

**TAPU SİCİLİNE KAYITLI TAŞINMAZLAR BAKIMINDAN
OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI İLE
TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANIMINDA
MİRASÇILAR ARASINDA ZAMANAŞIMININ
İŞLEMESİ SORUNU**

*Yrd.Doç.Dr. Hakan ALBAŞ**

I. GİRİŞ

Türk - İsviçre Hukuk sistemlerinde tapu siciline kayıtlı taşınmazlarda aynı hakların kazanılmasına yönelik temel ayrımlardan biri, tescille ve tescilsiz kazanmadır¹. Bu ayırım içerisinde aynı hakların kazanılmasında esas olan ilke tescil ilkesi olup, tescilsiz kazanma veya sicil dışı kazanma, ancak yasanın öngördüğü hallerde mümkün olabildiğinden, istisnai niteliktedir. Temel ilke olan sicille kazanmada, aynı hakların kazanılması ancak tapu sicilinde yapılacak tescile bağlıdır. (MK.m. 705/I, 1021/I; Art.656 Abs.1, Art.971 Abs.1 ZGB)². Hak sahibine tanıdığı yetkiler itibariyle aynı hakların en geniş

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bu ayrımlar için bkz. Tescil ile kazanıma ilişkin esaslar hakkında bkz. **Akipek**, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet, Ankara, 1971, sh. 99 vd.; **Oğuzman/Selici**, Ö./**Oktay-Özdemir**, S., Eşya Hukuku, B.11, İstanbul 2006, sh. 287 vd.; **Ertaş**, Ş., Eşya Hukuku, 8.Bası, Ankara, 2008, sh. 283 vd.; **Karahasan**, M.R., Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku C.I., 2002 İstanbul, sh. 522 vd.; **Liver**, P., Schweizerisches Privatrecht, Hrsg. **Meier-Hayoz**, Arthur, Band. V/1, Das Eigentum, Basel und Stuttgart, 1977, §23, sh. 134 vd.; **Meier-Hayoz**, Arthur, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band IV, Das Sachenrecht, Unveränderter Nachdruck, Bern, 1974 Art.656, Nr. 1-3.

² Tescil ile kazanıma ilişkin esaslar hakkında bkz. **Akipek**, (Mülkiyet), sh. 101 vd.; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh.287 vd.; **Ertaş**, sh. 283 vd.; **Liver**, § 23, sh. 134 vd.; **Meier-Hayoz**, Arthur, Art.656, Nr. 1-3; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, C.I, 5. Bası, İstanbul 1989, sh. 723 vd.; **Akkanat**, Halil, Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması, İHFD, Cilt:LXII S.1-2, 2004, sh. 317 vd

olanı mülkiyet hakkının kazanılmasında da, ilke olarak tescil ilkesinin benimsendiğini, Medeni Kanunumuzun 705/I. maddesindeki (Art.656 ZGB) düzenlemeden açık olarak görmek mümkündür. Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanmanın istisnası sicil dışı kazanma veya tescilsiz kazanma halleridir³. Taşınmaz mülkiyetini tescilsiz kazanımına yönelik önemli haller Medeni Kanunumuzun madde 705/II. c.1'deki hükmünde, "*Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır.*" şeklinde belirtilmiştir⁴. Her ne kadar taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılması mümkün ise de, MK.m.705/II. c.2'de (Art.656 Abs.2 ZGB), taşınmazı kazanan hak sahibinin, taşınmazı üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlanmıştır.

Tescilsiz kazanmaya ilişkin olarak, MK.m.705/II'de olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ayrı bir kazanma sebebi olarak belirtilmemişse de, MK.m.713'ün olağanüstü zamanaşımına ilişkin hükmünden, olağanüstü

³ **Meier-Hayoz**, Art.656 Nr. 1; **Akipek**, (Mülkiyet), sh. 99-100; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 287'de Bu ayrımı Tescille kazanma- Tescilden önce kazanma olarak ifade etmektedir. Bu ayırmadaki tescilden önce kazanma ifadesi, konuyu tam olarak karşılamamakta olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki, Medeni Kanunun 712 ve 713. maddesinde konu olağan zamanaşımı ve olağanüstü zamanaşımı ile kazanma biçiminde bir ayrım, tabii tutulmuştur. Kısaca Olağan zamanaşımı ile kazanmada, Tapu kütüğünde bir kayıt vardır, ancak iyiniyetli kayıt sahibi, bazı sebeplerden mülkiyeti kazanamamıştır. Tapu sicilinde malik görünen kişi yasanın öngördüğü şartların gerçekleşmesiyle taşınmazın mülkiyetini kazanır ve onun hakkına itiraz edilemez. Dolayısıyla burada, mülkiyetin kazanılması, tapu sicilindeki tescilden önce değildir. Aynı şekilde olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı bakımından, yolsuz tescil sahibinin iyiniyetli olmasa dahi, mülkiyet hakkını MK.m. 713'deki şartları gerçekleştirdiği anda kazanacağı kabul edilmektedir. Burada da, iyiniyetli olmayan yolsuz tescil sahibinin, taşınmaz mülkiyetini kazanması, tescilden önce değildir. Meseleyi ifade etmek için, "taşınmazın zamanaşımı ile kazanılması", "zilyetlik yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılması" ifadeleri kullanılabilir gibi, biz "taşınmazın tescilsiz kazanılması" ifadesini kullanacağız.

