

ORMAN TAHDİT SINIRLARI İÇİNE ALMAK SURETİYLE TAPULU TAŞINMAZA KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Av. Murat TEZCAN* - Stj. Av. Sıla KAYACAN

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı gerek Anayasa^[1] ve yasalarla iç hukuk yönünden, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri ile kabul edilmiş temel haklardandır.^[2]

Türk Medeni Kanununun 683. maddesinde de bir şeye malik olan kimsenin hukuk düzeninin sınırları içerisinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi belirtilmiş, malikin

* Ankara Barosu, tezcan@ankarahukukburosusu.org

[1] T.C 1982 Anayasası, Mülkiyet Hakkı, Madde 35 – “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

[2] AİHS Ek 1. Protokol, Madde 1 – “Mülkiyetin korunması: Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava konusu edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Mülkiyet hakkı, ancak kamu yararının bulunduğu hallerde sınırlandırılabilir veya tamamen kaldırılabilir. Ne var ki, bu sınırlandırma veya kaldırma gerçekleştirilirken; T.C. Anayasası'nın 90/5. maddesi^[3] ile iç hukukun üstünde sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri gereğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından oluşturulan 30.5.2006 tarih 1262/02 sayılı kararda; *“Bir kişiyi mülkünden yoksun bırakan bir önlemin kamu yararına meşru bir amaç gütmeye gerektiği, bu önlem alınırken başvuru yollar ve gerçekleştirilmesi amaçlanan hedef arasında makul bir oransallık ilişkisi olması gerektiği, kişinin kişisel ve haddinden fazla yük taşıma zorunda kalması halinde gerekli dengenin kurulamayacağı”* hükme bağlanmıştır.

Diğer bir anlatımla, kamu yararı ile mülkiyet hakkından kısmen veya tamamen yoksun bırakılan kişinin hakkı arasında makul, kabul edilebilir, hak ve adalet dengesini sağlayacak bir oranın kurulması asıldır.^[4]

a) Orman Kadastro Çalışmaları Sonucu Tapulu Taşınmaza Kamulaştırmaz El Atma

Kamulaştırma Kanunu madde 7 uyarınca, idarenin kamulaştırma süreci şu şekildedir; Kamulaştırmayı yapacak idare, kamulaştırma veya kamulaştırma yolu ile üzerinde irtifak hakkı kurulacak taşınmaz malların veya kaynakların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösterir ölçekli planını yapar veya yaptırır; kamulaştırılan taşınmaz malın sahiplerini, tapu kaydı yoksa zilyetlerini ve bunların adreslerini, tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya ayrıca haricen yaptıracığı araştırma ile belgelere bağlamak suretiyle tespit ettirir. İlgili vergi dairesi idarenin isteği üzerine taşınmaz mal ve kaynakların vergi beyan ve değerlerini, vergi beyanı bulunmadığı hallerde beyan yerine geçecek takdir edilecek değeri en geç bir ay içerisinde verir. İdare kamulaştırma kararı verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirir. Bildirim tarihinden itibaren malik değiştiği takdirde, mülkiyette veya mülkiyetten gayri ayni haklarda meydana gelecek değişiklikleri

[3] Anayasa md. 90/5: *“Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kânun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiâsı ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kânunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esâs alınır.”*

[4] Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Esas No: 2014/2688 Karar No: 2014/15821

tapu idaresi kamulaştırmayı yapan idareye bildirmek zorundadır. Daha sonra kıymet takdir komisyonları tarafından belirlenen bedel uzlaşma görüşmesinde malike teklif edilerek, malikin tapuda ferağda bulunması istenir. Taşınmaz malikinin uzlaşmayı kabul etmemesi durumunda, kamulaştırmayı yapacak idare taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde kamulaştırma bedelinin tespiti ve idare adına tescili davasını ikame ederek kamulaştırma sürecini sonlandıracaktır.

Kamu tüzel kişisi, kamulaştırma işlemini tamamlamadan veya Kamulaştırma Kanunu 27. Maddesi^[5] gereğince acele kamulaştırma kararı sonrası mahkeme tarafından tespit edilecek geçici bedelini milli bir bankaya tevdi etmeden taşınmaza el atmış, mesela onu yola çevirmişse, mülkiyet hakkına tecavüz söz konusu olur. Bu takdirde, mülkiyet hakkı sona ermediğinden, Yargıtay'a göre, hak sahibi ya el atmanın önlenmesi (Men'i müdahale) davası açar (TMK m. 683/2) veya mülkiyetin kamu tüzel kişiliğine fiilen devrini kabul ederek bedelin ödenmesini talep edebilir.^[6]

