

KARAR İNCELEMESİ

DECISION ANALYSIS

* TMK'nın 1007. Maddesine Göre Açılan Tazminat Davasında Uyuşmazlığın Özelliğine Göre Zamanaşımı Süresinin Tayin ve Takdir Yetkisini Hakime Tanıyan Anayasa Mahkemesi'nin 25.07.2017 Tarihli ve 2014/6673 Numaralı Bireysel Başvuru Kararının Gerekçesine İlişkin Açıklamalar ve Eleştiriler

The Explanations and Criticism Regarding in the Justification of the Constitutional Court's Decision Dated 25.07.2017 and Numbered 2014/6673 on the Individual Application for Granting the Judge the Power to Determine and Exercise the Statue of Limitations Period in a Compensation Case Based on Article 1007 of the Turkish Civil Code

Av./Atty. Tuncay AKINCI

**TMK’NIN 1007. MADDESİNE GÖRE AÇILAN TAZMİNAT
DAVASINDA UYUŞMAZLIĞIN ÖZELLİĞİNE GÖRE
ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN TAYİN VE TAKDİR YETKİSİNİ
HAKİME TANIYAN ANAYASA MAHKEMESİ’NİN 25.07.2017
TARİHLİ VE 2014/6673 NUMARALI BİREYSEL BAŞVURU
KARARININ GEREKÇESİNE İLİŞKİN AÇIKLAMALAR VE
ELEŞTİRİLER***

*(THE EXPLANATIONS AND CRITICISM REGARDING IN THE JUSTIFICATION OF
THE CONSTITUTIONAL COURT’S DECISION DATED 25.07.2017 AND
NUMBERED 2014/6673 ON THE INDIVIDUAL APPLICATION FOR GRANTING
THE JUDGE THE POWER TO DETERMINE AND EXERCISE THE STATUE OF
LIMITATIONS PERIOD IN A COMPENSATION CASE BASED ON ARTICLE 1007
OF THE TURKISH CIVIL CODE)*

Av./Atty. Tuncay AKINCI**

I. Giriş

Bu çalışmada, TMK’nın 1007. maddesine dayalı olarak açılan tazminat davasında, uyuşmazlığın özelliğine göre zamanaşımı süresinin tayin ve takdir yetkisini hakime tanıyan Anayasa Mahkemesi’nin 25.07.2017 tarih ve 2014/6673 numaralı bireysel başvuru kararının gerekçesine ilişkin açıklamalar ve eleştirilere yer verilmiştir.

Bu açıklama ve eleştiriler yapılırken şu hususlar hareket noktası kabul edilmiştir: Borcun ifa anı, borcun muacceliyet anı, borcun talep koşullarının oluştuğu ve yargıya erişim hakkının doğduğu an, borçlunun borcu ifa anı ve sorumluluğunun doğduğu an, zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an, zamanaşımı süresinin ne taraflarca ne de yargıç tarafından uzatılıp kısaltılamayacağına ilişkin amir hükümler (TBK 146, 148, 149 maddeleri) (Kamu düzeni nedeniyle konulmuştur, kat’ ilığı esastır, kesin hükmüdür).

Ayrıca bu açıklama ve eleştiriler yapılırken konu ile ilgili şu temel ilke ve müesseselerin muhteviyatı da göz önünde bulundurulmuştur:

* Karar İncelemesi. Anayasa Mahkemesi’nin 25.07.2017 tarih ve 2014/6673 başvuru numaralı Yaşar Çoban Kararı

** İzmir Barosu, av.tuncayakinci@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0009-0005-5762-0408.

Actio in rem (ayni dava), actio in personam (şahsi dava), actio nondum natae non praeser ibitur (henüz doğmamış talep hakkı zaman aşımına uğramaz), actio perpetua (süreye bağlı olmayan dava), agere non valet non eurrit praeser iptio (dava açmak olanağı olmayan kimse aleyhine zaman aşımı işlemez), pretium succedit in locum rei res locum pretji (ayni ikame kuralı).

