan yetkili Osmanlı Mahkemelerine göndermelidir. Konsolosluk Mahkemesi, kararının başlangıç kısmında bizzat koymuş olduğu prensiplere riayet etmemiştir. Gerçekten mahkeme, ancak sırf şahsi bir davanın görülmesi için görevli ise, davacının meşru malik olduğunun, ibraz ettiği senetten yeterli olarak çıktığını ve buna karşılık davalının bahis konusu gayrimenkule mülkiyet iddiasının hiç bir sağlam delil üzerine dayanmadığını nasıl takdir edebilir? Bu karar, iki tarafın, Konsolosluk Mahkemelerinin kendine tâbi meseleleri Osmanlı Adaleti karşısında tamamen bağımsız şartlarla hallettiği bahanesiyle talep ettikleri mülkiyet hakkına müteallik olarak Osmanlı Mahkemeleri tarafından görülmüş olan davayı nazara almayı reddediyor. Bu, aynı davalar konusunda Osmanlı Mahkemelerinin görevini inkâr etmek demektir. Fakat aynı mahkemenin, bir kaç sene sonra görevi dahilinde bulunan bir kaç davada, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun en iyi bir tatbikatını yaptığını ilâve etmekte acele edelim. Mahkeme, ipotekle temin edilmiş bir karz akdine ilişkin olarak iki Fransız arasında aktedilmiş olan bir mukavelelerin feshinin istendiği bir gayrimenkul davasında, görevsizliğine karar vermiştir. Mesken olarak kullanılan bir ev ve iki üzüm kütüğü, davacı S karı koca tarafından verilmiş bir karzı garanti etmek için vefaen ferağ yolu ile ipotek edilmiştir. İpotekli alacaklı, ipotek edilmiş mülkleri borçlulara kiraya vererek, tesbit edilen

vadede kira bedeli (mukataa)nin ödenmemesi halinde, borçluların geri satın alma hakkının sâkıt ve akdın münfesi olacağını ve kendisinin borçlular karşısındaki taahhütlerinden beri olup o andan itibaren ipotekli mülklere tasarruf edebileceğini şart koştur. Borçlular taahhütlerini yerine getirmediğinden, alacaklı ve faen satışın feshi ve kira bedelinin ödenmesini talep ederek borçlular aleyhine Konsolosluk Mahkemesinde dava açar. Mahkeme 3 Temmuz 1888 Tarihinde, buraya aynen aldığımız şu kararı verir:

«Teamüllere ve yerleşmiş içtihadı göre Konsolosluk Mahkemesi, kira bedeli (hasılat kirası) mevzuunda Fransızlar arasında — davalı taraflardan biri malik olsa bile — çıkabilen ihtilâfları kabul ve bunlar hakkında hüküm verebilmek hususunda görevli isede Yabancılar Türkiye’de gayrimenkul mülkiyeti bahşeden, halen mer’i beynelmilel Kanun mucibince gayrimenkul satışı, tayin edilen şartlarla geri satın alma yetkisinin istimali gibi arazi mülkiyetine ilişkin ihtilâflar hakkında karar vermek yetkisinin Konsolosluk Mahkemelerine tanınmadığı; kira bedeline ilişkin talebin gerçekte alelittlak gayrimenkul meselesine sıkı bir şekilde bağlı ve asıl talep konusunu teşkil eden gayrimenkul meselesinin fer’i olduğu; çıkması mümkün kazai ihtilâfları önceden görmek ve adli makamlarca verilmiş mütenakız kararlardan doğan mahzurları esas itibariyle bertaraf etmek gerektiği cihetle; netice itibariyle S karı kocanın menkul malları üzerine konmuş olan haciz tamamen muhafaza edilerek, mezkûr haczin muteberliği üzerinde karar verilemeyip 27 Mart 1886 Tarihli anlaşmanın feshi konusunda, tarafların görevli mahalli makama müracaat etmesine karar verildi.»

