

**766 SAYILI TAPULAMA KANUNUNUN 31. MADDESİNİN
II. FIKRASI İLE 2613 SAYILI KADASTRO VE TAPU
TAHRİRİ KANUNUNUN 22. MADDESİNİN H BENDİNDEKİ
ARITIM SÜRECİ YOLUYLA HAK DÜŞÜMÜNÜN SINIRLARI**

Yazan :

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY

İsviçre Medenî Kanununda, “Uygulama ve Yürürlük Kuralları” adlı Son Başlık (Bâb), “Medenî Kanunun Uygulama ve Yürürlük Yasası” diyeceğimiz 864 sayılı “Kanûn-ı Medenînin Sûret-i Mer’iyet ve Şekl-i Tatbîkî Hakkında Kanûn” adıyla alınmış olup 4 Ekim 1926’da, yani Medenî Kanunla aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. İsviçre Medenî Kanunu, Son Başlık, md. 44’ün II. fıkrası ise, kantonlardan söz eden başkaca kurallar gibi, Türk Medenî Kanununun Uygulama ve Yürürlük Yasasının 38 inci maddesine alınmamıştır. Bu fıkra aynen şöyledir:

“Federal ya da kantonal yasaların, *tapu kütüğüne yazımlanmamış (tescil edilmemiş)* bütün nesnel (aynî) hakların, önceden yapılacak duyuru (i’lân) üzerine belli bir andan sonra ortadan kalkacağını açıklamak yetkisi saklıdır.”¹

1) Bkz. ATAAY/SUNGURBEY, Açıklamalı Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu (Tatbikat Kanunuyla birlikte), 3. bası, İstanbul 1968, Tatbikat Kanunu, md. 38 açıklaması, s. 454. Bu fıkraya dayanarak tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel hakların arıtımına (tasfiyesine) ilişkin kantonal kurallara bir örnek olarak, İsviçre Medenî Kanununun Yürürlük Yasalarından 2 Nisan 1911 tarihli Zürih Kantonu Yürürlük Yasası, § 266, II, 270’e ve 6 Temmuz 1928 tarihli Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesinin Tapu Kütüğünün Yürürlük Tüzüğü, § 3 ve sonrasına, özellikle § 8, 23, 25 ve 28’e bakılabilir; bkz. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, VI. Band : Die kantonalen Erlasse zum Zivilgesetz-

İsviçre Medenî Kanununun eski hukuktan yeni hukuka geçiş hukukunu, başka bir deyimle çağlararası özel hukuku düzenleyen ve "Uygulama ve Yürürlük Kuralları" adını taşıyan bu son başlığını (bâbını) şerh etmiş olan Prof. Dr. Paul MUTZNER, bu fıkra şerhinde :

"Federal yasakoyucu, bu hakların vaktinde bildirilmemesi durumunda federal hukuktan ötürü düşmüş olacağı açıklansaydı, bunun duruma göre *gereksiz bir sertlik* sayılacağından yola çıkmıştır." dedikten sonra, ayrıca şu bilgiyi de vermektedir:

"Kantonlar, kendilerine fıkra II'de tanınan hakkı, yalnızca sınırlı bir çevrede kullanmaya, örneğin *yalnızca kimi kategoriden hakların* (yani rehin, irtifak, taşınmaz yükümü gibi sınırlı nesnel = mahdûd aynî, mülkiyetin gayrı aynî hakların, İ.S.) ortadan kalkacağını açıklamaya dahi yetkilidirler." (Bkz. MUTZNER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, I. Abschnitt: Art. 1 - 50, 2. bası, Bern 1926, Art. 44, N. 5/6, s. 245/246).

Tapulama sırasında önceden yapılacak duyurudan sonra *ancak tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel haklar için* hak düşümü süresi konularak bu hakların arılabileceği (tasfiye olunabileceği) yolundaki bu ilkeye uygun olarak, Türk Anayasa Mahkemesi de, 10.2.1970 gün, 60/8 sayılı kararıyla, 11.12.1934 gün, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununun 22 nci maddesinin H. bendinde:

"Yapılacak ilânlar ve tahkik üzerine sahibi bulunamayan gayrimenkuller Devlet namına kaydolunur. Bu malların on seneye kadar hükmen müstehıkkı çıktığı takdirde nâmına kaydı tashih edilir ve satılmış ise bedeli verilir."

yolunda on yıllık hak düşümü süresi koyan 2 nci cümlesini, *tapu kütüğüne tescil edilmiş mülkiyet haklarına ilişkin olarak* Anayasaya aykırı bulup ibtal eylemiştir. (Bkz. Resmî Gazete, 15.12.1970, sayı 13695)².

buch und Obligationenrecht, Herausgegeben von Bundesrichter Dr. W. SCHÖNENBERGER, 3. Teil, Zürich 1941, s. 770'deki ikinci dip notu, s. 778, s. 831 ve sonrası, özellikle s. 832, 835/837.

2) Sayın Prof. Dr. Selâhaddin Sulhi TEKİNAY'ın, Eşya Hukuku.

Anayasa Mahkemesi, 8.2.1973 gün, 52/5 sayılı kararında, Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasında yer alan:

3. bası, İstanbul 1978, § 34, III, s. 487 ve sonrası, özellikle B, 2, s. 492/493'te, 2613 sayılı kanun, md. 22, bend H'daki hak düşümü süresine "Adî Kazandırıcı Zamanaşımı" bölümünde yer vermiş olması gibi, bu bende göre "Devlet adına yolsuz olarak tescil edilen taşınmazlar, Devlet tarafından 10 yıllık zamanaşımı sonunda kesin olarak iktisap edilmiş olur" demesi de, bu bende göre Devletin malik gibi sürekli elmenliği (zilyedliği) aranmaksızın gerçekleşen hak düşümü süresini, MK. 638'e göre malik gibi sürekli elmenlik sonunda mülkiyet kazanılan bayağı (âdî) kazandırıcı zamanaşımı niteliğinde sanmış olmasından ileri gelmiş olup yersiz ve yanlıştır.

Sayın TEKİNAY, ayrıca, Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü geçen iptal kararına ilişkin olarak da şunları söylemektedir :

"Kanaatimizce —zilyed olmayan hak sahiplerinin— kadastrodan önceki tapuya dayanarak, aradan ne kadar süre geçerse geçsin, Devleti dava edebilmeleri tatmin edici bir çözüm tarzı değildir. 10 senelik süre kısa sayılabilir. Fakat Hazine adına tescil edilmiş bir taşınmazın aradan, meselâ 30-40 yıl geçmiş olsa bile, zilyed olmayan kişilerce açılacak bir davaya konu olabilmesi, kazandırıcı zamanaşımı kuramının ("kurumunun" olacak, İ.S.) kabulünü zorunlu kılan temel düşünceyle bağdaştırılamaz".

İlkin şunu söyleyelim ki, sayın TEKİNAY'ın bu düşüncesi de yukarıda belirtildiği üzere hak düşümü süresi ile bayağı kazandırıcı zamanaşımını birbirine karıştırmaktan ileri gelmiş olup yersiz ve yanlıştır.

Gerçekten de, tapulu gerçek hak sahibinin, taşınmazın kadastro sırasında Devlet adına yolsuz tescil edilmesi, ne var ki Devletin taşınmaza malik gibi sürekli elmen olmaması durumunda Devlete karşı herhangi bir hak düşümüne bağlı olmaksızın dava açabilmesinin, "kazandırıcı zamanaşımı kurumunun kabulünü zorunlu kılan temel düşünceyle bağdaştırılamayacak" hiçbir yanı yoktur.

Böyle bir taşınmaza Devletin malik gibi sürekli elmen olması durumunda taşınmazı MK. 638'e ya da 639'a göre zamanaşımıyla kazanabilip kazanamayacağı sorunu ise, ayrı bir sorundur. Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü geçen iptal kararının gerekçesinde, tapuda kayıtlı nesnel hakkı kadastro sırasında gerçek hak sahibi adına yeni kayıtlara geçirmeyerek kendi adına yazmış olan Devletin, 2613 sayılı kanun, md. 22, bend H'deki hak düşümüne dayanmasının doğru olmayacağı belirtilmektedir. Bu görevini yerine getirmemiş olan Devletin, iyiniyetli elmenlik

“Bu sicillerde (tapulamaya müsteniden tesis olunan tapu sicillerinde) belirtilen haklara, tescilleri tarihinden itibaren on sene geç-

aranan MK. 638'deki bayağı kazandırıcı zamanaşımına dayanması durumunda da MK. 3, II uyarınca kendisinden beklenen özeni göstermemiş olduğundan iyiniyet iddiasında bulunamayacağı meydandadır. Buna karşılık, tapu kütüğüne yolsuz yazımlı kötü niyetli elmen de taşınmazı olağanüstü zamanaşımıyla kazanabileceğinden, bu durumdaki Devlet de MK. 639'daki olağanüstü kazandırıcı zamanaşımına dayanabilir (Bkz. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İst. 1956, s. 24/26, Medenî Hukuk Eleştirileri, Cild I, İst. 1963, § 10, s. 66/70, Medenî Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İst. 1972, § 12, s. 90/101).

Sayın TEKİNAY, öte yandan, adı geçen yapıt, s. 533'te de şunları söylemektedir :

“Biz, Anayasa Mahkemesinin kararını isabetsiz buluyoruz. Taşınmaz üzerindeki hakkını 10 yıl süreyle arayıp sormayan bir kimsenin, bu haktan kamu yararına olmak üzere vazgeçmiş sayılması hukuk politikasının amaçlarına asla aykırı düşmez.”

Gerçi, “Medenî Hukuk Eleştirileri” adlı yapıtımızın II. Cildinde (İst. 1970, § 40, s. 180 ve sonrası, özellikle s. 183/184) belirtildiği üzere, 1274 hicrî tarihli Arâzî Kanunnâmesinin 68 inci maddesindeki arâzî-i emîriyyenin, yani Anadolu ve Rumelinin tarımsal topraklarının hayatî önemi yüzünden “maslahat” (kamu yararı) dolayısıyla ard arda üç yıl özürsüz olarak işlenmemesi durumunda tasarruf hakkının Devlet yararına sona ereceği yolundaki “ta'tîl” kurumuna benzer bir biçimde ve Anayasa, md. 36, II/III, md. 37, I, 1 uyarınca tarımsal topraklardan malikin sürekli olarak yararlanması gerektiği, yoksa mülkiyet hakkının Devlet yararına sona ereceği ve toprağın topraksız çiftçilere dağıtılacağı yolunda bir kural kabul edilebilir ve böyle bir kuralın kabulü, Anayasaya aykırı olmayıp, mülkiyet hakkının özünü kaldırmayıp tam tersine olarak Anayasanın yukarıda anılan açık ve kesin buyruklarının yerine getirilmesi demek olur. Ne var ki, sürekli işlenmesinde kamu yararı bulunan tarımsal topraklara ilişkin olan böyle bir kuralın, il ve ilçelerin merkez belediyeleri sınırları içinde uygulanan 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununun 22 nci maddesinin H bendindeki kurala hiçbir ilgisi bulunmayıp bu bendin böyle bir amaç gütmeyeceği meydandadır. Burada, malikin tarımsal bir toprağı sürekli olarak işlemek ödevini yerine getirmemesinden dolayı değil de, Devletin tapuda kayıtlı nesnel hakkı kadastro sırasında gerçek hak sahibi adına yeni kayıtlara geçirmek yolundaki

tikten sonra, tapulamaya takaddüm eden sebeplere dayanılarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz.”

yolundaki on yıllık hak düşümü süresinin³ iptalini, yalnızca itiraz yoluna başvuran mahkemenin Anayasanın 151 inci ve 44 sayılı kanununun 27 nci maddesine göre yetkisizliği gerekçesiyle reddetmiş olup, yoksa bunun dışında işin esasına girerek bu fıkranın tapu kütüğüne tescil edilmiş mülkiyet hakları yönünden de Anayasaya uygun olup olmadığı konusunda henüz bir karar vermiş değildir. (Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Cild 10, s. 236/240).

Bu gerçekler karşısında, Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasının olanak ölçüsünde *dar yorumlanması*, başka bir

kendi görevini yerine getirmemesinden dolayı mülkiyet hakkının on yıl geçmekle hak düşümüne uğraması söz konusudur ki, hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak kendi yararına bir hak çıkaramayacağı yolundaki genel mantık ve hukuk ilkesince, Anayasa Mahkemesinin haklı olarak Anayasaya aykırı bulduğu yön de budur.

Bundan başka, MK. 928'deki varsayıma karşın (bkz. aşağıda II, 1, s. 445/6), duruma göre Devlet adına yapılan yolsuz tescilden haberi bile olmayan malikin, mülkiyet hakkından Devlet yararına vazgeçmiş sayılmasının, gerçeğe tümüyle aykırı ve yersiz bir varsayımdan başka bir şey olmadığı da açık bir gerçektir.

- 3) Sayın TEKİNAY'ın, adı geçen yapıt, § 34, III, s. 487 ve sonrası, özellikle B, 1, s. 492'de, Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki sürenin hak düşümü süresi olduğunu söylemesine karşın, bu maddedi “Âdî Kazandırıcı Zamanaşımı” bölümünde ele alması, yersizdir.

Sayın TEKİNAY, ayrıca, “bu maddenin MK. m. 638 hükmünden farklı olarak iyi niyet şartını aramayışı kanaatimizce isabetli olmamıştır” derken, bu maddenin MK. 638'dekine paralel bir yolda malik gibi sürekli ve iyiniyetli elmenlik aranan olağan bir kazandırıcı zamanaşımı kuralı niteliğinde olmayıp, hak düşümü süresi koyan bir arıtım (tasfiye) kuralı niteliğinde olduğunu gözden kaçırmaktadır. Nitekim, gene arıtım kuralı niteliğindeki İsviçre Medenî Kanunu, Son Başlık, md. 44'ün yukarıya dercolunan II. fıkrası ile bu fıkraya dayanarak çıkarılan kantonal kurallarda da durum böyledir. Şunu da belirtelim ki, tapulama sonucunda taşınmaz yolsuz olarak adına tescil edilen kimsenin, Medenî Kanununun 2 nci maddesindeki dürüstlük (objektif hüsn-i niyyet) kurallarına aykırı olarak mülkiyet hakkına dayanması da reddedilmek gerekir (Aşağıda III'e bkz.).

deyişle bu fıkradaki on yıllık hak düşümü süresinin uygulama alanının olabildiğince daraltılmasının bir zorunluk olduğu meydandadır. Nitekim, Yüksek Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Başkanı sayın Nusret OZANALP da, "Tapulama Kanunu Şerhi" adlı yapıtında (2. baskı, Ankara 1976), s. 251'de bu gerçeği büyük bir isabetle aynen şöyle belirtmektedir :

"... Aslında da bu yorum, kanuna ve kanunkoyucunun amacına da uygun düşmektedir. Madem ki, genel hukuk kuralları açısından mülkiyet hakkı hak düşürücü süreye ve zamanaşımına⁴ bağlı değildir. O halde, Tapulama Kanununun 31 inci maddesiyle getirilen hak düşürücü süreyi, mümkün olduğu kadar dar bir çerçeve içinde düşünmek yerinde olur..."

I

Sayın OZANALP, adı geçen eser, md. 31 şerhi, s. 256'da aynen şöyle demektedir :

"Bilindiği gibi, (16.3.1950 gün,) 5602 sayılı Arazi Kadastrosu (Tapulama) Kanununda, tapulamayla oluşturulmuş tapu sicillerinin belirttiği haklara karşı, tapulamadan önceki nedenlere dayanılarak açılacak davalar, bir süreyle kısıtlanmamıştı. Anılan kanunda, hak düşürücü süreye yer verilmemiş, sicile karşı her zaman dava yolu açık tutulmuştu. İlk önce (17.7.1964 gün), 509 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde ve sonra da o kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine (12.5.1966'da) yeniden yürürlüğe konulan 766 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesiyle sicile karşı açılacak davalar, hak düşürücü süreye bağlı tutuldu⁵.

