

## OLAĞANÜSTÜ KAZANDIRICI YILLANMA ÜSTÜNE ZORUNLU BİR CEVAP

(Tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazların başkasına geçirimi  
konusunda bir notla birlikte)

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY

I. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın geçen sayısında, s. 248/256 da yayınlanan «Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Müessesesi Üzerine Bazı Düşünceler» adlı yazısına: «... bu incelememizin gayesi, kazandırıcı zamanaşımı müessesesinin, hukukî bakımdan çok incelenmiş olmasına rağmen, üzerinde hiç durulmamış sosyal yönünü de aydınlatmaya, bu bakımdan söz konusu müessesenin yurdumuzun özelliklerine aykırılığını ve ondan gerçekleştirilmesi beklenen görevlerin başka hukukî yollardan da elde edilebileceğini göstermeğe çalışmaktan ibarettir.» diye başlayan Acemoğlu, olağanüstü kazandırıcı yillanma (mürûr-ı zaman) kurumunun hukuk siyaseti bakımından neden dolayı kabul edilmek gerektiğini, bu kurumu haklı gösteren gerekçeyi, dayanağı ve görevi, şöyle göstermeğe çalışmakta, bu yüzden de olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun yurdumuz bakımından haksızlığı ve yasalarımızdan çıkarılması gerektiği sonucuna varmaktadır:

«Bu fonksiyon, fiilî durumları aksettirmeyen kayıtların tasfiyesi ve fiilî durumları hukukîliğe kavuşturmak tehdidi ile gayrimenkul üzerindeki aynî hak sahiplerini, haklarını ve bu haklarındaki gelişmeleri tapu kütüğüne kaydettirmeye zorlamaktır. (...) modern hukuklar tarafından reddedilen işgalden daha vahim olarak, zamanaşımının aynî hak sağlamasına konu olan gayrimenkul, sahipsiz değildir. (...) Üstelik zamanaşımı zilyedinin (...) iyi niyeti de aranmadığından, söz konusu gayrimenkulü gasp yolu ile elde etmiş

bulunsa bile, belirli fiilî şartların gerçekleşmesi ile aynı hakka sahip olabilmektedir. (...) Müessesese, ayrıca bir tercihin, bir değer yargısının sonucudur. Olayda iki kişi, ya da daha doğrusu iki taraf söz konusudur. Bunlardan birincisi, kanunca tesbit edilen süre içinde gayrimenkulü ile ilgilenmemiş, ikincisi ise bununla ilgilenmiş ve ona emek harcamıştır. Zamanaşımı bir bakıma birincisini cezalandırmak ve ikincisini mükâfatlandırmak gayesini de taşımaktadır. Olağanüstü zamanaşımı, malikin şu iki ihmaline bağlanmış bir sonuçtur: 1) Gayrimenkulünü kayıt ve kendi adına tescil ettirmeme. Miras yoluyla kendisine kalmışsa, adına intikalini yaptırmama. 2) Gayrimenkule bir başkasının malik gibi zilyed olmasına müsamaha gösterme. (...) Eski hukukumuzda gayrimenkullerin mülkiyeti sadece satımla geçtiğinden ve tapu kütüğüne tescil ihdası olmadığından, halkta bu zorunluk fikri yerleşmemiştir. (...) Kültür seviyesinin düşüklüğü, hakkını süresinde arama ihtimalini azaltmakta, medeniyet seviyesindeki düşüklük ise, bazen hak sahibinin hakkını arayamamasına, hakkını aramaktan korkmasına yol açmaktadır. (...) Biraz önceki izahlarımızla olağanüstü kazandırıcı zamanaşımının, eski malikin çifte ihmallerinin bir müeyyidesi olduğunu belirtmiştik. Sadece bu bile, sözü edilen müessesenin, yurdumuz bakımından büyük bir haksızlık olduğunu ispat etmeye yeter. Çünkü zamanaşımı, yurdumuzda malikin ihmalinin değil, devletin ihmalinin ya da çaresizliğinin — tapu kadaastro düzensizlik ve yetersizliğinin — bir de sosyal ortamın bir sonucudur. (...) İşin sosyal yanı ise büsbütün düşündürücüdür. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kazandırıcı olağanüstü zamanaşımı, gayrimenkule uzun bir süre emek vereni tercih etme fikrine dayanıyordu. (Yurdumuzda) birçok bölgelerde, iktisadî ve sosyal kudreti elinde bulunduran kimseler, (...) ellerindeki geniş imkânlarla, devletin topraklarını, ya da yarıcısı oldukları (1) küçük çiftçilerin topraklarını işletmekte, sonradan da zamanaşımı şartlarına sahip olmasalar — örneğin malik sıfatıyla zilyed bulunmadıkları, hattâ belki yirmi yıllık süreyi doldurmadıkları halde — bile, geniş nüfuzlarıyla temin ettikleri şahitlerle söz konusu gayrimenkullerin kendi adlarına kaydını isteyebilmektedirler. (...) 5602 sayılı kanunun yerine geçen 766 sayılı Tapulama Ka-

(1) Bilindiği gibi, toprak ağalarına değil, küçük çiftçilere toprak ağalarının yarıcısı denir.

nunu, 20 dönümlük bu sınırı (zilyedliğin vergi kaydı aranmaksızın ispatı sınırını) 33. maddesi ile 100 dönüme yükseltmiş, 42. maddesi (2) ile de devletin topraklarında da zamanaşımı işleyebileceğini kabul etmiştir. Bütün bunları önleyebilmek için, hiç değilse hukuk alanında, sonuçlar üzerinde durmayıp asıl sebebi ortadan kaldırmak şarttır. Bugün mevzuatımızdaki birçok hükümler, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımına dayanmaktadır (3). Yapılacak, bu müesseseyi tamamen kanunlarımızdan kaldırmaktır.» (4).

İlkin şunu belirtelim ki, Acemoğlu'nun savının tersine olarak, biz daha 1956 da yayınlanan «İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman» adlı yapıtımızda olduğu gibi birçok incelemelerimizde de olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunun sosyal yönleri üzerinde de uzun uzadıya durmuş, bu arada adı geçen yapıtı

(2) Yeni Tapulama Yasası, md. 42, yalnız Hazinece miktar üzerinden satılan ya da dağıtılan topraklardaki miktar fazlalıklarının da kazandırıcı yıllanmaya elverişli olduğunu söylemektedir. Bu yasada ayrıca md. 43, son fıkra, Hazine adına yazılmak gereken başkaca miktar fazlalıklarının da kazandırıcı yıllanmaya elverişli olduğu kuralına da yer vermiştir. Bundan başka, gene bu yasada Devletin hüküm ve tasarrufundaki sahipsiz toprakların da olağanüstü kazandırıcı yıllanmaya elverişli olduğunu söyleyen kural da, md. 37, son fıkradır.

(3) Biz, Acemoğlu'ndan çok daha önce, 1963 te yayınlanan «Medenî Hukuk Eleştirileri» adlı yapıtımızda § 15/16 daki «Arazi Kadastrosunun Hukukî Esasları» ve «Yeni Tapulama Yasa - Tasarısının Yurttaşlar Tôresine (Medenî Hukuka) İlişkin Kurallarının Eleştirilmesi» başlıklı incelemelerimizde, gerek 5602 sayılı eski Tapulama Yasası, gerekse daha tasarı durumundayken yeni Tapulama Yasası kurallarını uzun uzadıya eleştirmiş, bu arada bilirkişi denilen kişilerin gerçekte bilirkişi niteliğinde bulunmadığını (s. 111), Yurttaşlar Yasası (Medenî Kanun), md. 639 daki tapu kütüğüne karşı kazandırıcı yıllanma olamaması ilkesi ile olağanüstü kazandırıcı yıllanma öğelerinin (unsurlarının) araştırılmasının tapu kütüğü memurunun görevini aşan bir yargıç işi niteliğinde görülmesi ilkesine aykırılık yapıldığını (s. 120/121), tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazların olağanüstü kazandırıcı yıllanmaya dayanarak kütüğe geçirilmesi ve yazımı işiyle, eski hukuk çağında kazanılmış olup Yurttaşlar Yasasının Uygulama - Yürürlük Yasası, md. 18 ile 38 gereğince yeni Yurttaşlar Yasasından sonra da saklı kalan nesnel (aynî) hakların tapu kütüğüne yazımı işinin birbirine karıştırıldığını (s. 122) belirtmiş bulunmaktığımızı rağmen, Acemoğlu da yeni Tapulama Yasasındaki bu noktaları eleştirirken (s. 251, not 6, s. 252, not 8, s. 253, not 10) bizim yapıtımızın adını bile anmak gereğini duymamıştır.

(4) Acemoğlu, s. 249/253.

mızda, s. 10 ile sonrakilerde İsviçredekinin tersine Türkiyede özel mülkiyet konusu taşınmazların yüzde altmışından daha çoğunun tapu kütüğüne geçirilmemiş olduğunu, bu oranın bu kurumun Türkiyedeki olağanüstü önemini göstermeğe yettiğini belirtmiş, s. 65 ile sonrakilerde hak sahibinin korkutma (tehdid) v.b. gibi fiilî engeller yüzünden dava açamaması durumunda yillanmanın tamamlanmadığı itirazında bulunabilmesi, hak sahibinin dava açabilmesi için gerekli olan bir süre daha yillanmanın uzaması gerektiği görüşünü savunmuş, s. 180 ile sonrakilerde de 6333 sayılı yasayla kütüğe yazım davasının Hazine ve ilgili kamu tüzel kişiliğine karşı açılması kuralının, bu yasanın gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, Hazine ve ilgili kamu tüzel kişiliğinin çıkarlarını korumak amacıyla konduğunu, 6335 sayılı yasanın gerekçelerinden de anlaşıldığı üzere özellikle traktör sağlayan toprak ağaları pek büyük toprakları sürüp ele geçirdikleri ve tanıklar da yalnız bunlardan yana söz söyledikleri için Devletin Çiftçiyi Topraklandırma Yasası, md. 8, bend A'ya göre topraksız çiftçilere dağıtacağı hüküm ve tasarrufundaki ya da özel mülkiyetindeki toprakların gerçekte kazandırıcı yillanmayı tamamlamamış kimseler adına tapu kütüğüne yazdırıldığı, bu durumun önüne geçmek için bu yasayla yirmi dönümden büyük taşınmazların elmenliğinin (zilyedliğinin) vergi kayıtlarıyla da tanıtılması kuralının konduğunu belirtmiş ve bu iki yasayla olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumuna getirilen değişiklikten çıkan sorunları bütün ayrıntılarıyla incelemiş, ayrıca 16 ve 27 Nisan 1964 günlü «Cumhuriyet» gazetesinde yayınlanan «Tarımsal Topraklardaki Tasarruf Hakkının Mâhiyyeti» ve «Devlet Tarımsal Topraklarının Kişilere Tapulanmasını Önleyecek Çâreler» başlıklı yazılarımızda da aynen şu görüşü savunmuştuk: «Sonuç olarak, (zamanın Cumhurbaşkanı sayın Cemal Gürsel'in bir daha görüşülmek üzere TBMM. ne geri yolladığı) yeni Tapulama Kanunu, md. 33'e, zaten yürürlükteki bir hukuk kuralını doğruluyan, açıklayan mâhiyette olmak üzere, açıkça şu fıkranın eklenmesi, Devlet tarımsal topraklarının kişilere tapulanmasını, böylece toprak reformuna engel olunmasını açık - seçiklikle, kesinlikle kökünden önleyecektir: «11/6/1945 gün, 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, md. 10 gereğince topraksız ya da yeter toprağı olmayan çiftçinin topraklandırılması hizmetine tahsis edilmiş bulunan Devletin hüküm ve tasarrufundaki ve özel mülkiyetindeki topraklar, zamanaşımına dayanarak kişilere tapulanamaz;

daha önce yolsuz olarak verilmiş tapular da terkin olunur.» (5). Görülüyor ki, Acemoğlu'nun «olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunun hukukî bakımdan çok incelenmiş olmasına rağmen, sosyal yönü üzerinde hiç durulmamış olduğu» yolundaki savı, gerçeğe uymamaktadır.

