

Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilden Önce Kazanıldığı Durumlar

Eşref Can GÜRBÜZ*

* Avukat, Ankara Barosu. (esrefcangurbuz@gmail.com)

ORCID: 0000-0002-8372-5909.

GİRİŞ

Bir malın belirli kişi ya da kişilere ait olması ve söz konusu mal üzerindeki hâkimiyetin bu kişi ya da kişilere bahşedilmesi gerektiğine ilişkin anlayış, tarihsel süreç içerisinde özel mülkiyeti doğurmuş ve mülkiyet konusunu oluşturabilecek şeylerin “birilerine aidiyeti” anlayışı gelişmiştir. Zamanla bir hak olarak kabul edilmeye başlayan mülkiyetin başkaları tarafından yapılan ihlallere karşı korunması gerektiği kabul edilmiş ve Anayasa başta olmak üzere temel normlarda mülkiyeti koruyucu düzenlemeler yapılmıştır.

Dünyadaki hukuk düzenleri tarafından kabul görmüş genel anlayış, zaman içerisinde Türk hukukunda da kendisini göstermiş ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı koruma altına alınarak herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkı, temelde dokunulmaz ve kutsal kabul edilse de diğer haklar gibi sınırsız ve mutlak sayılmamış, hakkın toplum yararına aykırı olamayacağı ve kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

Hakkın konusunu oluşturan şeyin türüne göre “Taşınır Mülkiyeti” ve “Taşınmaz Mülkiyeti” şeklinde tasnife tabi tutulabilen mülkiyet hakkının kazanılması, kaybedilmesi ve kapsamı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Bu makalede, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı durumlardan anlatılmış olup bu durumlara ilişkin detaylı açıklamalarda bulunulmuştur.

I. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

Mülkiyet hakkı; hukuk düzeni tarafından, hak sahibine, şey üzerinde kurulmasına izin verilen ve hukuki niteliği itibariyle en geniş ve en kapsamlı yetkileri tanıyan bir ayni haktır.^[1] Her ne kadar mülkiyet hakkı, malik olan kimseye, şey üzerinde en geniş ve kapsamlı yetkileri tanımakta ise de bu yetkilerin sınırsız bir şekilde kullanımına izin verilmemiş; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683/1 maddesinde de ifade edildiği üzere, malik tarafından bu yetkilerin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kullanılabilmesi kabul edilmiştir.^[2]

Mülkiyet hakkı, hakkın konusu şeyin türüne göre “Taşınır Mülkiyeti” ve “Taşınmaz Mülkiyeti” olmak üzere ikiye ayrılmakta olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704-761. maddeleri arasında “Taşınmaz Mülkiyeti”, 762-778. maddeleri arasında ise “Taşınır Mülkiyeti” düzenlenmiştir.

Mülkiyetin kazanılması konusunda çeşitli tasnifler yapılmış olmakla birlikte taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında yapılan en önemli tasniflerden birisi, “Tescille Kazanma – Tescilsiz (Tescilden Önce) Kazanma” ayrımıdır.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, kural olarak, tapu siciline yapılacak tescille mümkün olmaktadır. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 705/1 maddesinde, “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*” denilmek suretiyle taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescilin kurucu bir etkiye sahip olduğuna işaret edilmiştir. Hakeza “*Aynî haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır.*” hükmünü havi 4721 sayılı Kanun'un 1022/1 maddesinde de aynı hususa işaret edilmiştir. Aynı Kanun'un 716. maddesinde de taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiş olup burada

[1] Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 4; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2018), 274.

[2] 19. yy'a kadar mutlak ve sınırsız bir hak olarak görülen mülkiyet hakkının, özellikle 20. yy'da mutlak ve sınırsız bir hak olduğuna ilişkin anlayıştan yavaş yavaş vazgeçilmiş ve zaman içerisinde bünyesinde bazı ödevler ve sınırlamalar barındıran bir sosyal hak olduğu anlayışı kabul görmeye başlamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Suat Şimsek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 91, (2010), 181-228.

öngörülen şekil, ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır.^[3] 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26/1 maddesine göre ise mülkiyetin devrini amaçlayan bu sözleşmeler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilecektir. Tapu dışında yapılan satışlar ise “Harici Satışlar” olarak adlandırılmakta olup bu tür satışlarda mülkiyet hakkının devredilmesi mümkün olmayacaktır.^[4]

Tescilsiz (tescilden önce) kazanma halleri ise, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılabileceği kuralının istisnalarını teşkil etmektedir.^[5] Bu tür

[3] Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 186.

[4] Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: BETA Yayıncılık, 2008), 429; Turan Çınar, *Tapu İptali ve Tescilli Davaları*, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2008), 44.

[5] Kemal Tahir Gürsoy, *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), 242; Yargıtay 14. HD., E. 2016/9709, K. 2017/3104, T. 17/04/2017: “Türk Hukukunda tescil ilkesi mutlak değildir. Bazı hukuki sebeplerin varlığı halinde tescil yapılmadan önce de taşınmaz mülkiyeti devredilmiş ve kazanılmış olur. Ancak, tescil prensibinin istisnasından söz edebilmek için bu istisnanın mutlaka kanun tarafından öngörülmüş olması gerekir. Taşınmaz mülkiyetinin tescile dayanmayan kazanımı hallerinin neler olduğu, TMK'nın 705/2. maddesi ile aynı Kanununun 54, 105 ve 599 maddelerinde, kısmen de mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesinde gösterilmiştir. TMK'nın 705/2. maddesi gereğince; “Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.” Türk Medeni Kanununun 705/1 maddesi gereğince miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hallerinde mülkiyet, tescilden önce kazanılır. Bu durumda taşınmaz, tescil ya da şerh edilmiş olan bütün yükleriyle birlikte yeni malike geçer. İyiniyetli olması şartıyla tescilsiz kazanımda bulunan kişiye karşı, kütükten anlaşılmayan bir hak ileri sürülemez, yani TMK m.1023 hükmü bu kişi hakkında da uygulanır. Mülkiyeti tescilsiz olarak kazanan kişi, tescilden önce de bir malikin sahip olduğu bütün hak ve yetkilerden yararlanır fakat bu hak ve yetkiler mülkiyet hakkı tapuya tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, çünkü henüz açıklık kazanmış değildir. Bu sebeptendir ki bu kişinin, tescilsiz kazanmış olduğu mülkiyet hakkını vakit geçirmeden hemen tescil ettirmesinde büyük yarar vardır. Sonradan yapılan tescilin sadece bildirici mahiyeti vardır (Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku, Aynî Haklar, İkinci Kitap, Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.121-122*). Bununla birlikte, tescile dayanmayan kazanımlarda tescil yapılmadığı sürece tasarruf işlemleri yapılamaz, çünkü taşınmazı tescilsiz iktisap eden kişi, tapu kütüğünde malik olarak gözükmemektedir. Nitekim bu husus Türk

durumlarda malik, bir taşınmazın mülkiyetini tapu siciline yapılacak tescilden önce kazanmaktadır. Tescilden önce taşınmaz mülkiyetinin kazanıldığı hallerinin neler olduğu, 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinde sayılmış olmakla birlikte bu durumlar, maddede belirtilenle sınırlı değildir. Nitekim Kanun maddesinde, "... ile kanunda öngörülen diğer hallerde ..." denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Bununla birlikte bir durumun tescille kazanmanın istisnası olarak kabul edilebilmesi için, bu istisnanın kanunda öngörülmüş olması şarttır.^[6] Bu nedenle, taşınmaz mülkiyetinin tescilden kazanılabileceği kanunlarda ifade edilen bu durumlar tahdidi nitelikte olup bunların yorum yoluyla örnek verilerek çoğaltılması ve böylece kanunlarda açıkça düzenlenmeyen durumlarda da taşınmaz mülkiyetinin kazanılabileceğinin kabul edilmesi söz konusu değildir.^[7]

Tescilden önce yapılacak olan kazandırmalarda, her ne kadar hakkın kazanılması için tescil kurucu nitelikte olmasa da mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkilerinin kullanılabilmesi için tapu siciline tescil şart koşulmuştur. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinin ikinci cümlesinde, "*Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.*" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Tescili isteme yetkisi ise Kanun gereği aynı hakkı tapu dışında tescilsiz olarak kazanmış kişiye ait olacaktır.^[8] Söz konusu tescil işlemi yapılan kadarki süreçte ise mevcut tapu sicili hak durumu itibariyle doğruyu yansıtmayacağı için mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı an ile sicile yapılan tescil arasındaki dönemde "yolsuz tescil" durumu söz konusu olacaktır.

Medeni Kanununun 705/2. maddesinde "ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır" şeklinde ifade edilmiştir." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[6] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 404; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 303.

[7] Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991), 475.

[8] Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: BETA Yayıncılık, 2009), 297.

Önemle ifade etmek gerekir ki, tescilden önce yapılan kazandırmalarda tapu siciline yapılacak tescil, kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[9] Nitekim bu durumlarda malik, taşınmazın mülkiyetini, tapu siciline yapılacak tescilden önce zaten kazanmıştır; sadece, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkilerinin kullanılabilmesi için hakkın tescilden önce kazanılmış olduğunun tescil edilmesi gerekmektedir. Tescilden önce yapılan kazandırmalarda da malik, tasarruf yetkisi dışında, mülkiyet hakkının bahsettiği diğer hak ve yetkilere sahip olmaktadır.^[10] Bu nedenle açıklayıcı (bildirici) tescil yapılmadan önce, her nasıl olmuşa, mülkiyet hakkını tescilden önce kazanmış malikin yapmış olduğu tasarruf işlemleri geçerli kabul edilecektir.^[11] Hakeza taşınmazın mülkiyetini tescil öncesinde kazanmış olan malik, tapu sicilinde değişiklik yapılmasını gerektirmeyen diğer iş ve işlemleri (müdahalenin meni davası açmak, taşınmazı kiraya vermek gibi) de yapabilecektir.^[12]

Tescilden önceki kazanımlarda tapu siciline yapılacak olan tescilin bir diğer fonksiyonu da aleniyettir. Nitekim böyle bir durumda tescil, taşınmazın mülkiyetini tapu siciline yapılacak tescilden önce kazanmış ve böylece mülkiyet hakkının tanıdığı hak ve yetkileri kullanabilecek durumda bulunan malikin sicilde de hak sahibi olarak görünmesini sağlayarak 4721 sayılı TMK'nin 1023. maddesi uyarınca iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanımlarına engel olacaktır.^[13] Hukuk düzenimiz, söz konusu tescil işlemi yapılmadan önceki bir dönemde iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından, tapu sicilindeki mevcut tescile güvenerek aynı hakkın kazanılmış olması durumunda, iyi niyetli üçüncü kişinin kazanımına üstünlük tanımakta ve mülkiyeti tescilden önce

[9] Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 267; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 344; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 485.