Gayrimenkul kirasına ilişkin olarak Yabancılar arasında mevcut ihtilâflara ilâveten bir başka ihtilâf ortaya çıktı. Konsolosluk Mahkemeleri, kira bedelinin ödenmesine matuf davayı şahsi ve menkule taallük eden bir dava olarak kabul ettiği için bu ihtilâflarda kendini görevli sayıyordu. Buna karşılık Osmanlı Mahkemeleri, Konsolosluk Mahkemelerinin görevine itiraz ediyorlardı; çünkü Osmanlı Mahkemelerine göre; bir kira bedelini kiracısından isteyen yabancı, gayrimenkulün maliki sıfatiyle hareket etmiş olduğundan bir Osmanlı Vatandaşının tâbi olduğu hukuki rejime dahil olur; böylece kira bedelini isteyen yabancı, borçlar hukuku ve aynı haklara taallük eden karma meselelerde olduğu gibi, Konsolosluk tercümanının hazır bulunmasını da isteyememeksizin Osmanlı Mahkemelerinde muhakeme edilebilir. Bununla beraber aynı mahkemeler, davalı, bir kira bedeli için aleyhine bir Osmanlı Mahke-

mesinde dava açılmış bir yabancı ise, dava celsesinin eski anlaşmaların hükümlerine uygun olarak konsolosluk tercümanının huzuru ile cereyan etmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Gayrimenkul kirasının tediyesine matuf olan dava, aynı midir? Yabancı müellifler, Osmanlı Makamlarının iddiasının aksine, kira bedelini ödemesi için kiracıyı dava eden mucirin, malik sıfatıyla hareket ettiğini müdafaa etmenin, hukuken doğru olmadığı cevabını veriyorlar. Davanın temeli, kiralanmış gayrimenkulün mülkiyet hakkına değil, sadece mucir ve müstecir arasında aktedilmiş kira mukavelesine dayanır. (Pélissié du Rausas, Le Régime des Caputations, Sh. 495).

2. maddenin aynı fıkrası hakkında mevcut son bir ihtilâfı incelemek kalıyor bize. Fransızca metin Yabancıların «arazi mülkiyetine ilişkin bütün meseleler için Osmanlı Nizamiye Mahkemelerinde doğrudan doğruya yargılanabileceğini... vs.» derpiş etmektedir. Halbuki alehlik vakif gurubundan olan gayrimenkullere ilişkin ihtilâflar, Şer'îye Mahkemelerinin kazasına tâbidir. İstanbul'da Evkaf Nezareti bünyesinde mevcut özel bir mahkeme (teftiş) mevcuttur. Bazı yabancı konsoloslar, Yabancıların taraf bulunduğu davalarda bu mahkemelerin görevine itiraz etmektedirler. İddiaları, Nizamiye Mahkemelerinden (Tribuneaux Civils) bahseden Fransızca metine dayanmaktadır. Fakat burada Fransızca metin «civil» kelimesini ihtiva etmeyen Türkçe metine uygun değildir. Kanunu tercüme edenlerin bu tabiri, metni daha vazih kılmak ve Osmanlı Tebaası ile Yabancılar arasında, Borçlar Hukuku yahut Ticaret Hukukuna dahil menkuller konusunda çıkacak ihtilâflar hakkında münhasıran görevli olan Muhtelit Ticaret Mahkemeleri ile mümkün bir çatışmayı bertaraf etmek gayesiyle ilâve etmiş olmaları muhtemeldir. Zaten Türkçe metin «Tribuneaux civils» (Nizamiye Mahkemesi) tabirini ihtiva etse bile, bu husus Konsolosluk Makamlarının iddiasını doğrulamaz. Zira başlangıçta, İmparatorlukta mevcut tek kaza sistemi olan Şer'îye Mahkemeleri, Nizamiye Mahkemelerinin kurulmasından sonra, özellikle dini konularda yetkili olarak kalmışlardır. Fakat bununla, hukuk mahkemesi olma karakterini kaybetmediler. Bu mahkemeler miras, vasiyet, nesep vs. konularında halen yetkilidirler. Kaldığı Nizamiye denilen Hukuk Mahkemelerinin kazasına tâbi bazı konular dışında Şer'îye Mahkemeleri, tarafların görev üzerinde anlaşması halinde hususi hukuka taallük eden bütün konularda daima görevlidir. Binnetice Yabancılar, gayrimenkuller konusunda genel olarak bu

kazaya tâbi değildirler; zira onlar davalarını Nizamiye Mahkemelerine götürmeyi tercih ediyorlar; fakat ihtilâflar bir vakfa taallük ediyorsa, o zaman onlar da ister istemez Şer'îye Mahkemelerinde yargılanırlar.