İkinci olarak ta şunu belirtelim ki, gerçi Acemoğlu gibi «Post-glossatörler ve özellikle Fransız okulu da (...) kazandırıcı yıllanmada, ayrıca şimdiki mülkün önlenmesinde kamu yararı bulunan hakkını koğuşturmasını savsamasının cezalandırılması yolundaki devlet buyruğu (ister'i) görüyorlardı. (...) Çağdaşların hukuk duygusu, ileri sürülen kazandırıcı yıllanmaya, bunun «contra naturalem aequitatem» sokulduğu yolunda yabancı ve yadsıyıcı (reddedici) olarak karşı çıkıyordu. Hollandalılar ve Almanlar daha sonra kazandırıcı yıllanmanın ceza karakteri düşüncesini tutarak bu kuruma esas itibariyle bir ceza hukuku kurumu karakteri damgasını bastılar.» (6).

---

(5) Ne kadar yazıktır ki, Yargıtayın 26/12/1966 gün, 10/12 sayılı inançları birleştirme kararıyla tamamen yanlış olarak: «Zilyedin olağanüstü zaman aşımına dayanan iktisap iddiasında zaman aşımı süresini tayinde 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, md. 10 un etkisi bulunmadığına, tescil davasında 15/6/1945 tarihine kadar devam eden zilyedlik süresinin değil, nizam doğduğu zamana kadar devam eden zilyedlik süresinin 20 seneye varıp varmadığının araştırılması gerektiğine...» karar verildiği gibi (Resmî Gazete, sayı 12570), Anayasanın 37 nci maddesinin: «Devlet, (...) topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır.» yolundaki açık ve kesin buyruğuna tamamiyle aykırı olduğundan zamanın Cumhurbaşkanı sayın Cemal Gürsel tarafından veto edilmesine rağmen, sonunda toprak ağalarının çıkarlarını temsil eden bir grupun olumlu oy vermesiyle kanunlaşan 766 sayılı yeni Tapulama Yasasının 37 nci maddesinin son fıkrasıyla da devletin hüküm ve tasarrufundaki tarıma elverişli olmayan toprakların olağanüstü kazandırıcı yıllanmaya elverişli olduğu kuralına yer verilmiş, ayrıca gene bu yasanın 42 nci maddesi ve 43 üncü maddesinin son fıkrasıyla Hazine adına yazılmak gereken mikdar fazlalıklarının da kazandırıcı yıllanmaya elverişli olduğu kuralına da yer verilmiş, üstelik bütün uyarılara rağmen 2/1/1969 gün, 1073 sayılı yasayla Çiftçiyi Topraklandırma Yasasına eklenen maddeyle yeni Tapulama Yasasının Anayasaya aykırı olan bu kuralları, önceye etkili (mâkable şâmil) de kılınmıştır. Ne var ki, bütün bu çabaların aslında sonuçsuz kalmağa mahkûm bulunduğu gerçeği için aşağıda not 25/27 ye bakınız.

(6) Pfister, Die Ersitzung nach schweizerischem Recht, Zürich tezi, Bauma 1931, s. 12, not 9.

Ne var ki, bütün bu görüşler sonradan red ve terk edilmiş olup modern öğretiyeye (doktrine) göre gerek düşürücü (ıskatî), gerekse kazandırıcı yıllanma kurumlarına, hukuk siyaseti bakımından şundan dolayı yer vermek zorunludur, başka deyişle bu kurumları haklı gösteren gerekçe, dayanak ve asıl görev şudur: Doğumundan çok sonra ileri sürülen istemlerin ya hiç doğmamış, ya da zaten sona ermiş bulunmasının gerçeğe yakın olduğu yolundaki hayat deneylerine uygun olarak, uzun yıllardanberi durumu hukukî görünüşe uygun olan bir kimse, çok eski çağlardan çıkarılan istemler karşısında kendini ayrıca savunmak yükü altına sokulmamalı, hukukî durumu sonsuzluğadek belirsizlik içersinde askıda bırakılmamalı ve belli bir süre geçtikten sonra artık tartışılmamalıdır. Böylece, Haab'ın da isabetle belirttiği üzere, modern öğretiyeye, Romalı büyük hukukçu Gaius'un kazandırıcı yıllanmanın «ne dominia in perpetuum incerta maneat», yani mülkiyetin sürekli olarak belirsizlik içinde kalması gerektiğinden dolayı zorunlu olduğu yolundaki hukuk siyasetine ilişkin görüşü ile Digesta'daki (D. 41. 3, 1) kazandırıcı yıllanmayı haklı gösteren gerekçenin «bonum publicum» (kamu yararı) olduğu, yani mülkiyet güvenliği devlet buyruğu (ister'i) ile uzun ve sonsuz mülkiyet davalarının önüne geçmek zorunluğu olduğu yolundaki görüşü benimsemiştir (7).

A'nın gerçekte hak sahibi olması durumunda hakkını yitirmesi (düşürücü yıllanmada: kaçınma = defî hakkına uğraması) sonucuyla karşılaşması ise, Acemoğlu'nun görüşünün tersine, hakkıyla ilgilenmemesinin cezalandırılması niteliğinde olmadığı gibi, bu kurumlara yer verilmesini haklı gösteren gerekçe, dayanak ve görev de olmayıp bu kurumların yalnızca bir sonucudur.

Öte yandan, gene A'nın gerçekte hak sahibi olması durumunda B'nin mülkiyet hakkı kazanması sonucuyla karşılaşmasının da, Acemoğlu'nun görüşünün tersine, B'nin taşınmaza emeğinin geçmesinin mükâfatlandırılması niteliğinde olmadığı gibi, kazandırıcı

(7) von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1944, § 80, I; Leemann, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Sachenrecht, Bern 1920, Art. 661, N. 1; Pfister adı geçen yapıt, s. 10 ile sonrakiler, s. 20 i. s.; Haab, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Sachenrecht, Zürich 1929, Art. 661/663, N. 1; Sungurbey, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956, s. 1; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Band IV: Sachenrecht, Bern 1961, Art. 661, N. 1/3.

yıllanma kurumuna yer verilmesini haklı gösteren gerekçe, dayanak ve görev de olmayıp bu kurumun yalnızca bir sonucu olduğunu anlamak için şunu düşünmek yeter: «İhyâ» niteliğinde olması aranan kapmanın (işgalin) tersine olarak, kazandırıcı yıllanma için elmenin (zilyedin) emek ya da gider harcaması gerekli olmayıp tam tersine elmenin o konudan gerek doğrudan doğruya, gerekse başkasına kiralayıp kira karşılıklarını toplayarak yararlanması yeterlidir (8).

Böylece, Acemoğlu, olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunu haklı gösteren asıl gerekçe, dayanak ve görevi tamamiyle gözden kaçırıp modern öğretinin red ve terk etmiş olduğu yanlış bir görüşten yola çıktığından, yurdumuz bakımından bu kurumun haksız olduğu ve yasalarımızdan çıkarılmak gerektiği yolunda vardığı sonuç ta yanlış olmuştur.

Gerçekten de, Alman ve İsviçre - Türk hukukunun tapu kütüğü sisteminde yalnızca tapu kütüğüne geçirilmiş taşınmazlarda tapu kütüğüne yazımla (tescille) belirlenip açıklanan mülkiyet hakkından doğan istemlerin ne denli uzun süre geçerse geçsin zaten hiçbir yıllanmaya uğramaması ilkesine yer verilmiştir. Ne var ki, tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazlarda, bu taşınmazların oranı ister az, ister çok olsun, tapu kütüğüne yazımla belirlenip açıklanmayan mülkiyet istemlerinin hiçbir yıllanmaya uğramamasını haklı gösteren bir neden olmayıp yıllanma kurumunu haklı gösteren gerekçe, dayanak ve görev, burada da geçerlidir; taşınmazda hukukî görünüşe uygun olarak uzun yıllar malik gibi elmen bulunmuş olan kimsenin hukukî durumu belirsizlik içinde askıda bırakılmamalı, geçmişin karanlıklarından çıkarılan istemlerle tartışılmamalıdır (9).

Şimdi, Acemoğlu'nun bu konuda ileri sürdüğü öbür düşünceleri de sırasıyla cevaplandıralım:

Acemoğlu, olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunun görevinin (fonksiyonunun) «fiilî durumları hukukîliğe kavuşturmak tehdidi ile aynî hak sahiplerini haklarını tapu kütüğüne kaydettirmeğe zorlamak» olduğunu da söylüyorsa da bu görev, tapu kütüğü dışında mülkiyet hakkı kazanan kimsenin önce kendi adına kütüğe açıklayıcı yazım yaptırmadıkça harcama (tasarruf) işlemi yapamayaca-

(8) Sungurbey, adı geçen yapıt, § 3, II, 1, s. 33.

(9) Sungurbey, adı geçen yapıt, § 2, I/II, s. 9 i. s.

ğını söyleyen Yurttaşlar Yasası, md. 633, II deki düzen kuralının görevi gibi, olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun ancak dolaylı olarak yaptığı yan bir görevdir; bu kurumun doğrudan doğruya ve asıl görevi, yukarda belirtildiği üzere, taşınmazda uzun yıllar malik gibi elmen bulunmuş olan kimsenin hukukî durumunun geçmişin karanlıklarından çıkarılan istemlerle artık tartışma konusu yapılamamasını sağlamasıdır.

Gene bundan dolayıdır ki, Acemoğlu'nun bu kurumu haksız göstermek için dayandığı «modern hukuklar tarafından reddedilen işgalden daha vahim olarak burada gayrimenkulün sahipsiz olmadığı» ve «kötü niyetle ve gasp yoluyla elde edilmiş olsa bile zamanla hak kazanılabileceği» yolundaki düşünceleri de yersizdir. Gerçekten de, olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumuyla zaten sağlanmak istenen de, taşınmazda uzun yıllar malik gibi elmen olan kimsenin hukukî durumunun artık tartışma konusu yapılamaması, böyle bir kimseye karşı bu taşınmazın sahipsiz olmayıp eskiden başkasının mülkiyetinde bulunduğu ya da bu taşınmazın eskiden kötü niyetle gasbedilmiş olduğu yolunda geçmişin karanlıklarından çıkarılan istemlerle saldırılamamasıdır. Olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun zaten asıl görevi, bu gibi istemlerin önüne geçmek, bu gibi istemlere çağ bakımından bir son vermektir.