[10] Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 198; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 405.

[11] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 344; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 304.

[12] Halil Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 960; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 254.

[13] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 245; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 344.

kazanmış olan malikin böyle bir durumda mülkiyet hakkını ileri sürmesini engellemektedir.^[14]

Bir taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanmış bulunan malikin, tapuda kendi adına tescil yaptırabilmesi için mahkeme kararı ibraz etmesine gerek yoktur. Bu tür durumlarda malik, kazanma sebebini ispat etmek suretiyle doğrudan doğruya tapu memurundan taşınmazın kendisi adına tescil etmesini talep edebilmektedir. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 716/2 maddesinde, “*Bir taşınmazın mülkiyetini işgal, miras, kamulaştırma, cebrî icra veya mahkeme kararına dayanarak kazanan kişi tescili doğrudan doğruya yaptırabilir.*” denilmek sureyle tescil öncesi kazanımlarda malikin doğrudan doğruya tescil isteyebileceği ifade edilmiştir.

II. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 705. MADDESİNDE SAYILAN DURUMLAR

A) MİRAS

4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinde düzenlenen taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerinden ilki mirastır. Miras, mirasbırakanın ölümüyle birlikte açılmakta ve hem kanuni hem de atanmış mirasçılar, terekedeki mevcut malları kendiliğinden (ayrıca bir irade beyanında bulunmalarına gerek kalmaksızın) kazanmaktadır.^[15] Gerçekten de Türk Miras Hukuku sistematüğinde mirasçılar, murisin vefatı sonrasında mirası kabul ettiklerine ilişkin ayrıca bir irade beyanında bulunmalarına gerek kalmaksızın terekedeki malvarlıklarının mülkiyetini iktisap etmektedir. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 599/1 maddesine göre, “*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.*” Böylece murisin vefatı sonrasında mirasçıların mirası kabul ve iktisap ettikleri kural, mirası reddetmiş oldukları ise istisnadır. Zira mirasçıların, murislerinden kendilerine intikal eden mirası reddetmiş sayılmaları için 4721 sayılı TMK'nin 606 vd. maddeleri uyarınca süresi içerisinde ret iradelerini ortaya koymaları (mirasın gerçek reddi) ya da aynı Kanun'un 605/2 maddesi uyarınca ölümü

[14] Gürsoy, *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*, 244.

[15] Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, (İstanbul: DER Yayınları, 2018), 342; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 497; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 198.

tarihinde mirasbırakanın ödemedi aciz halde bulunduğunu ispat etmeleri (mirasın hükmen reddi) gerekmektedir.

Murisin vefatı ile terekedeki malvarlığının doğrudan kazanılması, terekede mevcut bulunan taşınmazlar için de geçerli bir ilkedir. Bu kapsamda mirasçılar, murislerinin vefatı sonrasında terekede mevcut bulunan taşınmaz malın mülkiyetini, tapu sicilinde kendi adlarına yapılacak tescilden önce kazanmaktadırlar.^[16] Ancak söz konusu kazanım, bozucu şarta bağlı bir kazanım niteliğindedir.^[17] Buradaki bozucu şart ise mirasçılarının, mirası ret haklarının devam ettiği süre içerisinde mirası reddettiklerine ilişkin iradelerini ortaya koymalarıdır. Nitekim murisin vefatı ile terekedeki malların mülkiyetini kazanan mirasçılar mirası reddettiklerinde, terekedeki malların mülkiyetini geçmişe etkili olmak üzere kazanmamış sayılacaklardır.

Her ne kadar murisin vefatı sonrasında mirasçılar, terekedeki taşınmazların mülkiyetini tescilden önce ve devren kazanmış olsalar da taşınmaza ilişkin tasarruf işlemlerinde bulunabilmeleri için yine de tapu siciline tescil işlemini sağlamaları şarttır. Tescili talep eden mirasçılarının, mirasçılık sıfatlarını ve başkaca mirasçı bulunmadığını ispat etmeleri gerekmektedir.^[18]

Murisin tek bir mirasçısı var ise, terekedeki malvarlıkların mülkiyeti doğrudan doğruya bu mirasçıya geçmektedir. Böyle bir durumda mirasçı, doğrudan doğruya tescili talep edebilmekle birlikte tapu siciline yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik taşıyacaktır. Buna karşılık murisin birden fazla mirasçısı bulunuyor ise tescilden önce kazanım, miras ortaklığı için söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, 4721 sayılı TMK'nin 640/2 maddesi uyarınca miras ortaklığı çerçevesinde terekedeki malvarlıklarına elbirliğiyle malik bulunan mirasçılar açısından şahsi kazanım, miras ortaklığının sona ermesiyle gerçekleşecektir. Miras ortaklığının tescilden önceki kazanımı sonrasında her bir mirasçı adına yapılacak olan

[16] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2007), 246; Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 447; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 482.

[17] Imre ve Erman, *Miras Hukuku*, 342; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 369.

[18] Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 961; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 198.

tescil ise açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelik taşıyacak olup bu tescilin bütün mirasçılar tarafından talep edilmesi gerekecektir.^[19]

Miras yoluyla taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması, külli halefiyet prensibinin bir sonucu olduğu için sadece yasal ve atanmış mirasçılar için geçerli olacaktır. Buna karşılık vasiyet alacaklıları (musalehler), murisin vefatı ile kendilerine bırakılan taşınmazın mülkiyetini doğrudan iktisap edememekte; sadece taşınmazın kendileri adına tescilinin talep edilebilmesi hususunda nispi bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Böylece vasiyet alacaklısının kendisine vasiyet olunan taşınmazın mülkiyetini kazanabilmesi için tescili talep etmesi ve tapu sicilinde kendisi adına tescilin yapılmış olması gerekmektedir.^[20] Bu durumda da tapu siciline yapılacak olan tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır.

4721 sayılı TMK'nin 600/1 maddesi uyarınca vasiyet alacaklısı, tescili, varsa vasiyeti yerine getirme görevlisinden; yoksa yasal veya atanmış mirasçılardan isteyecektir.^[21] Vasiyet alacaklısının tapuda kendisi adına tescilin yapılmasını isteme hakkı sicil dışı aynı hakka değil, kişisel hakka dayalı olduğu için tescil isteminin yerine getirilmemesi durumunda 4721 sayılı TMK'nin 1025. maddesi uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası değil, aynı Kanun'un 716. maddesi uyarınca tescile zorlama davası açabilecektir. Vasiyet alacaklısının mülkiyet hakkını mahkeme kararı ile kazanmış olduğu böyle bir durumda da tapu siciline yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[22]

[19] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 406; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 247; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 268.

[20] Imre ve Erman, *Miras Hukuku*, 342; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 379; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 199.

[21] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 268; Yargıtay 2. HD., E. 2000/4961, K. 2000/ 5626, T. 01/05/2000: "Medeni Yasanın 541. maddesi gereğince vasiyet lehtarını mirasçılardan menkullerin teslimini, gayrimenkullerin de adına tescilini dava ile isteyebilir." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[22] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 248; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 500.

B) MAHKEME KARARI

4721 sayılı TMK kapsamında taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı ikinci durum, mahkeme kararına dayalı kazanımlardır. Bir taşınmazın mülkiyetinin mahkeme kararı ile tescilden önce kazanıldığından bahsedilebilmesi için, geleceğe etkili hüküm ve sonuç doğuran kazanıma konu mahkeme kararının hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran (inşai) bir karar olması ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir.^[23] Böylece yenilik doğuran (inşai) nitelikte olmayan mahkeme kararlarına dayanılarak taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılmış olduğu ileri sürülemeyecektir.

Tek taraflı bir irade açıklamasıyla yeni bir hukuki durum yaratan veya mevcut bir hukuki durumda değişiklik yapan yahut mevcut bir hukuki durumu ortadan kaldıran ve böylece bir başkasının hukuki durumunu, o kişinin ayrıca bir irade beyanında bulunmasına gerek kalmaksızın etkileyebilen haklar olarak tanımlayabileceğimiz yenilik doğuran hakların kullanılabilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için, kural olarak, hak sahibinin irade beyanı yeterli olup ayrıca dava açmaya gerek yoktur.^[24] Bununla birlikte bazı hallerde yenilik doğuran hakların kullanılması ve hukuki anlamda bir sonuç doğurabilmesi için hak sahibinin irade beyanı yeterli görülmemiş; açılacak dava neticesinde mahkeme tarafından verilecek olan hükme ihtiyaç duyulacağı kabul edilmiştir.^[25]

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 108. maddesinde düzenlenmiş bulunan inşai dava, aynı maddenin ikinci fıkrasında da ifade edildiği üzere^[26], bir yenilik doğuran hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu

[23] Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 305; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 408; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 252; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, s. 962; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200.

[24] Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1979), 57; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 65.

[25] Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 254.

[26] 6100 sayılı HMK m.108/2: "Bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşai dava açılır."

olduğu hâllerde açılan bir dava türüdür. Bu tür davalarda, davaya konu yenilik hakkın hukuki sonuçları, ancak mahkeme kararı ile doğmaktadır. Mahkemenin, davanın kabulüne ilişkin kararı inşai hüküm niteliğinde olup hükmün sonuçlarını doğurabilmesi için kesinleşmesi yeterlidir; ayrıca icra edilmesine gerek yoktur.^[27]

4721 sayılı TMK'nin 1013/1 maddesine göre tapu siciline tescil yapılabilmesi için, kural olarak, taşınmaz malikinin yazılı beyanda bulunması şarttır. Böylece hukuken geçerli bir borçlandırıcı işlemle, taşınmazın mülkiyetini devir borcu altına girmiş olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine alacaklı adına tescil işlemi yapılabilecektir. Kural bu olmakla birlikte aynı Kanun'un 1013/2 maddesi ile taşınmaz mülkiyetini devir borcu altına giren taşınmaz malikinin yazılı beyanda bulunmaktan kaçınması ihtimaline karşın alacaklılara bir güvence getirilmiştir. Buna göre alacaklı, kesinleşmiş mahkeme ilamı ibraz etmesi durumunda, taşınmaz maliki tarafından yazılı beyanda bulunulmasa dahi taşınmaz mülkiyetinin kendisi adına tescil edilebilmesini isteyebilecektir. Böyle bir durumda açılacak olan dava, aynı Kanun'un 716. maddesinde düzenlenmiş bulunan "Tescile Zorlama" davasıdır.^[28]

Tescile zorlama davasında davacı, davalı taşınmaz maliki ile aralarında hukuken geçerli ve mülkiyetin devir borcunu doğuran bir sözleşme (satış, bağış, taşınmaz satış vaadi, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi gibi) veya alım, önalım, geri alım gibi bir yenilik doğuran hakka sahip bulunduğunu ve davalının haksız bir şekilde taşınmazın kendisi adına tescilini istemeye ilişkin edimini ifa etmediğini ispat edecek olup taşınmaz mülkiyetinin kendisine aidiyetine karar verilmesini mahkemeden talep edecektir.^[29] Ancak, bu davanın borçlu taşınmaz malikine karşı açılabilmesi için davanın açıldığı tarihte davalının taşınmazın maliki olması şarttır. Eğer davalı, dava açılmadan önce taşınmazın mülkiyetini devretmiş ise kendisine veya davanın açıldığı tarihte malik olarak gözüken kişiye karşı tescile zorlama davası açılmayacaktır.^[30] Nitekim böyle bir durumda sicil dışı şahsi hak iddiasında bulunan davacı,

[27] Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanğası, *Medeni Usul Hukuku*, 304.