4) Yani düşürücü zamanaşımına; Alman Medenî Kanunu, § 902'ye göre ise, tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel haklardan doğan istemler, 30 yıl geçmekle düşürücü zamanaşımına uğrayarak malikin geri alma davasına karşı zilyed, zamanaşımı def'ini ileri sürüp taşınmazı geri vermekten kaçınabilir, bkz. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956, s. 76; SUNGURBEY, Medenî Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972, s. 143 ve 144'teki dip notu.

5) Parantez içindeki tarihler, tarafımızdan eklenmiştir.

... Burada önemli bir sorun ile karşı karşıya gelmek kaçınılmaz bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Acaba 5602 sayılı Arazi Kadastrosu Kanunu hükümlerine göre oluşturulan tapu sicillerinin belirttiği haklara karşı tapulamadan önceki nedenlere dayanılarak açılacak davalar, 766 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde yer alan hak düşürücü süreye bağlı tutulacak mıdır? Örneğin, 5602 sayılı kanuna göre, 1962 yılında oluşturulmuş bulunan tapu sicilinin belirttiği hakka karşı, bir kimse 1973 yılında dava açsa, acaba bu dava, hak düşürücü süreye bağlı tutulacak mıdır? İtiraf etmek gerekir ki, bu sorun çok ince hukuksal bir nitelik göstermektedir.

Duraksamadan belirtmek gerekir ki, kanunların geriye doğru yürümezliği ilkesi, hareket noktası olarak kabul edilmek suretiyle sorun'un çözüme bağlanması zorunludur. Daha önce açıklandığı üzere, 766 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde yer alan hak düşürücü süre, kamu düzeniyle ilgili bulunmaktadır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 1 inci ve 8 inci Hukuk Dairelerinin yerleşmiş içtihatları, 766 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde yer alan hak düşürücü sürenin 5602 sayılı Kanun hükümlerine göre oluşturulan sicilleri de kapsadığı doğrultusundadır.) Amacı, belli bir süre sonra sicillerin bozulmasını önlemektir. O halde, kamu düzeniyle ilgili olan her hüküm gibi, anılan 31 inci madde hükmü de ilke olarak geriye doğru yürür ve 5602 sayılı Arazi Kadastro Kanunu hükümlerine göre oluşturulan sicillerin belirttiği haklara karşı açılacak davaları da kapsamına alır. Ancak, geriye doğru yürümenin ayırık durumunu oluşturan kazanılmış hakları ihlâl hâli meydana geliyorsa, kuşkusuz, anılan 31 inci madde hükmünün geriye doğru yürümesinden söz edilemez.

O halde, hangi durumlarda kazanılmış hak oluşmuş sayılacaktır? Burada ölçü ne olacaktır? Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yeni bir kararında da (bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun No. 113'teki (s. 264'teki 3.12.1975 gün, 5/819, E. 1975/1569 sayılı) örnek kararı) dolaylı olarak belirtildiği üzere, eğer 5602 sayılı Kanun hükümlerine göre oluşturulan sicile karşı, on yıllık süre geçmiş olmasına rağmen, 509 ve 766 sayılı Tapulama Kanunları yürürlüğe girmeden önce dava açılmış ve fakat o dava görülürken sözü edilen kanunlar yürürlüğe konulmuşsa, burada davacı yararına 5602 sayılı Kanunun tanıdığı hakka uygun biçimde dava açılmış ve bu hâl, artık kazanılmış

bir hak olmuştur. Dava görülmekteyken de olsa, dava açmak için hak düşürücü süreyi getiren kanunlar burada uygulanamaz.

Tapu sicili, 5602 sayılı Kanuna göre oluşturulmuş ve tescil gününden diyelim ki, sekiz yıl sonra 509 ve sonra da 766 sayılı Tapulama Kanunları yürürlüğe girmiş ve dava, tescil gününden on yıl geçtikten sonra açılmışsa, dava, hak düşürücü süreyi getiren kanunların yürürlüğü zamanında açılmış olduğu için, burada kazanılmış haktan söz edilemez. Böyle bir dava, hak düşürücü süreye bağlı tutulur. Çünkü davacı, 5602 sayılı Kanunun yürürlüğü sırasında dava açmamış ve o kanunun sağladığı hakkı kullanmamıştır...”

Görülüyor ki, yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 8. Hukuk Dairesi, yerleşmiş içtihadıyla, 766 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesindeki hak düşümü süresi koyan kuralı, kamu düzenine ilişkin saymakta, bundan dolayı da 16.3.1950 gün, 5602 sayılı Tapulama Kanunu kurallarına göre oluşturulan kütükleri de kapsadığını, yani önceye etkili (mâkable şâmil) olarak 5602 sayılı Tapulama Kanununa göre oluşturulan kütüklere karşı açılacak davalara da uygulanacağını kabul etmektedir; meğer ki, o kanuna göre oluşturulan kütüklere karşı gene o kanun döneminde dava açılmış olsun.

Sayın OZANALP, 766 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesindeki hak düşümü süresinin kamu düzenine ilişkin olduğunun daha önce açıklandığını söylediği s. 250, not 25 sonunda, yalnızca :

“... Hak düşürücü süre, kamu düzeniyle ilgilidir. (Bkz. Tapulama Kanununun 26 nci maddesi açıklaması, Dördüncü Bölüm, VII.)”

demekte, yollama yaptığı bu parçada da (s. 190/191 ve not 35), yalnızca Von TUHR, Borçlar Hukuku, Çeviren: C. EDEGE, Cild II, İstanbul 1953, s. 683 ve not 14'e dayanarak özellikle zamanaşımı def'inin ancak davalı tarafından ileri sürülürse mahkemece gözönünde tutulabilirken, hak düşümünün bir itiraz olarak mahkemece görevden ötürü (re'sen) gözönünde tutulması gerektiği yolundaki bilgilere yer vermektedir. Yoksa, bunun dışında, ne VON TUHR'da, ne de OZANALP'in yollama yaptığı kendi parçasında hak düşümü süresinin kamu düzenine ilişkin olup yeni kanundan önceye de etkili olacağı gibisinden bir düşünceye yer verilmiş değildir.

Gerçekten de, hak düşümü sürelerinin, Medenî Kanunun Uygulama ve Yürürlük Yasasının 2 nci maddesinde sözü edilip, “devletin

örgütlenmesi, bugünkü devlet işlerinin dayandığı toplumsal ve siyasal temeller gözönünde tutularak konulan kamu düzeni ölçütüyle” bir ilgisi yoktur. (Bkz. MUTZNER, adı geçen eser, Art. 2, N. 18 ve sonrası, özellikle N. 20 ve sonrası, N. 28 ve sonrasındaki açıklamalar.) Tam tersine olarak, şimdiye değinki hukuka göre düşürücü ya da kazandırıcı zamanaşımı, ya da hak düşümü sürelerine bağlı tutulmamış olan bir hakkın yeni hukuka göre böyle bir süreye bağlanması durumunda, bu sürelerin ancak yeni hukukun yürürlüğe girmesiyle işlemeye başlayacağı, geçiş hukukunun, yani çağlararası özel hukukun daha SAVIGNY'denberi kökleşmiş olup gerek İsv. Fed. Mahkemesince, gerekse İsviçre öğretisince tam bir görüş birliğiyle kabul edilen en temel ilkelerinden biridir. (Bkz. MUTZNER, adı geçen eser, Art. 49, N. 7 ve 14 ile N. 7'de anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararları ile yazarlar; SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956, s. 158, not 684 ve orada anılan MUTZNER, adı geçen eser, Art. 19, N. 4, Ord. Prof. Ebül'ulâ MARDİN, Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1947, s. 80/81).

Bundan dolayı, 5602 sayılı Tapulama Kanununa göre oluşturulan tapu kütüklerine karşı açılacak davalar o kanunda hiçbir hak düşümü süresine bağlı tutulmamışken, sonradan çıkarılan 509 ve 766 sayılı Tapulama Kanunlarıyla getirilen hak düşümü süresinin, önceye etkili olarak 5602 sayılı Tapulama Kanununa göre oluşturulan kütüklere karşı açılacak davalara da uygulanacağı yolundaki çözümlün, çağlararası özel hukukun bu temel ilkesine tümüyle aykırı olduğu apaçıktır.

5602 sayılı Tapulama Kanununa göre oluşturulan yolsuz tapu kütüklerine karşı mülkiyet hakları herhangi bir hak düşümü süresine bağlı bulunmayan gerçek hak sahiplerinin, 509 ve 766 sayılı Tapulama Kanunları yürürlüğe girer girmez bu kanunlardaki hak düşümü süresini kamu düzenine ilişkin sayarak önceye etkili bir yolda uygulayan bu görüş yüzünden hiç beklenmedik ve tepeden inme bir biçimde mülkiyet haklarının düşmüş sayılması gibi pek acı bir sürprizle karşı karşıya bırakılmaları, bu görüşün hakkaniyete de son derece aykırı olup kabul edilebilecek bir yanı bulunmadığını tam bir açıklıkla göstermeye yeterlidir.

Ayrıca, böyle bir çözümün, yukarıda belirtildiği üzere sayın OZANALP'ça da büyük bir isabetle vurgulanan Tapulama Kanunu,

md. 31, fıkra II'nin olanak ölçüsünde dar yorumlanması, başka bir deyişle bu fıkradaki on yıllık hak düşümü süresinin uygulama alanının olabildiğince daraltılmasındaki zorunlukla da bağdaşan tutarlı bir yanı bulunmadığı da meydandadır.

Son olarak şunu da belirtelim ki, 5602 sayılı Tapulama Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde gerçek malik tapulamayla oluşturulan yolsuz kütüğe karşı dava açmışsa, bu durumun kazanılmış bir hak sayılacağı ve sonradan çıkarılan 509 ve 766 sayılı Tapulama Kanunlarıyla getirilen hak düşümü süresinin bu duruma uygulanmayacağı yolundaki sınırlama da yersizdir. Gerçekten de, kamu düzenine ilişkin bir kuralın önceye etkisi, kazanılmış hak bulunduğundan söz edilerek kural olarak engellenemeyeceği gibi, ayrıca yukarıdaki düşünüş, Medenî Kanunun Uygulama ve Yürürlük Yasası, md. 4'teki kazanılmış hak kavramının yanlış anlaşılmasından ileri gelmiş olup (bkz. MUTZNER, adı geçen eser, madde 2 ve 4 şerhleri) zaten kazanılmış bulunan bir hakkın, dava açarak bir daha kazanılmasına mantıkça olanak bulunmadığı da apaçıktır. 766 sayılı Tapulama Kanunu, md. 31, fıkra II'deki hak düşümü süresinin kamu düzenine ilişkin olup önceye etkili olarak uygulanacağı ileri sürüldüğüne göre, burada zaten kazanılmış bir hakkın dava açarak bir daha kazanılması gibi olanaksız bir şeyden değil, yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının on yıllık hak düşümü süresi içinde açılarak süreye uyulmuş (sürenin saklı tutulmuş) olmasından söz edilmek gerekirdi. Bundan dolayı, 5602 sayılı Tapulama Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde, sonradan önceye etkili olarak uygulanacağı ileri sürülen on yıllık hak düşümü süresi geçirilmiş olsa bile, 509 ve 766 sayılı Tapulama Kanunları yürürlüğe girmeden önce dava açılmışsa bu davanın dinleneceği yolundaki düşünüş de dayanaksız, tutarsız ve yersizdir. İşin doğrusu, 5602 sayılı Tapulama Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde dava açılmış olmasını, 509 ve 766 sayılı Tapulama Kanunlarıyla getirilen hak düşümü süresini saklı tutmak için yeterli saymaktan ibarettir.

II

1) Yukarıda, tapulama sırasında önceden yapılacak duyurudan sonra ancak tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel haklar için hak düşümü süresi konularak bu hakların arıtılabilmesinin (tasfiye edi-

lebilmemesinin) esaslı bir ilke olduğu, bundan dolayı bu ilkeye aykırı olarak tapu kütüğüne tescil edilmiş nesnel haklar için de hak düşümü süresi koyarak bu hakların da arıtılabilmemesini kabul eden Tapulama Kanunu, md. 31, fıkra II'deki kuralın olanak ölçüsünde dar yorumlanmasının, başka bir deyişle bu fıkradaki on yıllık hak düşümü süresinin uygulama alanının olabildiğince daraltılmasının bir zorunluk olduğu belirtilmişti.

Nitekim, yüksek Yargıtay, 2.6.1929 gün, 1515 sayılı "Tapu kayıtlarından hukukî kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesine dair kanun" un tapu kütüğüne tescil edilmiş nesnel haklar için hak düşümü süresi koyan 1 inci maddesinin II. fıkrasını da pek haklı ve yerinde olarak dar yorumlayıp uygulama alanını daraltmıştı. Bu kanunun 1 inci maddesi aynen şöyledir :

"Tapu defterlerinde mukayyed olup da gayri resmî sûrette âhârın mülkiyetine geçen ve Medenî Kanunun mer'iyeti tarihine kadar musakkaf ve bu hükümde bulunan bağ ve bahçe veyahud arsaların on beş, diğer arazinin on sene malik sıfatiyle, nizasız ve hüsnüniyetle tasarruf altında bulundurulmaları zilyedleri adına tapu dairesince tescil ile tapu senedleri verilir.

Şu kadar ki, kayıt tarihinden itibaren üç sene zarfında alâkadarların mahkemeye müracaatla birinci fıkradaki iktisap sebepleri aleyhine dava açmaya salâhiyetleri vardır."

"İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman" adlı yapıtımızda belirtildiği üzere (İstanbul 1956, s. 168, 171), 1515 sayılı bu kanuna ilişkin 2.7.1930 gün, 9331 sayılı Nizamnamenin 1 inci maddesinin II. fıkrasına göre gayrimenkulün vergice kimin üzerinde kayıtlı bulunduğu ve verginin ne zamandanberi kimin tarafından verildiği varidat idarelerinden sorulacağı gibi, zilyedin nizasız tasarruf süresi tahkik olunacaktı. Bu tahkikat zilyedin iddiasını doğrularsa, keyfiyet tapuda kayıtlı kimseye veya mirasçılara *tebliğ* ve itiraza davet olunur, ayrıca on gün evvel tahkikat yapılacak yer ve zilyedin iddiaları *ilân* olunurdu. (Nizamname, madde 4.)..."

Gerek yukarıda adı geçen yapıtımızda, gerekse "Medenî Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi" adlı yapıtımızda (İstanbul 1972, s. 190/192) bu konuda verilen bilgileri de aşağıya aynen dercediyoruz :

“... Öntasarıdaki sertlik ve adaletsizliği herkesin gözüne batan bu kuralın, 2.6.1929 gün, 1515 sayılı “Tapu Kayıtlarından Hukukî Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanun”, md. 1, fıkra II örnek alınarak konulduğu anlaşılmaktadır. Bu fıkraya göre :

“Şu kadar ki, kayıt tarihinden itibaren üç sene zarfında alâkadarların mahkemeye müracaatla birinci fıkradaki iktisab sebepleri aleyhine dava açmaya salâhiyetleri vardır.”