Yargıya erişim hakkı (AİHS 13 ve 6. Maddesi ve AY madde 36) yok iken (iç hukukta) talep hakkının koşulları da oluşmadığından ayni hakkın yerine geçen kaim değer de (ayni ikame kuralı) muaccel değil, müecceldir. TBK 149'a göre muacceliyet yoktur. Zaman aşımı da başlamaz. 25.07.2017 tarih ve 2014/6673 başvuru numaralı Yaşar Çoban-Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı bu emsal karar ve gerekçesindeki nedenlerle; yargıya erişim hakkı olmadığından zamanaşımı def'inin dinlenemeyeceğine, mülkiyet hakkı ihlaline ve yargılamanın yenilenmesine karar verilmiş olup, Yargıtay 20. H.D. de 2018/1012 E. 2019/3707 K. sayılı 28.05.2019 tarihli bu karara uyarak yargılamanın yenilenmesine, davanın esastan incelenmesine karar vermiştir. 18.11.2009 tarih, 2009/4-383 E. 517 K. Sayılı HGK kararı ile yukarıdaki Roma Hukuku'ndan gelen ve pozitif hukukta evrensel usul kuralı halini alan ilkeler gereği.

Yukarıdaki evrensel hukuk kuralları, AİHM emsal kararları ile HGK Kararı ve Anayasa Mahkemesi'nin Kararları birlikte değerlendirildiğinde varılan ortak hukuki gerçek; mülkiyet hakkının ihlali ve yok olması durumunda yerine geçen kaim değer de mutlak hak, mülkiyet hakkı olduğu, niteliğinin değişmediği, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte olduğu (actio perpetua), davanın ayni dava olduğu, şahsi dava olmadığı, zamanaşımına uğramayacağı, tapu siciline tescilli taşınmaz mülkiyet hakkının, ister idari otoritece isterse yargı kararı ile kamu mülkiyetine dönüştürülsün; "Değerleme gününün davanın açıldığı gün" esas alınarak, gerçek karşılığı olan tazminatın malikine ödenmesi gerektiğine dair AİHS'nin özellikle 6. ve 13. maddeleri, 18. maddesi temel hak ve özgürlüklerin özellikle yargıya erişim hakkı olan dava hakkının hakkın özünü zedeler nitelikte kısıtlanmayacağı, aksine durumun yetki saptırılmasını oluşturduğu, Ek 1 Numaralı Protokol'ün özellikle 1. maddesi, AİHM emsal kararları ve Anayasa Mahkemesi emsal kararları, AİHM'

nin yerleşik içtihatlarına göre Yasallık kriterleri olan; öngörülebilirlik¹, güvenilebilirlik, ulaşılabilirlik kriterleri yönünden irdelenmesi, uygulamadaki bağlayıcı içtihatlar yönünden de evleviyetle (argumentum a fortiori) geçerli kriter olduğu, zamanaşımının makul süre takdirinin yargıç tarafından tayin yetkisi olamayacağı, kanuni süreye uyma zorunluluğu, Anayasa Mahkemesi'nin kararındaki aksine düşünceler içeren gerekçesindeki "makul sürenin"² yargıçça tayin ve takdirine dair içtihatının hukuki ve yasal olmadığı, buna ilişkin gerekçesinin de bağlayıcılığının da bulunmayacağıdır.

II. Anayasa Mahkemesi 21/10/2020 Tarih ve 2017/20651 Başvuru Numaralı SS. TEOS Tatil Köyü Altyapı Koop. ve 25.07.2017 Tarih ve 2014/6673 Başvuru Numaralı Yaşar Çoban Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin 21/10/2020 tarih 2017/20651 Başvuru Numaralı SS. TEOS Tatil Köyü Altyapı Koop. Kararında aynen şu açıklamalara yer verilmektedir:

"Anayasa Mahkemesince Yasar Çoban kararında Yargıtay'ın 18/11/2009 tarihinden önceki içtihadının devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunun tapu kütüğünün oluşumu sırasında yapılan hataları kapsamadığı yolunda olduğu, Yargıtay HGK'nın 18/11/2009 tarihli kararından sonra içtihadın değiştiği belirtilmiştir. Bu içtihadta 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde öngörülen sorumluluğun kadastro görevlilerinin dayanaksız ya da gerçek hukuksal duruma uymayan kayıt düzenlemelerini ve taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmalarını da kapsadığı belirtilmiştir. Yargıtay hukuk daireleri de bu tarihten sonra Yargıtay HGK'nın bu içtihadı doğrultusunda karar vermiştir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) de Yargıtay HGK'nın bu içtihadından sonra yeni bir iç hukuk yolu oluştuğunu kabul ederek kabul edilemezlik kararları vermiştir (Yasar Çoban, §§ 45, 46,

¹ Kişinin içinde bulunduğu somut olaya uygulanan zamanaşımı kuralı hakkında yeteri kadar bilgiye ulaşılabilir olması, kişinin temel hakkına müdahaleye karşı kendi tavırını geliştirmesine olanak sağlayacak derecede açık ve belirli kurallar olması, kişinin belli bir olaya uygulanacak kuralın (zamanaşımı kuralının) bu nedenle anılan HGK kararının zamanaşımının başlamasına esas alınması, belirlenmesi, makul ölçüde öngörülebilmesinin mümkün olmasını ifade eder.