[28] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345.

[29] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 252; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 257.

[30] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 407; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345.

bu hakkını sadece borç ilişkisinin diğer tarafına karşı ileri sürebilecektir. Bununla birlikte, taşınmazın kendisi adına tescil edilmesine ilişkin şahsi hakka sahip olan alacaklı, uğramış olduğu zararları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 112 vd. hükümlerine göre borçludan isteyebilecektir.

Davacı, tescile zorlama davası sırasında 4721 sayılı Kanun'un 1010. maddesi çerçevesinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin tapu kütüğüne işlenmediği ve davalının taşınmazı üçüncü kişiye devrettiği bir ihtimalde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125/1 maddesi çerçevesinde taşınmazı devralan kişiye karşı davasını devam ettirebileceği gibi taşınmazı devreden kişiye karşı açmış olduğu tescile zorlama davasını tazminat davasına çevirerek ugradığı zararların tazminini talep edebilir. Tescile zorlama davasının, devralan malike karşı devam ettirilmesi durumunda devralan malik, 4721 sayılı Kanun'un 1023. maddesi çerçevesinde iyi niyetli ise dava reddedilecektir. Böyle bir ihtimalde davacı, tekrardan devreden malike karşı tazminat davası açarak ugradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilir. Tescile zorlama davası sırasında 4721 sayılı Kanun'un 1010. maddesi çerçevesinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin tapu kütüğüne işlenmesi durumunda ise bu şerh, üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldıracağı için şerh sonrasında taşınmazı devralan üçüncü kişilere karşı da tescile zorlama davasının devam ettirilmesi mümkün olacaktır.^[31]

Mahkeme tarafından tescile zorlama davasının kabulüne ilişkin karar, inşai bir karar olup hükmün kesinleşmesiyle birlikte davacı, taşınmaz mülkiyetini kazanmış olacaktır. Buna karşılık davalı taşınmaz malikinin, tescil talebinde bulunmaktan kaçınmasının haklı bir nedene dayandığını ispat ederek davanın reddini talep edebilmesi de her zaman mümkündür. Taşınmaz mülkiyetini mahkeme kararı ile tescilden önce iktisap eden kişi, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 20/1-e maddesi uyarınca kesinleşmiş mahkeme ilamını sunarak taşınmazın kendisi adına tescil edilmesini isteyebilir ki böyle bir durumda yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır. Tescile zorlama davası, hukuki niteliği itibariyle bir alacak davası olduğu için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi çerçevesinde, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Mahkeme tarafından verilen karara dayanarak yapılacak tescil istemi ise herhangi bir zamanaşımına tabi olmayacaktır; nitekim mahkeme kararı ile

[31] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 259.

mülkiyet kazanılacak olup aynı hakka dayanan işbu taleplerde zamanaşımı söz konusu olmayacaktır.^[32]

Paylı ya da elbirliğiyle mülkiyete konu taşınmazın paylaşımına ilişkin mahkeme kararı da 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesi anlamında taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile tescilden önce kazanıldığı durumlardan birisidir.^[33]

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin mahkeme huzurundaki sulh ve kabullerin de mülkiyetin tescilden önce kazanılması sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir.^[34] Nitekim mahkeme huzurundaki sulh ve kabuller, 2004 sayılı Kanun'un 38. maddesi dairesinde ilam niteliğindeki belgelerdendir. 6100 sayılı Kanun'un 408. maddesi uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmadığı için bir taşınmaz mülkiyetinin tahkim kararı ile kazanılması mümkün olamayacaktır.^[35]

C) CEBRİ İCRA

4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinde öngörülen ve taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı üçüncü durum, cebri icra yoluyla yapılan satışlardır. Buna göre rehnedilen, haczedilen veya iflas masasına kaydedilen bir taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi durumunda mülkiyet,

[32] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 258; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 314.

[33] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 408; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 253.

[34] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 408; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 253; G.Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 298; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200.

[35] Yargıtay 15. HD., E. 2007/2680, K. 2007/4137, T. 18/06/2007: "Tapu iptal ve tescil davaları, kamu düzenini ilgilendiren davalardan olup, hakemlerce bu davalara bakılması mümkün değildir. Nitekim gayrimenkulün aynına ilişkin olduğundan bu tür davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinde görüleceği HUMK'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

tapu siciline yapılacak olan tescilden önce kazanılacaktır.^[36] Nitekim cebri icra yoluyla yapılacak olacak satış, tarafların özgür iradelerine dayalı bir satış sözleşmesi olmayıp resmi bir kamu tasarrufu niteliğindedir.^[37] Cebri icra yoluyla yapılan satışlarda, 4721 sayılı TMK'nin 733/1 maddesi uyarınca, önalım (şufa) hakkının da kullanılamayacak olması da bu durumu teyit eder niteliktedir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 123. maddesine göre taşınmazlar, icra dairesi tarafından açık artırma yoluyla satışa çıkarılmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 279/1 maddesinde artırmadan alınan taşınmazın mülkiyetinin tapu siciline yapılacak tescille birlikte alıcıya geçeceği ifade edilse de aynı maddenin üçüncü fıkrasında, cebri artırma sonucunda yapılan ihalelerde mülkiyetin geçmesine ilişkin özel hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiş; 2004 sayılı İİK'nin 134/1 maddesinde ise icra dairesi tarafından yapılan açık artırma neticesinde taşınmaz kendisine ihale edilen alıcının ihale anında taşınmazın mülkiyetini kazanacağı belirtilmiştir. Yine İİK'nin 135/1 maddesine göre, ihale bedeli ödendikten sonra icra dairesi tarafından, taşınmazın alıcı adına tescil edilmesi için tapu idaresine yazı yazılır; mülkiyet hakkı ise icra memurunun bu yazısı üzerine tapu siciline tescil edilir.^[38] Bu bildirim üzerine yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[39]

[36] Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 337; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 325; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 337; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 346; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 481.

[37] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 272; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 251; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 260; Yargıtay İBK. E. 1952/14, K. 1953/6, T. 24/06/1953: "Cebri ihalelerin akit olmayıp, amme hukukuna ait bir tasarruf olduğu belirtilmiş bulunduğu göre, meselenin hallinde bu mebeden hareket etmek zarureti vardır." (<https://www.kazancihukuk.com/>, 15/04/2022)

[38] G.Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 298; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200.

[39] Yargıtay 4. HD., E. 2010/8077, K. 2011/10720, T. 19/10/2011: "İhalenin kesinleşmesiyle mülkiyet ihale alıcısına geçer, mülkiyetin kazanımı için ayrıca tapuya tescil şartı gerekli değildir. Bu bağlamda tescil işlemi, mülkiyeti geçiren değil mülkiyet

İhale, icra dairesinin müdahalesi olmaksızın gerçekleşiyorsa, yani ihtiyari ihale niteliğinde ise taşınmazın mülkiyeti ihale anında alıcıya geçmeyecektir; böyle bir durumda mülkiyet, ancak alıcı adına yapılacak tescille birlikte kazanılacaktır.^[40] Bu nedenle ihtiyari ihalelerde tapu siciline yapılacak tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır. Buna karşılık iflas masasına kaydedilen taşınmazın pazarlık yoluyla satılması durumunda ise mülkiyetin alıcıya geçebilmesi için tapu siciline tescilin yapılması şart olup böyle bir durumda yapılacak tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır.^[41]

Ayan'a göre hacizde iyiniyetin korunması söz konusu olmamakla birlikte cebri icra yoluyla yapılan satışlarda iyiniyete koruma sağlanacaktır.^[42] Örneğin aslında A'ya ait olan bir taşınmaz, her nasıl olmuşa, B adına yolsuz bir şekilde tescil edildikten sonra B'nin alacaklısı olan C, söz konusu kayda iyiniyetle güvenerek taşınmaz üzerine haciz koyduktan sonra A'nın açtığı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası neticesinde C adına kayıtlı haciz de terkin edilecek; C'nin iyiniyetli olması bu neticeyi değiştirmeyecektir. Buna karşılık B adına yapılan yolsuz tescil düzeltilmeden önce haciz kesinleşir ve cebri icra yoluyla D'ye ihale edilirse, D'nin iyiniyeti korunacak ve B adına yapılan tescilin yolsuz olduğu D'ye karşı ileri sürülemeyecektir. Böyle bir durumda A, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi çerçevesinde uğradığı zararların tazminini Devlet'ten isteyebilecektir.

D) İŞGAL

4721 sayılı TMK'ye göre taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı dördüncü durum, işgaldir. Kelime anlamı "bir yeri ele geçirmek" olan işgal, tapuya kayıtlı olup da malikin kendi istek ve iradesiyle sahipsiz hale

sahibinin o tapu kaydıyla ilgili olarak tasarruf muamelesi yapabilmesine olanak sağlayan bir işlemdir." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022); Ertaş, *Eşya Hukuku*, 313.

[40] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 273; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 963; 6098 s. TBK m. 279/1-c.2: "Artırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti, ancak tapu siciline tescille alıcıya geçer."

[41] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 260.