### III — Yabancıların Gayrimenkule Müteallik Mirası :

Yabancıların gayrimenkule müteallik mirası konusunda 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun 4. maddesi aşağıdaki hükümleri ihtiva etmektedir. «Bir ecnebi vasiyet ile intikal hibesi caiz olan emlakini vasiyet etmek selâhiyetine sahip olup hibe ve vasiyet olunmayan veyahut hibe yahut vasiyet selâhiyetine Kanunu Devleti Âliyenin mesağı bulunmayan emlakî metruke hakkında, nizamâtı mevzuayı Devleti Âliye icra olunacaktır.» Görülüyor ki bu maddenin birinci fıkrası vasiyet yolu ile intikalle meşgul olmakta; ikinci fıkrası ise, vasiyetsiz «kanunî» (ab intesta) intikali tanzim etmektedir. Biz önce vasiyet yolu ile intikali inceleyeceğiz.

#### I — Vasiyet Yolu ile İntikal :

İncelediğimiz kanun metni, Yabancıya gayrimenkul malları üzerinde kanunen cevaz verilen şekilde, vasiyetle tasarruf etmek hakkını vermektedir. Bilindiği gibi, miri ve vakıf topraklar sadece tasarruf hakkının mevzuunu teşkil ettiği halde, mülk gayrimenkuller tek başına ve mutlak mülkiyete elverişlidir. Kanun, mülk gayrimenkul malikine gayrimenkulü üzerinde vasiyetle tasarruf etmek hakkını tanımaktadır; fakat bu hakkı, bir vakfın yahut miri arazinin mutasarrıfına tanımamaktadır. Çünkü bu arazinin mutasarrıfı, gayrimenkulün maliki değildir ve tasarruf hakkı kanunen vasiyetle tasarrufun mevzuunu teşkil edemez. Öyleyse, vakıf yahut miri araziye ilişkin, vasiyetle yapılmış bir tasarruf bâtıldır. Bu kaide, Osmanlı Tebaasına olduğu kadar Yabancılarla da tatbik olunur.

7 Sefer 1284 Tarihli Kanun, Türkiye'de Yabancılar tarafından yapılmış olan vasiyetnamelerin şekil ve esasını tanzim etmesi gereken kaide konusunda hiç bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu sebeble şekil yahut esas bakımından vasiyetin muteberiyeti konusunda, Osmanlı Kanununun, tamamiyle, vasiyetçinin şahsi (milli) kanununa atıf yaptığı neticesine varılabilir. Vasiyet yolu ile gayrimenkullerinde tasarruf eden yabancı, böylece bu konuda Osmanlı Kanunu tarafından konmuş olan kaideleri nazara almaya mecbur değildir; vasiyetinin, kendi milli kanununa uygun olması

yetiştir. Bazı yabancı devletler, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanununun tam anlamını tesbit etmek gayesiyle, yukarda izah edilen şekilde cevap veren Babı-Âliye müracaat ettiler. Hariciye Nezaretinin 31 Mart 1881 Tarihli bir tamimi, «şekil konusunda, Yabancıların bıraktığı vasiyetlerin ve diğer tasarruflarının, Yabancıların tâbi olduğu konsolosluk tarafından tasdik ve teyit edilmesi halinde Osmanlı Makamları tarafından kabul edileceğini derpiş etmektedir».

Bununla beraber, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunu şerheden bazı müellifler, vasiyetnamenin şekil bakımından şahsi kanuna, esas bakımından Osmanlı Kanununa tâbi olduğu farklı bir sistem teklif etmektedirler. 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunda böyle bir ayrımı teyit eden hiç bir ize raslanmamaktadır. Aksine kanunun metni, karşı fikir lehine bir teşkil etmektedir. Filhakika, 4. maddenin yukarıya aynen aldığımız 2. fıkrası, münhasıran vasiyetsiz (kanuni) intikalle meşgul olmakta ve onun Osmanlı Kanununca tanzim edileceğini kabul etmektedir. Bundan, karşı bir netice çıkarılabilir, ve kanun koyucunun maksadına göre Yabancıların vasiyetle tasarruf ettiği mirasının, Osmanlı Kanunu tarafından idare edilmeyeceği söylenebilir; kanun koyucu, vasiyetname ile tasarruf edilmiş mirası Yabancıların vasiyet yolu ile tasarruf edilmemiş mirası hükümlerine tâbi kılmak istiyorsa, vasiyetsiz miras hakkında yaptığı gibi bunu açıkça söylemeye itina göstermelidir.