Acemoğlu'nun «Eski hukukumuzda gayrimenkullerin mülkiyeti sadece satımla geçtiğinden ve tapu kütüğüne tescil (10) ihdasî olmadığından, halkta bu zorunluk fikri yerleşmemiştir.» yolundaki düşüncesinin de yersizliğini anlamak için, «İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman» adlı yapıtımızda, s. 167/168 deki şu bilgilere şöylece bir göz atmak yeter:

«1) MK. un yürürlüğünden önce Arazi K. md. 37 ye göre miri arazinin ferağı tapu senedi alınmasına lüzum olmadan muteber idiyse de md. 36 ya göre Hicrî 1290 senesinden itibaren devleti temsil eden tapu memurunun izin ve marifeti olmadıkça ferağ muteber değildi. Mülk gayrimenkullerin satışı ise Mecelleye göre icab ve kabul ile şekle tâbi olmadan muteber olup bey' akdi mülkiyeti de geçirirdi. 1318 tarihli iradei seniyye ile bu esasa dokunulmamış, yal-

(10) «Tescil», zaten sicile kayıd, kütüğe yazım demek olduğundan, «tapu kütüğüne tescil» sözünün yanlış olup ya «tapu kütüğüne yazım», ya da «tapu siciline kayıd» demek gerektiği açıktır.



nız hâkimler âdî senedlerle yapılan alım satım davalarını dinlemekten men edilmişlerdi.

2) 30 Mart 1329 tarihli Emvali Gayri Menkulenin Tasarrufu hakkındaki Muvakkat K. md. 1, *mirî arazinin* (sırf veya mevkuf) ancak Defteri Hakanî idarelerinde ferağ olunabileceğini tekrar ve mutasarrıflara senedi hakanî almak lüzumunu emretti. Bu şart olmadıkça mirî arazinin ferağı gayri muteber olduğu gibi, o zamanki kadastro kanununa göre kadastrusu yapılan yerlerde senedi hakanî olmadan mahkemelerde dava dinlenmez ve hükûmet dairelerinde muamele yapılamazdı. *Mülk gayri menkullerin* satışı da bahsi geçen tapu dairelerinde yapılmak ve sened almak icab ediyordu. Fakat bu mülk gayri menkullerde câri olan Mecellenin bey' akdinin icab ve kabulle şekle hacet olmadan in'ikadı ve mülkiyetin müşteriye intikali prensibini bu kanun da mahfuz tutmuştu. Tapu harici satışla da mülkiyet alıcıya geçmekle beraber tapu senedi olmadığı için alıcı akdin ifasını dava edemiyordu. Ferağın tapuda icrası ve senede rabtına dair Tasarruf Muvakkat Kanunundaki bu hüküm, musakkafat ve müstegallâtı mevkufede de câriydi.

Görülüyor ki, gayri menkullerin ferağı, yeni MK. un yürürlüğünden önce de resmî şekle bağlanmıştı.»

Acemoğlu'nun «(Halktaki) kültür seviyesinin düşüklüğü, hakkını süresinde arama ihtimalini azaltmakta, medeniyet seviyesindeki düşüklük ise, bazan hak sahibinin hakkını arayamamasına, hakkını aramaktan korkmasına yol açmaktadır.» yolundaki düşüncesi de yeterli bir kanıt olmaktan uzaktır. Çünkü, gerek Mecelle'de, gerekse, 1274 hicrî tarihli Arazi Kanunnamesinde «tezvîri önlemek» görevi bulunduğu kabul edilen, üstelik tapu kütüğüne geçirilmiş bulunan taşınmazlarda da ve kural olarak daha da kısa, kendine vergi (sui generis) «mürûr-i zaman» kurumlarına yer verilmiş olduğu gibi (11), halkta da geçmişin karanlıklarından çıkarılan istemlerin artık ileri sürülemeyeceği yolunda yerleşmiş bir bilinç vardır. Gerçekten de, «Geçmişe mâzi, yenmişe kuzu derler», «Eski çamlar bardak oldu», «Eskiye itibar olsaydı, bitpazarına nur yağardı», «Eski sepeti dama atarlar» atasözleri ile gene olumsuz anlamdaki «fî tarihinden kalma», «Nur nebîden kalma», «Eski defterleri yoklama», «Gitti gider, dahi gider» v.b. gibi deyimler (12),

(11) Sungurbey, adı geçen yapıt, § 13, II/IV, s. 158 i. s.

(12) Ömer Asım Aksoy, Atasözleri ve Deyimler, Türk Dil Kurumu Yayınları, sayı 238, Ankara 1965.

hep bu bilincin kesin kanıtlarıdır. Ancak Dr. F. Celâleddin'in öykülerindeki ya da «Mahkemeli Mustâbey» gibi bu bilinçten ve sağduyudan yoksun olan ve psikiyatrideki özel deyimle paranoiak «hak arayıcılar» denilen birtakım tiplerdir ki, yüz yıllar öncesinden kaldığını iddia ettikleri haklarını şimdi koğuşturmak uğruna arşiv ve kütüphanelerde şecereler aramakla, mahkemelerde hiçbir sonuç çıkmayacak boş davalar açmakla oyalanıp kendilerini avutmaktadırlar. Acemoğlu'nun dayandığı «medeniyet seviyesindeki düşüklüğün, hak sahibinin hakkını aramaktan korkmasına yol açması» durumu karşısında yapılacak şey, alınacak tedbir, başvurulacak çare de, pek büyük ve önemli bir görevi olan olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun kendisini bütünüyle haksız sayarak yasalarımızdan kaldırıp atmak değil, yukarda belirtildiği üzere, böyle durumlarda hak sahibinin yillanmanın tamamlanmadığı itirazında bulunabileceğini ve hak sahibinin duruma göre dava açması için gerekli olan bir süre daha yillanma süresinin uzayacağını kabul etmek, ayrıca yapılacak yasa bakımından da şimdideğinki hukukumuzdakine (13) ya da İngiliz hukukundaki «undue influence» (haksız etki) kurumuna (14) benzer bir yolda «mütegallibe» ye, toprak ağalarına karşı, üstelik eksik bir yolda yalnız mülkiyet davalarında değil, her türlü davada da gene bu çözüme yer verilmesini önermektir.

Bunun gibi, toprak ağalarının devletın hüküm ve tasarrufundaki ya da özel mülkiyetindeki toprakları olağanüstü yillanma yoluyla ele geçirmelerini önlemenin çâresi de pek büyük ve önemli bir görevi olan olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun kendisini bütünüyle haksız sayarak yasalarımızdan çıkarılmasını önermek değil, yukarda adı geçen ve «Cumhuriyet» gazetesinde yayınlanmış olan yazılarımızda savunduğumuz üzere: «Çiftçiyi Topraklandırma K. md. 10 gereğince topraksız ya da yeter toprağı olmayan çiftçinin topraklandırılması hizmetine tahsis edilmiş bulunan Devletın hüküm ve tasarrufundaki ve özel mülkiyetindeki topraklar, zaman-aşımına dayanarak kişilere tapulanamaz; daha önce yolsuz olarak

(13) Mecelle, md. 1663, II, IV; 1274 hicri tarihli Arazi Kanunnamesi, md. 20.

(14) Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cild, (Çev. Davran), İstanbul 1948, § 37, s. 320/321; Sungurbey, adı geçen yapıt, § 5, not 282.

verilmiş tapular da terkin olunur.» yolundaki bir kuralın kabulünü ve bu çözüme aykırı olan 26/12/1966 gün, 10/12 sayılı yanlış inançları birleştirme kararı ile Anayasanın 37 nci maddesinin «Devlet, (...) topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır.» yolundaki açık ve kesin buyruğuna tamamiyle aykırı olan 766 sayılı yeni Tapulama Yasasının 37 nci maddesinin son fıkrasının kaldırılmasını, ayrıca 5602 sayılı eski Tapulama Yasasında olduğu gibi yirmi dönümden büyük topraklarda elmenliğin vergi kayıtlarıyla da tanıtlanmasının aranmasını önermektedir.

Görülüyor ki, olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunu haklı gösteren gerekçe, dayanak ve asıl görevi tamamiyle gözden kaçırıp bu konuda modern öğretinin red ve terk ettiği yanlış bir görüşten yola çıkan Acemoğlu'nun, bu kurumu haksız göstermek için ileri sürdüğü öbür düşünceler de yanlıştır. Bundan dolayı, pek büyük ve önemli bir görevi olan olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunun kötüye kullanılması sakıncasını önleyecek çareler önermek yerine, ağrıyan dişini çektiren adamın, gözü ağrıyan başka birine gözünü çıkartmasını salık vermesi kıssasında olduğu gibi, kurumun kendisinin yurdumuz bakımından bütünüyle haksız olduğu ve ne eski, ne de yeni hiçbir hukuk sisteminde görülmemiş bir biçimde yasalarımızdan çıkarılmak gerektiği yolunda, kaş yapayım derken göz çıkarmak kabîlinden vardığı sonuç ta yanlış olmuştur (15).

---

(15) Bunun gibi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsünde 19/21 Ağustos 1957 günlerinde düzenlenen «İsviçre Medenî Kanunu ve Bu Kanunun Türkiye Tarafından İktibas ve Tatbikatı Hakkında Kollokyum» da da, Prof. İsmail Hakkı Karafakih, Avukat Hasan Halis Sungur, Doç. Dr. Salâhaddin Sulhi Tekinay gibi bildiricilerin, gene Yurttaşlar Yasasını bünyemize uyduracağız diye, isbat yükü konusunda Mecelle'deki «tevcîh ve tercih-i beyyînât» kurallarına benzer kazuistik (olaycı) kurallar getirilmesi, kalıt (mîrâs) hukukunda kök sisteminin (parantel sistemin) bozulması, tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazların mülkiyetinin teslimle geçirilebilmesi gibi görüşlerine karşı da biz, Yurttaşlar Yasasının temel ilkelerinin, eski Yargıtay başkanlarından birinin «Medenî Kanuna sarık sardırdım» diye övünerek (!) anlattığı bu türlü sapmalarla yozlaştırılmamak, «altı kaval, üstü şeshane» durumuna sokulmamak gerektiğini savunmuş, bu uğurda hayli savaştığımız. (Bakınız: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, yıl 2, 1958, sayı 2, s. 16/18, 19, 90 ile sonrakiler, 148/159, 160/161).