² Makul: ma' kule / akıldan türemiştir. Akla uygun, aklın kabul ettiği, akılla bilinir, akılla tanıtılan anlamını taşır bkz. <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 12.06.2023

68). Anayasa Mahkemesi de daha önceki kararlarında Yargıtay içtihadına dayanarak 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde öngörülen tazminat yolunun kadastro tespiti aşamalarındaki işlemlerden doğan zararların telafisi yönünden de etkili olduğu sonucuna ulaşmıştır (Nazmiye Akman, B. No: 2013/1012, 16/4/2013, § 25; Ahmet Hilmi Serter, B. No:2014/10954, 17/11/2016, §§ 41, 42; Hatice Avcı ve diğerleri, B. No: 2014/9788, 22/9/2016, §§ 74-76).

Yargıtay 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca açılacak tazminat davalarının 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi (818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesi) gereğince on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmektedir. Buna göre kadastro tespiti nedeniyle mülkiyet kaybının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl içinde tazminat davasının açılması gerekmektedir (Yasar Çoban, § 69).

Somut olayda başvurucunun taşınmazı Urla Kadaastro Mahkemesinin 13/5/1982 tarihli kararıyla tescil harici bırakılmıştır. Daire, Urla Kadaastro Mahkemesinin 13/5/1982 tarihli kararının kesinleştiği tarih olan 17/8/1983 tarihinden itibaren 6098 sayılı Kanun'un 146. maddesindeki (818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesi) on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde dava açılması gerekirken 2011 yılında açılan davada genel zamanaşımı süresinin geçtiğine ve bu nedenle davanın reddi gerektiğine hükmetmiştir.

Başvurucu tarafından taşınmazının tescil harici bırakılmasından sonra dava açılmamıştır. Dolayısıyla Dairenin kararına göre en son 1993 yılında dava açılmış olması gerekmektedir. Ancak anılan tarihteki Yargıtay içtihadı 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinin tapu kütüğünün oluşumu sırasında yapılan hataları kapsamadığı biçimindedir. Diğer bir ifadeyle o tarihteki içtihat itibarıyla 4721 sayılı Kanun'un 1007. Maddesinde düzenlenen sorumluluk davası, başvurucuların tazminat iddiasını incelemeye ve gerekirse başvurucular lehine tazminata hükmedilmesine elverişli bir yol değildir. Bu dava, Yargıtay HGK'nın 18/11/2009 tarihli içtihadından sonra başvurucuların tazminat talebinin incelenmesi bakımından etkili ve elverişli hâle gelmiştir (Yasar Çoban, § 71).

Yasar Çoban kararında ifade edildiği üzere 18/11/2009 tarihinde oluşan bu hukuki yol için zamanaşımı süresinin bu tarihe kadar doldu-

ğunun tespit edilmiş olması 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde öngörülen tazminat yolunu etkisizleştirmektedir. Sonradan oluşan bir hukuk yoluna ilişkin zamanaşımı süresinin kişinin bu yola başvurmasını kesin olarak imkânsız hâle getirecek bir tarihte başlayacağını kabulü, "Yargıya erişim hakkına" sınırlama getirilemez, Sınırla kriterleri uygulanamaz." Sınırlamanın istisna olduğu ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte 6098 sayılı Kanun'un 146. Maddesi (818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesi) gereğince on yıllık zamanaşımı süresinin hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması amacıyla matuf olduğu gözetildiğinde bu sürenin tamamen göz ardı edilmemesi gerektiği de açıktır. Başvurucuların dava açma hakkını kullanabilmesindeki bireysel yarar ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin sağlanmasındaki kamu yararı arasında dava açmanın süreye bağlanmış olmasını anlamsız kılmayacak şekilde bir denge kurulmalıdır. Bu denge kurma çabasının on yıllık zamanaşımı süresinin bu hukuki yolun oluştuğu 18/11/2009 tarihinden itibaren yeniden isleyeme başlayacağını kabulünü zorunlu kılmadığının altı çizilmelidir. Aksi takdirde zamanaşımı süresinin öngörülmesi anlamsız hâle gelecek ve kamu yararı ile bireysel yarar arasında gözetilmesi gereken denge kamu yararı aleyhine bozulmuş olacaktır. Önemli olan husus 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş bulunanlar yönünden 4721 sayılı Kanun'un 1007. Maddesi kapsamında dava açılabilmesine imkân tanınmış olmasıdır (Yasar Çoban, §§ 72, 73).