[42] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 261.

getirilen bir taşınmaza, bir kimsenin malik olma isteğiyle zilyet olması ve bu yolla taşınmazın mülkiyetini aslen iktisap etmesidir.^[43] Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla tescilden önce kazanılabilmesi için; tapuya kayıtlı bir taşınmaz bulunmalı, tapuya kayıtlı olan bu taşınmaz malikin isteği ile terkin işlemi yapılarak sahipsiz hale getirilmeli ve bir kimse tarafından böyle bir taşınmaza malik olma arzusuyla zilyet olunmalıdır.

Söz konusu terkin işlemi, sicilde hak sahibi olarak gözüken malikin mülkiyet hakkından vazgeçmesi sonucunu doğuracağı için, terkin işleminin malikin hür istek ve iradesine dayalı olması gerekmektedir. Nitekim bu husus, 4721 sayılı TMK'nin 707/1 maddesinde, “*Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması, ancak kaydının malikin istemiyle terkin edilmiş olmasına bağlıdır.*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Terkin işlemi, sicilde hak sahibi olarak gözüken kişinin, adının üzerinin çizilmesi anlamına gelmektedir. Ancak malikin adının çizilmiş olması, söz konusu taşınmazın mülkiyetinin işgal suretiyle kazanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Buna ek olarak, söz konusu terkin işleminin, mülkiyet hakkını terk etmek sebebiyle yapılmış olması da gerekmektedir. Bu çerçevede sicilde hak sahibi olarak gözüken kişinin adının üzeri çizilmiş olmakla birlikte bu terkinin hangi sebeple yapıldığı anlaşılamiyorsa yahut malikin adının üzeri çizilmemiş olmakla birlikte söz konusu kayıttan malikin kim olduğu tespit edilemiyorsa, bu türden bir taşınmaz işgal suretiyle değil, 4721 sayılı TMK'nin 713. maddesi çerçevesinde olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilebilecektir.^[44]

Taşınmaz malikin mülkiyet hakkından vazgeçerek adına yapılmış tescilli terkin ettirmiş olması, söz konusu taşınmaz üzerinde hâlihazırda mevcut bulunan sınırlı aynı haklar ile tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hakların sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Böyle bir durumda işgal suretiyle taşınmazın mülkiyetini kazanan kişi, her türlü sınırlamalardan arı bir şekilde

[43] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 253; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 347; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 304.

[44] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 410-411; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 255; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 348; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 262; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 202.

değil, terkenden önce mevcut bulunan sınırlı ayni haklar ve şerh edilen kişisel haklarla yüklü olarak mülkiyet hakkına sahip olacaktır.^[45]

Terkin işlemi sonrasında sahihsiz hale gelmiş bulunan taşınmazın mülkiyetinin kazanılabilmesi için, söz konusu taşınmaz üzerinde malik olma arzusu ile zilyetlik kurulmuş olmalıdır. Olağan (4721 s. TMK m.712) ve olağanüstü (4721 s. TMK m.713) kazandırıcı zamanaşımından farklı olarak, işgal suretiyle taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için zilyetliğin belirli bir süre ile devam etmiş olması şart değildir. Böylece, sicilden terkin işlemi yapılarak sahihsiz hale getirilen bir taşınmaz üzerinde malik olma arzusuyla fiili hâkimiyet kurulduğu an mülkiyet kazanılmış olunacaktır.^[46] Taşınmaz üzerinde kurulacak olan fiili hâkimiyetin malik olma arzusuna dayanmış olması şarttır. Bu kapsamda, geçici bir süre için kullanmak yahut belirli bir süre ile taşınmazdan yararlanmak amacıyla yapılmış olan eylemler, işgal suretiyle taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sonucunu doğurmayacaktır.

Bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması, tescilden önce ve aslen kazanma hallerinden birisidir. Nitekim taşınmaz mülkiyetinin bu yolla kazanılmasında, kendi istek ve iradesiyle terkin işlemi yaptırarak taşınmazı sahihsiz hale getiren eski malik ile işgal suretiyle taşınmazın mülkiyetini iktisap eden yeni malik arasında bir hukuki bir işlem bulunmamaktadır.^[47] Bu nedenle de işgal suretiyle taşınmazın mülkiyetini kazanan kişi, 4721 sayılı TMK'nin 1013/2 maddesi uyarınca ayrıca bir irade beyanına ihtiyaç kalmaksızın aynı Kanun'un 716/2 maddesi uyarınca tapu müdürlüğüne giderek kendi adına doğrudan doğruya tescil yaptırabilecektir. Burada yapılacak olan tescil de kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır. İşgal sonucunda taşınmazın mülkiyeti aslen kazanılmakla birlikte bu kazanım, taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hakların varlık ve geçerliliğini etkilemeyecek; sınırlı ayni haklar varlığını aynen devam ettirecektir.^[48]

[45] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 414; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 254.

[46] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 414; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 256; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 304.

[47] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 254.

[48] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 349.

Tapu kütüğünden sahipsiz hale geldiği anlaşılan bir taşınmazı bir kimse sahiplenip de bu hususu Tapu Müdürlüğü'ne bildirmeden önce, bir başka kimsenin bu taşınmazı işgal ettiğini Tapu Müdürlüğü'ne bildirerek adına tescili sağlaması durumunda, kimin hakkına öncelik tanınması gerektiği hususunu incelemekte fayda vardır. Hatemi/Serozan/Arpacı'ya göre, sonradan işgal bildirimini yaparak adına tescil işlemini yaptıran kişinin tapu siciline duyduğu güven korunacak ve taşınmazı önceden işgal eden ancak bu hususu Tapu Müdürlüğü'ne bildirmeyen kimsenin tescilden önce kazanmış olduğu mülkiyet hakkı, bu kimsenin o taşınmaza zilyet olduğunu ve bunun üçüncü kişiler tarafından bilinmesi gerektiğini gösterir belirtiler yoksa, tapu siciline iyi niyetle güvenerek mülkiyet hakkı iktisap etmiş üçüncü kişinin edinimi karşısında ortadan kalkacaktır.^[49]

4721 sayılı TMK'nin 704. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturmaktadır. İşgal yoluyla mülkiyeti iktisap edilecek olan taşınmazlar, işgal eyleminin zilyetliğe dayalı fiili hâkimiyet kurmaya dayalı olması ve ancak maddi varlıkları olan şeyler üzerinde zilyetliğin kurulabilecek olması nedeniyle, araziler ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir.^[50]

4721 sayılı TMK'nin 707/2 maddesi, “*Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde işgal yoluyla mülkiyet kazanılamaz.*” hükmünü havidir. Böylece tapuda kaydı bulunmayan bir taşınmazın mülkiyetinin işgal suretiyle kazanılması hukuk düzeni tarafından engellenmiştir. Buradaki “tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlardan” kasıt; özel mülkiyete konu edilemeyen, tarıma elverişli bulunmayan ve tapuya kaydedilmesi gerekmeyen sahipsiz yerlerdir.^[51]

4721 sayılı TMK'nin 715/2 maddesine göre,

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.” Aynı Kanun'un 999/1 maddesine göre ise, “Özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun

[49] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 478.

[50] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 347.

[51] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 257; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 263.

yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz.

Böylece, özel mülkiyete konu edilemeyen ve Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler ile tapuya kaydedilmesi gerekmeyen kamu malı niteliğindeki taşınmazların işgal suretiyle mülkiyetlerinin kazanılması mümkün olamayacaktır.^[52]

Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazların, sicile tescili gereken bir aynî hakkın tesisi zorunlu olmadıkça, tapu kütüğüne kaydedilmesi zorunlu değil iken özel mülkiyette bulunan ve kamunun yararlanmasına ayrılmamış taşınmazların tapu kütüğüne kaydedilmesi zorunludur. Bu çerçevede, tapu kütüğüne kaydedilmesi zorunlu iken kaydedilmemiş olan ve böylece tapusu bulunmayan taşınmazların işgal suretiyle kazanılmaları mümkün değildir. Nitekim bu yerler, sahipsiz yerlerden değildir. Bu yerlerin ancak olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.^[53]

Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan sahipsiz arazilerin ve yararı kamuya ait malların mülkiyetinin işgal suretiyle kazanılması mümkün olmamakla birlikte 3402 sayılı Kadastro Kanunu uyarınca ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen sahipsiz yerlerin mülkiyetinin kazanılmasına imkân tanınmıştır.^[54] 3402 sayılı Kanun'un 17/1 maddesine göre orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmazlar Kanun'un 14. maddesindeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına tespit edilecektir. Böylece bir taşınmazın ihya yoluyla kazanılabilmesi için; ihya edilen taşınmazın, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olmakla birlikte orman sayılmayan ve kamu hizmetine tahsis edilemeyen bir arazi olması, bu taşınmazın emek ve masraf sarf edilerek tarım arazisine dönüştürülmesi, taşınmazın il, ilçe veya kasabaların imar planının kapsadığı

[52] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 411; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 257; Çınar, *Tapu İptal ve Tescili Davaları*, 47.

[53] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 411; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 257; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 348.

[54] Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 411-415.

alanlarda bulunmaması, ihya olgusunun ispatlanması ve imar ve ihyanın tamamlanmasından itibaren yirmi yıl süreyle malik sıfatıyla zilyet olunması gerekmektedir.^[55]

E) KAMULAŞTIRMA

4721 sayılı TMK'ye göre, bir taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı beşinci durum, kamulaştırmadır. Kamulaştırma; özel mülkiyette bulunmakla birlikte, kamu yararı gereksinimi sebebiyle devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından gerçek değeri peşin ödenmek kaydıyla bir taşınmazın mülkiyetinin tamamının ya da bir kısmının iktisap edilmesidir.^[56] Bir idare hukuku tasarrufu olan kamulaştırma işlemi ile kamu tüzel kişileri, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın mülkiyetini idari ve adli aşamalardan oluşan bir süreç neticesinde kamu gücüne dayanarak zorla devralmaktadır.^[57]

Kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesi ile koruma altına alınan mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale niteliğinde olmakla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrası^[58] ve 46/1 maddesi^[59] uyarınca Kanunla getirilmiş ve böylece hukuki meşruiyet kazanmış bir sınırlamadır. Bu nedenle, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırma yoluyla idareye devredilmesi, mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Malikin mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla ve karşılığında bir bedel ödenerek sona

[55] Detaylı bilgi için bkz. Süleyman Sapanoğlu, *3402 Sayılı Kadastro Kanunu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), s. 374-420; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 263.

[56] Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017), 298; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 248; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 349; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 199.

[57] Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), 19; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 250.