#### 2 — Kanuni (Vasiyetsiz) İntikal :

4. maddenin 2. fıkrası mucibince Yabancıların tasarruf etmediği yahut vasiyetname ile tasarruf edemediği gayrimenkullerinin intikali, Osmanlı Kanunlarına uygun olarak tanzim edilir. Bu fıkraya, malikinin tasarruf etmediği mülk gayrimenkulleri ve kaza muhtasarının tasarruf edemediği miri ve vakıf toprakları istihdaf etmektedir. Bu gayrimenkullerin tasarrufu Osmanlı Kanunu tarafından tanzim olunur. Fakat mezkûr maddenin metni maalesef eksiktir ve tatbikatını oldukça güçleştirmektedir. Bunu tefsir için bir birinden farklı sistemler teklif edilmiştir. Bunlardan birincisi; vasiyet bırakmaksızın ölmüş olan Yabancıların bütün gayrimenkullerinin Osmanlı Kanununa tâbi kılmaktır. İkinci bir sisteme göre; gayrimenkule müteallik miras, mirisin şahsi kanunu mucibince mirasçılara tevcih edilmelidir; fakat varissizlik haline ilişkin olarak Osmanlı Kanunu tarafından konmuş olan kaideleri nazara alarak. Bu ikinci sistem, kanuna aykırı olduğu için bize kabili müdafaa görünmüyor. Gayrimenkullerin mahlûliyeti (varissizlik) konusunda yaptığı kaydı ihtirazi tamamen hayalidir.

Mülk gayrimenkullerle miri yahut vakıf topraklar arasında bu konuda bir ayırım yapmaktan ibaret olan bir üçüncü sistem daha teklif edilmiştir. Bu sisteme göre; son iki guruptan gayrimenkuller, mirasçılara Osmanlı Kanununa göre intikal eder; halbuki mülk gayrimenkullerden ibaret olan mirası, murisin milli kanununa göre tanzim edilir. Zira Osmanlı Kanununa göre, mülk gayrimenkullerden ibaret olan mirasın intikali menkul malların intikalinde olduğu gibi İslâm Hukuku kaideleriyle idare edilir. Osmanlı Kanunu, mülk gayrimenkullerin vasiyetname ile intikalini Yabancı'nın milli kanununa tâbi tuttuğu müddetçe bu üçüncü sistem diğerlerine göre daha kabule şayan görünüyor. Bununla beraber 4. maddenin 2. fıkrası hükümlerinin, böyle bir yorum tarzı üzerinde ısrar ettiğini zannediyoruz; zira adı geçen maddenin mezkûr 2. fıkrası, murisin tasarruf imkânına sahip olupda tasarruf etmediği mülk gayrimenkulleri, tasarruf imkânına sahip olmadığı miri yahut vakıf mallar gibi fark yapmaksızın, Osmanlı Kanununa tâbi kılıyor.

Biz vasiyet bırakmadan ölmüş olan yabancı'nın gayrimenkule müteallik mirasının, gayrimenkullerin çeşitli gurupları arasında fark yapmaksızın Osmanlı Kanuna uygun olarak tanzim edilmesi gerektiğini savunan birinci sistemi kabul ediyoruz. Şu halde İslâm Miras Hukukunun ve konuyu tanzim eden -yukarda incelenmiş olan- hususi kanunların hükümlerine göre intikal derecesini tesbit, mirasçıları tayin ve her mirasçıya intikal edecek olan hisseyi belirtmek yetkisi Osmanlı Kanununa aittir.

Vasiyet bırakmadan ölmüş olan yabancı'nın gayrimenkule taallük eden mirasını tanzim etmek Osmanlı Kanununa ait ise de, ahkâmı şahsiye meselelerinin tamamen kanunun şumulü dışında kalmasının yanlış olmadığına da işaret edelim. Böylece bir Yabancıya yahut onun mirasçılara taallük eden ahvali şahsiye meseleleri; evlenme, nesep vs.. müteveffanın şahsi kanununca tanzim edilir. Ve gayrimenkule taallük eden bir miras bahse konu olduğu zaman bile, mutlak olarak Osmanlı Mahkemelerinin kazası dışında kalır. Binnetice gayrimenkul maliki bir yabancı'nın ölümünde, Osmanlı Makamları, ancak murisin tâbi olduğu Yabancı makamların mirasçı olarak kabul ettiği şahısları mirasçı olarak tanımalıdır. Meselâ, muris kendi milli kanununa göre meşru mirasçı olmayan bir çocuk bıraksa, Osmanlı Mahkemeleri bu çocuğun Osmanlı Kanunu gereğince meşru mirasçı olduğunu kabul ve mirasdan ona herhangi bir hisse veremez.