II. Acemoğlu, olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunun yasalarımızdan çıkarılması yolundaki yanlış önerisi gerçekleşinceye dek te, yürürlükteki hukuk yönünden şu görüşü savunmuştur:

Acemoğlu da, «Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukukî Durumu» adlı doktora tezinde de (İstanbul, 1965), gerçi tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazlarda mülkiyetin teslimle geçirilebileceğini ileri süren Tekinay kadar ileri gitmemekle birlikte, gene «Türkiyenin şartları», «toplumun sosyal (!) yapısı» gerekçesiyle, bu türlü taşınmazları hiçbir biçime uymadan satıp teslim eden malikin, aradan uzun zaman geçmesi, taşınmaz değerinin yükselmesi, taşınmaz üzerine yapı yapılması, geri verme borcunun kullanma karşılığı borcuyla ağırlaşması gibi özel durumlarda, mülkiyet istemini ileri sürerek taşınmazı geri almak istemesinin Yurttaşlar Yasası, md. 2 deki dürüstlük kurallarına (objektif hüsn-i niyyete) ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olacağı, şu var ki malikin mülkiyet istemini üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği, böylece alıcının taşınmazın mülkiyetini olağanüstü yıllanma sonunda kazanabileceği görüşünü ileri sürmüştür. Acemoğlu'na göre, tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazın alıcısı mülkiyeti elde etmek için ne hukukî, ne de fiilî bir olanağa sahip olmayıp olsa olsa satıcıdan taşınmazı tapu kütüğünde kendi (satıcı) adına yazdırdıktan sonra kendisine satmasını isteyebilir ki bu, çok kez başvurulması beklenemeyecek bir davranıştır. Taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesinin soyutluğu (mücerretliği) ilkesini kabul eden Alman Yurttaşlar Yasasının tersine olarak İsviçre - Türk Yurttaşlar Yasası taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesinin nedenselliği (illiyeti) ilkesini kabul ettiğinden, İsviçre - Türk hukukunda resmî biçime uymadan yapılan bir taşınmaz satımında satıcı taşınmazı alıcıya teslim etmekle birlikte alıcı adına tapu kütüğüne yazım yaptırarsa bile, esasen «tam bir ifa», yani «mülkiyetin geçirilmesi» söz konusu olamaz, böylece ancak «tam ifa» dan sonra geri alma istemini dürüstlük kurallarına aykırı düşeceği görüşü de söz konusu olamaz. 5602 sayılı (eski) Tapulama Yasası, md. 13, bend C'ye göre tapu kütüğüne geçirilmiş taşınmazlar bile (burada Yurttaşlar Yasası, md. 2 deki dürüstlük kuralları diye anlaşılacak gereken) hakkaniyet gerektiriyorsa resmî biçime uymadan satın almış olan elmen adına tapu kütüğüne yazılacağına göre, tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazları geri alma istemlerinin «bu maddeye göre» reddilmemesi tutarsızlık olur. Acemoğlu, ayrıca, Egger ve Merz'e de dayanarak, Yurttaşlar Yasası, md. 2 deki dürüstlük kuralları ile hakkın kötüye kullanılması yasağının yalnızca olumsuz (menfi) bir etkisi olduğundan, yani yeni bir hak kurmayıp yalnızca kurulan fiilî duruma tecavüzü önlediğinden, satıcının mülkiyetini yitirip alıcının kazanmış olmayacağını, satıcının yalnızca mülkiyet istemini ileri sürüp taşınmazını geri alamayacağını, alıcının da mülkiyet hakkını ancak olağanüstü yıllanmayla kazanabileceğini ileri sürmüştür. (Acemoğlu, adı geçen doktora tezi, s. 87/92.)

İlkin şunu belirtelim ki, Acemoğlu'nun düşündüğünün tersine olarak,

«Sungurbey tarafından ortaya atılan otomatik mülkiyet kazanma görüşünün hukuk tekniği bakımından üstünlüğü ve İsviçre hu-

taşınmazı geri verme borcunun kullanma karşılığı borcuyla ağırlaşmasının mülkiyet isteminin ileri sürülmesini Yurттаşlar Yasası, md. 2 deki dürüstlük kurallarına aykırı saymayı haklı gösteremeyeceğini anlamak için, alıcının da satıcıya ödemiş olduğu satış akçası faizleriyle birlikte kendisine ödeninceyedek taşınmazı geri vermekten kaçınabileceğini düşünmek yeter. (Bakınız: von Tuhr/Siegwart, adı geçen yapıt, § 53, not 10, § 64, not 8.)

Acemoğlu'nun tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazın alıcısının mülkiyeti elde etmek için ne hukukî, ne de fiilî bir olanağa sahip olmadığı, olsa olsa satıcıdan taşınmazı tapu kütüğünde kendi adına yazdırdıktan sonra kendisine satmasını isteyebileceği yolundaki düşüncesi de doğru olmayıp ve böyle bir zorunluk bulunmayıp tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazların da gerek Türk Tapu Yasası, md. 26 uyarınca tapu kütüğü memuru önünde, gerekse Türk Noterlik Yasası, md. 44, bend B uyarınca noter önünde resmî biçimde satışı olanağı bulunduğu gibi (bakınız: Sungurbey, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956, § 5, not 328; Sungurbey, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, yıl 2, 1958, sayı 2, s. 158, Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963 § 1, IV, 2, b, dd, s. 30/33), bu satışa dayanarak Yurттаşlar Yasası, md. 642, I gereğince yargıçtan mülkiyetin kendisine tanınmasını istemek, sonra da aynı maddenin 2 nci fıkrası gereğince kendi adına tapu kütüğüne açıklayıcı yazım yaptırmak olanağı da vardır.

Acemoğlu'nun, İsviçre - Türk Yurттаşlar Yasasının taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesinde nedensellik ilkesini kabul ettiğinden İsviçre - Türk hukukunda resmî biçime uymadan yapılan bir taşınmaz satımında satıcı taşınmazı alıcıya teslim etmekle birlikte alıcı adına tapu kütüğüne yazım yaptırsa bile esasen «tam bir ifa», yani «mülkiyetin geçirilmesi» söz konusu olamayacağı, böylece ancak «tam bir ifa» dan sonra geri alma isteminin dürüstlük kurallarına aykırı düşeceği görüşünün de söz konusu olmayacağı yolundaki düşüncesinin de, ifa fiillerinin tamamının (satıcı açısından: taşınmazı alıcıya teslim ve tapu kütüğüne yazım için bildirim) yapılması sorunu ile kendisini meydana getiren fiillerin tamamının yapıldığı bir ifanın geçerli olup olmaması sorununu birbirine karıştırmaktan ileri geldiği ortadadır. Gerçekten de, burada «tam bir ifa» dan anlaşılması gerekenin, ifa fiillerinin tamamının yapılması olduğu apaçık olup satıcı kendi isteğiyle ifa fiillerinin tamamını yapmışsa, yani taşınmazı alıcıya teslim etmiş ve alıcı adına tapu kütüğüne yazım için bildirimde bulunmuşsa, biçim eksikliğine dayanıp mülkiyet istemini ileri sürmesinin çelişkili bir davranış olarak Yurттаşlar Yasası, md. 2 deki dürüstlük kurallarına aykırı düşüp düşmeyeceği, böylece biçim geçmezliğinin düzelmiş ve ifanın da geçerli sayılıp sayılmayacağı apayrı bir sorundur.

Acemoğlu'nun 5602 sayılı (eski) Tapulama Yasası, md. 13, bend C'ye göre tapu kütüğüne geçirilmiş taşınmazlar bile dürüstlük kuralları gerek-

kukunun zamanaşımı bakımından takip ettiği gayelere uygunluğu tartışma götürmez. Bu yüzden şimdiye kadar biz de bu görüşe ka-

tiriyorsa resmî biçime uymadan satın almış olan elmen adına yazılacağına göre, tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazların geri alma istemlerinin «bu maddeye göre» reddedilmemesinin tutarsızlık olacağı yolundaki düşüncesi de gerçeğe uygun olmaktan pek uzaktır. Büyük Millet Meclisindeki görüşmelerde milletvekillerince Yurttaşlar Yasasının taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi borcunu doğuran sözleşmelerin resmî biçimde yapılması ilkesine aykırı olduğu belirtilerek «Gayri menkul satımı, ispanak alım satımı değildir» diye haklı olarak ve şiddetle yerilmiş olup 5602 sayılı yasaya göre ancak tapulama yapılan yerlerde uygulanacak olan ve dar yorumlanmak gereken bu maddenin genel bir yolda uygulanmasının, üstelik tapu kütüğüne geçirilmemiş taşınmazların resmî biçime uymadan satılması durumunda satıcının geri alma isteminin de gene «bu maddeye göre» reddedilmesi gerektiği yolunda uygulama alanının da genişletilmesinin, «Yanlış iş, örnek tutulamaz», «Ayrıklar (müstesnâlar) konusuna bağlı tutulur», «İlkeyle ayırık çatışırsa, ilkeden yana çıkılır» ilkelere aykırı olacağı apaçıktır. (Bakınız: Sungurbey, Medenî Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963, § 15, s. 105, 108 ile sonrakiler, s. 117, not 10.)

Son olarak, Acemoğlu'nun Egger ve Merz'e dayanarak Yurttaşlar Yasası, md. 2 deki dürüstlük kuralları ile hakkın kötüye kullanılması yasağının ancak olumsuz bir etkisi olduğundan, yani yeni bir hak kurmayıp yalnız kurulan fiilî duruma tecavüzü önlediğinden, satıcının yalnız mülkiyet istemini ileri sürüp taşınmazını geri alamayacağı, alıcının da mülkiyet hakkını ancak olağanüstü yıllanmayla kazanabileceği yolunda vardığı sonucun da Acemoğlu'nun bu yazarları yanlış anlamasından ileri geldiği apaçıktır. Gerçekten de, Acemoğlu'nun kendisine yollama (atıf) yaptığı yerde Egger, Yurttaşlar Yasası, md. 2 deki ilkenin hak doğurucu bir etkisi de olabileceğini aynen şöyle belirtmektedir: «3. Sonuçları. Hakkın kötüye kullanılması «hukukça korunmaz» (n'est pas protégé par la loi). Yapılacak işlem, çeşitli durumlar için zorunlu olarak türlü türlü olacaktır. Sonuç, çoğu kez, hukukî işelmin geçmezliği yolunda olmayıp (BGE. 48 II 187), hakkı kötüye kullanana, dayandığı münferid hak tanınmaz; onun yıllanma, hak düşümü, ayrıca biçim çürüklüğü savunması reddedilir. Borcun indirilmesi ya da yükseltilmesi (değerlendirilmesi) istemi, örneğin bir konkordato sözleşmesinden dönme (rücû') hakkı (BlZür. 12, 134) doğabilir...» (Egger, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, I. Band: Einleitung. Das Personenrecht, Zürich 1930, Art. 2, N. 37.) Gene Acemoğlu'nun kendisine yollama yaptığı yerde, Art. 2, N. 485 te Merz de, «Yurttaşlar Yasası, md. 2 ye biçim alanında ancak olumsuz anlamda dayanılabileceğinden», «Yurttaşlar Yasası, md. 2 nin yalnızca olumsuz etkisinden» söz etmekle açıklamasının bu bölümünün «Biçim bakımından geçerli olmayan işlemden dolayı ifa isteminin bulunmaması» yolundaki başlığı ile N. 486/488 deki şu sözlerinden de açıkça anlaşılacağı üzere, «isteyerek yapılmış ifanın, biçim geçmezliği savına karşı Yurttaşlar Yasası, md. 2 ye başarıy-

tilmakta tereddüt etmemiştik. Ancak yukarıda belirttiğimiz sebebler yüzünden olağanüstü zamanaşımının yurdumuz bakımından