[58] Anayasa m.35/2: Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

[59] Anayasa m.46/1: Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

erdirildiği için kamulaştırma işlemi hakkın özüne müdahale eden bir işlem niteliğinde değildir.^[60]

Kamulaştırma usulünde idare, öncelikle, kamulaştırma bedeli için yeterli ödeneği temin etmektedir. Bunun akabinde ise belirli bir işin yapılmasında kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle kamu yararı kararı almaktadır. Kamu yararı kararını alan idare, daha sonrasında bu işin yapılacağı ve kamulaştırılacak olan taşınmazı belirlemektedir. Kamulaştırılacak taşınmaz belirlendikten sonra, taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alınmakta ve söz konusu taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alındığını tapu müdürlüğüne bildirerek bu konuda tapu siciline şerh düşülmektedir. Ancak söz konusu şerh, taşınmaz mülkiyetinin idareye geçmesi sonucunu doğurmamakta; sadece, ilgili taşınmaz hakkında kamulaştırma işlemlerine başlanıldığını sicili inceleyecek olan üçüncü kişilere haber vermektedir.^[61] 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 7/3 maddesine göre, kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge, şerh tarihinden itibaren altı ay içinde tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinecektir.

Kamulaştırma kararı alındıktan sonra 2942 sayılı Kanun'un 8/1 maddesine göre idare, kamulaştırma işleminde öncelikle satın alma usulünü uygulamak zorundadır. Satın alma usulü, pazarlık suretiyle olabileceği gibi aynı Kanun'un 8/4 ve 26. maddeleri uyarınca trampa yoluyla, yani taşınmaz malikine kamulaştırma bedeli yerine, mülkiyeti idareye ait olan ve kamu hizmetine tahsis edilmemiş bulunan bir başka taşınmazın verilmesi suretiyle de olabilecektir. Pazarlık suretiyle ödemede, Anayasa'nın 46/2 maddesi gereğince, kamulaştırma bedelinin nakden ve peşin olarak ödenmesi esastır. Ancak aynı hükmün ikinci cümlesindeki atıf doğrultusunda 2942 sayılı Kanun'un 3/2 maddesinde belirtilen hallerde kamulaştırma bedelinin taksitle ödenmesi de mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 46/3 maddesi gereğince, kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleyen küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli her halde peşin ödenmek zorundadır.

Taşınmazın maliki ile idarenin kamulaştırma konusunda anlaşmaları durumunda taşınmaz maliki tapuya gelerek ferağ vermekte ve ferağ sonrasında da idare kamulaştırma bedelini ödemektedir. 2942 sayılı Kanun'un

[60] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 88.

[61] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, 301.

8/7 maddesine göre bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmayacaktır. Pazarlık veya trampa usullerinin uygulanarak özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin kamu tüzel kişilerine geçirilmesi durumunda mülkiyet, taşınmaz malikinin tescil beyanı ile kazanılacaktır.^[62] Böyle bir durumda ise mülkiyet, tescilden önce kazanılmış olunmayacağı için sicile yapılacak tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır.

Kamulaştırmanın satın alma usulü ile gerçekleştirilememesi durumunda ise idare, 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi çerçevesinde, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat ederek taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle birlikte bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesini talep edecektir. Aynı Kanun'un 25/1 maddesine göre ise mülkiyetin idareye geçmesi, mahkemece verilen tescil kararıyla birlikte gerçekleşecektir. Mahkeme ise idare tarafından kamulaştırma bedelinin taşınmaz maliki adına bankaya yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi durumunda taşınmazın idare adına tesciline karar verecektir. Böylece idare, asliye hukuk mahkemesince verilen tescil kararı üzerine taşınmaz mülkiyetini tescilden önce kazanmış olacak; akabinde tapu müdürlüğüne yapılacak bildirim ise kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik teşkil edecektir.

Taşınmaz malın mülkiyetini mahkemenin vereceği tescil kararıyla birlikte kamulaştırma yoluyla elde eden idare, mülkiyeti devren değil aslen kazanmış olacaktır. Nitekim kamulaştırma işlemiyle birlikte taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı sona erecek ve mülkiyet, idare adına verilen tescil kararı öncesinde mevcut ayni ve şahsi haklardan ari bir şekilde idareye geçecektir.^[63] Buna karşılık 2942 sayılı Kanun'un 7/3 maddesi uyarınca yapılması gereken şerhin ihmal edilmesi durumunda, mahkeme tarafından verilecek olan tescil kararı, şerhten önce mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanmış kişilerin kazanımlarını etkilemeyecek; böyle bir durumda, kendilerine yeniden kamulaştırma işlemi yapılması gerekecektir.^[64] Dava sırasında davalı taşınmaz malikinin başka bir şahıs olduğunun anlaşılması durumunda, idare tarafından ayrıca dava açılması gerekmeyecek; 2942 sayılı Kanun'un 14/5 maddesi gereği gerçek

[62] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 249; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 308.

[63] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 251; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 312.

[64] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 417.

malik derdest davaya dâhil edilerek yargılamaya devam edilecektir. Söz konusu düzenleme gereğince, davalı taşınmaz malikinin taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi ve bu durumun yargılama sırasında tespit edilmesi durumunda da idarenin yeni malike karşı ayrıca dava açmasının gerekmeyeceği, yeni malikin davaya dâhil edilmesi sağlanarak yargılamaya devam edileceği kabul edilmektedir.^[65]

İdare tarafından asliye hukuk mahkemesinde dava açılmadan önce satın alma usulünün uygulanması Kanundan kaynaklanan bir zorunluluktur. Yargıtay, satın alma usulünün 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca açılacak davalarda bir dava şartı olduğunu ve bu usul denenmeksizin doğrudan dava açılması durumunda dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğini ifade eden içtihatları bulunmaktadır.^[66]

Bir taşınmazın kamulaştırılmış olması, o malın doğrudan doğruya kamu malı niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim kamu malı,

[65] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 202; Yargıtay HGK. E. 2007/5-744, K. 2007/743, T. 17/10/2007: "Dava konusu mal veya hakkı başkasına devretmiş olan tarafın, o davaya (eski hali ile) taraf sıfatıyla devam edemeyeceği veya kendisine karşı o davaya (eski hali ile) devam edilemeyeceğine dair genel ilkeye istisna olarak; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda özel düzenleme getirilmiş ve anılan Kanunun 14.maddesinde, idarece açılan davalarda gerçek hak sahibinin davalı olmadığına anlaşılması halinde gerçek malikin davaya dâhil edilmek suretiyle devam olunacağı kuralı getirilmiştir." Yargıtay 5. HD. E. 2006/13045, K. 2007/1681, T. 15/02/2007: "4650 sayılı Kanunla değişik Kamulaştırma Kanununun dava hakkını düzenleyen 14/5 maddesi uyarınca kamulaştırma davalarında aleyhine dava açılan tapu malikinin başka bir şahıs olduğu anlaşılırsa davaya bu gerçek malik dâhil edilmek suretiyle devam olunur Bu durum dikkate alınarak davanın gerçek hasma yöneltmek üzere davacı vekiline süre verilerek, taraf teşkilinin sağlanması ve bundan sonra işin esasına girilerek hüküm kurulması gerekirken kararda yazılı düşüncelerle davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir."

[66] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 204-205; Yargıtay 5. HD. E. 2005/2203, K. 2005/3061, T. 22/03/2005: "4650 sayılı Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na göre, davacı idarenin kamulaştırma bedelinin tespitini ve kamulaştırılmasına karar verilen taşınmazın tescilini isteme hakkının doğması için, sözü edilen Yasanın 8. maddesi uyarınca anlaşarak satın alma teşebbüsünün sonuçsuz kalması gerekir. Açıklanan nedenlerle dava şartı yerine getirilmeden açılan davanın reddine karar verilirken, karar yoklukla malul olduğundan, davalılar adına yatırılan bedelin davacıya iadesine, taşınmazın davacı adına tesciline ilişkin kaydın da iptali ile davalılar adına tapuya tesciline karar verilmek üzere hükmün Bozulması gerekmiştir."

doğrudan kamunun kullanımına veya bir kamu hizmetinin ifasına tahsis edilen ve kamu tüzel kişilerine ait olan mallardır.^[67] Böylece bir malın kamu malı niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için mülkiyetinin kamu tüzel kişisine ait olması yeterli olmayıp ayrıca doğrudan kamunun kullanımına veya bir kamu hizmetinin ifasına (kısacası kamu yararına) tahsis edilmiş olması da gerekmektedir. Kamulaştırma süreci sonunda idarenin mülkiyetine geçen taşınmaz mal, kamu malı değil, idarenin özel malı statüsünde olacaktır.^[68] Bu türden bir taşınmazın kamu malı statüsüne kavuşabilmesi için ayrıca kamu yararına tahsis işleminin yapılması gerekmektedir. 2942 sayılı Kanun'un 18/6 maddesine göre kamulaştırılması yapılan taşınmaz mal tahsis edildiği kamu hizmeti itibarıyla sicile kaydı gerekmeyen bir niteliğe dönüşmüşse istek halinde mahkemece sicil kaydının terkinine karar verilecektir.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre taşınmazın maliki, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde idare tarafından kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmamışsa veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılmışsa, bu beş yıllık sürenin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kamulaştırma bedelini aldığı günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek taşınmaz malını geri alabilecektir. Malikin taşınmazı geri almaya ilişkin talebinin idare tarafından reddedilmesi durumunda, taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde dava açılabilir. Açılan bu davada da mahkeme, kanuni şartlar oluşmuşsa, kamulaştırma karşılığının kanuni faiziyle birlikte ödenmesi koşuluyla tapu kaydının iptaline ve taşınmazın mal sahibine iadesine karar verecektir.^[69] Burada da taşınmaz maliki, mahkemenin kararı ile taşınmazın mülkiyetini iktisap edecek olup tapuya yapılacak bildirim kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.

[67] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, 283.

[68] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 417; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 250; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 351.

[69] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 360.

III. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 705. MADDESİNDE SAYILMAYAN DURUMLAR

Bir taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı haller, 4721 sayılı Kanun'un 705. maddesinde sayılan durumlarla sınırlı olmayıp başka kanunlarda yapılmış düzenlemeler de mevcuttur. Yukarıda izah edilen durumlar dışında, yeni arazinin oluşması, tüzel kişiliğin sona ermesi, taşınmaz mülkiyetinin vakfa özgülenmesi, eşler arasında mal ortaklığı rejiminin seçilmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi, ticari işletmenin devri, ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak taşınmazın konulması ve 5543 sayılı İskân Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılacak olan tahsis durumlarında da bir taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılmış olunacaktır.