Nihayet, Yargıtay yeni sayılabilecek bir kararına göre, kamulaştırma ve takas cihetine gitmeyen davalı idarenin pasif ve suskun kalması ve işlem tesis etmemesi, mülkiyet hakkına müdahaledir. Böyle bir halde taşınmaza el koyan idare, kamulaştırmaz el koymaya göre sorumlu olacağı yönünde karar vermiştir.^[7]

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.09.1993 tarih, 1993/8E. , 1993/31K. Sayılı kararında “*Mülkiyet hakkının kamulaştırma yolu ile değişikliğe uğratılmasının nedeni kamu yararının karşılanması ihtiyacının malikin mülkiyet hakkının korunması ihtiyacından üstün tutulmasıdır.*” vurgusunu yaptıktan sonra, “*Kamulaştırma yapıldıktan ve işin niteliği bakımından belli süre geçtikten sonra taşınmazın kamu yararının gerektirdiği yönde kullanılmamaya başlanılmamış olması, kamu yararının zorunlu kıldığı ihtiyacın kalmamış veya gerçekleşmemiş*

[5] Acele Kamulaştırma Madde 27–3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın (DEĞİŞİK İBARE RGT: 05.05.2001 RG NO: 24393 KANUN NO: 4650/15) 10 uncu madde esasları dairesinde ve 15 inci madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına (DEĞİŞİK İBARE RGT: 05.05.2001 RG NO: 24393 KANUN NO: 4650/15)) 10 uncu maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir. Bu Kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedelidir.

[6] EREN Fikret, Mülkiyet Hukuku, s.318, Yetkin yayınları

[7] EREN Fikret, a.g.e., s.320

olması hallerinde mülkiyet hakkının korunması prensibinin gözetilmesini engelleyen neden ortadan kalktığından, mülkiyetin tekrar eski malike iadesi suretiyle mülkiyet güvencesi kuralının işlerliğinin sağlanması zorunlu bulunmaktadır.” ifadeleriyle, kamu yararı amacının, işlemin özünü oluşturduğu sonucuna varmıştır. Kamu yararının gerçekleştirilmediği noktada kamulaştırmasız el atma durumu ortaya çıkacaktır

Kişiler üzerine geçerli olarak tapu kaydı yapılmış taşınmazların sonradan kadastro tespit işlemleri ile orman tahdit sınırlarına dahil edilmesi sonucu kişilerin tapulu taşınmazlarını kullanamaz hale gelmesi ve dolayısıyla Anayasa ile korunan mülkiyet haklarının içinin boşaltılması^[8] bu kapsamda mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

Ancak uygulamada sıklıkla rastlanan , idare, taşınmazlara yapılan orman tahdidi sırasında taşınmazların orman olduğunu tapuya herhangi bir şerh koymadan fiilen bu yönde işlemler yapmasıdır.

Bu durumda ortada hiçbir idari işlem olmayıp tapuda üzerine kayıtlı kişilerin bu taşınmazları kullanması, satması, kiralaması yahut arazilerden yararlanması engellenmektedir. Benzer bir durum da; fiili yol ile orman sayılmasından dolayı arazi sahibinin arazinin içine girememesi, bakım işlemi veya zirai bir faaliyet yapamamasından dolayı arazinin ormanlaşmasına sebebiyet verilen, bu nedenle davacının ekonomik kaybının mevcut olduğu durumlardır. Tüm bu emsal olaylarda esasen mülkiyet hakkının içi boşaltılmakta, kişilerin üzerine kayıtlı taşınmazlara fiili yol ile kamulaştırmasız el atılmaktadır.

Kamulaştırmasız el atmayı, Anayasa'nın 46. Maddesi hükmüne rağmen, kamulaştırma yapmaya yetkili idarelerce, Kamulaştırma Kanunu veya özel kanunlardaki esas ve usullere uyulmadan , özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz el konulmasını, tesis veya bina yapılması olarak tanımlayabiliriz. ^[9]

Bu hallerde tapu kaydı üzerine olan kişiler idarenin fiili el atması nedeniyle zarara uğradığını, bu zararının doğmasına kadastro işlemlerinin yol açtığını iddia ederek idareye dava açmaktadırlar.

[8] Yargıtay 20. Hukuk Dairesi Esas No : 2012/7876, Karar No : 2012/14598 Sayılı Kararı: “... Sarıcaeli köyü 766 sayılı parselin orman olarak sınırlandırılması işleminin iptali istemiyle açılan davanın, sözü edilen parselin orman sayılan yerlerden olduğunun belirlendiği gerekçesiyle reddine ilişkin Çanakkale Kadastro Mahkemesinin 20.02.1992 gün ve 1991/157-12 sayılı kararının, Yargıtay denetiminden de geçerek kesinleştiği, bu şekilde davacının sahip olduğu mülkiyet hakkının içinin boşaltıldığı ve davacının zarara uğradığı...”