Ne var ki, Yargıtay, haklı olarak bu fıkradaki sert ve adaletsiz kuralın uygulama alanını daraltmaya çalışmış olduğu gibi, biz de “İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman” adlı yapıtımızda (§ 13, IV, 5, s. 172/173, not 755) 5.1.1950 gün, 5519 sayılı yasa, md. 1 gereğince 1515 sayılı yasa, md. 1’i uygulama görevinin mahkemelere verilmesinden sonra artık 1515 sayılı yasa, md. 1, fıkra 2’deki kuralın da uygulanamayacağı görüşünü savunmuştuk :

“Yargıtay pek kısa olan bir müddette mülkiyetin sukutunu mücib olabilecek bir şekilde bu hükmün şiddet ve haksızlığını şu içtihadiyle tahdîd ve tahfîfe çalışmıştı: “*Tescil dava ve muamelesinde dâhil bulunmayan* davacının hakkı 1515 sayılı kanunun 1 inci maddesinin II. fıkrasında yazılı üç senelik sürenin geçmesiyle sukut etmeyip ve tapuya dayanan mülkiyet Medenî Kanun hükmünce her zaman dava olunabilip ancak Medenî Kanunun 638 inci maddesindeki iktisabî müruru zaman mevzuu bahis olabilir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 19.9.1948, 403 - 1988, TEPECİ, s. 59.” Fikrimizce, 1515 sayılı kanunun 1 inci maddesindeki üç senelik müddet artık kanunu tatbik salâhiyetleri nez edilmiş bulunan tapu dairelerince yapılan tescillere münhasır sayılıp mahkemelerin bu kanunu tatbîkan verecekleri tescil kararlarına karşı, Medenî Kanunun 639 uncu maddesinin tatbîkında olduğu gibi, gerçek hak sahibinin tashih ve iptal dava hakkı ancak âdî veya fevkalâde müruru zamanlarla yahut hüsnüniyetli üçüncü şahsın iktisabiyle tahdîd olunmalıdır. Bkz. yukarıda § 5, not 272.”

Görülüyor ki, 1515 sayılı yasayla Yurttaşlar Yasasından (Medenî Kanundan) önceki hukuk dönemi için getirilmiş olan kazandırıcı yıllanma (iktisabî mürûr-ı zamân) kurumuna (bkz. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, § 13, IV, s. 167/175) ilişkin olup hukukumuzdan âmiyâne tabîriyle güç-belâ atılmaya çalışılan bu sert ve adaletsiz kuralın bir benzeri, şimdi de

Öntasarı, md. 639, V ile üstelik daha da geniş ve önemli bir uygulama alanı bulunan Yurttaşlar Yasası, md. 639'daki olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumuna getirilmek istenmektedir...”

Yukarıda arz olunan bu gerçekler karşısında, yüksek Yargıtayın tapu kütüğüne tescil edilmiş nesnel haklar için 1515 sayılı kanunun 1 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümü süresine koymuş olduğu bu daraltımın (sınırlamanın), Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümü süresi için de kabul edilmesi gerektiği, böylece bu fıkraya göre de tapu kütüğüne tescil edilmiş nesnel hak sahiplerinden ancak itirazda bulunmak yoluyla arıtım sürecine (tasfiye prosedürüne) katılmış olanların haklarının arıtım süreci yoluyla hak düşümüne uğrayabileceği meydandadır⁶.

İmdi, Tapulama Kanunu, md. 28 ve 29, I'e göre tapulama komisyonu, tapulama tutanağındaki tesbite itirazı kabul ederse, tutanak düzeltileceğinden, Tapulama Kanunu, md. 29, II'ye göre, “itira-

6) Tapulama Kanunu ile Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununda, yukarıda sözü geçen 1515 sayılı kanuna ilişkin nizamnamenin 4 üncü maddesinde belirtildiği üzere zilyedin iddialarının tapuda kayıtlı kimseye ya da mirasçılara itiraz etmeleri için doğrudan doğruya tebliği gibi bir usûle yer verilmemiştir. Ancak bu kişilerin tapulama ya da kadastro tesbitine itiraz etmeleri üzerinedir ki, verilen karar kendilerine tebliğ edilir (Bkz. Tapulama Kanunu, md. 28, IV; Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, md. 26, I, bu kanuna ilişkin 19.12.1935 gün, 2/3642 sayılı Nizamname, md. 33, I). Tesbite itiraz eden kimse ise, daha itiraz anında, yani itirazı üzerine verilecek kararın kendisine tebliğinden önce de arıtım sürecine katılmış demektir.

Şunu da belirtelim ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 8. Hukuk Dairesi, yerleşmiş içtihadıyla, MK. 639, II'ye göre açılan tescil davalarında, bu madde uyarınca üç kez duyuru yapılmak, ayrıca davaya katılmamış olan mirasçılarının mahkeme kararı uyarınca yapılan tescile karşı sonradan açabilecekleri tapu iptali davası için herhangi bir hak düşümü süresi de bulunmamakla birlikte, tescil davasının tapuda kayıtlı malike karşı da açılmasını, ölmüş olduğu anlaşılırsa mirasçılarının davalı olarak gösterilmesini, mirasçısının bulunup bulunmadığının tesbitinde MK. 531/533, bend 2 ve 534'teki duyuru sürecine de uyulmasını, böylece kendilerine karşı husûmet yöneltilen kişilere usûlen tebligat yapılmasını gerekli görmektedir (Bkz. KARA-HASAN, Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, Ankara 1977, Cild II, s. 607, Cild I, s. 616/621).

zın mahiyeti itibariyle" işin çözümüne kendisini yetkili (görevli) görmeyerek itirazlı tutanağı tapulama mahkemesine gönderirse itiraz davaya dönüşeceğinden (bkz. OZANALP, adı geçen yapıt, md. 20/30 şerhi, s. 180, 182, 188/189, 201/203), bu durumlarda Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresinin uygulanması diye bir sorun da zaten ortaya çıkmaz. Tapulama komisyonunun itirazı esastan karara bağlayarak reddetmesi üzerine itirazcının Tapulama Kanunu, md. 28, IV ve V'e göre kararın tebliği tarihinden başlayarak 30 gün içinde tapulama mahkemesinde dava açmasında da durum gene böyledir. Buna karşılık, tapulama komisyonunun itirazı esastan karara bağlayarak reddetmesi üzerine itirazcının sözü geçen 30 gün içinde tapulama mahkemesinde dava açmaması durumunda komisyon kararı kesinleşip Tapulama Kanunu, md. 30'a göre tapu kütüğüne geçirilmekle yapılan tescile karşı itirazcının Tapulama Kanunu, md. 31, II'ye göre tescil tarihinden başlayarak on yıl içinde genel mahkemede dava açması gerekli olacağından, bu durumda Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresinin uygulanması söz konusu olabilir.

Şunu da belirtelim ki, komisyon kararı, itirazcıya tebliğ edilmiş olmadıkça kesinleşemez; böyle bir karara dayanarak tapuya tescil yapılmış olması da durumu değiştirmez. Nitekim, bu gerçek, yüksek Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 9.6.1969 gün, 2998/4566 sayılı kararında, 766 sayılı Tapulama Kanunu, md. 28, IV-V'e paralel kuraları taşıyan 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, md. 26, I - II'nin uygulanmasına ilişkin olarak aynen şöyle belirtilmiştir: "... komisyon kararının davacıya hangi tarihte tebliğ edildiği (...) gereği gibi araştırılmalı ve ondan sonra kadastro işleminin kesinleşip kesinleşmediği tesbit olunmalıdır. Mücerred tapuya tescil, tahdid işleminin kesinleştiği anlamını taşımaz..." (Bkz. Mustafa GÜRSEL, Açıklamalı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ve Uygulaması, Ankara 1978, md. 26 şerhi, sahife 452, No. 668).

Bundan dolayı, böyle bir tescile karşı gene tapulama mahkemesinde dava açılabileceği gibi, bu dava Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresine de bağlı olmaz.

Görülüyor ki, Tapulama Kanunu, md. 31, II'ye göre, tapuya tescil edilmiş nesnel hak sahiplerinden *itirazda* bulunmak yoluyla arıtım sürecine katılmış olanlardan da ancak komisyonun itirazı esastan red-

deden kararının kendilerine *tebliğ* edilmiş olmasına karşın 30 gün içinde tapulama mahkemesinde dava açmayanların hakları, arıtım süreci yoluyla tapuya tescilden başlayarak on yılda hak düşümüne uğrayabilir.

Bu söylediklerimiz, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununun 22 nci maddesinin H bendindeki (Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü geçen 10.2.1970 gün, 60/8 sayılı iptal kararından sonra) tapu kütüğüne tescil edilmemiş olup sahibi bulunamadığından Devlet adına tescil edilen mülkiyet hakları için konulmuş olan on yıllık hak düşümü süresi için de geçerlidir. (Bu kanunun 25 ve 26 ncı maddelerine ve aşağıda 2'ye bkz.).

Nitekim, sayın OZANALP da, adı geçen eser, s. 253'de, Tapulama Kanununa göre bu konuda yalnızca duyuru (ilân) yapılmasını yeterli görmenin hakkaniyetsizliğini aynen şöyle belirtmektedir :

“... Bir kimsenin hakkını araması imkânı belli bir süreyle kısıtlanırken, o kimseyi hakkını çiğneyen tasarruftan haberdar etmek doğaldır. Ve hukuk ve mantık kuralıdır. Hak sahibinin hakkını etkileyen işlem, hak sahibi için bilinmez bir halde kaldıkça, hakkın aranması için belli edilen süre işletilemez. Tapulama Kanununda “kesinleşmiş tapulamaların ilânı” biçiminde bir yöntem (usûl) getirilmemiştir. Her ne kadar tapulama tesbitleri daha önce ilân edilmekteyse de, itirazlar ve tapulama davaları nedeniyle tesbit biçimleri çok kez değişmektedir. Bu bakımdan da, daha önce yapılmış ilânların, kesinleşmiş tapulamayı hak sahiplerine duyurmuş olacağının kabulü mümkün değildir...”

Gerçi, sayın OZANALP'ın sözlerini şöyle sürdürdüğü görülmektedir :

“Oysa, tapulama, tapu siciline tescil edilmekle açıklık (aleniyet) ilkesinden yararlanır. Artık o taşınmazın durumu, herkes tarafından biliniyor farzedilir. Medenî Kanunun 928 inci maddesinde yer alan karine karşısında, hiç kimse bilgisizlikten söz edemez. İşte bu düşüncelerle kanunkoyucu, hak düşürücü süreyi tapulamamanın tapu siciline tescil gününden işletmeye başlatmıştır...”

Ne var ki, Medenî Kanunun 928 inci maddesinin son cümlesinde yer verilmiş olup, İsviçre Medenî Kanununun almancasında: “Bir kimsenin bir tapu kütüğü yazımını (tescîlini) bilmediği itirazı reddedilir.” yolunda anlatılmış bulunan varsayım, ancak taşınmazın ma-

likinden başka bir kimse tarafından aslen ya da devren kazanılması (ya da taşınmazda sınırlı bir nesnel hak edinilmesi) durumunda uygulanabilir. (Bkz. OSTERTAG, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, III. Abteilung, Art. 919 - 977, 2. bası, Bern 1917, Art. 970, N. 8; HOMBERGER, adı geçen eser, Art. 970, N. 13.) Yoksa, taşınmazın zaten maliki bulunan kimseye karşı taşınmazın tapulamayla yolsuz olarak başkası adına tescili durumunda da bu varsayımın uygulanmasının, böylece taşınmazı aslen ya da devren kazanma ilişkisine hiçbir biçimde girmemiş olup, taşınmazın zaten maliki bulunan kimsenin de tapulamayla başkası adına yapılan yolsuz tescili bildiği varsayılarak Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümü süresinin tescilden başlatılmasının, Medenî Kanunun 928 inci maddesinin son cümlesindeki kuralın amacına aykırı olacağı gibi, hakkaniyete de aykırı olacağı meydandadır.

Böyle bir çözümün, İsviçre Federal Mahkemesince belirtilen halelsiz zilyedliğini sürdürmekte olan malikin, tapu kütüğünde kendi adına yapılmış bulunan tescilin sonradan yolsuz bir tescille bozulup bozulmadığını kolaçan etmek (izleyip araştırmak) gibi bir yükümlü tutulamayacağı ilkesine de ters düşeceğine işaret edelim. (Bkz. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, s.97/99.)^{6a}.

6a) Buna karşılık, 1515 sayılı Tapu Kayıtlarından Hukukî Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanun, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ve 766 sayılı Tapulama Kanunu uyarınca taşınmazın başkası adına yolsuz tescili durumunda, gerçek malikin "halelsiz zilyedliğini sürdürmesi" söz konusu olmayıp da yolsuz tescil edilen kimse aynı zamanda taşınmazda elmen (zilyed) bulunuyorsa, artık böyle bir ilkeye aykırılık da söz konusu olamaz. Gerçekten de, yukarıda adı geçen yasalar uyarınca oluşturulan yolsuz tescile dayanarak taşınmazda on ya da yirmi yıla yaklaşan uzun süreler boyunca başka bir kimsenin malik gibi elmenliğini sürdürmesi olgusu karşısında, malikten harekete geçerek müdahalenin giderilmesi davası açmasının (bu durumda davalının elmenliği çekişmeli olduğundan yalnızca bu davayla dahi zamanaşımı kesilmiş olur), ayrıca davalının kendi adına yapılan yolsuz tescili ileri sürmesiyle yolsuz tescili öğrenmesi üzerine de tapu iptali davası açmasının beklenileceği açık bir gerçektir. Bundan dolayı, yukarıda anılan ya-

Yukarıda belirtilen bu gerçekler karşısında, sayın OZANALP'ın, böyle bir sınırlamaya (daraltıma) yer vermeyerek tapulama tutanağı-

salar uyarınca oluşturulan yolsuz tescile dayanarak taşınmazda malik gibi elmen olan kimse de, taşınmazı MK. 638'e göre olağan ya da MK. 639'a göre olağanüstü (aşağıda IV'e bkz.) zaman-aşımıyla kazanabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, kimi kararlarında, "MK. 638'in malikten gelmiş gibi gözüken", başka bir deyişle "el değiştirmeye dayanan bir kaydın varlığını şart kıldığı" yolundaki dayanaksız ve yersiz gerekçeyle benimsediği tersine çözüm (bkz. KARAHASAN, Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, Ankara 1977, Cild 1, s. 578/579, Cild 2, s. 527/528'deki kararlar), bu gerçeği gözden kaçırmış olmaktan ileri gelmiş olup yersiz ve yanlıştır. Nitekim, bu çözüm, öğretide tam bir görüş birliğiyle reddedildiği gibi, bizzat Hukuk Genel Kurulunun başkaca kararlarında da yukarıda belirttiğimiz doğru çözüme yer verilmiştir. (Bkz. TEKİNAY, adı geçen yapıt, s. 488, not 1a; OĞUZMAN/SELİÇİ, adı geçen yapıt, s. 390, not 369 ve oralarda anılan Hukuk Genel Kurulu kararları, en yeni olarak da 8. Hukuk Dairesinin 24.12.1973 gün, 8832/7302 sayılı kararı, ayrıca 1515 sayılı kanuna ilişkin olarak yukarıda s. 442'de anılan 1. Hukuk Dairesinin 19.9.1948 gün, 403/1988 sayılı kararı).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, çifte tapu denilen tapu kütüğünde aynı taşınmaz için yolsuz olarak ikinci bir yaprak açılması durumunda da, gene "MK. 638'in el değiştirmeye dayanan", başka bir deyişle "malikten gelmiş gibi gözüken bir kaydın varlığını şart kıldığı" yolundaki gerekçeyle, ayrıca MK. 928, son cümledeki bir kimsenin bir tapu kütüğü yazımını (tescilini) bilmediği itirazının reddedileceği varsayımından dolayı yolsuz ikinci kayda dayanan kimsenin iyiniyetli sayılamayacağı gerekçesiyle bu kimsenin taşınmazı MK. 638'e göre zaman aşımıyla kazanamayacağı görüşündedir. (Bkz. KARAHASAN, adı geçen yapıt, Cild 1, s. 577/579, Cild 2, s. 529'daki kararlar).