A) YENİ ARAZİNİN OLUŞMASI

Bir taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce ve aslen kazanıldığı durumlardan birisi de yeni arazinin oluşmasıdır. 4721 sayılı Kanun'un 708. maddesinde düzenlenen yeni arazinin oluşumunda Devlet; birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerde yeniden oluşan ve yararlanmaya elverişli bulunan arazinin mülkiyetini tescilden önce ve aslen kazanmaktadır.^[70]

[70] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 479; Yargıtay 8. HD., E. 2001/9014, K. 2002/1344, T. 14/02/2022: "... Bu durumda uyuşmazlığın davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan MK.nun 636 ve 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK.nun 708. maddesi hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Anılan maddelerdeki yeni arazi oluşması mülkiyet hakkının edinme yollarından biri olan asli iktisap niteliğindedir. Gerek yürürlükten kaldırılan ve gerekse onun yerine yürürlüğe konulan TMK. hükmüne göre bu yolla mülkiyet iktisabı ancak Devlet bakımından söz konusu olabilir. Gerçekten de, TMK.nun 708. maddesinde aynen "birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerden yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi Devlete ait olur" denilmiştir. Gerçek kişilerin veya diğer Kamu Tüzel Kişilerinin yeni oluşmuş bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin kendileri tarafından kazanıldığı iddiası dinlenemez. Ancak bu yolda oluşan araziye, TMK.nun 708/2. maddesi hükmü uyarınca Devlet, kamusal bir sakinca bulunmadığı takdirde, öncelikle arazisi kayba uğrayan veya bitişik arazi malikine devredebilir." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

Devletin, yeni arazinin mülkiyetini tescilden önce kazanabilmesi için; sahihsiz yerlerde yeni bir arazi oluşmalı, oluşan yeni arazinin toprağı sahihsiz yerlerden gelmiş olmalı ve yeni oluşan arazi yararlanmaya elverişli olmalıdır.^[71]

Yeni arazi oluşumu, doğal olaylar neticesinde meydana gelebileceğı gibi insan emeğı sonucunda da meydana gelebilecektir. İnsan emeğı neticesinde meydana getirilen arazilerin 4721 sayılı Kanun'un 708. maddesi kapsamında kalacağı hükmün lafzında açıkça ifade edilmemiş olsa da mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda sadece doğal yollardan değil, diğer sair suretlerle oluşumlar da hükmün kapsamına alındığı için insan emeğıyle meydana getirilen yeni arazilerin de bu kapsamda olduğunun kabulü gerekmektedir.^[72]

Yeni arazinin sahihsiz yerlerde oluşmasından kasıt ise yeni arazinin, 4721 sayılı Kanun'un 715. maddesi çerçevesinde özel mülkiyete tabi olmayan yerlerde meydana gelmiş olmasıdır. Bu kapsamda yeni arazi, özel mülkiyete tabi olan yerlerde meydana gelmişse, belirlilik (muayyenler) prensibi gereğince bu arazinin mülkiyeti, özel mülkiyetin malikine ait olacaktır.^[73]

[71] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 419; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 259; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 318; Akıntürk, *Medeni Hukuk*, 427.

[72] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 419; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 356.

[73] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 420; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 260; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 265; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 356; Yargıtay HGK, E. 2004/4-306, K. 2004/307, T. 26/05/2004: "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 708. maddesinin 1. fıkrası "Birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahihsiz yerlerde yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi Devlete ait olur" şeklindedir. Hükmün açık ifadesine göre, orada sayılan yollarla yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazinin Devlete ait olabilmesinin temel koşulu, bu arazinin oluştuğı yerin "sahipsiz" olmasıdır. Sahipli yerler, bu hükümle düzenlenen durumun tamamen dışında bulunmaktadır. Bilindiğı üzere, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 636. maddesinin 1. fıkrası da bütünüyle aynı, düzenlemeyi içermekte idi. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 636/1. maddesindeki hükmün kapsamı ve içeriğı öğretide ayrıntılı biçimde işlenmiştir. Buna göre, bir olayda bu hükmün uygulanabilmesi için; yeni bir arazi oluşmuş bulunmalı, bu yeni arazinin oluştuğı yer sahihsiz yerlerden olmalı, oluşan bu yeni arazi yararlanmaya elverişli bulunmalıdır. Sahipsiz yerlerden amaç, 641. maddede (4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 715. maddesinde) belirtilen, özel mülkiyete konu olmayan, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerdir. Eğer, yeni arazi, üzerinde özel mülkiyet kurulmuş olan yerlerde oluşmuşsa, bütünüleyici parça ilkesine

Nitekim böyle bir durumda yeni arazi, özel mülkiyete tabi arazinin bütüncüleyici parçası haline gelmiştir.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 8, 11 ve 14. maddeleri ile 4721 sayılı Kanun'un 708. maddesindeki düzenlemeye birtakım istisnalar getirilmiştir. İlgili hükümlere göre idari makamlardan alınan izinle deniz, göl veya nehir kıyılarında doldurma yapılmışsa, bu doldurma ile oluşacak yeni arazi dolduran adına tapu siciline tescil edilecektir. Aynı Kanun'un 9. maddesinde ise doldurma işlemi için idari makamlardan izin alınmamış olmakla birlikte doldurmada sakınca olmadığına dair idari bir karar verilmişse, doldurulan yerin 1/10'unun değeri ödenmek kaydıyla yeni oluşan arazi dolduran kişi adına tapu siciline tescil edilecektir. Buna karşılık 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 7. maddesinde deniz, göl ve akarsularda doldurma veya kurutma yoluyla arazi elde edilebilmesi mümkün olmakla birlikte bu suretle elde edilecek arazilerin Devlet'e ait olacağı ve özel mülkiyete konu edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

Oluşan yeni arazinin toprağı, sahihsiz yerlerden gelmiş olmalıdır. Eğer yeni oluşan arazinin toprağı özel mülkiyete konu bir başka araziden koparak meydana gelmişse 4721 sayılı Kanun'un 708/3 maddesine göre malik, bu durumu öğrendiği tarihten başlayarak bir ve herhâlde oluşumun gerçekleştiği tarihten başlayarak on yıl içinde toprak parçalarının kendi arazisinden koptuğunu ispat etmek suretiyle bu parçaları geri alma hakkına sahip olacaktır. Ancak kopan bu parçalar diğer arazi ile ayrılmaz bir bütün haline gelmişse artık geri alma hakkı kullanılamayacaktır.^[74] Burada sadece geri alma hakkı tanınmış olup bu durum, toprak parçasını geri alma hakkına sahip olan malikin, toprak parçasının bulunduğu taşınmazı kullanma hakkı bahşetmemektedir.^[75]

Yeni oluşan arazinin yararlanmaya elverişli de olması gerekmektedir. Buradaki yararlanma, mutlaka tarıma elverişli olmak anlamına gelmediği

göre, içinde bulunduğu arazinin maliki, bu yeni arazinin de maliki olur (Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy–Prof. Dr. Fikret Eren–Prof. Dr. Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, sh: 542 ve devamı).” (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[74] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 357; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 973.

[75] Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 976.

için taşınmazdan herhangi bir şekilde yararlanılması mümkündür.^[76] Eğer meydana gelen arazi, diğer şartları da taşımak kaydıyla, yararlanmaya elverişli ise Devlet'in özel mülkiyetinde olacak ve bu durum tescilden önce aslen kazanma teşkil edecek; yararlanmaya elverişli değilse 4721 sayılı Kanun'un 715. maddesi çerçevesinde Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlerden olacaktır.^[77]

Oluşan yeni arazi, Devlet adına tapu kütüğüne tescil edilmişse artık bu türden bir taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık oluşan yeni arazi tapuya tescil edilmemişse ve bir kamu hizmetine tahsis edilmesi de söz konusu olmamışsa bu yeni arazinin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün olacaktır. Ancak yeni arazi tapuya tescil edilmemekle birlikte kamu hizmetine ve kamunun yararlanmasına tahsis edilmişse, artık böyle bir taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması mümkün olmayacaktır.^[78]

Fırtına, deprem, heyelan gibi nedenlerle arazi kaymalarının meydana gelmesi durumunda, sadece zeminin kayması söz konusu olmuş ise 4721 sayılı Kanun'un 709/1 maddesine göre sınırlarda herhangi bir değişiklik olmayacak ve mevcut sınırlar koruncaktır. Buna karşılık, arazi kayması neticesinde bir araziden diğerine toprak, duvar, ağaç, çit gibi değerler geçmişse, aynı Kanun'un 709/2 maddesine göre bu cisimlere sürüklenen şeylere ve karışmaya ilişkin hükümler (4721 sayılı TMK m. 752, 774, 776) uygulanacaktır. Arazi kayması sebebiyle sınırlar değişmiş ve mevcut sınırlar gerçeği yansıtmıyor ise ilgili taşınmaz maliki, sınırın yeniden belirlenmesini isteyebilecektir. Bu istem üzerine yapılacak tespit neticesinde ise fazlalık ve eksiklikler denkleştirilecektir. 4721 sayılı Kanun'un 710. maddesine göre arazi kaymasının sınır değişikliğine yol açmayacağı ilkesi, yetkili makamlarca heyelân bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmayacak; bir taşınmazın böyle bir yörede bulunduğu, ilgililere uygun biçimde bildirilip tapu kütüğünün beyanlar sütununa da yazılacaktır.

[76] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 262; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 357; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 970.

[77] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 421; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 262; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 358.

[78] Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 974.

B) TÜZEL KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı bir diğer durum, tüzel kişiliğin sona ermesidir. Bir tüzel kişilik, kanunda sayılan sebeplerin varlığı halinde kendiliğinden sona erebileceği gibi kendisini feshederek veya mahkeme kararı ile de sona erebilmektedir. Derneklerin sona erme sebepleri, 4721 sayılı Kanun'un 87-89. maddeleri arasında; vakıfların sona erme sebebi ise aynı Kanun'un 116. maddesinde düzenlenmiştir.

4721 sayılı Kanun'un 54/1 maddesine göre, bir tüzel kişilik kanun gereği kendiliğinden veya yetkili organlarının alacağı kararla kendisini feshetmek suretiyle sona ermişse, bu tüzel kişiliğin malvarlığının akıbeti hususunda öncelikle özel bir kanun hükmü olup olmadığına bakılacaktır. Özel kanunda bir hüküm bulunmaması durumunda, derneklerde kuruluş tüzüğünde, vakıflarda ise vakıf senedinde bir düzenleme olup olmadığı kontrol edilecektir. Kuruluş belgelerinde de bir hüküm bulunmaması durumunda, sona eren tüzel kişiliğin yetkili organı tarafından tüzel kişiliğe ait malvarlığının ne şekilde tahsis edileceğine ilişkin bir karar alınıp alınmadığı önem arz edecektir. Sona eren tüzel kişiliğin yetkili organı tarafından da bir karar alınmamış ise malvarlığı, sona eren tüzel kişiliğe en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçecektir.