la dayanmanın hep zorunlu bir gereği olduğunu» «ifa fiilleri yapılmış olmadıkça biçim geçmezliğinin ileri sürülmesinin Yurttaşlar Yasası, md. 2 ye aykırı olduğuna dayanılamayacağını», «gerek çelişkili davranış açısından, gerekse biçimin amacı yönünden taraf isteğine dayandırılan ifa fiilinin ölçü olduğunu», böylece «ifa fiilleri yapılmış olmadıkça biçim eksikliği yüzünden geçerli olmayan bir sözleşmeyi hakkın kötüye kullanılması dolanbaçlı yolundan bağlayıcı sayarak Yurttaşlar Yasası, md. 2 ye biçim eksikliğini gidermek için olumlu (pozitif) bir dayanak diye dayanılamayacağını» anlatmak istemektedir. (Bakınız: Merz, «Berner Kommentar, I/1, Einleitung, Art. 1-10 ZGB» adlı ortak yapıtta (Bern, 1962), Art. 2, N. 485/488.) Nitekim Merz, Art. 2, N. 99 da «Yurttaşlar Yasası, md. 2 açısından bir istem doğurmağa ya da ortadan kaldırmağa elverişli durumlardan» söz ettiği gibi, Art. 2, N. 108 de de Yurttaşlar Yasası, md. 2, I deki dürüstlük kurallarına dayanmanın hukukî sonuçları olarak «hak ve borçlarda bir genişleme ya da daralmanın söz konusu olabileceğini»de söylemekte, ayrıca gene Art. 2, N. 510 da da biçim geçmezliğinin ifa fiillerinden sonra Yurttaşlar Yasası, md. 2 ye aykırı olarak başarısızca ileri sürülmesi durumunda bu geçmezliğin düzeleceğini, böylece alıcının mülkiyeti kazanmış olacağını belirtmektedir. (Dürüstlük kurallarından duruma göre pek çeşitli sonuçlar doğabileceği, bu arada bu kuralların gereğindē hak doğurucu olarak etki de yapabileceği gerçeği için Alman Yurttaşlar Yasası, § 242 açıklamalarına bakınız. Ayrıca, Palandt/Hoche, BGB. § 985 açıklamasında, (München und Berlin, 1959), 1) de bu konuda aynen şöyle demektedir: «Geri alma (istihkak) istemine karşı hakkın kötüye kullanıldığı itirazı (§ 242), (hükümsüz) bir sözleşmeye dayanarak mülkiyeti geçirmek gayesiyle teslim edilmiş olan bir taşınmazın durumunun pek değerli yapı yapılmasıyla ekonomik yönden büsbütün değiştirilmiş olması, Alman Yargıtayına göre (RG. 133, 296) yapının malikin bilgisiyle ve itirazı olmaksızın yapılmış olması durumları v.b. nda, özellikle geri vermenin beklenmez olması durumunda da mümkündür. Böyle bir durumda, taraflardan her biri, değerinin ödenmesi karşılığında mülkiyetin yapıyı yapana geçirilmesini (§ 915 tekine benzer bir yolda) isteyebilir.» Gene bu konu için Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Tübingen 1957, § 84, IV, 1, a, s. 324'e bakınız. — Bundan başka, Merz'in Art. 2, N. 510 daki bir yanılığısı için de «Medenî Hukuk Eleştirileri» adlı yapıtımızda «Tapu kütüğüne yolsuz yazımlı kötü inançlı elmenin olağanüstü yılanmayla kazanabilmesi» başlıklı § 10 a bakınız.) Acemoğlu ise, modern hukukun bütün bu gerçeklerini gözden kaçırıp Yurttaşlar Yasası, md. 2deki dürüstlük kurallarının sonucunu daha hâlâ eski Pandekt hukukunun «exceptio doli generalis» i gibi eksik ve yetersiz bir yolda anlayarak (Bakınız: Palandt/Hoche, adı geçen yapıt, § 242 açıklaması, 1 ve 2, b) Yurttaşlar Yasası, md. 2 den hiçbir zaman olumlu bir istem doğamayacağını sanması yüzündendir ki, tapu kütüğüne geçirilme-

sakıncalarını tesbit ettikten sonra bu görüşü savunmaya devam etmek bizim bakımımızdan artık imkânsızdır. Otomatik mülkiyeti kazanma görüşü, zamanaşımının şartlarını dolduran kimsenin buna rağmen sadece bir itiraz süresindeki itiraz yüzünden bütün elde ettiklerini kaybetmesinin haksız olduğu düşüncesine dayanıyordu. İsviçre hukuku açısından bu düşünce tamamen haklıdır. Ama olağanüstü zamanaşımının Türkiyedeki kadar yaygın ve normal bir mülkiyeti kazanma yolu haline geldiği ve eski malike de aslında pek fazla kusur yüklenemediği bir ülkede onun gayrimenkulüne ilgisizliğini son bir defa daha kontrol etmek isteyen itiraz süresi görüşü daha uygun düşer. Üstelik tapu kayıtları en az İsviçre kadar düzenli olan Almanyanın bu görüşü bir kanunî çözüm olarak kabul ettiği düşünülecek olursa. Ayrıca vardığımız bu sonucun, başkasının bir hakkını feda eden ve mahzurlu hükümlerin dar yorumlanmak gerektiği yolundaki genel yorum kaidesine de uygunluğu âşikârdır.» (16).

İlkin şunu söyleyelim ki, aşağıda da ayrıca belirtileceği üzere, Acemoğlu'nun bu kez «itiraz süresi görüşü» diye benimsediği ve

miş bir taşınmazın resmî biçime uymadan satılıp alıcıya tesliminden sonra geri istenmesini Yurttaşlar Yasası, md. 2 ye aykırı saydığı durumlarda da biçim eksikliğinin düzelmiş olduğu ve alıcının Yurttaşlar Yasası, md. 642 gereğince yargıçtan mülkiyetin kendisine tanınmasını isteyebileceği yolunda tutarlı bir çözüm getirememiş, o kadar ki alıcının taşınmaza yapı yapması durumunda da Türk Yargıtayının 28/6/1944 gün, 26 sayılı inançları birleştirme kararıyla Yurttaşlar Yasası, md. 650 deki mülkiyetin tanınması istemini ileri sürebileceğini kabul eden çözümünü bile (ayrıca bakınız: Ataay, Haksız İnşaat, İstanbul 1959, § 8, not 33, 35, § 9, not 36, s. 144, 157 deki İsviçre Yargıtay kararları) hiç göz önünde tutmamış, alıcının mülkiyeti kazanabilmek için yirmi yıllık olağanüstü kazandırıcı yillanma süresinin geçmesini beklemek zorunda olduğu, bu süre boyunca satıcının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirken alıcıya karşı ileri sürülemeyen yapmacık ve karışık bir kavram olan nisbî mülkiyetinin sürüp gideceği yolunda tutarsız ve yetersiz bir çözüm ileri sürmüştür.

Görülüyor ki, Acemoğlu'nun, İsviçre - Türk Yurttaşlar Yasası, md. 657/634 ile Borçlar Yasası, md. 216/213, Türk Tapu Yasası, md. 26, Türk Noterlik Yasası, md. 44, bend B deki taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi borcunu doğuracak sözleşmelerin resmî biçime bağlı olması ilkesinden taşınmaz satıcısını bu ilkenin koruyucu görevinden yoksun bırakacak yolda bu türlü bir sapmayla bu ilkenin yozlaştırılması sonucunu doğuran tezini desteklemek için ileri sürdüğü dayanaklar gerçek olmaktan uzak olduğu gibi, getirdiği çözüm de tutarsız ve yetersizdir.



«itiraz süresindeki itiraz» dan söz ettiği bu görüşte, gerçekte olağanüstü kazandırıcı yıllanma gereklerinin gerçekleşmediği yolunda bir «itiraz süresi» söz konusu olmayıp yalnızca malikin hakkını «bildirim (ihbar) süresi» söz konusudur. Bunun gibi, Acemoğlu'nun: «vardığımız bu sonucun, başkasının bir hakkını feda eden ve mahzurlu hükümlerin dar yorumlanmak gerektiği yolundaki genel yorum kaidesine de uygunluğu âşikârdır» yolundaki düşüncesi de yersizdir. Gerçekten de, yukarda I de de belirtildiği üzere, olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunun zaten asıl görevi de, taşınmazda uzun yıllar malik gibi elmen olan kimsenin hukukî durumunun, bu taşınmazda «başkasının hakkı» bulunduğu yolunda geçmişin karanlıklarından çıkarılan istemlerle artık tartışılmamasını sağlamak, böyle bir kimseye karşı bu türlü istemlerle saldırılmasının önüne geçmektir.

Bunun dışında, biz, «İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman» adlı yapıtımızda, s. 74/83, 198/202 de Alman Yurttaşlar Yasası, § 902 deki tapu kütüğüne yazımlanmamış olan nesnel (aynî) haklardan doğan istemlerin düşürücü yıllanmaya uğraması ilkesiyle tamamlanan Alman Yurttaşlar Yasası, § 927 deki «duyuru süreciyle mülkiyetin düşürülmesi ve böylece sahipsiz duruma gelen taşınmazın kapma (işgal) yoluyla kazanılması» sisteminin (17), tapu kütüğüne yazımlanmamış nesnel haklardan doğan istemlerin düşürücü yıllanmaya uğraması yolunda bir kural bulunmayan İsviçre - Türk hukuk sistemine aktarılıp sokulamayacağını, böyle bir görüşün olağanüstü «kazandırıcı yıllanma» kurumuna yer vermiş olan İsviçre - Türk Yurttaşlar Yasasının açık söylemine (lâfzına) olduğu gibi ereğine (gayesine) de aykırı düşeceğini tam bir açıklıkla belirtmiş ve bu görüşü kesinlikle reddetmiş olduğumuzdan, bu konudaki eleştirilerimizin bir bölümünü kısaca buraya almakla yetiniyoruz. Gerçekten de, Alman Yurttaşlar Yasası, § 902 deki düşürücü yıllanma kurumu ile Alman Yurttaşlar Yasası, § 927 deki kurum, iki kanatlı bir uçak gibi bir bütün meydana getirdiğinden, uçağın bir kanadı olan Alman Yurttaşlar Yasası, § 902 deki düşürücü yıllanma kurumu bulunmadıkça yalnız Alman Yurttaşlar Ya-

(17) Görülüyor ki, s. 248 de: «Alman Medenî Kanununun 927. paragrafında olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı müessesesinin düzenlediği» yolundaki sözlerinden de anlaşıldığı üzere, Acemoğlu, Alman Yurttaşlar Yasası, § 927 deki kurumu, olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumu sanarak Türk hukukuna aktarıp sokmak istemiştir.

sası, § 927 deki kurumun tek kanatlı bir uçak gibi hiçbir zaman uçamayacağı, yani görev yapamayacağı, bundan dolayı Alman hukukundaki bu kurumun düşürücü yıllanma kanadını kopararak İsviçre - Türk hukukuna Alman Yurttaşlar Yasası, § 927 deki tek kanadıyla aktarıp sokmanın asla doğru olmadığı apaçıktır:

«... Kanaatimizce, ZGB. 662 ye göre eski malikin meydana çıkması ve mülkiyet hakkını bildirmesi, tescil kararını önlemeğe kâfi değildir. Malik ancak «*itiraz*» da bulunabilir, yani iktisabî müruru zaman unsurlarının mevcut olmadığını ileri sürebilir. Bu unsurlar tamamlanmışsa, mülkiyetini bildirmesi tescil kararı verilmesine mâni teşkil etmez. Tescil kararına ancak «*itiraz*» ı mâni sayan ZGB. 662, III ün (MK. 639, IV ün) tek ve açık mânası budur. Kanunun lâfzı gibi ruhu da böyle anlaşılmasını gerektirir: Eski Cermen ve İsviçre hukuklarında mahkemenin hak sahiplerini resmen çağırmasından başlayarak işleyen ve hak sahiplerinin Verschweigung = susma'sıyla haklı Gewere'yi doğuran kullanma süresine tekaddüm eden başkaca bir zamanaşımı süresi daha aranmadığı için, haklı Gewere'yi doğuracak süre içinde itiraz eden hak sahibinin malını geri alabilmesi kolayca anlaşılır. Durum, yeni hukukta malikin iktisabî müruru zamanın tamamlanmadığı *itirazını* yaparak malını geri alabilmesine tekabül eder. Gerçi BGB. § 927 ye göre ilân muamelesinde malikin hakkını *bildirmesi* iskat kararını ve bu yoldan 30 yıllık zilyedin mülkiyet iktisabını önlemeğe yeterse de, öte yandan BGB. § 902 gereğince tapuda müseccel olmayan haklardan doğan talepler iskatî müruru zamana tâbi olduğundan zilyed, mülkiyetini iktisab edemediği gayri menkulü müruru zaman defî ile iadeden imtina edebilir; yani müruru zamandan sonra ortaya çıkan malik, zilyedi yerinden oynatamaz ve gayri menkulü geri alamaz. Böylece, BGB. § 927 deki sistem tamamlanmış ve yumuşatılmış olur. Halbuki, İsviçre - Türk hukukunda mülkiyet talebi hiçbir iskatî müruru zamana tâbi olmadığından, bu hukuklarda BGB. § 927 deki sistemin kabulü, yani mülkiyeti bildirmenin tescil kararını önlemeğe yeter sayılması halinde, iktisabî müruru zaman boyunca gayri menkulün malik sıfatiyle zilyedi bulunan kimseler, çok eski zamanlardan çıkarılan iddialara karşı hiçbir müdafaa çaresi bulamayacaklar ve gayri menkulden çıkmak zorunda kalacaklardır ki, bu neticenin sertliği ve adaletsizliği meydandadır. Mülkiyet hakkı tapuya tescil ile tesbit edilmiş ve alenîleşmiş bulunmadığına göre, malik olduğunu iddia eden kimsenin zamanaşımı süresinden sonra da ortaya çıka-

rak gayri menkulü alabilmesini haklı gösterecek hiçbir sebep yoktur. Başka hukuk nizamlarında da eşine rastlanamayan böyle bir çözüm, iktisabî müruru zaman boyunca gayri menkullerin malik sıfatıyla zilyedi bulunan kimseleri doğrudan doğruya veya tescil davasında ilân muamelesi üzerine mülkiyet talebi tehlikesine maruz bırakarak hukukî emniyetten mahrum etmektedir. Bu kimseler, ilân muamelesi üzerine malik olduğu iddiasıyla ortaya çıkan birine gayri menkulü bırakmak zorunda kalabilecekleri için tescil davası açmaktan korkacaklar ve bu yüzden kanunun tapu sicili ile fi'lî durum arasındaki uygunluk tesisi gayesi de gerçekleşemeyecektir. Görülüyor ki, itiraz süresinde İsviçre Medenî Kanununun eriştiği kendine has tanzim tarzı, tamamen Cermen hukuku ve BGB. § 927 deki (Verschweigung) hükümlere irca ve bunlarla izah olunamaz. (...).

Arzedilen hükümler BGB. den farklı olarak, ilân edilen itiraz süresinin mülkiyet hakkını sukut ve iktisab ettirici bir fonksiyonu olmadığını göstermektedir. (...). İtiraz süresinin ilânı, hakikatte başka bir fonksiyonu haizdir: Bundan maksad, hakkı iktisabî müruru zamana maruz kaldığı iddia edilen malikin, icabında iktisabî müruru zaman unsurlarının bulunmadığını itiraz olarak ortaya koyup hakkını müdafaa ve muhafaza imkânını vermek, bu suretle aynı zamanda müruru zamanla mülkiyet iktisabının gerçekleşip gerçekleşmediğinin de sıhhatli bir usulle tahkikini temin eylemektir. (...)

BGB. § 927 nin esasını teşkil eden ve daha ilk cümlesinde açıkça yer alan «ilân muamelesi yoluyla mülkiyet hakkının ıskatı» ve «ıskat hükmü» ne dair ZGB. 662 de (MK. 639 da) hiçbir işaret bulunmadığı gibi, üstelik kanunun kenar başlıklarında fevkalâde iktisabî müruru zamanın bir «müruru zamanla iktisab» müessesesi ve «gayri menkul mülkiyetinin iktisabı yollarından biri» olduğu belirtilmiştir. Eğer ilân muamelesinin rolü, mülkiyet hakkının ıskatını temin olsaydı, mülkiyetin iktisabı, müruru zamana değil, fakat BGB. § 927 deki gibi sahipsiz hale getirilen gayri menkulün *ihrazına* dayanacaktı ve kanun da matlabında bir «iktisabî müruru zaman» dan bahsedemeyecekti; ZGB. 662, III (MK. 639, IV) e, yani ikinci plana atılmış olan ilân muamelesi, hükmün merkezi sıkletini teşkil eder ve ehemmiyetiyle mütenasip olur surette başa alınmak ve matlabda da iktisabî müruru zamandan değil, «ilân muamelesiyle mülkiyetin ıskatı» ndan bahsedilmek icab edecekti. Bütün bunlara

rağmen, ZGB. 662, III (MK. 639, IV) teki itiraz süresinin ilânını, BGB. § 927 deki hakkı düşüren ilân muamelesi mânasında anlamak, İsviçre (-Türk) Medenî Kanununun söylemek istediklerini hiç nazarı itibare almamaktadır. Böyle bir tefsir tarzı, ZGB. 662 (MK. 639) un arzetmeğe çalıştığımız hususî bünyesini izahtan uzaktır...»

III. Acemoğlu, yapılacak yasa bakımından, olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun yasalarımızdan çıkarılması yolundaki yanlış önerisiyle birlikte şu öneriyi de yapmaktadır:

«Bu müesseseyi kaldırırken belirtilen fonksiyonları gerçekleştirmek üzere bunun yerine bir düşürücü zamanaşımı süresi koymak gerekir. Bu süre içinde gayrimenkulü kendi adına yazdırmayan ve ona zilyed de olmayan kimsenin mülkiyeti devlet lehine *kendiliğinden*, hiçbir terkin ya da dava gerekmeksizin sona erer. Devlet bu yolla sahip olduğu gayrimenkulleri topraksız köylüye dağıtmak zorundadır. Böylece teklifimiz, mülkiyet hakkına ancak kamu menfaati sebebiyle tahdit konabileceğini belirten Anayasaya da uygun düşmektedir. Zamanaşımı süresi boyunca gayrimenkule zilyed bulunan özel kişi, hiçbir hak elde edemeyecek ve iyi niyetli olmaması halinde devlete karşı ecrimisil ödemekle de sorumlu tutulacaktır. Bütün bu tedbirler, özel kişilerin başkasının toprağına el koymasını önleyecek ve istenmeyen haksız sonuçlar ortadan kalkacağı gibi, malikler gayri menkullerini tapu kütüğüne kaydettirmeye zorlanmış da olacaktır.» (18).

İlkin şunu belirtelim ki, bir yandan olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumu yerine «düşürücü zamanaşımı süresi koymayı» öneren Acemoğlu, öte yandan «mülkiyet devlet lehine sona erer» dediğine göre, gerçekte düşürücü zamanaşımı (mürûr-ı zaman) süresi değil, bir hak düşümü (sukut-ı hak) süresi koymayı önermiş olmaktadır.

Bundan başka, Acemoğlu'nun önerdiği bu hak düşümü süresinin de, olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun, yukarda belirtildiği üzere Acemoğlu'nun tamamiyle gözden kaçırmış bulunduğu, tapu kütüğüyle mülkiyet hakkı belirlenmeyen bir taşınmazda uzun yıllar malik gibi elmen olan kimsenin hukukî durumunun artık tartışılmaması, böyle bir kimseye karşı geçmişin karanlıklarından çıkarılan istemlerle saldırılamaması yolundaki asıl görevini

(18) Acemoğlu, s. 253/254.

asla yapamayacağı, bundan dolayı da olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunun kaldırılmasından doğan boşluğu doldurarak onun yerini hiç tutamayacağı apaçıktır. Gerçekten de, gerek kazandırıcı, gerek düşürücü yıllanma, gerekse hak düşümü kurumlarında davalara çağ bakımından bir sınır konmuşken, Acemoğlu'nun önerisine göre yapılacak bir yasa gereğince, tapu kütüğüyle mülkiyet hakkı belirlenmeyen bir taşınmazda A, kalıt (mîrâs) - bırakanlarının elmenliğiyle birlikte yüz yıl malik gibi elmen olsa bile, B'nin bu taşınmazın yüz yıl önce kendi kalıt bırakanlarının mülkiyetinde bulunduğunu devlete ihbar etmesi üzerine, devlet B'nin mülkiyet hakkının tapu kütüğünde adına yazdırmadığından kendi yararına hak düşümüne uğradığını ileri sürerek bu taşınmazın yüz yıl önce başkasının, şimdi de kendisinin mülkiyetinde bulunduğu yolunda dava açabilecektir ki, aslında mülkiyet hakkından doğan istemlere çağ bakımından hiçbir sınır tanımamak demek olan böyle bir çözüm, ne eski, ne de yeni hiçbir hukuk sisteminde asla görülmuş değildir. Aslında B'nin kalıtbırakanlarının yüz yıl önceki mülkiyet hakkına da dayanılması demek olan böyle bir davada, taşınmazda yüz yıldanberi malik gibi elmen olan A'nın değil de B'nin kalıtbırakanlarının mülkiyet hakkı bulunmuş idüğü anlaşılırsa (!), B taşınmazı kendi adına yazdırmadığından mülkiyet hakkının devlet yararına kendiliğinden sona ermiş bulunduğuna karar verilecektir ki, Acemoğlu'nun önerdiği bu sonuç ta gene kendisinin yukarda I de anılan: «Zamanaşımı, yurdumuzda malikin ihmalinin değil, devletin ihmalinin ya da çaresizliğinin — tapu kadastro düzensizlik ve yetersizliğinin —, bir de sosyal ortamın bir sonucudur.» yolundaki sözleriyle açık ve tam bir çelişkidir. Bundan başka, Acemoğlu'nun önerdiği bu çözümün, memlekette nasıl bir şantaj aracı kullanılacağını, ne türlü bir «tezvîr» e yol açacağını söylemek bile gereksizdir. Kaldı ki, böyle bir taşınmazın yüz yıl önce kendi kalıtbırakanlarının mülkiyetinde bulunduğunu devlete ihbar ve mahkemede isbat etmekte hiçbir çıkarı olmayan B'nin, bu yola başvuracak yerde, A ile anlaşarak taşınmazı kendi aralarında paylaşmak yoluna gitmeği yeğ tutacağı, bundan dolayı da Acemoğlu'nun önerdiği bu çözümün hiç işleyemeyip tam bir şantaj ve tezvîr aracı olmaktan öteye gidemeyeceği de apaçıktır.