Bu iki gerekçeden birincisini yukarıda çürütmüştük. İkincisine gelince, Medenî Kanunumuzun kaynağı olan İsviçre Medenî Kanununun Nesnelere (Eşya) Hukuku bölümünün şârihleri, tam bir görüş birliğiyle, tapu kütüğünde aynı taşınmaz için açılan iki yapraktaki çelişkili tescillerin biribirinin etkisini ortadan kaldıracığını belirtmektedirler. (Bkz. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İst. 1956, s. 100/101, not 408 ve orada anılan WIELAND, Art. 973/974, No. 14, a; OSTERTAG, Art. 973, N. 26; HOMBERGER, Art. 973, N. 6; ayrıca gene orada anılan monografik yapıtlarla Alman öğretisine de bkz.). Böylece, taşınmazı tapu kütüğünde yolsuz açılan ya da kapatılması gerekirken kapatılmayarak yolsuz duruma düşen

na itiraz etmemiş, böylece arıtım sürecine katılmamış olan hak sahipleri için de tescilden başlayarak Tapulama Kanunu, md. 31, II

(bkz. WIELAND, anılan yer) yaprağa dayanarak kazanan kimsenin tapu kütüğünde MK. 928, son cümle uyarınca bildiği varsayılacak bir bilgi konusu kalmadığından, bu kimsenin geçerli yapraktaki tescili bildiği de varsayılmaz. Kaldı ki, bu kimse, taşınmazı geçerli yapraktan da edinmemiş, başka deyişle geçerli yapraktan kazanma ilişkisine de girmemiştir. Bu sebeplerden dolayı, MK. 928, son cümledeki varsayımın burada uygulanamayacağı açık bir gerçektir. Böylece, bu durumda, MK. 928, son cümledeki varsayım uygulanamayacağı gibi, tapu kütüğündeki bir yaprağa dayanarak bir taşınmaz alacak olan bir kimsenin, tapu memuruna ana kütüğün (defterin) bütün yapraklarını açtırıp bunları başından sonuna kadar birer birer okuyarak o taşınmaz için başkaca bir yaprak daha bulunup bulunmadığını da araştırıp öğrenmesini beklemek, böylece öbür yaprağı da bilmesi gerektiğini ileri sürmek kadar anlamsız bir şey olamayacağından, bu kimsenin MK. 3, II uyarınca kötüniyetli dahi sayılamayacağı meydandadır. Bundan dolayı, Hukuk Genel Kurulunun bu gerekçesi de yersiz ve yanlış olup böyle bir kimse taşınmazı MK. 638'e göre olağan zamanaşımıyla kazanabilir. (Bkz. SUNGURBEY, adı geçen yapıt, s. 100/102, 119/120; TEKİNAY, adı geçen yapıt, s. 488/489; OĞUZMAN/SELİÇİ, adı geçen yapıt, s. 393/394, not 380). Kötüniyetli olması durumunda da, MK. 639'a göre olağanüstü zamanaşımıyla kazanabilir. (Bkz. SUNGURBEY, adı geçen yapıt, s. 100/101, 10, 24 ve sonrası; "Medenî Hukuk Eleştirileri" (Cild 1, İst. 1963, § 10, s. 66/70) ve "Medenî Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi" (İst. 1972, § 12, s. 90/103) adlı yapıtlarımızdaki "Tapu Kütüğüne Yolsuz Yazımlı Kötü İnançlı Elmen de Olağanüstü Yıllanmayla Kazanabilir" başlıklı eleştirimiz).

MEIER - HAYOZ da, İsviçre Federal Mahkemesi kararına (BGE. 52 II 25) dayanarak, İsviçre - Türk hukukunda "tapu kütüğüne karşı kazandırıcı zamanaşımı" olamayacağı gerekçesiyle çifte tapu durumunda MK. 638'in uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Bu düşünüşün de, yukarıda belirtildiği üzere, çifte tapu durumunda çelişkili tescillerin biribirinin etkisini ortadan kaldırdığı, böylece tapu kütüğünün malikin mülkiyet hakkını kamuya açıklama (alenileştirme) görevini yerine getiremediği gerçeğini gözden kaçırmaktan ileri gelmiş olduğu meydandadır. Tapu kütüğünün mülkiyet hakkını kamuya açıklamaya görevini yapamadığı durumlarda ise, "tapu kütüğüne karşı kazandırıcı zamanaşımı" söz konusu olmayıp böyle bir hakkın olağan ya da olağanüstü zamanaşımıyla kazanılmasına hiçbir engel yoktur.

deki hak düşümü süresinin işleyeceğini kabul etmesinin (bkz. OZANALP, adı geçen yapıt, md. 31 şerhi, IV, D, s. 252 ve sonrası), yukarıda belirtildiği üzere sayın OZANALP'ça da büyük bir isabetle

(Bkz. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, § 2, s. 9 ve sonrası.). Bundan dolayı, MEIER-HAYOZ'un İsviçre Federal Mahkemesi kararına dayanarak ileri sürdüğü bu düşünüş de yersiz ve yanlıştır. Nitekim, MEIER - HAYOZ'un, MENGIARDI'nin "Der Ausschluss der Verjaehrung im Sachenrecht" adlı yapıtında (Bern tezi, 1953, s. 154) başka düşüncede olduğunu söylediğini de burada kaydedelim.

(Yukarıdaki bilgilerden anlaşılacağı üzere, çifte tapu durumunda MK. 931'deki ilkenin uygulanamamasının nedeni de, OĞUZMAN/SELİÇİ'nin adı geçen yapıt, s. 233/234, not 488'de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına dayanıp ileri sürdüklerinin tersine olarak, yolsuz yapraktan kazanan üçüncü kişinin MK. 928, son cümle uyarınca geçerli yapraktaki kaydı bildiği varsayılp kötüniyetli sayılması değil, iki yapraktaki çelişkili tescillerin birbirinin etkisini ortadan kaldırması, böylece ancak gerçek malikten hak kazanılabilmektedir. (Bkz. SUNGURBEY, adı geçen yapıt, s. 100/101, not 408 ve orada anılanlar. OĞUZMAN/SELİÇİ, adı geçen yapıt, s. 393/394, not 380'de ise, yukarıdaki yanlış düşünceleriyle açık bir çelişkiye düşmek bahasına da olsa, gene aynı çifte tapu durumunda MK. 638'in uygulanmasında MK. 928, son cümledeki varsayımın uygulanamayacağını kabul etmek zorunda kalmışlardır). Gene yukarıda belirtildiği üzere, gerçek malik, yolsuz yaprağa dayanarak taşınmaza malik gibi elmen olan üçüncü kişiye karşı MK. 638/639'daki zamanaşımı süreleri boyunca dava açarak taşınmazı zamanaşımıyla kazanmasını önleme olanağına sahiptir. Buna karşılık, gerçek malikin, yolsuz yaprağa dayanarak üçüncü bir kişinin taşınmazı kazanmasını önlemek için böyle bir olanağı bulunmadığından, çifte tapu durumunda MK. 931'in de uygulanması, malikin hak güvenliğinin hakkaniyete aykırı olarak ortadan kalkması demek olurdu).

Bu konuya son vermeden önce, şunu da belirtelim ki, 2613 sayılı Kanun, md. 26, III'te kadaastro sonucunda yapılan yolsuz tescillere karşı açılacak çizim (terkin, tapu iptali) davası için genel olarak hak düşümü süresi konulmuş olmadığından, bu dava ancak MK. 638/639'daki kazandırıcı zamanaşımı süreleriyle sınırlanabilir. Buna karşılık, 1515 sayılı Kanun, md. 1, II, 2613 sayılı Kanun, md. 22, bend H ve 766 sayılı Kanun, md. 31, II'de hak düşümü süreleri konulmuş olduğundan, kural olarak MK. 638/639'un uygulanmasına gerek olmayıp ancak hak düşümü sürelerinin uygulanamayacağı durumlardadır ki, kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin uygulanması söz konusu olabilir.

vurgulanan bu fıkranın olanak ölçüsünde dar yorumlanması, başka bir deyişle bu fıkradaki on yıllık hak düşümü süresinin uygulama alanının olabildiğince daraltılmasındaki zorunlukla bağdaşan tutarlı bir yanı bulunmadığı da meydandadır.

Yukarıda arz olunduğu üzere, Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresinin uygulama alanını hakkaniyeti gerçekleştirecek bir yolda ve büyük ölçüde daraltma olanağını sağlayan bu sınırlamaya yer vermeyen sayın OZANALP, adı geçen yapıt, md. 26 şerhi, s. 188/189'da, tam tersine olarak, hak sahibinin tapulama tutanağına itiraz etmiş olup da tapulama komisyonunun itirazı esastan karara bağlayarak reddettiği, böylece hak sahibinin sonradan dava açmasının gerekli bulunduğu durumlarda, hak sahibinin sonradan açması gereken davayla değil de, tapulama komisyonunca reddedilen itirazla zamanaşımının kesilmiş ve sonradan yapılacak tapuya tescilden başlayacak olan Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresinin saklı tutulmuş olacağını ileri sürerek bu yoldan bu fıkranın uygulama alanını daraltmaya çalışmaktadır ki, bunun, yukarıdaki sınırlamaya oranla, âmiyâne tâbîriyle "devede kulak kabîlinden", yani pek önemsiz ölçüde bir sınırlamadan ibaret olduğu açık bir gerçektir.

Ayrıca, itirazı tapulama komisyonunca esastan karara bağlanıp reddedildiğinden sonradan dava açması gereken hak sahibini, bu gereği yerine getirip, yani kendine düşen bu yüke katlanıp dava açmadıkça zamanaşımını kesmiş ya da sonradan tapuya tescilden başlayacak olan hak düşümü süresini saklı tutmuş saymakta da isabet olmasa gerektir. Gerçekten de, İsviçre Medenî Kanunu şârihlerinin de tam bir görüş birliğiyle belirttikleri üzere, ancak davanın başarıyla sonuçlanması durumunda davanın açıldığı tarihte zamanaşımının kesilmiş ya da hak düşümü süresinin saklı tutulmuş olması, temel bir ilkedir. (Bkz. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956, s. 55 ve orada anılan WIELAND, CURTI - FORRER ve LEEMANN'ın şerhleri. Buna karşılık, hak sahibinin davayı geri alması ya da koğuşturmayı ihmal etmesi durumunda sözü edilen sonuçların saklı kalıp kalmayacağı konusunda görüş ayrılığı vardır; bkz. SUNGURBEY, anılan yer.) Tapulama tutanağına itiraz ise tapulama komisyonunca esastan karara bağlanarak reddedildiğine göre, başarısızlıkla sonuçlanan itiraz-

la zamanaşımının kesilmiş ve hak düşümü süresinin saklı tutulmuş sayılamayacağı açık bir gerçektir. Kaldı ki, tapulama komisyonunun itirazı esastan red kararı, Tapulama Kanunu, md. 28, IV, 1 uyarınca itirazcıya tebliğ de edildiğine göre, itirazcının zamanaşımını kesmiş ve hak düşümü süresini saklı tutmuş olduğuna güvenmesi de söz konusu olamaz. İtirazcı, red kararına karşı 30 gün içinde tapulama mahkemesinde dava açmazsa, bu karar kesinleşerek tapuya tescil edilir. Tapulama Kanunu, md. 31, II'ye göre, "Bu sicillerde belirtilen haklara" karşı ise on yıl içinde ancak dava yoluyla itiraz olunabilir, yani on yıllık hak düşümü süresi ancak davayla saklı tutulabilir; yoksa, vaktiyle tapulama tutanağına karşı ileri sürülmüş olup tapulama komisyonunca esastan reddedilmiş bulunan itirazla saklı tutulamaz. Başka bir deyişle, tapulama tutanağına karşı itiraz yoluyla açılan süreç (prosedür), tapulama komisyonunun itirazı esastan red kararıyla sona ermiş olup, sona eren bu süreçte reddedilmiş bulunan itiraz, tapulamayla oluşturulan tescile karşı asliye mahkemesinde dava yoluyla açılacak süreçte tescilden başlayan on yıllık hak düşümü süresini saklı tutmuş saymaya yetmez. Nitekim, sayın OZANALP da, adı geçen yapıt, md. 31 şerhinde, s. 251/252'de, "IV, C - Hak düşürücü süreyi kesen (daha doğrusu: saklı tutan) dava" başlığı altında: "Demek oluyor ki, itiraz sözcüğüne, anılan fıkrada (Tapulama Kanunu, md. 31, II'de) sadece genel anlamda davayı anlatmak için yer verilmiştir. Kuşkusuz, *sicilin belirttiği* hakkın doğru olmadığı, ancak bir dava ile isbatlanabilir." diyerek bu gerçeği kabul ve teslim eylemektedir.

Bu konuya son vermeden önce, birbirine taban tabana aykırı olan yukarıdaki iki karşıt görüşü birleştirecek üçüncü bir görüşün, yani tapulama tutanağına itiraz etmemiş, böylece arıtım sürecine katılmamış olan hak sahipleri için Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresinin işlemeyeceği, itiraz etmiş olup da itirazı tapulama komisyonunca esastan karara bağlanıp reddedilen hak sahipleri için de hak düşümü süresinin saklı tutulmuş olacağı yolundaki görüşün kabulü durumunda, Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki kuralın uygulama alanını büsbütün yitirerek eski deyimle bir "hâşiv" (gereksiz söz) durumuna düşeceğini de burada kaydedelim.

2) Tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel haklara gelince, gerçi incelememizin başında belirtildiği üzere tapulama sırasında önce-

den yapılacak duyurudan sonra bu haklar için hak düşümü süresi konularak bunların arıtılabilmesi, ilkelere uygundur. Ne var ki, Prof. MUTZNER, yukarıya alınan parçada (Art. 44, N. 5/6, s. 245/246), federal yasakoyucunun, bu hakların vaktinde bildirilmemesi durumunda federal hukuktan ötürü düşmüş olacağı açıklansaydı, bunun duruma göre gereksiz bir sertlik sayılacağından yola çıkmış olduğunu, bundan dolayı ayrı ayrı kantonlardaki çeşitli eylemler ilişkilerin daha iyi gözönünde tutulabilmesi için bu yetkinin kantonlara da tanındığını, kantonların kendilerine tanınan bu hakkı yalnızca sınırlı bir çevrede kullanmaya, örneğin yalnızca kimi kategoriden hakların, yani rehin, irtifak, taşınmaz yükümü gibi sınırlı nesnel hakların ortadan kalkacağını açıklamaya dahi yetkili olduklarını belirtmektedir. Bundan başka, yukarıda 1) altında da, Tapulama Kanunu, md. 31, fıkra II'deki hak düşümü süresinin işlemeye başlaması için yalnızca Tapulama Kanunu kurallarına göre yapılan duyuruyu ya da Medenî Kanun, md. 928, son cümledeki varsayımdan dolayı tescili yeterli görmenin, bu yasa kurallarının amacına ve hakkaniyete aykırı olacağı da belirtilmiştir. Ayrıca, İsviçre'de taşınmazların kadastro sununun eskidenberi büyük ölçüde tamamlanmış olup tapu kütüğüne yazılmamış nesnel hakların pek az olması, halkın büyük çoğunluğunun ilköğretimden geçirilmiş olup hakkını arama alışkanlık ve olanaklarına sahip bulunmasına karşılık, Türkiye'de taşınmazların yarısından çoğunun tapuda kayıtlı olmadığı, büyük bir bölümü okuma - yazma bilmeyen yoksul köylümüzün başlıca yaşam ve geçim kaynağı olan tarlalarının yanlış tapulama yüzünden yolsuz olarak başkası adına tescil edilip edilmediğini tapu dairelerinde herkesçe bilinen bürokratik engelleri aşarak kovalayıp araştırmasının uygulamada - insafla düşünülürken - kendilerinden beklenemeyecek kadar güç olduğu da yadsınamayan toplumsal gerçeklerdir. Bütün bu hukuksal ve toplumsal gerçekler gözönünde tutulursa, yukarıda 1) altındaki tapu kütüğüne tescil edilmiş nesnel haklara ilişkin çözümün, tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel haklarda da kabulünün bir zorunluk olduğu apaçık anlaşılır. Böylece, tapu kütüğüne tescil edilmemiş nesnel hak sahiplerinden de, ancak itirazda bulunarak Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki arıtım sürecine katılmış olup da itirazı tapulama komisyonunca esastan reddedilmiş bulunanların hakları, itirazcının 30 gün içinde tapulama mahkemesinde dava açmadığı gibi, tescilden başlayarak on yıl içinde asliye mahkemesinde de dava

açmaması durumunda hak düşümüne uğrayabilir. Buna karşılık, tapulama tutanağına itiraz etmeyerek arıtım sürecine katılmamış olanların hakları ise hak düşümüne uğramaz.