4721 sayılı Kanun'un 54/3 maddesine göre bir tüzel kişilik, hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç güttüğü için mahkeme kararıyla sona erdirilmişse bu tüzel kişiliğin malvarlığı, kendi iradesini önem taşımaksızın doğrudan doğruya ilgili kamu kuruluşuna geçecektir. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 15/1 maddesine göre mahkeme kararı ile kapatılan derneğin malvarlığı, derneğin amacına en yakın ve kapatıldığı tarihte en fazla üyeye sahip derneğe; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 27. maddesine göre ise mahkeme kararı ile sona erdirilen vakfın malvarlığı Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne intikal edecektir.

Kanun gereği kendiliğinden veya alınan fesih kararı ile sona eren tüzel kişiliğin malvarlığını kanunda veya kuruluş belgesinde bir düzenleme bulunmaması ve yetkili organının da bir karar almamış olması nedeniyle kazanan kamu kurum ve kuruluşunun bu iktisabı, tescilden önce kazanma hallerinden birisidir. Böylece, tüzel kişiliğe ait bulunan taşınmazın mülkiyeti, tapuda yapılacak tescilden önce kamu kurum ve kuruluşunca kazanılacaktır. Hakeza mahkeme kararı ile sona erdirilen bir tüzel kişiliğin malvarlığının doğrudan

kamu kurum ve kuruluşuna intikal etmesi ihtimalinde de taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılmış olunacaktır.^[79]

C) TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN VAKFA ÖZGÜLENMESİ

4721 sayılı Kanun'un 101/1 maddesine göre vakıf, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Bir vakfın ortaya çıkabilmesi için, belirli ve sürekli bir amaca özgülenecek bir malvarlığının bulunması şarttır. Vakfa vücut verecek bir mal bulunmadığı müddetçe vakfın varlığından bahsedilemeyeceği gibi böyle bir vakfın tesciline de karar verilemeyecektir.^[80]

Bir malvarlığının tahsis edilmesi, malların mülkiyetinin vakfa geçtiği anlamına gelmemektedir. Nitekim tahsis işlemi, sadece malvarlığının bir vakıf tüzel kişiliğini meydana getirmek üzere ayrılması olup bu aşamada vakıf henüz tüzel kişilik kazanmamıştır.^[81] Vakıf, vakfedenin yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesi nezdinde tutulan sicile yapılacak olan tescille birlikte tüzel kişilik kazanacaktır. 4721 sayılı Kanun'un 105/1 maddesine göre de vakıf, kendisine özgülenen malların mülkiyetini, tüzel kişilik kazandığı (yani sicile tescil edildiği) an iktisap etmiş olacaktır.^[82] Aynı Kanun'un 105/2 maddesine göre ise tescile karar veren mahkeme, vakfedilen taşınmazın vakıf tüzel kişiliği adına tescil edilmesini tapu idaresine bildirecektir. Tapu idaresine yapılacak olan bildirim üzerine gerçekleşecek tescil ise kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[83] Nitekim vakıf, tüzel kişilik

[79] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 418; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 263; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 291.

[80] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015), 358.

[81] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 369; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 482.

[82] Yargıtay HGK, E. 2012/18-1929, K. 2013/782, T. 29/05/2013: "Dava konusu vakfın vakıf senedinde, 1119 parsel sayılı taşınmaz vakfa özgülenmiş olup, TMK m. 105 gereğince taşınmazın mülkiyeti, vakfın tüzel kişiliğini kazanmasıyla vakfa geçmiş bulunmaktadır." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[83] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 418; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 262; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 292.

kazandığı an kendisine tahsis edilen taşınmazların mülkiyetini tescilden önce kazanmış olmaktadır.

D) EŞLER ARASINDA MAL ORTAKLIĞI REJİMİNİN SEÇİLMESİ

Mal ortaklığı rejimi, ortaklığa konu malvarlığı unsurlarının niteliğine göre genel mal ortaklığı (4721 sayılı TMK m.257), sınırlı mal ortaklığı (4721 sayılı TMK m. 258) ve diğer mal ortaklığı (4721 sayılı TMK m. 259) olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

4721 sayılı Kanun'un 205/1 maddesine göre mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmaktadır. Ancak taraflar, evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak bildirmek suretiyle de bir mal rejimi tercihi yapabilir. Mal rejimi olarak mal ortaklığının seçilmesi durumunda eşler, ortaklığa giren malvarlığı unsurlarının elbirliğiyle mülkiyetine sahip olurlar.^[84] Mal ortaklığı rejiminin kurulmasıyla birlikte elbirliğiyle mülkiyeti kazanan eşler, ortaklığa dâhil olan malvarlığı unsurları içerisinde taşınmazların da bulunması durumunda 4721 sayılı Kanun'un 716/3 maddesi uyarınca bu değişikliği doğrudan tapu kütüğüne tescil ettirebileceklerdir. Bu şekilde yapılacak olan tescil ise, elbirliğiyle mülkiyet mal ortaklığı rejiminin kurulmasıyla kazanılmış olunacağı için, kurucu değil açıklayıcı (bildirici) nitelik taşıyacaktır.

E) TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ VE BÖLÜNMESİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124/1 maddesinde göre, "*Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.*" Ticaret şirketlerinin birleşmesi; bir şirketin diğerini devralarak devrolunan şirket malvarlığının aktif ve pasifleriyle birlikte devralan şirkete geçmesi ve bu suretle devrolunan şirketin tasfiyesiz dağılması (devralma şeklinde birleşme) şeklinde olabileceği gibi iki şirketin bir araya gelerek sahip oldukları aktif ve pasifleriyle birlikte yeni bir şirketi oluşturmaları ve

[84] Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016), 246; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 419; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 263; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 292.

bu suretle tasfiyesiz dağılmaları (yeni kuruluş şeklinde birleşme) şeklinde de olabilir.^[85]

Ticaret şirketlerinden kollektif ve komandit şirketler “şahıs şirketi”, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler “sermaye şirketi” olarak adlandırılmaktadır. 6102 sayılı Kanun sistematüğinde her şirketin birbiriyle serbest bir şekilde birleşmelerine izin verilmemiş olup Kanun 137.maddesinde hangi şirketlerin hangi şirketlerle birleşebileceği izah edilmiştir. İlgili hükme göre sermaye şirketleri; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilirken şahıs şirketleri; şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla sermaye şirketleriyle ve yine devrolunan şirket olmaları şartıyla kooperatiflerle birleşebileceklerdir.

Usulüne uygun bir şekilde alınmış birleşme kararı, ticaret siciline tescil edilir ve ardından da Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Birleşmenin ticaret siciline tesciliyle birlikte devrolunan şirketin varlığı sona ermekte ve ticaret sicilindeki kaydı silinmektedir. Devrolunan şirketin varlığı birleşmeyle birlikte sona ererken hiçbir şekilde tasfiye işlemi yapılmamaktadır. Bu nedenle birleşme, tasfiyesiz infisah halini teşkil etmektedir.^[86]

Devralan şirket ise birleşmenin tesciliyle birlikte devrolunan şirketin malvarlığını aktif ve pasifleriyle birlikte bir bütün olarak kendiliğinden devralmaktadır. Bu devralmada külli halefiyet ilkesi geçerli olmaktadır.^[87] Böylece, devrolunan şirketin malvarlığında bulunan taşınmaz malların mülkiyeti, ticaret siciline yapılacak tescilden önce devralan şirkete geçecek ve tapu kütüğüne yapılacak tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik arz edecektir.^[88]

[85] Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 124.

[86] Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 129.

[87] Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 129; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422.

[88] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 263; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 968; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 295.

Ticaret şirketlerinin bölünmesi; bir şirketin sahip olduğu bütün malvarlığının bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devredilmesi ve bölünen şirket ortaklarının devralan şirketin pay ve haklarını iktisap etmesi (tam bölünme) şeklinde olabileceği gibi bir şirketin sahip olduğu malvarlığının tamamı yerine bir ya da birden fazla bölümünün devredilerek bölünen şirket ortaklarının devralan şirketin pay ve haklarını iktisap etmesi veya devredilen malvarlığı bölümü karşılığında devralan şirketteki pay ve hakları elde ederek yavru şirket oluşturmaları (kısmi bölünme) şeklinde olabilir.

Tam bölünme halinde devrolunan şirket sona ermekte ve unvanı ticaret sicilinden silinmektedir. Kısmi bölünmede ise devrolunan şirket tüzel kişiliği sona ermemekte, sadece devredilen malvarlığı oranında sermayesi azalmaktadır. 6102 sayılı Kanun'un 179/4 maddesine göre bölünme, ticaret siciline tescille birlikte geçerlilik kazanacaktır. Bölünmenin ticaret siciline tesciliyle birlikte bölünen şirkete ait malvarlığı, devralan şirkete kısmi külli halefiyet yoluyla intikal etmektedir.^[89] Böylece bölünmeye konu malvarlığına dâhil olan taşınmaz malların mülkiyeti, tapu kütüğüne yapılacak tescilden önce devralan şirkete geçecek ve sicile yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik taşıyacaktır. Gerçekten de 31/10/2012 tarih ve 28453 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ'in 4/1 maddesine göre bölünen şirketin malvarlığı içerisinde taşınmaz bulunması durumunda bu taşınmazın devralan şirket adına tescilinin yapılması amacıyla bölünme kararı tapu müdürlüğüne bildirilmekte; ticaret sicil müdürlüğünün bu bildirisini alan tapu müdürlüğü de aynı Tebliğ'in 6/1 maddesi uyarınca taşınmaz devralan şirket adına tescil edilinceye kadar bu hususta tapu kütüğüne şerh koymaktadır. Buradaki şerh, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce devralan şirkete geçtiğini açıklamakta olup böyle bir kayıt beyan niteliği taşımaktadır.^[90]

F) TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11/1 maddesine göre, “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*”

[89] Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 139; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353.

[90] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353.

Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir işletmenin ticari işletme sıfatını haiz olabilmesi için; esnaf işletmeleri için öngörülen sınırı aşacak düzeyde gelir sağlamayı hedeflemeli, yürütmekte olduğu faaliyeti devamlı bir şekilde yapmalı ve faaliyetlerini bağımsız bir şekilde, yani işletmeye dair iş ve işlemleri sadece kendi iradesi etkin olacak şekilde yapmalıdır.

6102 sayılı Kanun'un 11/3 maddesine göre, "*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. ... Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*" Böylece, devredilen ticari işletmenin malvarlığında bulunan ve devri kanunen özel şekillere tabi kılınmış bir malın bulunması durumunda, bu mal, söz konusu şekil şartlarının ayrıca yerine getirilmesine gerek kalmaksızın ticari işletmeyle birlikte doğrudan devredilmiş olunacaktır. Maddede ayrıca, bir ticari işletmenin devrini konu alan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak öngörülmüş; devrin gerçekleşebilmesi için bu yazılı sözleşmenin ayrıca ticaret siciline tescil edilip Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanması gerektiği belirtilmiştir.

Ticari işletmenin devrini konu alan sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür.^[91] Bizce de isabetli olan görüşe göre, ticari işletmenin devrini konu edinen sözleşme borçlandırıcı işlem, bu sözleşmenin ifası amacıyla ticaret siciline yapılan tescil ise tasarruf işlemidir. Devrin ticaret siciline tescili anında işletmenin malvarlığında bulunan taşınmaz malların mülkiyeti devralana geçecek; daha sonrasında tapu kütüğüne yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[92]

G) TİCARET ŞİRKETLERİNE AYNİ SERMAYE OLARAK TAŞINMAZIN KONULMASI

Ticaret şirketlerinde her ortak, sermaye getirmekle yükümlüdür. Bir ticaret şirkete sermaye olarak nelerin getirilebileceği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 127. maddesinde sayılmış olup maddenin birinci fıkrasının

[91] Görüşler için bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 354.

[92] Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018), 43; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 293.

c bendinde, “*Taşınırlar ve her çeşit taşınmaz*” denilmek suretiyle taşınmaz mülkiyetinin de sermaye olarak getirilebileceği ifade edilmiştir.

6102 sayılı Kanun’un 128/2 maddesine göre, bir taşınmazın aynı sermaye olarak şirkete getirilebilmesi için şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerinin yer alması ve taşınmazın sermaye olarak getirileceği taahhüdünün tapuya şerh verilmesi gerekmektedir. Aynı Kanun’un 128/3 maddesinde, sermaye olarak taşınmaz mülkiyetinin getirilmesi durumunda, buna ilişkin şirket sözleşmesi hükmünün resmi şekil şartı aranmaksızın geçerli olacağı ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun’un 128/5 maddesinde, aynı sermaye olarak taşınmaz mülkiyetinin konulması durumunda, şirketin bu taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için tapu siciline tescilin yapılmasının şart olduğu ifade edilmiş; 128/6 maddesinde ise mülkiyet hakkıyla ilgili yapılacak tescillere ilişkin bildirimlerin ticaret sicili müdürü tarafından resen yapılacağı belirtilmiştir.

İzah edilen kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere, bir şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin sermaye olarak getirileceğinin taahhüt edilmesi durumunda bu şirket, ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazandığı anda taşınmazın mülkiyetini de tescilden önce kazanmış olacaktır.^[93] Tescil sonrasında ticaret sicili müdürü tarafından tapu müdürlüğüne yapılacak bildirim ve bu bildirim üzerine yapılacak tescil ise kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.

H) 5543 SAYILI İSKÂN KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE YAPILACAK OLAN TAHSİS

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun E. 1944/9, K. 1944/30 sayılı ve 1/11/1944 tarihli içtihadı birleştirme kararında, “*1331 ve 1771 ve 2510 sayılı kanunların zımni ve sarih hükümlerine göre; usulü dairesinde yapılp kat`ileşen tahsis ve tefvizler tescilden önce de mülkiyet ifade ettiklerine ve bu misillü müfevvez gayrimenkuller mütefevvezin malı addolunacağı*” ifade edilmek suretiyle tahsis (özüleme) ve tefviz (peşin para ile ihale) işlemlerinin kesinleşmesi durumunda lehine tahsis ve tefviz olunan kişilerin taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanacağı kabul

[93] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 355; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 295.

edilmiştir.^[94] 1331 ve 1771 sayılı Kanunlar mülga olmuş, 2510 sayılı Kanun ise yürürlükten kaldırılarak 5543 sayılı Kanun kabul edilmiş olsa da 5543 sayılı Kanun'un 19/1 maddesi uyarınca taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanılacağına kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.^[95]

[94] <https://www.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[95] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 968; Yargıtay 1. HD. E. 1987/4429, K. 1987/6913, T. 06/07/1987: “Bilindiği üzere, temlik onaylanmış iskân kayıtları, tapuya tescil edilmese dahi ilgisine veya ilgililerine (tahsis yapılan veya yapılanlara) mülkiyet hakkı bahşeder. Anılan yön, 1.11.1944 tarih, 9/30 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararında belirtilmiş bulunmaktadır.” Yargıtay 14. HD. E. 2006/5151, K. 2006/7075, T. 20/06/2006: “2510 sayılı İskân Kanunu'nun 23. maddesi gereğince; dağıtış defter veya kararlarının, vali veya kaymakamlarca tasdik edilmesi taşınmazın temlik anlamına gelir. Başka bir deyişle, davalılar taşınmazın mülkiyetini tapuda adlarına tescil edilmeden önce, temlik onaylandığı 4.3.2003 tarihinde tescilsiz olarak kazanmışlardır.” (<https://www.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 24/04/2022))

SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun genel sistematığına göre bir taşınmazın mülkiyeti, kural olarak, sicile yapılacak tescille birlikte kazanılmaktadır. Nitekim Kanun'un 705/1 maddesinde, "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Bu kapsamda tescil, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında kurucu etkiye sahip olmaktadır. Tescil yapılmadıkça taşınmazın mülkiyetinin kazanılması, kural olarak, mümkün olmayacaktır. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasındaki kabul bu olmakla birlikte, 4721 sayılı Kanun'un 705. Maddesi başta olmak üzere çeşitli Kanunlarda birtakım istisnalar düzenlenmiş ve bazı durumlarda taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanılabileceği ifade edilmiştir. Böylece, taşınmazın mülkiyetinin tescille birlikte kazanılacağı öngören genel kurala yine bizzat Kanunlar ile istisnalar getirilmiştir.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılmasına imkân tanıyan bu istisnalar, taşınmazların kayıt altına alınarak derli toplu bir halde sicil nezdinde tutulmalarında gözetilen menfaati tehlikeye atabilecek bir boyut taşımaktadır. Nitekim, söz konusu durumlarda mülkiyet kazanılmakla birlikte sicile tescil yapılırken kadarki süreçte bu durum aleniyet kazanamamakta ve iyi niyetli üçüncü kişiler açısından bazı ihtilaflara yol açabilmektedir. Zira her ne kadar taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılacak olsa da mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanılabilmesi için tapu sicilinde tescilin yapılmış olması gerekmektedir. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinin ikinci cümlesinde, "*Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.*" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Tescili isteme yetkisi ise Kanun gereği aynı hakkı tapu dışında tescilsiz olarak kazanmış kişiye ait olacaktır. Bu durumda yapılacak tescil ise, taşınmazın mülkiyeti daha önceden kazanıldığı için, kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) etkiye sahip olacaktır. Yani tescil, taşınmazın mülkiyetinin kazanılması sonucunu doğurmayacak; taşınmazın mülkiyetinin kazanıldığını üçüncü kişilere bildirecek ve tescille birlikte bu husus aleniyet kazanacaktır. Tescili isteme yetkisine sahip olan kişi bu yöndeki istemini dile getirmediği sürece de mevcut tescil gerçek durumu yansıtmayacak ve bir bakıma mevcut tescil, yolsuz tescil niteliğinde olacaktır. İyi niyetli üçüncü kişiler de mevcut duruma güvenerek hak iktisap etme yoluna gidecek; ancak mevcut sicil durumuna yansımamış bir aynı hak iddiasıyla karşı karşıya kalabileceklerdir.

Taşınmaz mülkiyetinin tapu siciline yapılacak tescilden önce kazanıldığı durumlarda, tapu siciline yapılması gereken açıklayıcı (bildirici) tescil yapılmadıkça hak sahibinin tasarruf yetkisine sahip olamayacağını ifade eden 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesi de uygulamada bir başka soruna yol açabilecektir. Nitekim hak sahibinin, kendisi adına yapılması gereken açıklayıcı (bildirici) tescili yaptırmaksızın, her nasıl olmuşsa, taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, üçüncü kişi adına yapılan tescilin yolsuz olduğunun kabul edilip edilmeyeceği hususunda bir kafa karışıklığı ortaya çıkabilmektedir. Zira, bir yandan Kanun'un açık hükmü karşısında tasarruf yetkisine sahip olmayan bir kimsenin tescil işlemini yaptırması nedeniyle mevcut tescilin yolsuz olduğu ileri sürülebilecek; diğer yandan da mülkiyet hakkını sicile yapılacak tescilden önce kazanmış olan kimsenin bir tasarrufu mevcut olduğu için hakka dayanan bir tasarruf işlemi bulunduğundan bahisle, sırf açıklayıcı (bildirici) tescilin yapılmamış olması nedeniyle mevcut tescilin yolsuz olmayacağı iddia edilebilecektir.^[96]

İzah edilen bu tereddütlü durumların yaşanmasının engellenmesi ve tapu sicilinin daha sağlıklı tutulabilmesi için, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde, yeni kazanımın derhal sicile yansıtılması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu hususta, özellikle tescili isteme hakkına sahip olan sicil dışı aynı hakkı kazanmış kişinin, bu tescili bir an önce yapmaya zorlanması için birtakım müeyyideler öngörülmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

[96] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 485; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 256.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Çınar, Turan. *Tapu İptali ve Tescili Davaları*. Ankara: Kartal Yayınevi, 2008.
- Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan ve Mustafa Alper Gümüş. *Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Akipek Jale G. ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukukuna Giriş*. Bursa Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Gürsoy, Kemal Tahir. *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Gürsoy, Kemal Tahir, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991.

- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul: DER Yayınları, 2018.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Kılıç, Halil. *Gayrimenkul Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2007.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Kutlu Gürsel, Meltem. *Kamulaştırma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015.
- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Sapanoğlu, Süleyman. *3402 Sayılı Kadastro Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şimşek, Suat. “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. no. 91, (2010): 181-228.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.