[9] YILDIRIM Bekir, Kamulaştırmasız El Atma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları, s. 835, Yetkin Yayınları

AİHM, 23.03.2010 gün ve 42082/02 E. Sayılı Süleyman Baba–Türkiye kararında,^[10] tapu kaydına dayalı bir mülkün maliki olan başvuranın arazisinin, orman kadastrounda orman olarak sınırlandırılması ve bu işleme karşı açtığı davanın reddine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesiyle, mülkiyet hakkını kullanmasına yönelik bir müdahalenin varlığı ve bu vasıflandırmanın söz konusu taşınmazın tasarruf kabiliyetini önemli ölçüde azalttığı, bu bağlamda AİHM, malikî olmasına rağmen ihtilaf konusu taşınmazdan gerçek anlamıyla yararlanmadığı, başvuranın mülkiyet hakkının içeriğinin her anlamda boşaltıldığı, bu şekilde mülkiyet hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir.

AİHM kararlarında mülkiyet hakkının orman mevzuatı ile ihlal edilmesinin misalleri daha ziyade, orman kadastrou ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle, orman kadastrou sırasında tapulu yerin tamamının veya bir kısmının orman sınırı içine alınmasında durum böyledir.

Mesela, Devocioğlu- Türkiye davasında, dava konusu yer, 1926 yılında devlet tarafından bir şahsa satılmış ve o zamandan beri tarım arazisi olarak el değiştirmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan tapuda, taşınmazın orman olduğunu ve mülkiyetinin devrini engelleyen herhangi bir şerh de mevcut değildir. Buna rağmen orman kadastro komisyonu, söz konusu taşınmazı orman olarak nitelendirmiş, mahkeme de yapılan itirazları reddetmiştir. AİHM, söz konusu davada, kamu yararı amacı ile mülkiyet hakkına müdahalede, toplum menfaati ile ferdi menfaat arasında bulunması gereken adil dengenin bozulduğuna karar vermiştir. Kararda ayrıca, bahsedilen uygulama ile orantısız bir külfet yüklediği de belirtilmiştir. Çünkü Mahkeme'ye göre, değeri ile orantılı olarak makul bir meblağ ödemedi mülkün alınmasını, orantısız müdahale olarak nitelendirilmiştir.^[11]

b) Orman kadastrou ile tapulu taşınmaz üzerine orman şerhi konulmasının hukuki değerlendirilmesi:

Bir yerin orman olup olmadığının belirlenmesi kadastrounun yapılmasına bağlıdır. Bu sebeple, ormanların kadastrounun yapılması, orman hukuku için olduğu kadar, mülkiyet hakkının ihlali açısından da önemlidir. Doktrinde orman tanımına giren yerler ile bu alanların içinde ve bitişiğindeki her türlü taşınmazın

[10] Benzer diğer kararlar için bkz.: 22.09.2009 gün ve 24620/04 sayılı Çetiner ve Yüce/Türkiye kararı, , 22.09.2009; 22.07.2008 gün ve 35785 sayılı karar.

[11] BAŞPINAR Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal eden Müdahaleler, s.380, Yetkin Yayınları

tespiti, sınırlarının geometrik şekilde belirlenmesi, üzerlerindeki hakların tayini amacıyla yapılan teknik çalışmalara “ orman kadastro” adı verilmektedir.^[12]

İdare, kamulaştırma kararı verdikten sonra belirli bir yol izlemek durumundadır. Bu yollardan biri de kamulaştırma kararını takiben tapu kütüğüne şerh konulmasıdır. Şerh, kanunda sınırlı olarak belirtilen ve aynı hakın dışında kalan bazı hak ve durumların tapu kütüğüne kaydını ifade eder.^[13]

Tescilin aksine, şerhin ne aynı hakkı tesis eden, ne de onu tespit eden bir etkisi vardır. O sadece kanun koyucunun atfettiği özel sonuçları tesis eder veya açıklığa kavuşturur. (MK. M1009/II, 1010/II,1011/II)^[14] Bu durumda, idarenin, orman şerhi koyma yoluyla tapulu arazinin mülkiyet hakkı sahibince kullanılmasına, yararlanılmasına engel olmasının hukuki bir dayanağının olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Şerh, idareye aynı hak tahsis etmemekte ve hatta orman sınırını da sanılanın aksine kesinleştirmemektedir. Medeni Kanun’un 1023. maddesinde sicile güven ilkesine açıkça yer verilmiştir. Söz konusu hükümde; “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*” denmektedir.

Kanımızca, tapu siciline güven ilkesi gereğince yasal olarak kişinin üzerine kaydedilmiş tapulu arazisine orman idaresince konulan şerh nedeni ile kişinin mülkiyet hakkının her yönden sınırlandırılması ve tapunun hukuken geçersiz hale gelmesi, kamulaştırmaz el atma kapsamında değerlendirilecek bir müdahaledir.^[15]

Taşınmazlarına orman şerhi konulan tapu maliklerinin açmaları gereken davanın hukuki nitelenmesi, Türk Medeni Kanunu’nun 1007. Maddesi kapsamında olmasına rağmen, sonraki yıllardaki Yargıtay görev dağılımı nedeniyle bu kapsamdaki dava dosyalarını inceleme yetkisi, Yargıtay 20. Hukuk Dairesinden Yargıtay 5. Hukuk Dairesine verilmiştir.