III

Yukarıda belirtildiği üzere, Tapulama Kanununa göre yapılan duyuruya ve Medenî Kanununun 928 inci maddesinin son cümlesindeki varsayımına karşın, itirazda bulunmak yoluyla Tapulama Kanunu, md. 31, fıkra II'deki arıtım sürecine katılmamış olan, böylece gerçekte tapulamayla yapılan yolsuz tescilden haberi bile olmadan tarlasını işlemeyi sürdüren gerçek malikin yolsuz tescili öğrenip uyanaarak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açmasına fırsat vermemek için, yolsuz tescil edilen kimsenin tarlanın işlenmesine hiç ses çıkarmayıp, dava açmadan on yılın geçmesini bekledikten sonra, bir örümceğin pusuya yattığı yerden birdenbire fırlayıp avının üstüne atılması gibi. (Bkz. SUNGURBEY, Medenî Hukuk Eleştirileri, Cild II, İstanbul 1970, s. 323), Medenî Kanununun 618 inci maddesine göre dava açarak taşınmazı almaya kalkışmasının, ayrıca Medenî Kanununun 2 nci maddesindeki dürüstlük (objektif hüsn-i niyyet) kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bir davranış olduğu, bundan dolayı böyle bir durumda ayrıca bu nedenle de (dava-cının mülkiyet hakkının MK. 2 uyarınca hak düşümüne = Verwirkung'a uğramış olması nedeniyle de) davanın mahkemece görevden ötürü (re'sen) reddedilmesi gerektiği meydandadır.

IV

Gerçek malik, tapulamayla yapılan yolsuz tescilden önce on yıl, bundan sonra da gene on yıl malik gibi çekişmesiz ve aralıksız olarak taşınmazdaki zilyedliğini sürdürmüştü, ayrıca yirmi yıllık olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı olgusuna (vâkiasına) da dayanabilir, bundan dolayı böyle bir durumda yolsuz tescil edilen kimsenin Medenî Kanununun 618 inci maddesine göre taşınmazı almak için açtığı davanın ayrıca bu nedenle de reddi gerekir.

Gerçekten de, tapu kütüğünde ancak gerçek malikin mülkiyet hakkını kamuya açıklayan geçerli (yollu) bir tescil, kazandırıcı zamanaşımına engel olabilir; yoksa üçüncü bir kişi (ya da olağanüstü

kazandırıcı zamanaşımı zilyedi) adına yapılmış olup gerçek malikin mülkiyet hakkını kamuya açıklamayan yolsuz bir tescil, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımına hiçbir biçimde engel olamaz. Nitekim, bu gerçek, yukarıda anılan "İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman" adlı yapıtımızda (s. 10, 24 ve sonrası), Alman doktrininde baskın ve isabetli görüşü temsil eden GIERKE ve WOLFF gibi büyük hukukçulara da dayanarak aynen şöyle belirtilmiş bulunmaktadır:

"II. Lâkin, aşağıdaki hallerde sicilin aleniyeti kabul edilemez ve bundan dolayı da iktisabî müruru zamanı reddetmek için sebep kalmaz. Bu haller, tapu sicilinden malikin şahsını belirtici bir bilgi alınamaması *müşterek vasfını* gösterirler. Böylece, tapu sicilinin bildirdiği hususlara aykırı olarak fevkalâde iktisabî müruru zaman tecviz edilmiş olmayıp, yalnız faydalı maddî muhtevası bulunmayan sırf şeklî tescillerin tasfiyesi istihdaf edilmektedir..."

Fevkalâde iktisabî müruru zamana elverişli durumdaki gayri menkuller şunlardır:

(...)

4) *Tapu sicilinde bir üçüncü şahsın veya iktisabî müruru zaman zilyedinin yolsuz tescil edildiği gayri menkuller*: Bu iki halde de, tıpkı MK. 639'da tasrih edilen hallerdeki gibi, gerçek malikin hakkı tapu sicilinde belirmediği için, tescilin iktisabî müruru zamana karşı koruyucu tesirinden mahrum kalır. (GIERKE, II, § 127, not 71; BIERMANN, § 927, 1, b; WOLFF, s. 191; aksi fikirde: PLANCK/BRODMANN - STRECKER, § 927, 2, b ve zikrettikleri...)..."

(Bu konuda daha geniş bilgi ve özellikle isabetsiz karşı görüşün eleştirilmesi için ayrıca bkz. SUNGURBEY, adı geçen yapıt, s. 24/26; "Medenî Hukuk Eleştirileri" (Cild 1, İst. 1963, § 10, s. 66/70) ve "Medenî Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi" (İst. 1972, § 12, s. 90/103) adlı yapıtlarımızdaki "Tapu Kütüğüne Yolsuz Yazımlı Kötü İnançlı Elmen De Olağanüstü Yıllanmayla Kazanabilir." başlıklı eleştirimiz.)

Şunu da ekleyelim ki, savunduğumuz bu görüş, İsviçre Medenî Kanununun başlıca iki büyük şerhi olan Zürih şerhinde HAAB (Art. 661/663, N. 19) ile LIVER (Art. 731, N. 161), Bern şerhinde de MEIER - HAYOZ (Art. 662, N. 9) tarafından da savunulmaktadır.

(Ayrıca, MEIER - HAYOZ, adı geçen yerde anılan yazarlara da bakınız.)

V

Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki arıtım süreci yoluyla hak düşümünün olanak ölçüsünde dar yorumlanması yolundaki yukarıda belirtilen ilkeye uygun olarak, sayın OZANALP, adı geçen yapıt, s. 249 ve sonrasında, bu fıkradaki on yıllık hak düşümü süresinin uygulama alanını daraltan başkaca sınırları da büyük bir isabetle göstermiş bulunmaktadır. Özellikle :

- 1) Mer'a, yaylak, kışlak, devlet ormanı gibi kamu mallarında;
- 2) Gerçek malikin bu fıkradaki on yıllık süre içinde Medenî Kanunun 618 inci maddesine göre mülkiyet (geri alma ya da müdahalenin giderilmesi) davası açmış olması durumunda;
- 3) Tapulama kesinleşmiş olmakla birlikte, bunun tapuya tescil edilmemiş olması durumunda⁷;
- 4) Tapulama Kanununun 40 inci maddesine göre kütüğün beyanlar hanesinde gösterilen muhdesatın sahibine karşı arsa sahibinin müdahalenin giderilmesi ve yıkma davası açması durumunda;
- 5) Tapu kütüğü bir hükümlerle düzeltildikten sonra, gerçek hak sahibinin bu yeni tescile karşı açacağı davada,

Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümü süresi uygulanamaz.

VI

766 sayılı Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki arıtım süreci yoluyla hak düşümüne ilişkin olup yukarıda

7) Kaldı ki, yukarıda II'de belirtildiği üzere, kesinleşen tapulama tapuya tescil edilmiş olsa bile, gerçek hak sahibi itiraz yoluyla arıtım sürecine katılmış olmadıkça, nesnel hakkı Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümüne uğramaz.

I - V altında gösterilen bu sınırlamalar, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununun 22 nci maddesinin H bendindeki (Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü geçen 10.2.1970 gün, 60/8 sayılı kararından sonra) tapu kütüğüne tescil edilmemiş olup sahibi bulunamadığından devlet adına tescil edilen mülkiyet haklarının gene arıtım süreci yoluyla hak düşümüne uğraması için de geçerlidir.

VII

1) Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrası, tapulamaya dayanan tescile itiraz olanağı verecek *her türlü hakkın*, yani gerek nesnel (aynî), gerekse kişisel (şahsî) hakkın arıtımı (tasfiyesi), böylece tescilin kesin ve tartışmasız bir duruma gelerek artık tescile itiraz olunamaması amacıyla on yıllık bir hak düşümü süresi koymuştur. Bu hak düşümü süresi de geçtikten sonra, tapulamadan önceki nesnel hakka dayanarak Medenî Kanunun 933 üncü maddesine göre yolsuz tescilin düzeltilmesi (terkîni) davası açılmayacağı gibi, Medenî Kanunun 634 üncü maddesinde sözü edilen satım, bağışlama ve başkaları gibi mülkiyeti geçirme borcunu doğuran sözleşmelerden ya da başkasının arsasına iyiniyetle yapı yapmaktan doğan yalnızca kişisel nitelikteki haklara dayanarak Medenî Kanunun 642 nci ve 650 nci maddeleri uyarınca mahkemenin yenilik doğuran (inşâî) hüküm niteliğindeki hükmüyle ("adjudicatio" yoluyla) taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesi (tefvîzi) davası da haydi haydi (yeğlikle, evleviyyetle) açılmaz. Başka bir deyişle, daha güçlü bir hak olan nesnel hakka dayanan davaları dahi sınırlayan hak düşümü süresi, daha zayıf bir hak olan kişisel hakka dayanan davaları da haydi haydi sınırlar; tapulamaya dayanan tescile karşı, artık nesnel hakka dayanan davalarla itiraz olunamayacağı gibi, yalnızca kişisel hakka dayanan davalarla da hiç itiraz olunamaz.

Yüksek Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 24.6.1976 gün, Esas 2642, Karar 3557 sayılı kararına karşı davacının karar düzeltme isteminde bulunması, 3/5 çoğunluğu oluşturan üyelerden birinin izinli olması yüzünden yerine gelen üyenin de muhalefet şerhi veren iki üyeye katılması üzerine, muhalefet şerhinin çoğunluk kararı durumuna gelmesiyle karar düzeltme yoluyla verilen bozma kararında ise şu görüşe yer verilmiştir :

“766 sayılı Tapulama Kanununun 47. maddesinin son fıkrası hükmüne göre bu davada olduğu gibi (MK. nun 650. maddesi gereğince) muhdesata tebaan temellük gibi mahkemedен ihdas edici nitelikte hüküm almayı gerektiren isteklerin incelenmesi, tapulama mahkemesinin görevi dışındadır. Tapulama mahkemesinin görevine girmeyen bir husus, tapulama tesbitine itiraz davasına da konu olamaz. Tapulama mahkemesine götürülemeyen bir uyuşmazlıkta, 766 sayılı kanunun 31. maddesindeki hak düşürücü sürenin de uygulanması olanağı yoktur.

(...)

O halde, MK. nun 650. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına (...) oyçokluğu ile karar verildi.”

Gerçi, bir hakkın bağlı olduğu bir sürenin ancak dava açma olanağının doğumuyla işlemeye başlaması, eski hukuklardanberi yerleşmiş ve İsviçre - Türk Borçlar Kanunu, md. 130/128’de de görüldüğü gibi bütün hukuklarca kabul edilmiş ortak ve genel bir prensiptir. (Bkz. SUNGURBEY, Medenî Hukuk Sorunları, Cild IV, İstanbul 1980, § 51, A, I, s. 6 ve sonrası.) Ne var ki, dava konusu olayda, davacı, Medenî Kanunun 650 nci maddesine göre kişisel nitelikteki mülkiyetin kendisine geçirilmesi davasını tapulama mahkemesinde açamamakla birlikte genel mahkemede açabilme olanağına sahip bulunduğuna göre, bu hakkın Tapulama Kanununun 31 inci maddesine göre hak düşümüne uğramaması için hiçbir neden yoktur. Başka bir deyişle, tapulamaya dayanan tescile karşı yalnız tapulama mahkemesinde açılacak nesnel hakka dayanan davalar değil, genel mahkemede açılabilme olanağı bulunan kişisel nitelikteki davalar da Tapulama Kanununun 31 inci maddesindeki on yıllık hak düşümü süresi geçtikten sonra artık açılmaz. Yoksa, Tapulama Kanununun 31 inci maddesindeki on yıllık hak düşümü süresi geçtikten sonra, bir yandan artık nesnel hakka dayanan davaların açılmayacağını kabul ederken, öte yandan da genel mahkemede dava açma olanağının varlığına rağmen kişisel hakka dayanan davaların açılacağı yolundaki düşünüşün; Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin on yıllık hak düşümü süresi de geçtikten sonra tescile itiraz olanağı verecek gerek nesnel, gerekse kişisel hakların arıtımı, böylece tescilin kesin ve tartışmasız bir duruma gelmesi amacına ay-

kırı olduğu gibi, herhangi bir mahkemede dava açma olanağının bulunması durumunda sürelerin işleyeceği prensibine de aykırı olduğu, ayrıca hak düşümü süresiyle daha güçlü bir hak olan nesnel hakka dayanan davaları dahi sınırlarken, daha zayıf bir hak olan kişisel hakka dayanan davaları sınırlamayan, böylece bir akıl ve mantık kuralı olan “yeğlik” (evleviyyet) kanıtına da aykırı, tutarsız ve çelişkili bir düşünüş olduğu meydandadır.

Nitekim, yüksek Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Başkanı sayın Nusret OZANALP da, yukarıda anılan “Tapulama Kanunu Şerhi” adlı yapıtında (madde 31 şerhi, sahife 249, 250 ve 255), Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde on yıllık hak düşümü süresi koymakla güttüğü amacı, bu kanunun Hükûmet Gerekçesi’ne de dayanarak, aynen şöyle belirtmektedir:

“... kanunkoyucunun Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin 2 nci fıkrasını düzenlemekle (...) tapu sicilinde kararlılık sağlanmak ve sicillerin bozulmaması ve tapulamamanın amacının yitirilmemesi istenilmiştir. Kanunkoyucu, büyük uğraşlar ve pek çok paralar harcanmak sûretiyle meydana getirilen tapu sicilinin, belli bir süre sonra kesin bir hal almasını ve bu süre geçtikten sonra artık yargı organlarında bu sicillerin tartışma konusu yapılmamasını, gerek sosyal düzen, gerekse kadastroya dayanan tapu sicilinin amacı bakımından zorunlu görmüştür. (Bkz. Tapulama Kanununun Hükûmet Gerekçesi.)”

“Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde yer alan süre, (...) genel anlamda tapu sicilinin bozulmaması ve korunması için, sicile karşı dava ve itirazı önlemek amacını gütmektedir.”

“Kanunkoyucu, on yıllık hak düşürücü süreyi, belli bir hakka yönelik olarak getirmemiş, tapulamayla oluşturulan tapu sicilinin belli bir süre geçtikten sonra bozulmaması ve tapulamadan önceki nedenlere dayanan eskimiş uyuşmazlıkların artık sürdürülmemesi için getirmiştir...”