#### IV — Bir Yabancıya Ait Olan Gayrimenkullerin Cebri İcra ile Satışı :

Burada Yabancılara ait gayrimenkullerin cebri icra ile satışına taallük eden bazı hususi kaideler, özellikle görev ve usul noktai nazarından bahis konusu edilecektir. Cebri icra ile satıştan bahseden 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun 3. maddesi şöyle diyor: «Emlâke mutasarrıf bir yabancıнын iflâsı halinde, sendikleri yani tasfiye memurları, müflisin uhdei tasarrufunda olup mahiyeten ve nizama mutasarrıfın duynuna karşılık olması mücaz olan emlâkin satılması için Hükümet ve Mehakim-i Devlet-i Âliyye müracaat edecektir. Ve bir ecnebi, mutasarrıfı emlâk olan bir ecnebi aleyhine emlâkten maada bir maddeden dolayı davası olupda kançilyası hükmü ile davasını kazandığı halde dahi bu hüküm, mahkûm olan ecnebinin ifayı deynine salih olan emlâkinin satılmasını istilzam eyledikde, kezalik Hükümet ve Mehakim-i Devlet-i Âliyye müracaat olunarak satılması daini tarafından iddia ve talep olunan emlâkinin deynine bedel satılması nizame mücaz olan sınıftan olup olmadığı evvel emirde Mehakim ve Hükümet-i Osmaniye tarafından badet tahkik icra olunacaktır.»

Bilindiği gibi Türkiye'deki bir Yabancı tüccarın iflâsına ve tasfiyeye, tüccarın tâbi olduğu Konsolosluk Mahkemesince karar verilir. Bundan başka, ister aynı ister ayrı tâbiyetten olsunlar Yabancılar arasındaki ihtilâflar, gayrimenkul konusu hariç, Yabancı Konsolosluk Mahkemeleri tarafından hükme bağlanır. Oysa Türkiye'de gayrimenkul sahibi olan Yabancıнын iflasına kendi Konsolosluk Mahkemesince karar verildiği yahut bir Yabancı, Konsolosluk Mahkemesi tarafından verilmiş bir kararı, borçlusunun gayrimenkulleri üzerinde icra etmek istediği zaman, iflâs masası yahut alacaklı, satışı istenen gayrimenkulün bulunduğu yerdeki Osmanlı Mahkemesine müracaat etmelidir. Bu mahkeme önce muhtelif gayrimenkul guruplarına göre cebri satışa hükmetmenin caiz olup olmadığını tahkik eder; ezcümle miri ve vakıf topraklar, istisnalar hariç, borçlunun sağlığında borçlarının ödenmesine tahsis edilebilir. Bu meselenin incelenmesinden sonra, gayrimenkulün cebri icra ile satılıp satılamıyacağına karar verir. Bununla beraber, bazı Konsolosluk Mahkemeleri, bir ilâmı bir gayrimenkul üzerinde icra etmek gerektiği zaman görevsiz olduğuna karar verecek yerde, bizzat satışı emrediyor ve satış formalitelerini yerine getirmiş olmak gayesiyle tarafları Osmanlı Mahkemelerine göndermekle iktifa ediyor. Bu karar 3. maddenin me-

nine aykırıdır; bu maddeye göre bir gayrimenkulün mahiyeti icabı satılıp satılmıyacağına karar vermek yetkisi münhasıran Osmanlı Mahkemelerine aittir. Bu konuda İstanbul'daki Fransız Konsolosluk Mahkemesinin 12 Aralık 1902 Tarihinde verdiği ve bir gayrimenkulün satışına taallük eden kararı zikrederim:

«O. F. (Osmanlı Tebaası), Muhtelit Ticaret Mahkemesi tarafından muris aleyhine verilmiş 22 Temmuz 1897 Tarihli Bir karar mucibince M. terekesinden alacaklı olduğu; bahis konusu karar icra edilmeyince, O. F., tasfiye ve terekenin taksimini ve hususiyle yarısı F. e ait M. terekesine dahil biriket fabrikasının satışını istediği; tasfiye memuru B. nin, O. F. nin talebini kabul ve taksim istemini isaf ettiği; Code Civil'in 815. maddesine göre, hiç bir şerikin iştirake devama mecbur olmadığı ve 2205. maddesince alacaklıların taksimi istemek hakkına sahip olduğu; O. F. nin talebinin hukuken kabule şayan olup ve taksimi emretmek gerektiği; fakat Türkiye'de kâin gayrimenkullerin Osmanlı Kanunu tarafından idare edilip satış formalitelerinin Fransız Konsolosluk Mahkemesince yerine getirilemeyeceği; hususiyle ihale bedelini tesbit edemeyeceği gibi müzayedelerin huzurunda yapılmasını emredemeyeceğinden tarafları tâbi oldukları mahkemeye göndermek gerektiği cihetle, M terekesinin taksimine, F. adına kayıtlı ve yarısı M. terekesine ait olan biriket fabrikasının satışına, tarafların, satışa ilişkin formalitelerin yerine getirilmesi için tâbi oldukları makamlara gönderilmesine karar verildi.»

Bu karar iki noktai nazardan kabili tenkittir. İlk olarak Konsolosluk Mahkemelerinin, eski anlaşmalara göre, Türkiye'de ölmüş Yabancıların menkule taallük eden mirasları ile ilgili bütün hususlarda münhasıran görevli olduğu ve ihtilâf halinde, bir Yabancı'nın mirasçısı olan Osmanlıların bu mahkemelerin kazasına tâbi olduğu doğruysa, bu mahkemelerin görevinin; yabancı'nın mirasçı ile mirasçı sıfatıyla hareket etmeyen fakat bahis konusu halde terekenin alacaklısı sıfatıyla hareket eden Osmanlı Tebaası arasında ortaya çıkan ihtilâflara teşmil edilememesi daha az doğru değildir. Osmanlı Tebaasından olan alacaklı'nın terekeye karşı talebi, Ticaret Mahkemesinin görevini tâbi olan muhtelit bir dava teşkil eder. Fakat bizi daha çok ilgilendiren ikinci tenkide geçelim: Bahis konusu dava ister bir taksim davası gibi kabul edilsin, isterse terekeye dahil bir gayrimenkul üzerinde bir ilâmın icrası talebi olarak sayılsın, iki ihtimalde de Konsolosluk Mahkemesi görevsizdir. Bir gayrimenkulün taksimi davası, Konsolosluk



Mahkemelerinin görevi dışındadır. Bir borcun ödenmesi için bir gayrimenkulün cebri icra ile satışına gelince, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanununun 3. maddesi, buna ancak Osmanlı Mahkemesi tarafından hükmedilebileceğini sarih bir şekilde şart koşmaktadır. Bu kaide, burada olduğu gibi bilhassa bir gayrimenkulün cebri icra ile satışının, borçlunun ölümünden sonra istenmesi halinde ehemmiyet kazanır; gayrimenkulün satışının caiz olup olmadığına Osmanlı Mahkemesi karar verir. Diğer taraftan vasiyetname bırakmadan ölen Yabancı'nın gayrimenkule taallük eden mirasının Konsolosluk Mahkemelerinin görevi dışına çıktığı yukarıda görülmüştü.

7 Sefer 1284 Tarihli Kanununun 3. maddesi, Yabancı alacaklının borçlusuna ait olan gayrimenkulün haczi ve satışını Osmanlı Mahkemelerinden istemesi için takip edilmesi gereken usulü tanzim etmemiştir. Fakat bu usul, Adliye Nezaretinin 7 Şaban 1315 Tarihli bir Tamiminde tanzim edilmiştir. (Nisan 1314, Ceride- Mehakim No. 441, Sh. 4875) Bu tamim, bir Yabancıya ait olan gayrimenkuller üzerinde Konsolosluk Mahkemesince verilmiş bir kararın icra ettirmek isteyen diğer bir yabancı'nın, Osmanlı Mahkemesinde yeni bir dava açmak ihtiyacında olmadığını kabul etmektedir. Bu Yabancı'nın, icra dairesi başkanı olmak sıfatıyla mahkeme başkanına müracaatı kâfidir; ilâmı icraya koymak isteyen Yabancı, bir dilekçe ile mahkeme başkanından gayrimenkulün haczini ve satışını ister. Bundan başka icrası istenen kararın kesinleşmiş ve icra edilebilir olduğuna dair Yabancı'nın tâbi olduğu konsolos tarafından verilmiş olan tkriri muhtevi tasdik edilmiş Türkçe tercümesini dilekçesine eklemelidir. Başkan durumu inceler, cebri icra ile satış konusunda konmuş olan formaliteleri tetkik eder; gerekiyorsa gayrimenkulün cebri icra ile satışını emreder.