[12] BAŞPINAR Veysel a.g.e., s.378

[13] ÜNAL Mehmet, Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, s.357, Yetkin Yayınları

[14] ÜNAL Mehmet, Başpınar Veysel, a.g.e, s.357

[15] Sapanca Asliye Hukuk Mahkemesi 2011/4 E.-2011/164K. nolu kararında: “...Orman İdaresi tarafından satılamaz şerhi konulduğunu, şerhin kaldırılması için açtığı davaların taşınmazın kesinleşmiş orman sınırları içerisinde kaldığından bahisle reddedildiğini belirterek uğradığı zararın ödetilmesini talep etmiştir. Davacının devletin, kusursuz sorumluluğundan kaynaklanan bir zararının oluştuğunu iddia ederek bu davayı açtığı, davacının bu zararının tazminini Devletten isteyebileceği, Devletin kadastro işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğunun da TMK’nın 1007. kapsamında olması gerektiği anlaşıldığından..”

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2014/2688 E. 2014/15821 K. sayılı kararı tüm anlattıklarımıza dayanak teşkil etmektedir. Konuyu netleştirmek adına ilgili kararın bir kısmı aşağıda verilmiştir:

“...Somut olayda; dava konusu taşınmaz orman olarak sınırlandırılmış, malikin mülkiyet ve tasarruf imkanı ortadan kaldırılmıştır. Nitekim, AİHM de Çetiner ve Yücetürk –Türkiye 22 Eylül 2009 tarih, 24620/04 sayılı kararı ve 23 Mart 2010 tarih, 2150/05 sayılı kararlarında, bir taşınmazın kamu orman arazisi olarak vasıflandırılmasıyla birlikte malikin mülkiyet hakkını kullanmasına yönelik bir müdahalenin olduğunu ve bu vasıflandırmanın söz konusu taşınmazın tasarruf nisabını önemli ölçüde azaltan bir etki oluşturduğunu, malikin arazisinden gerçek anlamıyla istifade edemediğini ve her anlamda mülkiyet hakkının içini boşaltan bir etki yarattığını kabul etmiştir. Davacının taşınmazı orman olarak sınırlandırıldığı ve taşınmazdan yararlanma ve tasarruf etme hakkı kısıtlandığı halde, tapusu davacı üzerinde diye tazminat talebinin reddi, Ek 1 nolu Protokolün 1.maddesi ile AİHS'nin 6. maddesine aykırıdır. Bu nedenle, Orman olarak sınırlandırılan ve tapusu halen davacı üzerinde bulunan taşınmazın eylemli orman alanı olarak kullanılan bölümde kaldığından taşınmaza Orman Genel Müdürlüğü tarafından fiilen el atıldığı ve böylece **kamulaştırmamız el atma olgusunun da gerçekleştiği sabit olduğundan bedelinin ödenmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.**”

Yukarıda görüldüğü üzere, Yargıtay 5. Hukuk Dairesince bu husus, güncel durum itibarıyla TMK 1007 değil, kamulaştırmamız el atma hukuki nitelmesi kapsamında değerlendirilmiştir.

c) Kişi üzerine kayıtlı tapunun iptali ve orman adına tescilinin hukuki değerlendirilmesi

Türk Hukukunda, Anayasa'nın 35.maddesine göre “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir”. Bununla birlikte, bu hak mutlak olmayıp, “kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir”. Ayrıca aynı maddeye göre, “Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”.

Anayasa'nın 35.maddesinin bu son fıkrası doğrultusundaki düzenlemeler nedeniyle, Türk yargı içtihatları, doğası gereği kamu malı sayılan dağ, orman, mer'a ve kıyı sahil şeridiyle toprak altındaki madenlerin ve akarsuların kamuya ait olduğu ve bunlar üzerinde kazandırıcı zamanaşımı gibi nedenlerle mülkiyet hakkı tesis edilemeyeceği gibi, bu özelliğe sahip taşınmazlara ait tapuların da bedelsiz olarak iptal edileceği yönünde gelişmiştir.