Öyle anlaşılıyor ki, Acemoğlu, 1274 hicrî tarihli Arazi Kanunnamesi, md. 68 in üç yıl özürsüz olarak işlenmeyen, daha doğrusu

öşür ödenmeyen (19) arazi-i emiriyyedeki tasarruf hakkının devlet yararına sona ereceği yolundaki «ta'tîl» kurumundan yararlanmak istemiş, ne var ki Arazi Kanunnamesinde işbu «ta'tîl» kurumunun yanında md. 20 ile 73 de arazi-i emiriyyeye on yıl tasarruf eden kimseye karşı açılacak davaların dinlenmesini önlemek yolunda görevi olan ve «hakk-ı karâr» denilen ayrıca bir kurumun daha bulunduğunu (20) gözden kaçırmıştır.

Yukarda belirtildiği üzere, hiçbir hukuk sisteminde eşine rastlanamayan garib bir yoldan devlete mülkiyet sağlanmasını önermiş olan Acemoğlu'nun, öte yandan olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunu ve 1274 hicrî tarihli Arazi Kanunnamesindeki «ta'tîl» kurumuna benzer bir kurumun getirilmesini Anayasaya aykırı sayacak ve devletin hüküm ve tasarrufundaki toprakların da olağanüstü kazandırıcı yillanmaya elverişli olmasını kabul eden 766 sayılı yeni Tapulama Kanununun kanunlaşmasıyla da «millî iradenin üç kere bu kanunu çok uygun bulduğunu belirtmek fırsatına kavuştuğunu» söyleyecek kadar özel mülkiyet şampiyonluğu yaparak açık bir yanlışlığa ve tutarsızlığa düştüğünü görüyoruz.

Acemoğlu'na göre: «Aslında, olağanüstü kazandırıcı zamanlaşımı müessesesinin bugünkü haliyle Anayasaya uygun olduğu da şüphelidir. MK. 639, hukukumuzda çok rastlanabilen, özel kişi yararına gerçekleşen *bedelsiz bir istimplâk* mahiyetindedir. Bunun mülkiyet hakkının özünü yaralayıp yaralamadığı üzerinde düşünülmesi gereken bir problemdir.» (21).

Oysa, Acemoğlu'nun «özel kişi yararına (...) istimplâk» (kannulaştırma, Enteignung, expropriation) diye nitelendirilmede çelişkiye düştüğü olağanüstü kazandırıcı yillanma ya da onun yerini tutan Alman Yurttaşlar Yasası, § 927 ile 902 deki gibi nesnel hak istemlerine malik gibi elmen yararına çağ bakımından bir sınır koyan ve uzun yıllardanberi tapu kütüğüne geçirilmemiş bir taşınmazda malik gibi elmen olan kimsenin hukukî durumunun artık tartışılmasını önleyen kurumların, gerekse alacak hakları ile başkaca malvarlığı haklarına çağ bakımından bir sınır koyan düşürücü yillanma ya da hak düşümü kurumlarının, mülkiyet hakkının ve gerekse başkaca

(19) Sungurbey, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman, § 13, III, s. 166/167.

(20) Sungurbey, adı geçen yapıt, § 13, III, s. 163 i.s.

(21) Acemoğlu, s. 254, not 11.

malvarlığı haklarının özünü ortadan kaldırmayıp yalnızca bu haklardan doğan istemlere çağ bakımından sınır koyduğunu anlamak için, bütün bu kurumların Anayasalarıyla yeni Anayasamıza örnek olmuş olan Batı Almanya, Fransa, İtalya ve İsviçre gibi ülkelerin Yurttaşlar Yasalarının hepsinde var olduğunu düşünmek yeter.

Bundan başka, bir hukukî kurumun Anayasaya uygun olup olmamasının, onun az ya da çok uygulama bulmasına göre belirlenemeyeceği de açıktır.

Bu vesileyle şunu da ekleyelim ki, yukarda belirtilmiş olan olağanüstü kazandırıcı yıllanma kurumunu haklı gösteren gerekçe, dayanak ve görevden dolayıdır ki, olağanüstü kazandırıcı yıllanma süresi boyunca bir taşınmazda malik gibi elmen bulunmuş olan kimsenin hukukî durumu, artık nesnel bir dava olan mülkiyet davasıyla sarsılamayacağı gibi, kişisel bir dava olan nedensiz zenginleşme davasıyla da sarsılamaz ve kendisinden nedensiz zenginleşme istemez (21 a).

Gene Acemoğlu'na göre: «Bu hükmü (Yurttaşlar Yasası, md. 639 u), eski Arazi Kanunnamesindeki toprağını 3 yıl işlemeyen tasarruf hakkı sahibinin bu hakkını kaybedeceği konusundaki hükmü ile bir tutmamak gerekir. Çünkü bu son hükümde düzenlenen mirî topraklar o zamanki hukuk anlayışına göre devletin malı sayılıyordu. Bugün için Arazi Kanunnamesinin kurduğu sistem tamamen tarihe karıştığından söz konusu gayrimenkul mirî topraklardan bile olsa, bunun artık özel mülkiyete konu teşkil ettiğinde şüphe yoktur. Bu bakımdan, bugün için de toprağını üç yıl işlemeyen kimsenin mülkiyet hakkının düşeceğini söylemek, özel mülkiyet hakkının temeline aykırıdır ve Anayasanın 11. maddesi ile çelişir. Bizim teklif ettiğimiz 20 yıllık düşürücü zamanaşımı ise, malikin hakkını aynı zamanda tapu kütüğüne yazdırmamasına da bağlanmış bir sonuç olduğundan bu mahiyette değildir. Yoksa bugünkü Anayasada da düzenlenmiş mülkiyet rejimi temelinden değişmedikçe, tapu kütüğünde kendi adına kayıtlı gayrimenkulü malik, isterse yüz yıl hiç kullanmaz ve bu, onun mülkiyet hakkına hiçbir etki yapmaz. Maliki, toprağını işlemeğe zorlamak isteyen kanunkoyucu, bu gayesine Anayasaya uygun bir yoldan, örneğin

(21 a) Sungurbey, adı geçen yapıt, § 11, s. 134 i.s., özellikle s. 138, 141/142.

işlenmeyen topraklardan daha çok vergi almak yolu ile ulaşabilir.» (22).

İlkin şunu söyleyelim ki, «Medenî Hukuk Eleştirileri» adlı yapıtımızda da belirtildiği üzere, çağlararası özel hukukun daha Savigny'denberi tanınan ilkesine göre, eski hukuktan gelen nesne üzerindeki haklar, eski hukuktaki adlandırılışları değil de, verdikleri yetkiler, yani gerçek özleri göz önünde tutularak yeni hukuka göre, yeni hukuk açısından nitelendirilmek, takımlandırılmak gerekir. Buna göre, arazi-i emiriyyedeki tasarruf hakkı da eski hukukumuzda birtakım özellikleri olan kira hakkı diye adlandırılmış olmakla birlikte, mülkiyet hakkının bütün yetkilerini verdiği için yeni hukuk açısından mülkiyet hakkı diye nitelendirilmek gerekir. Gerçekten de, arazi-i emiriyyedeki tasarruf hakkı, yeni hukuk açısından mülkiyet hakkı niteliğinde olmasaydı, Türk Yurttaşlar Yasasının Uygulama - Yürürlük Yasası, md. 18, II, 2 de: «Yeni hukuka göre artık kurulamayan nesnel haklar, şimdiki hukuka bağlı kalırlar» dendiğinden, arazi-i emiriyyedeki tasarruf hakkı da gene 1274 hicrî tarihli Arazi Kanunnamesi kurallarına bağlı kalırdı (23). Görülüyor ki, Acemoğlu'nun: «Arazi Kanunnamesinin kurduğu sistem tamamen tarihe karıştığından, mirî toprakların artık özel mülkiyete konu teşkil ettiği» yolundaki düşüncesi yanlıştır.

İmdi, mutlak, liberal, bireyci bir mülkiyet hakkı anlayışına sahip olan eski hukukumuzda (24) bile, yeni hukuk açısından mülkiyet hakkı niteliğinde bulunan tasarruf hakkına konu olan arazi-i emiriyyenin, öbür adıyla arz-ı memleketin, yani Anadolu ve Rumenin tarımsal topraklarının hayatî önemi yüzünden «maslahat» (kamu yararı) dolayısıyla ard arda üç yıl özürsüz olarak işlenmemesi durumunda tasarruf hakkının Devlet yararına sona ereceği kuralına yer verilmiştir. Öyleyse, Batı Alman Anayasası, md. 14, I, 2 deki «Mülkiyetin özü, sınırları yasayla belirtilir.» kuralı ile aynı md., f. 2 deki «Mülkiyet, ödevli kılar. Mülkiyetin kullanılması, kamunun yararına da olmak gerekir.» kuralından alınmış olan yeni Türk Anayasası, md. 36, II/III teki «Bu haklar (mülkiyet, miras

(22) Acemoğlu, s. 249, not 2.

(23) Sungurbey, Medenî Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963, § 9, II, s. 58 i.s.

(24) Sungurbey, adı geçen yapıt, § 9, I, s. 57/58.



hakları), ancak kamu yararı amacıyla, yasayla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması, toplum yararına aykırı olamaz.» kuralları ile md. 37, I, 1 deki «Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır.» kuralları karşısında, tarımsal topraklardan malikin sürekli olarak yararlanması gerektiği, yoksa mülkiyet hakkının Devlet yararına sona ereceği ve toprağın topraksız çiftçiye dağıtılacağı yolunda bir kural haydi haydi, yeğlikle (evleviyyetle) kabul edilebilir ve böyle bir kuralın kabulü, yeni Anayasamıza asla aykırı olmayıp, mülkiyet hakkının özünü hiçbir biçimde kaldırmayıp tam tersine Anayasanın yukarıda anılan açık ve kesin buyruklarının yerine getirilmesi demek olur. Gerçekten de, 6570 sayılı Taşınmaz Kiraları Yasasının kira karşılıklarını donduran 2 nci ve 3 üncü maddelerini Anayasaya aykırı sayarak iptal etmiş olan Anayasa Mahkemesinin 26/3/1963 gün, 3/67 sayılı kararındaki kadar çağının gerisinde kalmış bir mülkiyet hakkı anlayışına sahip olmadıkça, böyle bir kuralın kabulünün Anayasaya aykırı olacağı, mülkiyet hakkının özünü kaldıracağı iddia edilemez.

Şunu da ekleyelim ki, tarımsal toprakların malikinin toprağını isterse yüz yıl hiç kullanmasa bile bu durumun onun mülkiyet hakkına hiçbir etki yapmamak gerektiğini söyleyerek bu durumda mülkiyet hakkının sınırlanmasında Anayasa, md. 36, II deki kamu yararı bulunduğunu kabul etmeyen Acemoğlu'nun, mülkiyet hakkının tapu kütüğüne de yazdırılmaması durumunda bu hakkın sınırlanarak hak düşümüne uğramasında nasıl bir kamu yararı gördüğü, doğrusu ya, kolay kolay anlaşılabilir.