#### V — 7 Sefer 1284 Tarihli Kanuna Ek Protokol :

Gayrimenkul mülkiyetinin istimali bakımından Yabancıların tâbi olduğu şart, 7 sefer 1284 Tarihli Kanununun 5. maddesi tarafından sarih bir şekilde şöyle ifade edilmektedir. «Her Yabancı Tebaa, tâbi olduğu devletin Babı - Âli tarafından mülkiyet hakkının istimali için teklif edilen düzeltimlere katılmasından sonra bu kanundan istifade edecektir.» (1). Bu düzeltimler, Babı - Âli ve Fransa

(1) Maddenin Türkçe metni şöyledir : «Her bir ecnebi, istimali mülk hakkında icra için Tarafı - Devlet-i Âliyeden teklif olunan sureti tanzimiye, mensup olduğu devletler tarafından muvafakat bulunduğu gibi işbu Kanunname ahkâmı fevaidinden istifade edecektir.»

arasında münakaşa ve kabul edilmiş olan, Kanuna Ek Protokolün mevzuunu teşkil eder. Protokolün aşağıdaki pasajı, İmparatorluk hükümetini 7 sefer 1284 Tarihli Kanunun tatbik mevkiine konulması mevzuunda Yabancı Devletlerle bir anlaşmaya götüren sebepleri şöyle izah etmektedir: «Mülkiyet hakkının istimali, Yabancıları büyük ölçüde Osmanlı Toprakları üzerinde yerleşmeye zorladığından, İmparatorluk Hükümeti, bazı mahallerde bu kanunun uygulanmasının sebep olabileceği güçlükleri evvelden görmek ve önlemek ödevine inanıyor.»

Gerçekten Protokol, Yabancılara eski anlaşmalar tarafından verilmiş imtiyaz (muafiyetler) konusunda aşağıda zikredilmiş olan tahditleri ihtiva etmektedir. İmparatorluk Hükümeti, 7 sefer 1284 Tarihli Kanun mucibince Türkiye'de gayrimenkul edinme hakkına sahip olan Yabancıların, köylerde gayrimenkul iktisap edebileceklerini ve şehirden uzakta, hiç bir konsolosluk ikametgâhının bulunmadığı mahallerde yerleşebileceklerini kabul etmektedir. Bu, çoğu zaman Osmanlı Adli Makamlarının hareketini köstekleyebiliyordu. Protokolün muhtevasını izah etmeden önce, Fransa'dan sonra Protokola iltihak eden devletleri sayalım. Bu devletler şunlardı: Almanya, İngiltere, Avusturya - Macaristan, Amerika Birleşik Devletleri, Yunanistan, Belçika, Danimarka, İspanya, Hollanda, İran, Portekiz, Rusya, İsveç. Şu halde bütün bu devletlerin tebaası, İmparatorlukda gayrimenkul iktisap edebilir. Buna karşılık Protokola katılmamış olan yabancı devletlerin tebaası İmparatorlukda hiç bir veçhile gayrimenkul iktisap edemez. Adı geçen Protokola katılmamış olan devlet tebaası, Türkiye'de gayrimenkul sahibi olan akrabalarına — bunlar yabancı tebaadan olsa bile — tevarüs edemezler. Meselâ, Türkiye'de gayrimenkullere sahip olan bir Avusturyalı, Romen Tâbiyetindeki oğlunu bırakarak ölse, bu oğul, Romanya Protokola katılmadığı için babasının gayrimenkullerini miras yolu ile iktisap edemez.

Bununla beraber, özellikle Romanya, Sırbistan ve Karadağ Prenslığı hakkında önemli bir ayırım yapmak gerekir. Bu üç devletin tebaasından olan bazı kimseler, Berlin Barışından önce Türkiye'de gayrimenkuller iktisap etmişlerdi; bu devletler adı geçen Protokola katılmadığı için, tebaasından olan kimselerin Berlin Barışından önce Türkiye'de iktisap ettikleri gayrimenkullere ilişkin olarak ne yapmak gerektiği hususu ortaya çıktı. Malikleri 7 sefer 1284 Tarihli Kanundan istifade edemedikleri için bu gayrimenkullerin devlet lehine mahlul olması kabul edilebilir mi? Bu mesele 7 Şubat 1306 Tarihinde Kadastro Nezaretinin bir tamimi ile yetki-