Halbuki kişilerin taşınmazları satın alma ve müteakip işlemlerinin, tapu siciline güven ilkesi dâhilinde gerçekleştiği, idarenin orman arazisiymiş gibi işlemler yapması anına kadar taşınmazların kendilerine ait olduğu güveni ile hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kişilerin adlarına olan tapu kayıtlarının iptal edilmesi nedeniyle zarara uğradıkları açıktır.^[16]

Bu durum, mülkiyet hakkı ellerinden alınan kişilerin iç hukuk yollarını tükettikten sonra, AİHM'e yaptıkları başvurular nedeniyle AİHM kararlarına konu olmuştur.^[17]

AİHM, kamu malı olduğu gerekçesiyle tazminat ödemediği tapuları iptal edilen taşınmazlarla ilgili olarak 8 Temmuz 2008 tarihli Turgut ve Diğerleri-Türkiye kararında, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını tartışırken içtihatların ışığında, mülkiyet hakkını güvence altına alırken, bu maddenin birbirinden ayrı üç kural içerdiğini belirtmiştir;

Bu kurallardan ilki, mülkiyete saygı hakkı olup, maddenin 1.bendinin ilk cümlesinde “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır*” şeklinde ifade edilmektedir.

İkinci kural ise, mülkiyet hakkının kişilerin elinden alınarak onların bu haktan yoksun bırakılması işleminin bazı koşullara bağlanmasıdır. Bu kural, birinci bendin ikinci cümlesinde “*Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*” şeklinde belirtilmiştir.

Üçüncü kuralda sözleşme devletlerin mal ve mülklerin kullanımını kamu yararına uygun şekilde düzenleme yetkisi olup, bu kural, bu maddenin ikinci bendinde yer alan “*... Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulamada sahip oldukları hakka halel getirmez*” cümlesiyle açıklanmıştır.

AİHM'e göre, bu son iki kuralın birinci kuralda ifade edilen mülkiyete saygı hakkı ilkesinin ışığında yorumlanması gerekir. AİHM, bu ilkeler ışığında analiz ettiği Turgut ve Diğerleri-Türkiye kararına konu olan davada, “*Anayasa'nın 169/2 maddesi uyarınca taşınmazlarının Hazine'ye devredilmesi nedeniyle başvuranlara hiçbir tazminat ödenmediğini ve tazminat ödenmemesini haklı kılabilecek istisnai hiçbir koşulu Hükümetin belirtmediğini ve bu durumun, kamu yararının gerekleri*

[16] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas no: 2009/4-383 Karar no: 2009/517 sayılı kararı

[17] Tezcan Durmuş, Aihm Kararları Işığında Orman Arazilerinin Bedelsiz Tapu İptal Kararlarının Mülkiyet Hakkını İhlal Sorunu, S.2607,2608

ile kişinin haklarının korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil dengeyi başvuranlar aleyhine bozduğunu dikkate alarak Türkiye'yi mahkûm etmiştir."^[18]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 tarih ve E. 2009/ 4-383-K. 2009/517 sayılı bu kararı doğrultusunda, orman olduğu gerekçesiyle bedelsiz iptal edilen tapular konusunda da artık istikrar kazanan pek çok Yargıtay kararı bulunmaktadır.^[19]

19.4.2012 tarih ve 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi İle Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanununun m.7/1.fıkrasının (a) bendine göre,

"İlgililer tarafından idareye başvurulması ve idarece bu başvuru üzerine veya resen yapılan inceleme ve araştırma sonucunda doğruluğu tespit edilmesi halinde; Tapu ve kadastro veya imar mevzuatına göre ilgilileri adına oluşturulan ve tapuda halen kişiler adına kayıtlı olan taşınmazlardan Hazine adına orman sınırı dışına çıkarıldığı gerekçesiyle tapu kütüklerine 2/A veya 2/B belirtmesi bulunan veya konulan taşınmazların tapu kayıtları bedel alınmaksızın geçerli kabul edilir ve tapu kütüklerindeki 2/A veya 2/B belirtmeleri terkin edilerek tescilleri aynen devam eder, aynı gerekçeyle bu nitelikteki taşınmazlar hakkında dava açılmaz, açılan davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonucunda tapularının iptaliyle Hazine adına tesciline karar verilen, kesinleşen ve tapuda henüz infaz edilmeyen taşınmazlar hakkında da aynı şekilde işlem yapılır. Ancak bu kararlardan infaz edilerek Hazine adına tescil edilen taşınmazlar ise, ilgilileri tarafından bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde idareye başvurulması halinde, bedelsiz olarak önceki kayıt maliklerine veya kanuni mirasçularına iade edilir." hükmüne yer verildikten sonra aynı Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrası ile de , "(4) Bu maddeye göre ilgililerine iade edilmesi gereken taşınmazlardan orman olduğu iddiasıyla Orman Genel Müdürlüğünce açılan davalar sonucunda orman niteliğiyle Hazine adına tescil edilen, fiilen orman niteliğinde olan veya bu nedenle dava açılması gereken, ağaçlandırılmak üzere Orman Genel Müdürlüğüne tahsis edilen, kamu hizmetlerine ayrılan veya bu amaçla kullanılan, özel kanunlar gereğince değerlendirilmesi gereken veya Maliye