Sayın Nusret OZANALP, gene aynı yapıtında, madde 31 şerhi, sahife 239/241’de, Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde on yıllık hak düşümü süresi koymakla güttüğü bu amacı gözönünde tuta-

rak, incelediğimiz soruna ilişkin olarak da yukarıda arz olunan gerçekleri büyük bir nüfuz ve isabetle aynen şöyle ortaya koymaktadır:

“b) Davada dayanılacak hakkın türü.

(...)

Özetle denilebilir ki, tapulamayla oluşturulmuş bulunan tapu sicilinin ya da kesinleşmiş ve fakat henüz tapu siciline tescil edilmemiş tapulamanın belirttiği haklara karşı açılan davada dayanılacak hak, tapu siciline tescili mümkün olan ya da tapu kütüğünün şerhler ya da beyanlar hanesinde gösterilmesi gerekli bulunan bir hak ya da hukuksal bir durum olmalıdır. (Bkz. Medenî Kanununun 919, 920, 921 inci maddeleri.)

Bilindiği gibi, Tapulama Kanununun 47 nci maddesi hükmü gereğince, mahkemedен yenilik doğurucu nitelikte hüküm almayı gerektiren istekler, tapulama mahkemesinin görevi dışında kalır. Hattâ bu tür istekler, tapulamanın da uğraşı alanı dışında kalmaktadır. O halde, acaba bu tür istekler, Tapulama Kanununun 31 inci maddesi hükmü çerçevesinde bir davaya konu edilebilir mi? İtiraf etmek gerekir ki, kanunda bu yönden soruna ışık tutucu bir hükme yer verilmemiştir. Sorun’un yorum yoluyla çözüme bağlanması zorunludur. (Sayın OZANALP, aynı eser, sahife 246/247’de, bu sorunu, Tapulama Kanununun 52 nci ve 41 inci maddesine dayanarak isabetli bir yolda olumlu olarak çözmektedir). Ancak, burada akla şöyle bir soru gelebilir: Madem ki, tapulama kesinleştikten sonra açılacak davalar —hangi tür hakka dayanırsa dayansın— mutlaka genel mahkemede görülecektir. O halde böyle bir ayırım üzerinde durmanın sağlayacağı yarar ne olabilir? Hemen açıklamak gerekir ki, Tapulama Kanununun 31 inci maddesi çerçevesi içinde kabul edilen bir dava, aynı maddenin son fıkrası hükmü gereğince on yıllık hak düşürücü süreye bağlı olduğu halde, 31 inci madde hükmü çerçevesi dışında açılacak davalar için böyle bir hak düşürücü süre kabul edilmemiştir. Görülüyor ki, sorun, bu bakımdan büyük önem taşımaktadır.

Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde, tapulamadan önceki nedenlere dayanılarak açılacak davalardan söz edilmiş ve bu davaların on yıllık hak düşürücü süreye bağlı olduğu belirtilmiştir. Ka-

nunkoyucu, tapulamadan önceki nedenlere dayanılarak, tapulama kesinleştikten sonra *her zaman dava açılmasını sakıncalı görmüştür. Ne var ki, böyle bir davada dayanılacak hakkın türünü sınırlamamış ve sadece hakkın tapulamadan önce var olmasını yeterli saymıştır.*

Tapulama Kanununun 47 nci maddesi, tapulama mahkemesinin görevi bakımından düzenlenmiştir. Hakkın yenilik doğurması ve buna dayanan isteğin yenilik doğurucu bir hüküm almayı gerektirmesi, madde hükmünde gözetilmemiştir. O halde, davada dayanılacak hak, yenilik doğurucu bir hak da olsa ve mahkemeden yenilik doğurucu nitelikte hüküm almayı da gerektirse, gene de o dava Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde söz konusu edilen ve on yıllık hak düşürücü süreye bağlı tutulmuş olan dava türünden sayılır.”

Görülüyor ki, sayın Nusret OZANALP da, Tapulama Kanununun 31 inci maddesine göre açılacak davalara, Medenî Kanunun 919 uncu maddesinin 1. bendi uyarınca tapu kütüğüne şerhle korunacak⁸ çekişmeli (münâzaünfih) hakların, yani mülkiyetin geçirilmesine ya da sınırlı nesnel (mahdûd aynî) bir hakkın kurulmasına ilişkin çekişmeli kişisel hakların da girdiğini, bu maddeye göre açılacak davaların aynı maddenin ikinci fıkrası hükmünce on yıllık hak düşümü süresine bağlı olduğunu, kanunkoyucunun tapulamadan önceki nedenlere dayanılarak tapulama kesinleştikten sonra her zaman dava açılabilmesini sakıncalı gördüğünü, böyle bir davada hakkın türünü sınırlamadığını, başka bir deyişle, tapulamadan öncesine ilişkin olarak dayanılacak hak, ister nesnel (aynî), ister kişisel (şahsî) hak niteliğinde olsun, tapulamaya dayanan tescilden başlayarak on yıllık hak düşümü süresi geçtikten sonra artık dava açılmayacağını, buna karşılık Tapulama Kanununun 47 nci maddesinin ise yalnızca tapulama mahkemesinin görevi bakımından düzenlenmiş olup yenilik doğuran (inşâî) nitelikte hüküm almayı gerektiren, yani yalnızca kişisel hakka dayanan davaların tapulama mahkemesinin görevine girmediğini, bundan dolayı davada dayanılacak hak, Tapulama Kanununun 47 nci maddesinde belirtildiği üzere Medenî Kanunun 650 nci maddesindeki “muhdesâta tebaan temellük” hakkı gibi Medenî Kanunun 642 nci maddesi anlamında mahkeme hükmü-

8) Bkz. SUNGURBEY, Medenî Hukuk Sorunları, Cild IV, İstanbul 1980, § 63, s 239/240'taki dip notu.

le mülkiyetin geçirildiği yenilik doğuran (inşâî) nitelikte bir hüküm almayı gerektiren yalnızca kişisel bir hak olsa bile, gene de o davanın Tapulama Kanununun 31 inci maddesinde sözkonusu edilen ve on yıllık hak düşümü süresine bağlı tutulan dava türünden sayıldığını tam bir açıklıkla belirtmiş bulunmaktadır.

Bu gerçekler karşısında, yüksek Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin yukarıya dercolunan kararında yer verilen tersine düşünüşün, yersiz ve yanlış olduğu meydandadır.

Öte yandan, eski Noterlik Kanunu, md. 44, bend B, yeni Noterlik Kanunu, md. 60, bend 3'e göre noterlerce düzenlenebilecek olup gerçekte "taşınmaz mülkiyetini geçirme vaadi", yani borçlanma işlemi niteliğindeki "taşınmaz satım sözleşmesi" demek olan "taşınmaz satış vaadi" nden dolayı alıcının (bkz. SUNGURBEY, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 8 ve sonrası) ve Medenî Kanununun 650 nci maddesine göre başkasının arsasına iyiniyetle yapı yapan kimsenin taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemek yolundaki kişisel hakkı, Borçlar Kanununun 125 inci maddesindeki genel kural uyarınca on yılda düşürücü zamanaşımına uğrar⁹.

9) Nitekim, sayın Prof. Dr. AYTEKİN ATAAY, Haksız İnşaat, İstanbul 1959, s. 108'de bu gerçeği isabetle belirtmiştir. Buna karşılık, sayın OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, 2. bası, İst. 1978, s. 453 ve 461'de ise, MK. 650'ye göre malzeme malikinin arazi mülkiyetinin muhik bir tazminat mukabilinde kendisine geçirilmesini istemek hususunda bir yenilik doğuran hakka sahip olduğunu, malzeme maliki arazi malikine yönelteceği tek taraflı bir beyanla bu hakkı kullanınca arazi maliki ile malzeme maliki arasında arazi mülkiyetinin nakli hususunda bir borç münasebeti doğacağını, bu yenilik doğuran hakkın kullanılması için kanunda belirli bir süre gösterilmemiş olup tazminata ilişkin süre içinde (sayın OĞUZMAN/SELİÇİ, burada yalnız BK. 60'a yollama yapmışlarsa da, arsa malikinin iyiniyetli olması durumuna ilişkin olarak BK. 66'ya da yollamaları gerekirdi) bu hakkın kullanılabilceğinin kabul edilebileceğini söylemektedirler. Görülüyor ki, sayın OĞUZMAN/SELİÇİ, başkasının arsasına iyiniyetle yapı yapan kimsenin taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemek yolunda doğrudan doğruya bir alacak hakkı bulunmadığını, bu kimsenin önalım, geri - alım ve alım (şuf'a, vefa, iştirah) haklarında olduğu gibi yalnızca yenilik doğuran

a) Şu var ki, taşınmaz, kişisel hak sahibine teslim edilmiş olup onun elmenliğinde (zilyedliğinde) bulunmaktaysa, kişisel hak sahibi alacak hakkını defi yoluyla da ileri sürebilir. (Bkz. VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942, § 3, IV, s. 24 ve sonrası, özellikle not 35 ve 41. Bilindiği gibi, bu durumda alıcının kullanabileceği defi hakkına "exceptio rei venditi et traditi = nesnenin satılıp teslim edildiği def'i" denir.) Medenî Kanununun 501 inci maddesinin II. fıkrası, 513 üncü maddesinin II. fıkrası, Borçlar Kanununun 66 ncı maddesinin

bir hakka sahip olup, ancak bu yenilik doğuran hakkını kullanmasından sonradır ki, taşınmaz malikiyle kendisi arasında mülkiyetin geçirilmesi konusunda bir borç ilişkisi ve alacak hakkı doğacağını ileri sürmektedirler. Sayın OĞUZMAN/SELİÇİ'nin şimdiye değin bilinmeyen yenilik doğuran bir hak daha keşfederek hukukumuzda kazandırmak isteyen bu düşüncülerinin, başkasının arsasına iyiniyetle yapı yapan kimsenin taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemek yolunda MK. 650'den doğup doğrudan doğruya var olan alacak hakkını, bu hakkın ileri sürüldüğü davanın yenilik doğuran dava niteliğinde olmasıyla (bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, adı geçen yapıt, s. 454, not 573, s. 462) karıştırmış olmalarından ileri gelmiş olup, son derece yersiz ve yanlış olduğu meydandadır. (Bkz. SUNGURBEY, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İst. 1964, § 3, s. 87/88, not 27 sonu). Bundan dolayı, başkasının taşınmazına iyiniyetle yapı yapan kimsenin yenilik doğuran hakkını kullanması için bir yıllık bir hak düşümü süresi gibi herhangi bir süre de söz konusu olmayıp, bu kimse, MK. 650 uyarınca doğrudan doğruya var olan alacak hakkını, BK. 125'teki genel kural uyarınca on yıllık zamanaşımı süresince dava edebilir. MK. 649'a göre tazminat ya da MK. 650'ye göre taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemek yolunda yasadan doğan bir seçim hakkı bulunan alacak hakkı sahibinin (bkz. HAAB, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, IV. Band : Sachenrecht, Zürich 1933, Art. 671/673, N. 26, s. 340), MK. 649'a göre tazminat istemek hakkının BK. 128, 2'ye kıyasen bir yıl geçmekle zamanaşımına uğramasının da (bkz. VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942, § 11, not 13, § 80, not 79/80), MK. 650'ye göre taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemek yolunu seçerek daha dokuz yıl boyunca mülkiyetin geçirilmesini dava etmesine engel olmayacağı açık bir gerçektir. (Bkz. VON TUHR/SIEGWART, adı geçen yapıt, § 11, III, 2).

2 nci cümlesi gibi kanunun çeşitli maddelerinde anlatımını bulmuş olan “Defiler, zamanaşımına uğramaz” yolundaki genel ilke uyarınca (bkz. SUNGURBEY, Medenî Hukuk Sorunları, Cild I, İstanbul 1973, § 6, I, s. 83/87) sözü geçen kişisel hak sahipleri, bu defî haklarını her zaman için ileri sürebilirler.

Defilerin zamanaşımına uğramaması ilkesi örneksenererek (bu ilkeye kıyasen) hak düşümüne de uğramamaları kabul edilmek ve sözü geçen kişisel hak sahipleri Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki on yıllık hak düşümü süresinin geçmesinden sonra da bu defî haklarını her zaman için ileri sürebilmek gerekir. Nitekim, Borçlar Kanununun 31 inci maddesindeki hak düşümü süresinin geçmesiyle sözleşme düzelip bağlayıcı duruma gelerek aldatılan ya da korkutulanın hakkın doğmadığı itirazı ile ileride bağlanmayı önleyici yenilik doğuran hakkı ortadan kalktığı anda Borçlar Kanununun 60 inci maddesinin III. fıkrası gereğince borcu yerine getirmekten kaçınmak yolunda zamanaşımına uğramayan, yani her zaman için ileri sürülebilir defî hakkı doğar. (Bkz. SUNGURBEY, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul, 1957, s. 96, not 9; SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956, s. 65, not 279. Buna karşılık, satım sözleşmesinden ya da Medenî Kanunun 650 nci maddesinden doğan alacak hakkı, ibrayla ortadan kalkarsa, bu alacak hakkının savunma yoluyla ileri sürülmesi niteliğinde olup bağımlı defî denilen defî hakkı da ortadan kalkar, yani alacak hakkı artık defî yoluyla ileri sürülemez. Bkz. VON TUHR/SIEGWART, adı geçen yapıt, § 3, IV, ikinci 1 sonu, s. 28).

b) Bundan başka, Yargıtay, yerleşmiş içtihadiyle, gene taşınmazın kişisel hak sahibine teslim edilmiş olup onun elmenliğinde bulunduğu bu durumda, Medenî Kanunun 2 nci maddesindeki dürüstlük (objektif hüsn-i niyyet) ilkesinden dolayı, zaten alacak hakkı için zamanaşımı işlemeyeceğini kabul etmektedir. Yüksek Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 18.6.1970 gün, Esas 5198, Karar 3987 sayılı prensip kararını, aşağıya geçiriyoruz :

“Davacı, satış vaadi sözleşmesine dayanarak dava konusu yerin malik-i evveli (E) nâmına yapılan tapulama tesbitinin iptalini istemiştir. Satış vaadi sözleşmesini müteakıp nizalı yer önce kendisine satış vaadinde bulunan (S) namındaki şahsa ve (S)’den de yine satış

vaadi mücebince davacıya teslim edilerek zilyedliği devredilmiş ve bu şekilde teslim ile sözleşme hükümleri icra edilmiş olduğuna göre, artık olayda akıd hükümlerinin on sene süre ile yerine getirilmemiş olduğundan söz edilemez. Bu itibarla da olayda süre aşımına ait Borçlar Yasasının hükümleri uygulanamaz. Aksi halde, Medenî Yasasının 2 nci maddesinde yazılı hakkın kötüye kullanılması sonucunu husûle getirir. Bu itibarla, davanın kabulüyle iptal ve tescile karar verilmek gereklidir.” (Bkz. Mustafa ÇENBERCİ, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1973, s. 187; ayrıca, s. 475, No. 254 a ve not 7’deki Yargıtay kararlarına da bkz.)

Buna göre, haricen satım sözleşmesine dayanarak başkasının taşınmazına iyiniyetle yapı yapan ve taşınmazı elmenliğinde bulunduran kimsenin Medenî Kanununun 650 nci maddesine göre taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemek yolundaki alacak hakkı için de zamanaşımı işlemeyeceği meydandadır.

Yüksek Yargıtayın yerleşmiş içtihadıyla kabul ettiği bu çözümün, örnekseme (kıyâs) yoluyla Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümü süresine de uygulanmak ve taşınmazın sözü geçen kişisel hak sahiplerine teslim edilmiş olup onların elmenliğinde bulunması durumunda alacak hakkı için Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümü süresinin de işlemeyeceği kabul edilmek gerektiği açık bir gerçektir.