Yaşar Çoban kararında 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolan başvurucuların dava açabilmelerini mümkün kılacak makul bir süre öngörülmesi gerektiği belirtilmiş ve bu sürenin ne kadar olacağını takdiri derece mahkemelerine ve Yargıtay' a bırakılmıştır. Ancak anılan karar sonrasında derece mahkemeleri ve Yargıtay tarafından 18/11/2009 tarihinde önce zamanaşımı süresi dolan başvurucuların dava açabilmelerini mümkün kılacak ve öngörülebilir makul bir süre belirlenmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş olan somut başvuruya konu davanın bu tarihten sonra makul bir süre içinde açılıp açılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Belirlenecek bu sürenin dava açılmasını mümkün kılacak yeterliliğe sahip ve öngörülebilir olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Fakat bu süre, dava açma hakkının kullanılabilmesindeki bireysel yarar ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin sağlanmasındaki kamu yararı arasındaki dengeyi de bozmamalıdır. He-

saplamada uyuşmazlığın dava edilebilmesini süreye tabi kılan zamanaşımı düzenlemesi de dikkate alınmalıdır. Nitekim uyuşmazlık için belirlenen on yıllık zamanaşımı süresi kadar veya daha fazla bir sürenin öngörülmesi hâlinde hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedeleneceği açıktır. Ayrıca bu dava, Yargıtay HGK'nın 18/11/2009 tarihli içtihadından sonra tazminat talebinin incelenmesi bakımından etkili ve elverişli hâle geldiğinden bu tarihten hemen sonra davanın açılmasını beklemek de hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Zira bu süre, Yargıtay HGK içtihadının toplum tarafından bilinebilir hâle geleceği bir zaman diliminden daha kısa da olmamalıdır.

Sonuç olarak 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi kapsamında 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş bulunan tazminat talepleri hakkında bu tarihten itibaren makul bir süre içinde dava açılabilmesinin kabulü gerekmektedir. Bu sürenin ne kadar olacağına takdirinin derece mahkemelerine ve özellikle içtihat mahkemesi konumunda olan Yargıtay'a ait olduğu kuskusuz olmakla birlikte somut olayda derece mahkemelerinin bu yönde bir değerlendirmeye yer vermedikleri ve dava açılmasını mümkün hâle getirebilecek şekilde makul bir süre tespiti yoluna gitmedikleri anlaşılmaktadır. Derece mahkemeleri başvuru tarafından 27/5/2011 tarihinde açılan davada 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresinin dolduğunu tespit etmişlerdir. Yukarıda yer verilen değerlendirmeler de dikkate alındığında 18/11/2009 tarihinden 1 yıl 6 ay 8 gün sonra açılan davanın makul kabul edilebilecek bir sürede açıldığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle başvuru tarafından açılan davanın 18/11/2009 tarihinde etkili hâle gelen hukuk yolunun bu tarihten önce tüketilmesi gerektiği gerekçesiyle zamanaşımından reddedilmesi suretiyle başvurucuya yüklenen külfet, kamu yararı ile bireyin mahkemeye erişim hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi başvuru aleyhine bozmuş ve mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kılmıştır.”

Anayasa Mahkemesi'nin 25.07.2017 tarih, 2014/6673 başvuru numaralı Yaşar Çoban- Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararında ise şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Dairenin 18/11 /2009 tarihinde oluşan bu hukuki yol için zamanaşımı süresinin 1980 yılından itibaren işlemeye başladığı yolundaki

kabulü, 4721 sayılı Kanun'un 1007.maddesinde öngörülen dava yolunu başvuru açısından anlamsız hale getirmiştir. 18/11/2009 tarihinden önce başvuru talebi yönünden etkisiz olduğu açık olan bir yolun başvuru tarafından 1990 yılından önce tüketilmesinin beklenmesi başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurmuştur. Zira bu yol, başvuru talebi yönünden 18/11/2009 tarihinden sonra etkili hale gelmiştir.