[18] TEZCAN Durmuş, a.g.e., s.2610,2611

[19] Bunlar arasında 4.Hukuk Dairesi 3.2.2010 tarih ve E. 2010/90-K. 2010/776 sayılı kararları gibi pek çok karar sayılabilir, Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 13.4.2010 tarih ve E. 2009/8819-K. 2010/4309 sayılı kararında, davalı hazine tapu kaydında bir sınırlama bulunmadığı halde, aynı yerin orman niteliğinde olduğunu ileri sürerek düzenlediği tapuyu iptal ettirdiği taşınmazı elinden çıkan davacıya tazminat ödeyeceği AİHM kararlarına atf yapılarak kabul edilmiştir. Bkz. <http://www.kararara.com/yargitay/4hd/yrqtyk8548.htm>

Bakanlığınca belirlenen taşınmazlar ilgililerine iade edilmez. Bu taşınmazların yerine, idarece belirlenen ve ilgililerince itiraz ve dava konusu edilmeksizin kabul edilen rayiç bedelleri ödenebilir veya rayiç bedellerine uygun taşınmazlar verilebilir.”

Kadastro ekibinin hatalı işlemleri sonucu tapulu taşınmazın orman adına tespiti ve kesinleştirilmesi, buna bağlı olarak sicil oluşturulması ve sicile güven ilkesi uyarınca kişilerin zarara uğradıkları yadsınamaz bir gerçektir.^[20] Bu durumda devletin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

d) Devletin Sorumluluğu ve Kapsamı

Kadastro işlemlerinden doğan zararın, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun “*Sorumluluk*” kenar başlığını taşıyan 1007. maddesi; “Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.” hükmünü içermektedir.^[21]Yapılan kadastro işlemine süresi içinde Hazine adına itiraz etmekle yükümlü olan görevliler üzerlerine düşen görevlerini yapmamışlardır. Tapu işlemleri kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK. 1007 anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden Devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür.

Bu itibarla, kadastro görevlilerinin dayanaksız ya da gerçek hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemelerini ve taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmalarını da aynı kapsamda düşünmek gerekir. Bilindiği üzere, AİHM, 8 Temmuz 2008 tarihli ihlal kararında, *başvuranların tapuları iptal edilinceye ve Hazine adına tescil edilinceye kadar, taşınmazların hukuken maliki olduklarını ve mülkiyet haklarının tartışmasız delilini teşkil eden sicile güven ilkesinden yararlandıklarını, mülkiyet hakkından, kamu yararı bulunması nedeniyle mahkeme kararıyla mahrum kaldıklarını, ancak, Devlet tarafından tazminat ödenmeksizin taşınmazın geri alınmasının orantısız bir müdahale olduğunu ve söz konusu davada tazminat*

[20] Yargıtay 1.HD, Esas No : 3549 , Karar No : 5807 sayılı kararı.

[21] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas no: 2009/4-383 Karar no: 2009/517 sayılı kararı

ödememeyi gerektirecek istisnai şartların bulunmadığını kaydederek, kamu yararı ile bireysel haklar arasındaki adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle AİHS'ye Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, benzer konudaki 2 Haziran 2009 tarihli ve 343/04 başvuru nolu Hacısalihoğlu-Türkiye kararında da yine aynı sonuca ulaşmıştır. AİHM, 13 Ekim 2009 tarihinde adil tatmine ilişkin kararını açıklamıştır. Söz konusu kararda, başvuruların mülklerinden bir yargı kararıyla yoksun bırakıldıkları tespitine yer verilmiştir. AİHM, başvurulara uygulanan yoksun bırakma işlemine gerekçe olarak, gösterilen tabiatın ve ormanların korunması amacının 1 No.'lu Ek Protokol'ün 1.maddesi anlamında kamu yararı kapsamına girdiğine dikkat çekmekle birlikte, mülkiyetten yoksun bırakma halinde, ihtilaf konusu tedbirin arzu edilen dengeye riayet edip etmediğinin ve bilhassa da başvurulara orantısız bir yük yükleyip yüklenmediğinin belirlenmesi için, iç hukukta öngörülen telafi yöntemlerinin dikkate alınması gerektiğini hatırlatmıştır. Bu çerçevede AİHM, mülkün değerine karşılık gelen makul bir meblağın ödenmemesi durumunda mülkten mahrum bırakmanın aşırı bir müdahale teşkil edeceğini ve hiçbir tazminat ödenmemesi durumunun ise 1 No.'lu Ek Protokol'ün 1.maddesi anlamında ancak istisnai koşullarda meşruiyet kazanabileceğini ve mevcut davada mülklerinin Hazine'ye devredilmesi nedeniyle başvurulara hiçbir tazminat ödetilmediğini ifade etmiştir.