Acemoğlu'nun: «Maliki, toprağını işlemeğe zorlamak isteyen kanunkoyucu, bu gayesine Anayasaya uygun bir yoldan, örneğin işlenmeyen topraklardan daha çok vergi almak yolu ile ulaşabilir.» yolundaki düşüncesinin de, tam tersine, Anayasa, «md. 61, I deki: «Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.» kuralı karşısında Anayasaya uygunluğu pek şüpheli olduğu gibi, tarımsal toprakların sürekli olarak işlenmesini sağlamağa yetersizliği de açıktır.

Acemoğlu'nun devletin hüküm ve tasarrufundaki toprakların da olağanüstü kazandırıcı yıllanmaya elverişli olmasını kabul eden 766 sayılı yeni Tapulama Kanununun kanunlaşmasıyla «millî iradenin üç kere bu kanunu çok uygun bulduğunu belirtmek fırsatına

kavuştuğu» yolundaki düşüncesi de (25) asla doğru görülemez. Gerçekten de, gündelik gazetelerde yayınlanan yazılarda dahi birçok kez belirtilmiş olduğu üzere (26), 1789 Fransız devriminde burjuvaların varlıklarını korumak ve çoğaltmak için dayandıkları «millî irade» edebiyatı, modern öğretiyeye göre yalnızca eskimiş bir varsayıma dayanmakta olup artık bu edebiyatı bırakmak ve bunun yerine ancak gereği gibi bilinçlenmiş halkın oyuyla kurulup Anayasaya uygun olarak halk yararına kararlar veren bir siyasî iktidarı koymak gerekir; yoksa, Anayasa, md. 37 nin «Devlet, (...) topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır.» yolundaki açık ve kesin buyruğuna tamamiyle aykırı olarak devletin hüküm ve tasarrufundaki sahipsiz topraklarla Hazine adına yazılmak gereken miktar fazlalıklarının da kazandırıcı yillanmaya elverişli olmasını kabul eden ve toprak reformunu engelleyen yeni Tapulama Kanununun kanunlaşmasıyla «millî iradenin üç kere bu kanunu çok uygun bulduğunu belirtmek fırsatına kavuştuğunu» söylemek, pek yanlış olur (27).

(25) Acemoğlu, s. 253, not 9.

(26) Örneğin bakınız: Prof. Bahri Savcı, Millî İrade Anlayışı, 21/9/1965 günlü Cumhuriyet gazetesi; aynı yazar, Mutlak İktidarın Temelleri Atılıyor, aynı gazetenin 27/9/1965 günlü sayısı; Suphi Karaman, Millî İrade, Millî Menfaat, aynı gazetenin 17/9/1965 günlü sayısı.

(27) Bakınız: yukarıda not 5. Şunu belirtelim ki, Anayasanın 37 nci maddesinin açık ve kesin buyruğuna tamamiyle aykırı olan bu kurallar, Anayasa Mahkemesince ibtale mahkûm bulunduğu gibi, iptal edilmeden de her türlü hukukî değerden mahrumdur. Gerçekten de, Yurttaşlar Yasası, md. 641 gereğince Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan sahipsiz topraklar, bu maddenin son cümlesinde de belirtildiği üzere ancak çıkarılacak özel yasalar gereğince özel mülkiyete geçebileceğinden, bu topraklarda Yurttaşlar Yasası kurallarına göre, md. 639 daki yillanmayla mülkiyet kazanılmasına esasen imkân yoktur. (Bakınız: Meier - Hayoz, adı geçen yapıt, Art. 664 açıklamaları; Doğanay, 26/12/1966 gün 10/12 sayılı Yargıtay inançları birleştirme kararının tahlili, Ankara Barosu Dergisi, 1967, sayı 5, s. 779. Nitekim bu gerçek, Yurttaşlar Yasası, md. 639 un değiştirilmesine ilişkin 9/3/1954 gün, 6333 sayılı yasa gerekçesinde de (TBMM, Zabıt Cerîdesi, Devre IX, Cild 29, S. Sayısı 162, s. 2) aynen şöyle belirtilmiştir: «Bundan başka, Medenî Kanun, md. 641 hüküm ve şümulüne dahil olup md. 639 hükmü dairesinde zamanaşımına müsteniden iktisabı mümkün olmayan yerlerin tescilinin dava edilmesi tehlikesi mevcuttur. Zira, memleketimizde geniş miktarda imar ve ihyaya müsait sahipsiz ham topraklar mevcuttur. Bu itibarla, gerek zamanaşımı ile iktisabını Medenî

Son olarak şunu da söyleyelim ki, Acemoğlu, yapılacak yasa bakımından toprak reformunun gerçekleşmesini sağlamak için

Kanunumuzun tecviz etmediği Devletin hüküm ve tasarrufu ve gerekse md. 639 un şümulüne girebilen hususî mülkiyeti altındaki yerlerin haksız surette iktisab edilmelerinin önlenmesi ve bunlara matuf iddiaların karşılanması, ancak tescil davalarının Hazine muvacehesinde rüyet edilmesi halinde temin olunabilecektir.») Bundan başka, Çiftçiyi Topraklandırma Yasası, md. 10 a göre, gerek bu topraklar, gerekse Devletin özel mülkiyetindeki topraklar, topraksız çiftçilerin topraklandırılması için Tarım Bakanlığının «emrine geçmiş», böylece bu topraklar Çiftçiyi Topraklandırma Yasası ile Anayasa gereğince Devletin başta gelen bir amme hizmeti olan çiftçiyi topraklandırma hizmetine tahsis edilerek amme emlâkinde, özellikle çiftçiyi topraklandırma amme hizmetinin bir unsuru olan hizmet mallarından olmuştur; bundan dolayı, bu topraklar üzerinde malik gibi elmenlik olanağı da kalmamıştır. (Bakınız: Ostertag, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Sachenrecht, III. Abteilung, Bern 1917, Vorbemerkungen zum 24. Titel N. 27; Homberger, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Besitz und Grundbuch, Zürich 1938, Art. 919, N. 18; Meier-Hayoz, adı geçen yapıt, Art. 662, N. 4, Art. 664, N. 145; Doğanay, adı geçen yazı, s. 780. Nitekim, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi de 27/6/1950 gün, 2558/2199 sayılı kararında bu gerçeği aynen şöyle belirtmiştir: «Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, md. 8 ve 10 a göre Tarım Bakanlığı emrine geçen yerde malik sıfatıyla zilyedlik iddia edilip edilemeyeceği düşünülmektedir...» Böylece, bu toprakları düzmece ve yolsuz olarak kendilerine tapulatan toprak ağalarının bu topraklarda elmenliği (zilyedliği) söz konusu olamayacağından, 5917 sayılı yasanın ve Yurttaşlar Yasasının elmenliği koruyan kurallarına dayanarak işgalci topraksız köylülerin bu topraklardan çıkartılması ve toprakların kendilerine teslimi yolundaki her türlü dayanaktan tamamiyle yoksun istemleri reddedilmek gerektiği gibi, Devletin müdahalenin giderilmesi davası da «Dolo facit qui petit quod redditurus est» (Nasıl olsa geri vermek zorunda kalacağı şeyi isteyen kimse, dürüstlüğü aykırı davranmış olur.) ilkesi ve Anayasa, md. 37, I in topraksız köylülere tanıdığı temel haktan dolayı reddedilmek gerekir.) İmdi, yeni Tapulama Yasası, md. 37, son fıkra, md. 42, son fıkra, md. 43, son fıkra ve 1073 sayılı yasayla Çiftçiyi Topraklandırma Yasasına eklenen madde, ancak «şartları uygun bulunduğu takdirde», «şartları mevcut ise» bu topraklarda Tapulama Yasası, md. 33 teki yirmi yıllık kazandırıcı yillanma kuralının uygulanacağını söylediklerinden, Tapulama Yasası, md. 33, I e göre ise başta gelen unsur «malik sıfatıyla zilyedlik» olup yukarıda belirtildiği üzere bu topraklarda malik gibi elmenlik olanağı bulunmadığından, bu topraklarda Tapulama Yasası, md. 33 hiçbir zaman uygulanamayacak, bu yoldaki tescil davaları reddedilecektir. Görülüyor ki, yeni Tapulama Yasası, md. 37, son fıkra, md. 42, son fıkra, md. 43, son fıkra ve 1073 sayılı yasayla Çiftçiyi Topraklandırma Yasasına eklenen maddenin bu ku-

mutlaka bir öneri yapmak istiyorduyorsa, yukarda belirtildiği üzere pek büyük ve önemli bir görevi olan köklü bir medenî hukuk kurumunu hiçbir hukuk sisteminde görülmemiş bir yolda yasalardan kaldırıp atarak gene hiçbir hukuk sisteminde eşine rastlanmayan garib bir yoldan devlete mülkiyet sağlamayı önerecek yerde, Anayasaya tamamiyle aykırı olarak, devletin hüküm ve tasarrufundaki toprakların da olağanüstü kazandırıcı yillanmaya elverişli olduğunu kabul eden yeni Tapulama Yasasının 37 nci maddesinin son fıkrasının kaldırılmasını, bundan başka egemen sınıfların etkisiyle Anayasa, md. 38/39 a sokulan kamulaştırma ve devletleştirme için gerçek karşılığın, üstelik en çok on yıl içinde ödenmesi gerektiği yolundaki toprak reformu yapılmasını engelleyen kuralların değiştirilmesini ve hiç olmazsa batı Avrupa Anayasalarında olduğu gibi bu karşılığın gerçek karşılık olmayabileceği ve örneğin yüz yıl gibi uzunca bir sürede de ödenebileceği yolunda bir kurala yer verilmesini önermeliydi. Yapılacak yasa bakımından toprak reformunun gerçekleşmesini sağlayacak öneri yapmanın yolu - yordamı, buydu.

\*  
\*\*

Görülüyor ki, Acemoğlu, olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunu haklı gösteren asıl gerekçe, dayanak ve görevi tamamiyle gözden kaçırmıştır. Bu yüzden de, bu kurumun yurdumuz bakımından haksızlığı ve yasalarımızdan kaldırılması gerektiği yolunda yanlış bir sonuca varmış, yürürlükteki yasa bakımından olağanüstü kazandırıcı yillanmayla mülkiyetin nasıl kazanıldığı konusunda İsviçre - Türk hukukuna aktarılıp sokulamayacak yanlış bir görüşü savunmuş ve yapılacak yasa bakımından da olağanüstü kazandırıcı yillanma kurumunun asıl görevini asla yapamayacak, onun boşluğunu hiç dolduramayacak, yerini hiç tutamayacak olan hiçbir hukuk sisteminde eşine rastlanmamış garip ve yanlış bir çözüm önermekle birlikte, sürekli olarak işlenmeyen topraklardaki mülkiyet hakkının devlet yararına sona ermesi ve bu toprakların topraksız çiftçiye dağıtılması yolunda bir kuralın kabulünün Anayasaya aykırı olacağını söyleyerek sosyal görüş bakımından geçen yüzyılın liberal mülkiyet anlayışından da geride kalmıştır.

---

ralları, olanaksız, «muhâl» bir şarta bağlı olan, bu yüzden de aslında uygulama yeteneği bulunmayan, her türlü hukukî değerden yoksun kurallardır.