Dairenin bu yorumu, aşırı şekilci ve katı olup 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş başvurularda başvuru yönünden 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi kapsamındaki tazminat yolunu etkisizleştirmektedir. Sonradan oluşan bir hukuk yoluna ilişkin zamanaşımı süresinin kişinin bu yola başvurusunu kesin olarak imkansız hale getirecek bir tarihte başlayacağı kabulü, sınırlamanın istisna olduğu ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte 818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresinin hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması amacıyla matuf olduğu gözetildiğinde bu sürenin tamamen göz ardı edilmemesi gerektiği de açıktır.

*Başvuru talebinin dava açma hakkını kullanabilmesindeki bireysel yarar ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin sağlanmasındaki kamu yararı arasında dava açmanın süreye bağlanmış olmasını anlamsız kılmayacak şekilde bir denge kurulmalıdır. Bu denge kurma çabasının, on yıllık zamanaşımı süresinin bu hukuki yolun olduğu 18/11/2009 tarihinden itibaren yeniden işleme başlayacağı kabulünü zorunlu kılmadığının altı çizilmelidir. Aksi takdirde zamanaşımı süresinin öngörülmesi anlamsız hale gelecek ve kamu yararı ile bireysel yarar arasında gözetilmesi gereken denge kamu yararı aleyhine bozulmuş olacaktır. Önemli olan husus, 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş bulunanlar yönünden 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi kapsamında dava açılabilmesine imkan tanınmış olmasıdır. **Bu durumda 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolan başvuru taleplerinin dava açabilmelerini mümkün kılacak makul bir süre öngörülmesi, kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulabilmesi bakımından yeterli olup bu sürenin ne kadar olacağına takdirinin derece mahkemelerine ve özellikle içtihat mahkemesi konumunda olan Yargıtay'a ait olduğu kuşkusuzdur.***

Sonuç olarak başvuru talebi yönünden 18/11/2009 tarihinde etkili hale gelen hukuk yolunun bu tarihten önce tüketilmesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmesi suretiyle başvurucuya yüklenen külfet, kamu

yanan ile bireyin mahkemeye erişim hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi başvuru aleyhine bozmuş ve mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

Her iki gerekçe arasında Anayasa Mahkemesinin yukarıya alınan iki farklı değerlendirme ve yorumla, 10 yıllık zamanaşımının uygulanması yönünden bireyin zararına devletin yararına, yasaya, hukuka, vicdana aykırı sonuç doğmasına neden oluşturmuştur. İkinci gerekçe HGK Kararı ile açılan yargıya erişim hakkı yönünden 10 yıllık yargıya erişim hakkını kısıtlayan, olumsuz etkileyen, zamanaşımı süresini daraltan bir gerekçedir.

III. Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçelerine İlişkin Eleştirinin Hukuki ve Yasal Nedenleri

Yukarıya aynen alınan Anayasa Mahkemesi'nin 2014/6673 başvuru numaralı kararında; iki tür zamanaşımından söz edilmektedir. Bunlardan birincisi; Kanun koyucunun düzenlediği kanuni ve kat'i genel on yıllık dava zamanaşımının varlığı ve TMK m.1007 dayalı davalarda uygulandığını kabul ettiği zamanaşımıdır. İkincisi ise kararın gerekçesindeki nedenlerle kanun koyucunun yerine geçerek, kanunda boşluk bulunmadığı kıyasen uygulanan TBKm.146 (zamanaşımı olduğu halde) yorum (akli yorum) yolu ile kabul ettiği “makul süre” zamanaşımıdır.

Bu nedenle; bireysel başvuru konusu kararda, uygulanması gereken zamanaşımı, kanun koyucunun TBK m.146'daki on yıllık genel dava zamanaşımı mı? Yoksa, yüksek yargı makamı olan Anayasa Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi özellikle de içtihat mahkemesi olan Yargıtay'ın tayin ve takdirine bıraktığı “makul süre” zamanaşımı mıdır?

Bu uyuşmazlıkta öncelikle çözümlenmesi gereken hususlar uygulanacak hukuk ve yasal kuralın tespiti sorunudur. Kısaca; 6100 sayılı HMK m.33 göre yargıcın dava konusu uyuşmazlıkta uygulanması gereken zamanaşımı; kanun koyucunun koyduğu TBK m.146 kanuni

zamanaşımı mı, yoksa Yüksek yargı Anayasa Mahkemesi'nin; ilk derece ve istinaf mahkemelerinin emsal aldığı bireysel başvuru, kararında belirlediği "makul süre" zamanaşımı mı? İşte en önemli sorun budur.