İstikrarlı Yargıtay uygulamasında kıyı kenar çizgisi içerisinde kaldığı gerekçesi ile taşınmazlar hakkında açılan tapu iptali ve tescil davaları sonunda mülkiyet haklarından mahrum kalanlar tarafından Devlet aleyhine açılan davaların da, adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Sonuç itibariyle; davacının, Devletin kusursuz sorumluluğundan kaynaklanan bir zararının oluştuğu ve bu zararın tazminini Devletten isteyebileceği, Devletin kadastro işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğunun da TMK'nun 1007.maddesi kapsamında olması gerektiği, bu nedenle görülmekte olan davanın adli yargıda bakılması gerektiği sonucuna varılmıştır.^[22]

Konu, Türk Hukuku açısından incelendiğinde; 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1007. maddesi, tapu sicilinin aleniliği ve tapu siciline güven ilkelerinin yansımalarının sonucu olarak, mülkiyet hakkı ya da başkaca bir aynî hak edinen kişinin, bu sicilin tutulması nedeniyle uğradığı zararın tazminine ilişkin olup, buna göre "*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur*". ilkesi benimsenmiştir.

[22] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas no: 2009/4-383 Karar no: 2009/517 sayılı kararı

Devletin “*tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda*” kusursuz sorumluluk, ağırlaştırılmış objektif sorumluluğa ilişkin kuralları uygulanır. Bu tür sorumluluk halinde, diğer sorumluluk türlerinden farklı olarak kurtuluş beyyinesi (kanıtı) getirme olanağı yoktur.^[23] Görüldüğü üzere, tapu sicilinin tutulmasını üzerine alan Devlet, tapu siciline tanınan güvenden ötürü, hak durumuna aykırı kayıtlardan doğan tehlikeyi de üstlenmektedir.

Tapu müdürü ya da memurunun kusuru olsun olmasın, tapu sicilinin tutulmasında kişilerin çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırı davranılmış olması yeterlidir. Kusurun varlığı ya da yokluğu Devletin sorumluluğu için önem taşımamakta, sadece Devletin memuruna rücu halinde, iç ilişkide etkisi söz konusu olmaktadır. Bu sorumluluk türünün, Borçlar Kanununun haksız fiil sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu ve diğer objektif sorumluluk halleri, sebepsiz mal iktisap edenlerin sorumluluğu ile karıştırılmamalıdır. Bu nedenle, Devletin tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan sorumluluğuna dayanılarak açılan davalarda, bu sorumluluk hallerine ilişkin olarak düzenlenen zamanaşımı, munzam zarar ve hakkaniyet indirimi ya da makul indirim kurallarının uygulama imkanı yoktur.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin yukarıda verdiğimiz zamanaşımı olmaması yönündeki görüşüne rağmen, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları doğrultusunda,^[24] TMK 1007. maddesine dayanılarak açılan davalar için ayrıca zamanaşımı öngörülmediğinden, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 146. (mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 125. maddesindeki) 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması söz konusu olmaktadır.^[25] Zamanaşımının başlangıç tarihi konusunda Yargıtay

[23] Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, ESAS NO : 2012/7876 KARAR NO : 2012/14598 sayılı kararı.

[24] Bkz.YARGITAY 4.Hukuk Dairesi Esas: 1995 / 1204 Karar: 1995 / 2603 Karar Tarihi: 28.03.1995 “*Medeni Kanununun 917. maddesi hükmüne dayalı sorumluluktan doğan davada, Borçlar Kanununun 60/1. maddesinde öngörülen bir ve on yıllık zamanaşımı kuralı uygulanır. Hazinesinin sorumlu olabilmesi için, tapu sicilinin tutulmasından zarar doğmuş bulunması, memurun hukuka aykırı eylemi olması, zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunması ve zararın kesin olarak gerçekleşmesi gerekir. Hazineye rücu niteliği taşıyan davada zamanaşımının başlangıcı, zararın gerçekleştiği tarihtir.*”

[25] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 gün ve 2009/4–383 E., 2009/517 K.sayıli kararında da vurgulandığı gibi; “*Tapu işlemleri kadastro tespit işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK madde1007 anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Burada Devletin sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur. Bu işlemler nedeniyle zarar görenler, Medenî Kanununun 1007. maddesi gereğince, zararlarının tazmini için Borçlar Kanununun 146. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinde, Hazine aleyhine adli yargıda dava açabilirler.*”

20 Hukuk Dairesi'nin 2015/4854E. Sayılı kararında ifadesiyle "...4721 sayılı TMK'nın 705/2. maddesi uyarınca tapu iptali ve tescil istekli davaların kesinleştiği tarih itibariyle mülkiyet hakkı sona ereceğinden bu tarih itibariyle tapusu iptal edilen gerçek ve tüzel kişilerin zararı oluşacaktır. Dolayısıyla bu tür bir dava, taşınmazların mülkiyetinin yitirilmesine ilişkin iptal ve tescil davasının kesinleştiği tarihten sonra açılabileceğinden, mülkiyetin kaybedildiği tarih itibariyle de taşınmazların değerlerinin tespit edilmesi gerektiği..." kuşkusuzdur.

e) Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlar için açılacak davalarda görevli ve yetkili mahkeme

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlar için açılacak davalar HAZİNE aleyhine adli yargıda açılmaktadır. Yetkili mahkemeler ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemeleridir.^[26]

f) Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlar için açılacak davalarda tazminatın hesaplanması

Tazminat miktarı, zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin mal varlığı ne durumda olacak idiyse, aynı durumun tesis edilebileceği miktarda olmalıdır.^[27] Oluşan gerçek zarar neyse, tazminatın miktarı da o kadar olmalıdır. Gerçek zarar; tapu malikinin mal varlığında meydana gelen azalmadır.

Tazminat miktarının belirlenmesinde öncelikli konu, tapuda kayıtlı mülkiyet hakkının içi boşaltılan gayrimenkulün niteliğinin ve değerinin belirlenmesi olup, araştırma yöntemi taşınmazların arsa ya da arazi olmasına göre farklılık arz edecektir.

Yapılan araştırma sonunda tapusu iptal edilen taşınmazın arazi olduğu saptanacak olursa değeri, taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde, ekilecek ürünlerin ve bu ürünlerin elde edilmesi için yapılacak harcamalar göz önünde tutularak, net gelirin hesaplanması ve bilimsel yolla değerinin bulunması, bedel tespitinde etkisi olan diğer tüm unsurlar

[26] "Kesinleşen orman kadastro gereğince orman sayılan yerler hakkında tapu kaydı oluşturularak özel mülkiyete konu edilen yerden dolayı uğranılan zarardan devletin kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Bu nedenle husumetin Maliye Hazinesine yöneltilmesi doğrudur. "Aynı yöndeki kararlar için bkz ;Yargıtay 4.HD. 13.04.2010 gün ve 2009/8819E. ve 2010/4309K. , Yargıtay 13.HD.'nin 02.02.2010 tarih 2009/3120E.–2010/1096K.

[27] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2003 gün ve 2003/19–152 E., 2003/125 K.; 29.09.2010 gün ve 2010/14–386 E., 2010/427 K.; 15.12.2010 gün ve 2010/13-618 E., 2010/668 K. sayılı kararı

dikkate alınarak her unsurun gerekçeleri ve değere katkı oranları ayrı ayrı belirtilip dayanakları gösterilmek suretiyle değerlendirilerek saptanması gerekir.

Şayet tapusu iptal edilen taşınmaz arsa niteliğinde olduğu belirlendiği takdirde de değerinin, tapu iptal kararının kesinleştiği gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması zorunludur. Bu itibarla, emsal satışların değerlendirme tarihindeki karşılıklarının fiyat artış endekslerinin uygulanması suretiyle tespiti, bundan sonra emsal ile dava konusu taşınmazın eksik ve üstün yönlerinin neler olduğu ve oranları açıklanmak suretiyle değer biçilmesi gereklidir. Bu durumda taraflara, dava konusu taşınmaza yakın bölgelerden ve yakın zaman içinde satışı yapılan benzer yüzölçümlü satışları bildirmeleri için olanak tanınması, gerekli görülürse resen emsal getirtme yoluna gidilmesi ve bu emsallere göre değer biçilmesi gerekmektedir.^[28]

Uygulamada göz ardı edilen nokta şudur ki, taşınmazına idarece el atılan kişilere ödenen tazminatın kişilerin uğradığı zararı telafi edebilmesi için taşınmazın gerçek karşılığı olması ve ayrıca ödenen bedelin tespitiyle ödenmesi arasında geçen dönemde gözlemlenen enflasyona nispetle hissedilir derecede değer kaybetmemiş olması gerekir.

SONUÇ

Devlet ve kamu tüzel kişileri eliyle yaşanan mülkiyet hakkı ihlalleri değişik görünümler göstermekle birlikte özel mülkiyet hakkı aleyhine hep aynı sonucu doğurmaktadır. Uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan özel mülkiyetin, kamu yararı amacıyla sınırlandırılmasında makul denge- nin sağlanması bireyin devlet karşısında kendini zayıf hissetmemesine neden olacağı gibi demokratik hukuk devletinin de tesis edilmesinde hayati bir rol oynayacaktır. Milli servet olarak kabul edilen orman alanlarının korunması için yapılacak müdahaleler de dâhil olmak üzere özel mülkiyet hakkına saygı prensibi göz ardı edilmemelidir.

[28] Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, ESAS NO : 2012/7876 KARAR NO : 2012/14598 sayılı kararı.