Yüksek Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 24.6.1976 gün, Esas 2642, Karar 3557 sayılı kararına karşı davacının karar düzeltme isteminde bulunması, 3/5 çoğunluğu oluşturan üyelerden birinin izinli olması yüzünden yerine gelen üyenin de muhalefet şerhi veren iki üyeye katılması üzerine, muhalefet şerhinin çoğunluk kararı durumuna gelmesiyle karar düzeltme yoluyla verilen ve yukarıda sözü geçen bozma kararında ise şu görüşe yer verilmiştir :

“MK. nun 650. maddesi hükmünce temlik isteğinin kabul edilebilmesi ,“iyiniyet” ana unsurunun varlığına bağlıdır. Bunun gerçekleşmesi halinde, taşınmazın zilyedi yararına MK. nun 907. maddesinde gösterilen haklar da tanınmıştır. İyiniyetli zilyedin yaptığı zarurî ve faydalı sarfiyattan dolayı bunların karşılığının ödenmesine kadar taşınmaz üzerinde hapis hakkı da vardır. Hapis hakkının söz

konusu olduğu hallerde ise, gerek hak düşürücü süreden ve gerekse zamanaşımından yararlanılamaz.

O halde, MK. nun 650. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına (...) oyçokluğu ile karar verildi.”

Gerçi, Medenî Kanun, 907 nci maddesinde, Roma ve Pandekt hukukuna uygun olarak, başkasının nesnesinde iyiniyetle zilyed olan kimseye, nesneye yaptığı giderlerden (masraflardan) dolayı bu giderler kendisine tazmin edilinceye kadar nesneyi geri vermekten yalnızca kaçınma, yani defi hakkı tanımış, böylece malikin pek yüksek tutarda olabilen giderleri ödeyerek malını almaya zorlanamaması ilkesini benimsemiştir. (Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için, “Medenî Hukuk Sorunları” adlı eserimizin I. Cildinde (İstanbul 1973), “Başkasının nesnesine gider yapan elmenin (zilyedin) ve başkasının arsasına yapı yapan kimsenin haklarının niteliği; özellikle nesnel borç görüşünün eleştirisi” başlıklı 4 üncü paragrafına (sahife 52/75) ve orada anılan kaynaklara bakılabilir.) İyiniyetli zilyed, alacağını ancak malikin malını geri almasından sonra dava yoluyla ileri sürebileceğinden, yukarıda s. 457’de sözü edilen ve Borçlar Kanununun 128 inci maddesinin ilk cümlesinde de ifadesini bulmuş olan prensip uyarınca, iyiniyetli zilyedin gider alacağını zamanaşımı da ancak malikin malını geri almasından sonra işlemeye başlayıp, malik malını geri almadıkça zamanaşımı işlemez. (Bu konuda bkz. SUNGURBEY, adı geçen eser, s. 62/63, not 6; Mustafa Reşid KARAHASAN, Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, 2. Cild, Ankara 1977, sahife 1248/1251.)

Ne var ki, Alman Medenî Kanunundan farklı olarak, İsviçre - Türk Medenî Kanunu, en önemli bir gider durumu olan başkasının arsasına yapı yapılması durumunu *özel hükümlerle* düzenlemiştir. Nitekim, bu gerçek, yukarıda anılan “Medenî Hukuk Sorunları” adlı eserimizin 1. cildindeki incelememizde, sahife 64/65’te aynen şöyle belirtilmiş bulunmaktadır:

“İlginçtir ki, İsviçre - Türk Medenî Kanunu, md. 672/649’da, en önemli bir gider durumu olan başkasının arsasına yapı yapılması durumunda yapı yapan kimseye giderlerin tazmini *istemi* tanıyarak yukarıda belirtilen malikin giderleri ödeyerek malını almaya zorla-

namaması ilkesinden ayrılmış, ayrıca md. 673/650'de arsanın temlikli *istemini* de tanımıştır.

Buna karşılık, Alman Medenî Kanunu ise, İsviçre - Türk Medenî Kanunlarının ayrı ayrı düzenlediği yukarıdaki her iki durumu da aynı düzene bağlamış (...) tır.”

Dava konusu olayda da, davacı, Medenî Kanununun 907 nci maddesine göre gider alacağını değil, Medenî Kanununun 650 nci maddesindeki özel hükümle düzenlenen arsanın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini dava etmiştir. Bundan dolayı, yüksek Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin bozma kararında, MK. 907'ye göre iyiniyetli zilyedin, malik malını geri almadıkça, yalnızca kaçınma (defi) hakkı olarak ileri sürebilip dava yoluyla ileri süremediği gider alacağı için zamanaşımı işlememesi kuralının, bununla hiçbir ilgisi olmayan ve dava yoluyla ileri sürülebilen MK. 650'deki arsanın mülkiyetinin geçirilmesi istemine de uygulanmasının, böylece bu istem için Tapulama Kanununun 31 inci maddesindeki hak düşümü süresinin de işlemeyeceğinin ileri sürülmesinin, sonucu bakımından değilse de, gerekçe ve kanıtlaması bakımından pek yersiz ve yanlış bir düşünüş olduğu açık bir gerçektir.

İşin doğrusu, taşınmazın kişisel hak sahibine teslim edilmiş olup onun elmenliğinde bulunması durumunda, Medenî Kanununun 2 nci maddesindeki dürüstlük ilkesinden dolayı taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesine ilişkin alacak hakkı için zamanaşımı işlemeyeceği yolunda yüksek Yargıtayın yerleşmiş içtihadıyla kabul ettiği çözümü, örneksene yoluyla Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki hak düşümü süresine de uygulamak ve taşınmazın sözü geçen kişisel hak sahiplerine teslim edilmiş olup, onların elmenliğinde bulunması durumunda gene Medenî Kanununun 2 nci maddesindeki dürüstlük ilkesinden dolayı taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesine ilişkin alacak hakkı için Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresinin de işlemeyeceğini kabul etmektir.

2) Yukarıda I - V altında incelenen nesnel (aynî) hakların Tapulama Kanununun 31 inci maddesinin II. fıkrasındaki arıtım süreci yoluyla hak düşümüne ilişkin sınırlamalardan I'deki bu fıkranın önceye etkili olmaması yolundaki sınırlamanın, V, 3'teki tapulama ke-

sinleşmiş olmakla birlikte, bunun tapuya tescil edilmemiş olması durumundaki sınırlamanın ve 5'teki tapu kütüğü bir hükümle düzeltildikten sonra, hak sahibinin bu yeni tescile karşı dava açması durumundaki sınırlamanın, kişisel (şahsî) hakların arıtım süreci yoluyla hak düşümüne uğramasında da uygulanması gerektiğinde kuşku yoktur.

3) Bunların dışında kalıp özellikle yukarıda II - IV'te incelenen sınırlamaların, kişisel hakların arıtım süreci yoluyla hak düşümüne uğramasında da uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ayrıca çözülmek gerekir.

a) Yukarıda II'deki sınırlama bakımından :

2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, md. 1, md. 22 ve sonrası, md. 27, 5602 sayılı eski Tapulama Kanunu, md. 1, md. 11 ve sonrası, md. 34, 766 sayılı yeni Tapulama Kanunu, md. 1, md. 20 ve sonrası, md. 32 ve sonrası, md. 47'den anlaşılacağı üzere, tapulamanın amacı, tapulama gününde taşınmazda var olan nesnel (aynî) hakları tesbit etmektir. Bundan dolayı, gerek tapulama memurunun tutanakla yapacağı tesbit, gerekse tapulama komisyonunun ve tapulama mahkemesinin vereceği kararlar, ancak tapulama gününde var olan nesnel hakları açıklayıcı (izhârî) nitelikte olup yoksa tapulama memuru, tapulama komisyonu ve tapulama mahkemesi, nesnel hak doğurucu (yenilik doğuran, inşâî) nitelikte bir karar veremezler. Nitekim, bu gerçek, gerek 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununa ilişkin olarak, gerekse 5602 sayılı eski, 766 sayılı yeni Tapulama Kanunlarına ilişkin olarak yüksek Yargıtayın yerleşmiş nitelikteki içtihadı birleştirme kararlarıyla daire kararlarında açıklanmış olduğu gibi¹⁰, yeni Tapulama Kanununun 1 inci maddesinin II. fıkrasında da aynen şöyle anlatımını bulmuştur:

10) Bkz. 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununa ilişkin olarak : GÜRSEL, adı geçen yapıt, s. 475 ve sonrasındaki kararlar; 5602 sayılı eski Tapulama Kanununa ilişkin olarak : 6.7.1955 gün, 13/9 sayılı ve 15.5.1957 gün, 11/9 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararları (20.6.1951 gün, 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararına uygun olarak 6.7.1955 gün, 13/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında da benimsenen "Şuf'ada istihlâf nazariyesi" nin eleştirisi için bkz. SUNGURBEY, Şuf'ada Halefiyyet Görüşü'nün

“Bu kanunun tanzim ettiği idarî ve kazaî faaliyetler, kanunun şümulü içinde bulunan bütün gayrimenkuller hakkında kadastro plânlarının tanzimini, hak sahiplerinin doğru olarak tâyinini ve tescile tâbi gayrimenkullerin sicil harici bırakılmamasını *istihdaf eder.*”

Bundan dolayı, ancak tapulamadan önce var olan nesnel hakka dayanarak tapulama tesbitine tapulama komisyonunda itiraz ya da tapulama mahkemesinde dava yoluyla tapulamadan önce zaten var olan nesnel hakkı açıklayıcı (izhârî) nitelikte bir tesbit kararı verilmesi istenebilir. Yoksa, Medenî Kanunun 634 üncü maddesinde sözü edilen satım, bağışlama ve başkaları gibi mülkiyeti geçirme borcunu doğuran bir sözleşmeden dolayı Medenî Kanunun 642 nci maddesine göre ya da başkasının arsasına iyiniyetle yapı yapmaktan dolayı Medenî Kanunun 650 nci maddesine göre yalnızca mahkemenin yenilik doğuran (inşâî) hüküm niteliğindeki hükmüyle (“adjudicatio” yoluyla) taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesini istemek yetkisine sahip olan kişisel hak sahipleri, tapulama tutanağındaki tesbite itiraz edemeyecekleri gibi, tapulama mahkemesinde dava da açamazlar; sözü geçen kişisel hak sahipleri, bu haklarını ancak genel mahkemede Medenî Kanunun 642 nci maddesine göre dava açarak ileri sürebilirler.

Nitekim, bu ilke, yüksek Yargıtayın 5602 sayılı eski Tapulama Kanunu döneminde Medenî Kanunun 650 nci maddesine göre taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesi davasına ilişkin olarak yukarıda anılan 15.5.1957 gün, 11/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında da tam bir açıklıkla aynen şöyle belirtilmiştir:

“... Her iki daire ilâmı arasında Kanunu Medenînin 650 nci maddesiyle alâkalı ihtilâfların gezici arazi kadastrosu mahkemesince tetkik ve halledilebilip edilemeyeceği hususunda içtihat ihtilâfı mevcuttur.

5602 sayılı Tapulama Kanununun 34 üncü maddesinde kadastro hâkiminin verasete, mülkiyet ve mülkiyetin gayri aynî haklara, sınır

Tenkidi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, sayı 1, 1957, s. 48/53; SUNGURBEY, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 80/88); 766 sayılı yeni Tapulama Kanununa ilişkin olarak: OZANALP, adı geçen yapıt, s. 721 ve sonrasındaki kararlar, özellikle 681, 686, 691, 709, 723 sayılı örnek kararlar.

anlaşmazlıklarına ve benzeri arazi kadaströsünü ilgilendiren bütün davalara bakacağı belirtilmiştir.

Arazi kadaströsü işleri; tapulama tarihinde mevcut mülkiyet vesair aynî hakların tâyin ve tesbitini, tapu sicillerinin yeniden tesisini, hak sahiplerine tapu verilmesini, tapulu olanlara ait kayıtların yenilenmesini, plânların vücuda getirilmesini istihdaf etmektedir.

Mülkiyet veya mülkiyetin gayri aynî bir hakkın tapulama tarihinden önce iktisabedilmiş olup olmadığı, yani, o tarihte böyle bir hakkın mevcut bulunup bulunmadığı hususunda bir ihtilâf tehaddüs ederse arazi kadaströsünü ilgilendiren bir davadan bahsolunabilir. Kanunu Medenînin 650 nci maddesinin tatbikından mütevellit davalarda böyle bir hal mevcut değildir. Arsanın dâvalıya, levazımın davacıya aidiyetinde bir ihtilâf tehaddüs etmemiştir. Davacı, arsa mülkiyetinin dâvalıya aidiyetini kabul etmekte, ancak 650 nci madde şartlarının mevcudiyetini ileri sürerek muhik tazminat mukabilinde tamamının kendisine temlikini istemektedir. Hâkimden talebedilen karar, tapu(lama) tarihindeki hukukî durumu izhar eden bir karar olmayacaktır. Belki mülkiyeti tefviz eden ihdasî mahiyette bir karar¹¹ olacaktır. Davacı, ancak hâkimin kararıyle mülkiyeti iktisab edecektir. Gezici arazi kadaströsü mahkemelerinin ihdasî mahiyette karar vermek salâhiyeti yoktur. Tapulama Kanununun 1, 4, 12, 13, 15, 32 ve 34 üncü maddelerinin birlikte mütalâası, bu neticeyi vermektedir. Arsanın veya levazımın aidiyetinde bir ihtilâf tehaddüs ederse bunun kadaströ hâkimi tarafından halledileceğinde şüphe yoktur. Kadaströ hâkimi tahkikatını yapar, arsanın ve levazımın kime ait olduğunu tesbit eder, gayrimenkulün arsa sahibi adına tesciline, levazım durumunun beyanlar hanesinde belirtilmesine karar vermekle iktifa eder. Alâkalılar, aralarındaki hukukî durumun kanunu Medenînin 648 ve müteakıp maddeleri uyarınca tasfiyesinde anlaşmazlarsa, umumî hükümler dairesinde açılacak dâva ile bu cihet hallolunur.

Bu sebeplere binaen, Kanunu Medenînin 650 nci maddesinin tatbikından mütevellit ihtilâfların tetkik ve halli gezici arazi kadaströsü mahkemelerinin vazifesi dışında ve umumî mahkemelere ait olduğu-

11) Daha doğru ve tam deyiimiyle : "inşâî (yenilik doğuran) mâhiyette bir karar"; aşağıda not 13'e bkz.

na ve Yedinci Hukuk Dairesi içtihadının isabetli bulunduğuna 15/5/1957 tarihinde mevcudun üçte ikisini geçen ekseriyetle karar verildi.” (Düstur, 3. Dizi, Cild 38, s. 1695/6.)

Yukarıya dercolunan Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da tam bir açıklıkla belirtilmiş bulunan bu ilkeye, 766 sayılı yeni Tapulama Kanununun 47 nci maddesinin III. fıkrasında bir yasa kuralı olarak aynen şöyle yer verilmiştir :

“Tapulama tutanağının düzenlenmesi tarihinden ve tutanak sonradan tamamlanmış ve düzeltilmişse o tarihten sonra doğan haklara ilişkin uyuşmazlıklarla, taksim, izale-i şüyû¹² veya muhdesâta tebaan temellük, muhdesâtın kal’i ve hedmi¹³ gibi *mahkmeden ihdas edici nitelikte hüküm almayı gerektiren isteklerin* incelenmesi, tapulama mahkemesinin görevi dışındadır.”