İkinci önemli hukuki bir ön sorun da zamanaşımı süresini kısıtlayarak, dava hakkına, yargıya erişim hakkına engel kısıtlama getiren yargının bireyin bu temel hakkına müdahale etmek hak ve yetkisinin bulunup bulunmadığı, bu yetkinin yasama organının münhasır hak ve yetkisinde olup olmadığıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıya aynen alınan kararının gerekçelerinde; yargıca elindeki davada, (TMK 1007 dayalı tazminat isteminde) HGK'nın tarihi olan 18.11.2009 tarihinden itibaren makul bir zamanaşımı belirlemeye tayin ve takdir yetkisi tanınması; iç hukukta, TMK 1007'ye dayalı tazminat davalarında, yargıya erişim hakkını tanıyan HGK'nın yukarıdaki kararı; içtihatlar hiyerarşisinde HGK Kararındaki uyumsuzluğa özgü bağlayıcı ise de, kanun hükmünde YİBK değildir. Ayrıca HGK Kararına erişim, öğrenme, öngörülme kriterleri yönünden de 10 yıllık zamanaşımı süresini hak sahipleri için başlatan bağlayıcı bir kural niteliğinde de değildir. Bu nedenle de, zamanaşımının başlama (işleme) anına dayanak oluşturamaz. Hak sahibi olan davacı için bu HGK Kararını öğrendiğini bildirdiği tarih esastır. Karşı taraf davalı bu kararı, davacının bildirdiği tarihte daha önce öğrendiğini kanıtlamakla yükümlüdür. Nitekim; TBK m.39'da da aynı ilke kabul edilmiştir. Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin anılan gerekçesi hukuki ve yasal dayanağı olmayan bir gerekçedir. Ne yargıca ne de tarafları bağlamaz.

Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere; TMK 1007 dayalı tazminat davasında yargıya erişim hakkı HGK'nın 18/11/2009 tarih 2009/4383 E. 2009/517 K. sayılı karardan sonra ancak açılmıştır.

Talep hakkının koşulları ve davalının sorumluluğu da 18.11.2009 tarihinden sonra oluşmuş, tazminat alacağı ancak 18.11.2009'dan sonra muaccel olmuştur. Öncesi müecceldir. Bu nedenle zamanaşımı TBK 149'a göre muacceliyet anından başlar (genel zamanaşımı).

TMK 1007 ye dayalı tazminat davası için yasada ayrı bir zamanaşımı düzenlemesi olmadığından genel zamanaşımı olan 10 yıllık zamanaşımı kıyasen uygulanmaktadır. Bu nedenle zamanaşımı süresi 10 yıldır.

Ayrıca TBK 148 de düzenlenen zamanaşımına dair sürelerin kesinliği kuralına göre; bu ayırımında (146-161 md) belirlenen zamanaşımı

süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez. Bu nedenle ne yargı ne de taraflar zamanaşımı sürelerini uzatıp, kısaltamaz.

Yargıcın, TMK m.1/2'ye göre kanun koyucu yerine geçerek 10 yıllık zamanaşımı süresini kısaltamayacağı gibi, bir zamanaşımı süresi belirleyemez, bu konuda yasada boşluk yoktur. TMK 1/2 maddesinde yer alan yargıcın kural koyma ve takdir yetkisi bu konuda kullanılamaz. (YİBK 18.11.1964 2/4, 09.03.1955 22/2, 04.02.1959 14/6, 27.03.1957 1/3 sayılı Kararları).

Tüm bu nedenlerle TMK'nın 1007.maddesine dayalı tazminat davalarında zamanaşımı yoktur. Davalı Hazinesin (Devletin) zamanaşımı defi dinlenemez, reddi gerekir.