li makamlara bildirilen Şûrayı Devlet Kararında halledilmiştir. Bu karara göre, Sırp, Rumen, Karadağlılar tarafından Berlin Barışının inikadından evvel iktisap edilmiş gayrimenkuller, İmparatorluk Hükümetinin müsadresiyle yabancı bir tâbiyete geçmiş olan Osmanlı Tebaasının gayrimenkulleri ile aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Binnetice adı geçen devletlerin tebaasına ait olan gayrimenkuller mahlûl gibi telâkki edilmez; maliklerinin yedinde kalır; bununla beraber bahis konusu üç devlet, Berlin Barışından sonra 7 Sefer 1284 Tarihli Kanuna Ek Protokola katılmadıkları için tebaalarından olan şahıslar Türkiye'de gayrimenkul iktisap etmek hakkından mahrum olmuşlardır. Bu sebeble adı geçen üç devletin tebaasından olupda Berlin Barışından önce Türkiye'de gayrimenkul iktisap etmiş olan bir şahıs, adı geçen protokola katılmış olan devletlerden birinin tâbiyetini haiz olan bir mirasçı bırakmadan ölmüşse, gayrimenkulleri mahlul olur ve aynı tâbiyetten olan akrabalarına intikal etmez.

Şimdi bize Protokolun muhtevasını izah etmek kalıyor. Fakat ihtiva ettiği düzeltimlerin arazi hukuku bakımından büyük önem taşımadığına işaret etmek gerekir. Çünkü yalnızca kapitülasyonlar mucibince kabul edilmiş ve bazı tahditlere uğramış olan muafiyetlere taallük etmektedir. Bu sebeble adı geçen tahditler hakkında yeterli bilgi veren pasajları buraya aynen almakla iktifa edeceğiz. «Konsolosluk memurunun ikâmetgâhından yaya olarak 9 saat yahut 9 saatten fazla uzaklarda olan mahallerde toplum zabıtasına mensup memurlar, mahalli makamın talebi üzerine ve köy ihtiyar meclisinden üç azanın huzuru ile, konsolosluk memuru bulunmaksızın bir yabancının evine girebileceklerdir; fakat bu sadece acil hallerde; adam öldürme adam öldürmeye teşebbüs, yangın, silâhla yahut kırmak suretiyle yahut meskun bir evde geceleyin hırsızlık, silâhlı isyan, sahte para basma suçlarının tahkik ve tesbiti için yapılabilir, ve suç, ister Yabancı ister bir Osmanlı Tebaası tarafından, Yabancının ikametgâhında yahut bu ikametgâh dışında isterse başka herhangi bir mahalde işlenmiş olsun.»

Protokol tarafından konmuş olan ikinci tahdit, şehirlerden uzak mahallerde Yabancıların tâbi olduğu Osmanlı Makamlarının yargı yetkisine taallük eder. Protokol bu hususda şöyle diyor : «Konsolosluk memurunun ikametgâhından 9 saatlik uzakta olan mahallerde ve Vilayet Adli Teşkilâtı Hakkındaki Kanunun tatbik edileceği yerlerde Yabancı Tebaa, 1000 akçeyi aşmayan ihtilaflar için olduğu kadar, azami 500 akçelik para cezasını mucip olan ka-

bahat davalarında sulh hakimliği vazifesini ifa eden ihtiyarlar meclisi ve kaza merkezinde bulunan mahkeme tarafından konsolosluk temsilcisi hazır bulunmaksızın yargılanacaklardır.»

Nihayet Protokolün getirdiği bir üçüncü tahdit şudur : «Yabancı tebaadan olan kimseler, hangi mahalde olursa olsun ihtiyar heyetinin ve kaza mahkemelerinin görevini aşmayan ihtilâflar için konsolosun huzuruna ihtiyaç bulunmaksızın yargılanabilir kılındılar; şu kadarki konsolosun yahut temsilcisinin huzuru ile sancak mahkemesinde davanın istinafen tetkik edilip hükme bağlanması hali bundan müstesnadır. Bununla beraber konsolos hazır bulunmaksızın yargılanacak olan Yabancı tebaa, usuli muamelelere başlanmadan önce rızasını yazılı olarak beyan etmiş olmalıdır. Bütün bu tahditlerin, mevzuu gayrimenkul mülkiyeti olan davalara taallük etmediği tâbiidir; bunlar kanunun koyduğu şartlar içinde uygulanır.»