Buna karşılık, yüksek Yargıtayın 25.10.1971 gün, 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında ise, taşınmaz satım sözleşmesi demek olan taşınmaz satış vaadinden dolayı mülkiyetin alıcıya geçirilmesi davasının da tapulama mahkemesinde görüleceği kabul edilmiştir. (Resmî Gazete, 12.12.1971, sayı 14040, s. 3.) Bu kararın baştan aşağı yersiz ve yanlış olan gerekçeleri, kararda yer verilen 7. Hukuk Dairesinin karşı görüşüyle zaten tam bir açıklık ve kesinlikle çürütülmüş bulunduğu gibi, kararın gerekçesinde iddia edilenin tam tersine olarak tapulamayı çabuklaştırmayıp yıllarca uzatarak sürüncemede kalmasına yol açacağı apaçık olan bu kararın, kadastro ve tapulamanın yukarıda belirtilen amacına, tarihsel ve en temel ilkesine açıkça aykırı olup tümüyle yersiz ve yanlış olduğu açık bir gerçektir¹⁴.

12) 766 sayılı yeni Tapulama Kanunundaki bu kuraldan önce, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, md. 28 ve bu kanuna ilişkin Nizamname, md. 42 ile de “kadastro komisyonlarının faaliyet mıntakası içinde kaza yolu ile taksim icrasının sulh mahkemelerine aid olduğu” belirtilmişti.

13) Bu fıkroda genel bir deyimle “ihdâs edici (ihdasî) nitelikte hüküm almayı gerektiren istekler” diye nitelendirilen taksim, izâle-i şüyû’ ve muhdesâta tebaan temellük davaları yenilik doğuran (inşâî) dava niteliğinde, muhdesâtın kal’i ve hedmi davaları ise edim (edâ) davası niteliğindedir.

14) Kararın gerekçesinde : “Tapulama Kanununun 47. maddesinin

Yukarıda belirtildiği üzere, ilke olarak ancak tapulamadan önce var olan nesnel hakka dayanarak tapulama tesbitine itiraz edilebilmek ve tapulama mahkemesinde dava açılabilmeyle birlikte, ayırık (müstesnâ) olarak şu durumlarda kişisel hak sahiplerinin de tapulama tesbitine itiraz edebilmesi ve tapulama mahkemesinde dava açabilmesi söz konusu olabilir:

2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, md. 22, bend D, bu kanuna ilişkin Nizamname, md. 19, cümle 1, 766 sayılı Tapulama Kanunu, md. 39 uyarınca tapu kayıtlarında yer verilmiş olan kişisel hakların şerhi, kadastro cetvellerinde ve tapulama tutanağında belirtilerek yeni kütüklere aynen geçirilecektir. (Bkz. GÜRSEL, adı geçen yapıt, md. 22, bend D şerhi, s. 243; OZANALP, adı geçen yapıt, md. 39 şerhi, s. 571/572).

Tapulama Kanununun 37 nci maddesine göre, ölü toprakların 27.3.1950 tarihinden önce Çiftçiyi Topraklandırma Kanununa göre ihya edilmiş olması durumunda bu taşınmazlar Hazine adına tesbit ve tescil edilmekle birlikte, bunları ihya edenler tapulama tutanağında ve kütüğün "beyanlar" hanesinde gösterilecek ve Hazine tarafından Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu o yerde uygulanıncaya değin bu taşınmazların başkasına geçirilemeyeceği gibi ihya edenlerin elmenliklerinin (zilyedliklerinin) de bozulamayacağı tapulama tutanağında ve kütüğün "şerhler" hanesinde gösterilecektir¹⁵.

son fıkrasında sözü edilen dava türleri, sınırlılık ifade etmektedir" yolundaki yorumun, Tapulama Kanununun yukarıda belirtilen amacına ve temel ilkesine açıkça aykırı olup amaca aykırı yorumların "kürsü misâli" olacak kadar tipik bir örneği olduğu meydandadır. Bundan dolayı, sayın OZANALP, adı geçen yapıt, md. 47 şerhi, s. 713'te, zaten bağlayıcı gücü bulunmayan bu gerekçeye kulak asmayarak, bu yanlış yorum yüzünden kararın uygulama alanının genişletilmesiyle daha da artacak sakıncaları önlemeye çalışmakta ve "Bâtıl, makıysünaleyh olamaz = Yanlış iş, örnek tutulamaz" ilkesi uyarınca pek yerinde olarak: "...benzetme yoluyla, yenilik doğuran nitelikte hükmü gerektiren diğer isteklerin de tapulama mahkemesinde inceleneyeceği zannedilmemelidir" demektedir.

15) OZANALP, adı geçen yapıt, md. 37 şerhi, s. 555'te, "İhya edenin şerhler hanesine yazılan hakkının hukuksal niteliği" başlığı altında, "Gerçek anlamıyla bu hak, mülkiyet hakkının doğrudan

Gene Tapulama Kanununun 40 inci maddesine göre de: "Gayrimenkul üzerinde arzın malikinden başkasına ait muhdesât mevcûd

doğruya kanundan doğan bir daraltımının ürünü" olduğundan, Medenî Kanunun 657 inci maddesindeki "Mülkiyetin kanunî takyidleri, tapu siciline kayda hacet olmaksızın muteber olur" ilkesi uyarınca "Bu haktan yararlanmak için tapu siciline kayıd düşülmesine ihtiyaç yoktur" demektedir. Şu var ki, Tapulama Kanunu, md. 37'ye göre, ihya eden kimse yararına tapuya kaydolunan beyan ve şerhlere karşı Hazinenin açacağı davalar da Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki on yıllık hak düşümü süresine bağlı olduğundan (bkz. OZANALP, adı geçen yapıt, md. 31 şerhi, s. 255), ihya eden kimsenin Tapulama Kanunu, md. 37'deki bu kurala aykırılık edilmesi durumunda tapulama tutanağına itiraz etmekte ve tapulama mahkemesinde dava açmakta yararı bulunduğu meydandadır.

1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanununun 235 inci maddesiyle 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu kaldırılmışsa da, sonradan Anayasa Mahkemesinin 19.10.1976 gün, 42/48 sayılı kararıyla (Resmî Gazete, 10.5.1977, kararın yürürlük tarihi : 10.5.1978) 1757 sayılı kanun iptal edilmiştir. 1757 sayılı kanunun iptalinden önceki dönemde Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin yerleşmiş içtihadıyla: "4753 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış olduğuna göre o yerde uygulanması mümkün olmadığı cihetle artık tapulama tutanağında ve mahkeme kararında Hazinenin mülkiyet hakkını kısıtlama süresinin sonunu belli etmenin mümkün olmadığı, kanunkoyucu tarafından bu yönden yeni bir düzenlemeye gidilinceye kadar bu durumun sürdürüleceği" belirtilmişti. Bkz. OZANALP, adı geçen yapıt, md. 37 şerhi, s. 554/555. Sayın TEKİNAY ise, adı geçen yapıt, s. 529, not 54 te, bu çözümün isabetinin son derece şüpheli olduğunu söyleyerek: "Mahkemeler, çıkıp çıkmayacağı belli olmayan kanunları gözönünde bulundurmamak zorunda bırakılamaz" demekteydi. Oysa, o dönemde 1757 sayılı kanun, 4753 sayılı kanunun yerine geçtiğinden, Tapulama Kanunu, md. 37, II'deki "Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu o yerde tatbik edilinceye kadar" sözleri, "Toprak ve Tarım Reformu Kanunu o yerde tatbik edilinceye kadar" diye anlaşılabilir sorun çözülmek gerekirdi. 1757 sayılı kanunun da iptalinden sonra ise, Yargıtayın "artık tapulama tutanağında ve mahkeme kararında Hazinenin mülkiyet hakkını kısıtlama süresinin sonunu belli etmenin mümkün olmadığı, kanunkoyucu tarafından bu yönden yeni bir düzenlemeye gidilinceye kadar bu durumun sürdürüleceği" yolundaki görüşü doğru olup, yoksa sayın TEKİNAY'ınki gibi "Mahkemeler, çıkıp çıkmayacağı belli olmayan kanunları gözönünde tutmak zorunda

ise, muhdesâtın cinsi ve ihdas tarihi tutanağın iktisap sebebi sütûnunda izah edilmek sûretiyle muhdesâtrın sahibi tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir.”

İşte, Tapulama Kanunu, md. 47, I, 1'deki: “Tapulama mahkemesi, gayrimenkul mülkiyetine ve mülkiyetin gayri aynî haklara, tapuya tescil veya şerh edilecek ve beyanlar hanesinde gösterilecek sair haklara, sınır ve ölçü uyuşmazlıklarına, tapulamaya ve tapu sicilini ilgilendiren benzeri davalara bakar.” kuralı uyarınca kişisel hak sahiplerinin tapulama mahkemesinde açabileceği “tapuya şerh edilecek veyahut beyanlar hanesinde gösterilecek haklara ilişkin davalar”, yukarıdaki kurallara aykırılık edilmesi durumunda açılacak davalardan ibarettir¹⁶.

Bunun gibi, Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, md. 27 ,I, 1'deki: “22 nci maddenin (A) fıkrasına göre yapılacak ilândan sonra ve ilânda yazılı yerlerde gayrimenkul mallara taallûk eden, kadastroyu ve tahriri alâkalandıran her türlü ihtilâfların halli, kadastro mahkemelerine aiddir.” ve bu kanuna ilişkin Nizamname, md. 41, 1'deki: “Kadastro komisyonunun bu nizamnamenin 18 inci maddesine göre yapacağı ilânda yazılı yerlerdeki gayrimenkul malların mülkiyetine ve mülkiyetin gayri aynî ve şahsî haklara aid ihtilâfların halli, kadastro mahkemelerine aiddir.” kuralları uyarınca kişisel hak sahiplerinin kadastro mahkemesinde açabileceği “şahsî haklara aid davalar” da, gene Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, md. 22, bend D, bu kanuna ilişkin Nizamname, md. 19, 1'deki tapu kayıtlarında yer

bırakılamaz” gerekçesiyle ihya eden kimselerin hakları çiğnenemez.

Tapulama Kanununun 37 nci maddesinin son fıkrası, 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Öntedbirleri Kanununun 23 üncü maddesiyle kaldırılmış olup, bu konuda bkz. SUNGURBEY, Devlet Toprakları Özel Kişilere Tapulanamaz, “Yasa” Dergisi, Cild IV, Sayı 1, Ocak 1981, ayrı bası, I, s. 1/22.

- 16) OZANALP, adı geçen yapıt, md. 47 şerhi, s. 703'teki: “Tapu sicilinde şerhler ve beyanlar hanesinde gösterilecek haklara gelince: MK. nun 919, 920, 921 inci maddesi hükümlerinde, şerh ve beyanlar hanesinde gösterilecek haklar burada söz konusudur. Bu haklara ilişkin uyuşmazlıklar da tapulama mahkemesinin görevine girmektedir” sözleri de gene böyle anlaşılmalıdır.

verilmiş olan kişisel hakların şerhinin kadaastro cedvellerinde belirtilerek yeni kütüklere aynen geçirilmesine ilişkin yukarıda sözü geçen kurallara aykırılık edilmesi durumunda açılacak davalardan ibarettir.

Kadaastro ve Tapu Tahriri Kanununun ve Tapulama Kanununun yukarıda belirtilen kurallarına aykırılık edilmesi durumunda, kişisel hak sahiplerinin kadaastro cedveline ya da tapulama tutanağına itiraz edebileceği meydandadır.

Ayrıca, yukarıda s. 470'te belirtildiği üzere, Yargıtayın 25.10.1971 gün, 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla, kadaastro ve tapulama hukukumuzun en temel ilkesini kökünden yıkan bir yolda tümüyle yersiz ve yanlış olarak, taşınmaz satım sözleşmesi demek olan taşınmaz satış vaadinden dolayı mülkiyetin alıcıya geçirilmesi davasının da tapulama mahkemesinde görüleceği kabul edilmiş olduğundan, sayın OZANALP, adı geçen yapıt, md. 20/30 şerhi, s: 188, not 31'de: "satış vaadine dayanan bir kimsenin, kayıd sahibi adına tapulama tesbiti yapılmışsa, tapulama tutanağına itiraz etmesinden" de söz etmektedir. Böyle bir durumda, tapulama komisyonunun, Tapulama Kanunu, md. 29, II'ye göre "itirazın mahiyeti itibariyle" yetkisizlik (görevsizlik) kararı vererek itirazlı tutanağı tapulama mahkemesine göndermesi gerektiğinde kuşku yoktur.

İşte, Tapulama Kanununun¹⁷, yukarıda belirtilen kurallarına aykırılık edilmesi, böylece kişisel hak sahiplerinin tapulama tutanağına itiraz edebileceği bu durumlarda, yukarıda II'deki sınırlama, kişisel hakların arıtım süreci yoluyla hak düşümüne uğramasında da uygulanmak gerekir: Bu durumlarda, ancak itirazda bulunarak Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki arıtım sürecine katılmış olup da itirazı tapulama komisyonunca esastan reddedilmiş bulunan kişisel hak sahiplerinin hakları, itirazcının 30 gün içinde tapulama mahkemesinde dava açmadığı gibi, tescilden başlayarak on yıl içinde asliye mahkemesinde de dava açmaması durumunda hak düşümüne uğrayabilir. Buna karşılık, tapulama tutanağına itiraz etmeyerek arıtım süre-

17) Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü geçen 10.2.1970 gün, 60/8 sayılı iptal kararından sonra, 2613 sayılı Kadaastro ve Tapu Tahriri Kanununun 22. maddesinin (H) bendindeki hak düşümü süresi, tapu kütüğüne kaydedilmiş haklarda zaten uygulanamaz.

cine katılmamış olan kişisel hak sahiplerinin hakları ise hak düşümüne uğramaz.

Tapulama Kanunundaki bu durumların dışında kalıp itiraz hakkı bulunmayan, bundan dolayı tapulama tutanağına itiraz yoluyla arıtım sürecine katılmayan başkaca kişisel hak sahiplerinin haklarının ise hak düşümüne uğraması da söz konusu olamaz. Bu kişiler, buna rağmen tapulama tutanağına itiraz ederlerse, yukarıda s. 443'te belirtildiği üzere, bu durumda tapulama komisyonunun Tapulama Kanunu, md. 29, II'ye göre "itirazın mahiyeti itibariyle" yetkisizlik (görevsizlik) kararı vererek itirazlı tutanağı tapulama mahkemesine göndermesiyle¹⁸ itiraz davaya dönüşecek, tapulama mahkemesi de görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli mahkemeye gönderecektir. Bundan dolayı, bu durumda Tapulama Kanunu, md. 31, II'deki hak düşümü süresinin uygulanması sorunu da zaten ortaya çıkmayacaktır.

b) Yukarıda III ve IV'teki sınırlamalar bakımından :

Bu sınırlamalar ise, kişisel hak sahibinin hakkının yalnızca taşınmazın mülkiyetinin kendi adına tescilini istemekten ibaret olup, taşınmazın malik adına tapu kütüğüne tescil edilmiş bulunması gerçeği karşısında uygulanamaz.

18) Bkz. OZANALP, adı geçen yapıt, md. 20/30 şerhi, s. 203 ve orada not 52'de yollama yapılan Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin s. 232'deki 109 sayılı örnek kararı. Zühûlen 106 sayılı diye yollama yapılan 7. Hukuk Dairesinin 13.2.1975 gün, 1256 Esas, 836 Karar sayılı prensip kararı niteliğindeki bu içtihadını aşağıya aynen geçiriyoruz :

"Tapulama komisyonları, Tapulama Kanununun esas ve usûl hükümlerine göre komisyonun yetkisi alanına girmeyen ve mutlaka mahkemece karara bağlanması gerekli olan hallerde, örneğin bir konunun tapulamayı ilgilendirip ilgilendirmeyeceğinin takdiri (ne), uyuşmazlığın sadece hukuksal durumun değerlendirilmesine ilişkin bulunduğu ve görevle ilgili olan hallerde yetkisizlik kararı verebilir."