TMK m.1007 önceki dönemde (MK m.917) yürürlükte iken, Yüce Yargıtay HGK Kararları ve Özel Dairesi'nin yerleşik kararlarla sürekli ve istikrarlı olarak, tapu kaydının sicilin hatalı tutulması nedeniyle devlete karşı açılan tazminat davalarında, BK'nın m.125 on yıllık genel zamanaşımını uyguladığı konusunda, ayrıca HGK Kararı ile iç hukukta kadastro işlemindeki hatalar nedeniyle açılan tapu iptal davaları sonrasındaki m.1007 dayalı tazminat davalarında da kıyasen TBK m.146 genel zamanaşımı olan 10 yıllık zamanaşımı uygulandığında da duraksama yoktur.³

Bu nedenle; Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararındaki içtihadı "makul süre" zamanaşımı yorumu, HGK kararından sonra yarıya erişim hakkı doğduğuna göre dava hakkı ve salahiyetini haiz olan maliklere; kamu düzeni nedeniyle konulduğunda ve kat'i (kesin) oldu-

³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607, m. 1007; Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836, m. 148, 149; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer), m. 36; Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukuku 1-2, BK Şerhi (Cevat Edeğert, 1st edn, Filiz Kitapevi 1983); Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku I, BK Şerhi (6th edn, Sermet Matbaası, 1976); Mehmet Akif Tutumlu, Türk Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımı ve Uygulaması (1st edn, Kazancı Hukuk Yayınları 1991); Senai Olgaç, Borçlar Hukuku, BK Şerhi Vol. 1, 2, 3 (1st edn, Olgaç Matbaası 1976); Anayasa Mahkemesi, S. S. Teos Tatil Köyü Altyapı Kooperatifi Başvurusu, B. No: 2017/20651, 21/10/2020; Anayasa Mahkemesi, Yaşar Çoban Başvurusu, N. No: 2014/6673, 25/7/2017

ğunda şüphe olmayan on yıllık genel zamanaşımı süresinin adil denge-ölçülülük kriterleri kamu yararı ile bireyin yararı arasında olması gereken oransallık yönünden, zamanaşımında “makul süre” amacını gerçekleştirmek için zamanaşımı süresine müdahale edilerek zamanaşımı süresinin uyuşmazlığın özelliğine göre makul süresini tayin ve takdir yetkisini yargıya tanınan ve zamanaşımı süresini kısaltma sonucu doğuran ve TBK 146 maddesine istisna getiren bu yorumu, TMK 1/2 hükmünün sözüne ve özüne (ratio legis) Anayasa’nın 13, 14/2, 35, 36, AİHS’nin 6, 13 ve 18 maddelerine aykırı bir yorumdur. Yetki gaspıdır. Temel hak olan dava hakkına, yargıya erişimin kısıtlanmasında kriterlere de açıkça aykırıdır.

TBK m.146’daki kanuni süreye istisna olan “makul süre zamanaşımı” tayin ve takdir yetkisini kullanan her yargıcın akıl yürütmesiyle oluşturup-belirlediği öznel (sübjektif) süre olup, objektif (nesnel) bir süre de değildir. Bu sürenin ne kadar olacağı yargıcına göre değişken olacaktır (1, 2, 3, 4, 5 yıl gibi).

Ayrıca ve önemle, bu durum “aslın varlığı, istisnanın yokluğu esastır.” yorum ilkesine de aykırıdır. Aynı uyuşmazlıkta, gerek ilk derece mahkemesi gerekse istinaf ve içtihat mahkemesi farklı “makul süre zamanaşımı” belirleyip uygulama hak ve yetkisini kullanarak Anayasa’nın 10/2 maddesindeki eşitlik ilkesinin de zedelenmesine neden olacaktır.

İstisna, kaidenin yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla, bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama (kanun koyucu) aittir. İstisna, kaideyi koyan makam olan kanun koyucu tarafından konulur. Dolayısıyla yargı organı, uygulayacağı genel kurala, yorum yoluyla istisna getiremez. Yorum yoluyla genel kurala istisna getiren yargı organı yasama yetkisini gasp etmiş olur. “Kanunun ayırım yapmadığı yerde yorumcu da ayırım yapmamalıdır.” Kuralı gereği, hüküm konulurken kanun koyucu genel ifadeler kullanmış ise, kanunun kullandığı ifadeden mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir. Kanunun ayırma gitmediği yerde, yorumcu da ayırım yapamaz.

Bireylerin yargıya erişimini etkin olarak sağlamak, mülkiyet ihlalinin tespitini yargısal yolla gerçekleştirmek Devlet’in Anayasa ve AİHS’den doğan pozitif yükümlülüğünün vazgeçilmez sonucudur.

Nitekim Anayasanın 124, 125, 153 maddelerinde, yasaların, karar-namelerin, kararların, YİBK Kararlarının, tüzüklerin, yönetmeliklerin, Anayasa Mahkemesi' nin norm denetimi nedeniyle verdiği iptal kararlarının Resmi Gazete' de yayımlanması zorunludur. Bu zorunluluk, ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik, hukuki güvenlik, sorumlu olabilmenin ön koşuludur. Eldeki dosyaya emsal 10.03.2009 tarihli Rimer ve diğerleri/ Türkiye kararında aynen; *“Kanunda orman kadastro komisyonlarınca düzenlenen tutanaklara karşı dava açmak için öngörülen sürenin ancak ilgili şahsın etkin ve yeterli bir şekilde bilgi sahibi olmasından sonra başlayabileceği, bu tutanakların köy kahvesinde ilan edilmesinin doğru ve gerektiği şekilde tebliğ için yeterli olmadığı (ilanen tebligat dahi yeterli değil) tabiat ve ormanların, daha genel anlamda çevrenin korunması amacıyla mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklara müdahalede bulunulabileceği fakat mülkün gerçek değerine göre makul kabul edilebilecek bir tazminat ödemededen mülkiyetten mahrum bırakmanın 1 No.lu Ek Protokol' ün m.1 bakımından aşırı zarar oluşturduğu, dolayısıyla mülk sahiplerine hiçbir tazminat ödenmemesinin kamu yararı ile temel insan haklarının korunması arasında oluşturulması gereken doğru dengeyi başvuranlar aleyhine bozduğu sonucuna varılmaktadır.”* denilmiştir. Bu davaların temel dayanağını oluşturan Dürri Mazhar Çeviker/ Türkiye Kararı da incelendiğinde on yıllık genel dava zamanaşımının uygulanmasına dair varılan sonuç sabit ve kesindir.

HGK Kararları ile açılan yargıya erişim- dava hakkı sağlandığına göre bu olanağın etkin olarak kullanılması için mülkiyet hakkı ihlal edilen kişilerin bu kararı (HGK) ve sağladığı dava hakkını öğrenmelerinin, ulaşılabilirliği imkanının yukarıda olduğu gibi bireylere duyuran ilan, tebliğ gibi usulüne uygun yöntemlerle sağlanması anayasal gereklidir.

Böyle bir durumun varlığı olmadığı halde, “makul süre” tayin ve takdirindeki gerekçelerle yargıya erişim hakkının süre yönünden kısıtlanması, pratikte dava hakkının kullanılmasının adil, hakkaniyetli olduğunu söylemeyi, iddia etmeyi meşruiyetten uzaklaştırmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin kararı; vatandaş ile devleti arasındaki uyumsuzlukta, devleti avantajlı kılan, bireyin zararının ödenmesi istemini kısıtlayan devletin borcunu ifa etmesini önleyen kusursuz tazminat sorumlulu-

ğundan beri kılan bir sonuç oluşturur ki, böyle bir hukuki kabul kamu vicdanının da adil ve hakkaniyetli kabul edilemez.

Devlet'in borcu eksik borç (obligatio naturalis) haline gelir ki, dava hakkını veren devlet, bu hakkın kendisine karşı kullanılmasını, kendi yararına kısıtlayamaz. Bu durum, "*başkasının zararına zenginleşme adalet duygusu ile bağdaştırılamaz.*" şeklinde ifade edilen evrensel ilkeye de uygun değildir.

KAYNAKÇA

Abadan Y, Akit Serbestisi ve Zamanaşımı (HGK 07.11.1951 T. 168/64-27)

AIHM, Dürri Mazhar Çevik Asuman Münire Çevik Dağdelen/ Türkiye Davası, Başvuru No: 2705/05, 14/04/2014

Anayasa Mahkemesi, S. S. Teos Tatil Köyü Altyapı Kooperatifi Başvurusu, B. No: 2017/20651, 21/10/2020

Anayasa Mahkemesi, Yaşar Çoban Başvurusu, N. No: 2014/6673, 25/7/2017

Olgaç S, Borçlar Hukuku, BK Şerhi Vol. 1, 2, 3 (1st edn, Olgaç Matbaası 1976)

Tunçomağ K, Borçlar Hukuku I, BK Şerhi (6th edn, Sermet Matbaası, 1976)

Tutumlu MA, Türk Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımı ve Uygulaması (1st edn, Kazancı Hukuk Yayınları 1991)

Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836

Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer)

Von Tuhr A, Borçlar Hukuku 1-2, BK Şerhi (Cevat Edege tr, 1st edn, Filiz Kitapevi 1983)