⁴ İsviçre Medeni Kanununun, Medeni Kanunumuzun 705/II'yi karşılayan hükmünde (Art.656 Abs.2 ZGB) de kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımı, açık olarak belirtilmemiş; kazandırıcı zamanaşımı ile kazanma terimi (Ersitzung) her iki hükme de konmamıştır. Bununla birlikte bunu bir eksiklik olarak görmemek gerekir. Çünkü, MK.m.705/II hükmünde "kanunda öngörülen diğer haller" ifadesi, kazandırıcı zamanaşımı ile tescilsiz kazanma biçimini de kapsar. Aynı şekilde Art.656 Abs.2 ZGB'de bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen, aynı husus tartışmasıdır.

kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanma biçimlerinden biri olduğu görülmektedir⁵.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının esasları Medeni Kanunun 713. maddesinde düzenlenmiştir. Medeni Kanunumuzdaki düzenlemede, önceki Medeni Kanunumuzun 639. maddesinden farklı olarak bazı hüküm değişikliklerine gidilmiştir⁶.

Çalışmanın konusunu tapu siciline kayıtlı taşınmazların olağanüstü kazanımında mirasçılar arasında zamanaşımının işlemeyeceğine ilişkin Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı⁷ sonucu yerleşik uygulaması ve öğretideki bu yöndeki görüşlerin değerlendirilmesidir. Aşağıda önce olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına yönelik genel esaslara kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

II. OLAĞANÜSTÜ KAZANDIRICI ZAMANAŞIMININ ŞARTLARI

Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanımı esas itibarıyla Medeni Kanunumuzun 713. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hukukumuz bakımından olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, değişik tarihlerde yürürlükte bulunan tapulama ve kadastro kanunu hükümleri de uygulama alanı bulmuştur⁸. Ancak bu çalışmamızda Medeni Kanun hükümlerini esas aldığımız için kadastro kanunu çerçevesinde zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımına ilişkin hükümlere değinmeyeceğiz.

⁵ Karş. dn.3'de atıf yapılan eserler ve aynı sayfalar.

⁶ Bkz. MK.m.713. madde gerekçesi; Gerekçe için ayrıca bkz. **Ertaş, Ş./Koç, N.**, sh. 891-893

⁷ Yargıtay uygulamasına esas olan İçtihadı Birleştirme Kararları için bkz. **Düzceer**, Ali Rıza, Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1994, sh. 564 vd.; YİBK, 26.5.1954, 7/17 (Y.İçB.K. Hukuk Bölümü) C.4, sh. 573; Y.16.HD.28.1.2002, 497/307 (YKD. C.2002/8, sh. 1221); **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 354; Meier-Hayoz, Art.661, Nr. 1; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 587; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 746-747; Oktay, S., Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990, sh. 80-81.

⁸ Konuya ilişkin kanunlar için bkz.Oktay, sh. 13-22; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 341.

Medeni kanunumuzun 713. maddesinde düzenleme şu şekildedir:

“Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir.

Aynı koşullar altında, maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce ölmüş ya da hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir.

Tescil davası, Hazineye ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözüken kişinin mirasçılara karşı açılır.

Davanın konusu, mahkemece gazeteyle bir defa ve ayrıca taşınmazın bulunduğu yerde uygun araç ve aralıklarla en az üç defa ilân olunur.

Son ilândan başlayarak üç ay içinde yukarıdaki koşulların gerçekleşmediğini ileri sürerek itiraz eden bulunmaz ya da itiraz yerinde görülmez ve davacının iddiası ispatlanmış olursa, hâkim tescile karar verir. Mülkiyet, birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur.

Davalılar ve itiraz edenler, aynı davada kendi adlarına tescile karar verilmesini isteyebilirler.

Kararda, tescili istenilen taşınmazın niteliği, yeri, sınırları ve yüzölçümü belirtilir ve karara, uzmanlarca düzenlenen teknik bilgileri içeren krokisi de eklenir.

Özel kanun hükümleri saklıdır.”

Hükmü dikkate aldığımızda, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasına ilişkin şartlar, 1) Taşınmaza, 2) Ziyetliğe, 3) İtiraz süresi içinde itiraz yapılmamasına ilişkin olarak üç başlık altında ele alınabilir⁹.

⁹ Şartlar için bkz. 26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG. 9.9.1954, sayı. 8798); **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 341; **Ertuş**, sh. 323 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 730 vd.; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 524 vd.; **Akipek**, sh. 138 vd.; **Sapanoğlu**, S., Tapulu Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu dışı Yollardan Kazanılması, B.2 Ankara, 2009, sh. 23 vd.; Roma hukukunda Kazandırıcı

1. Taşınmaza İlişkin Şart

Medeni Kanunumuzun 713. maddesine göre, tapu kütüğüne kayıtlı olmayan veya tapu kütüğünden malikinin kim olduğu anlaşılamayan veya malikinin yirmi yıl önce ölmüş ya da hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazların olağanüstü kazandırıcı zamaşaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılması mümkündür. Bu esastan hareket ettiğimizde, Tapu kütüğüne kayıtlı bulunan ve malikinin kim olduğu bilinen taşınmazların olağanüstü kazandırıcı zamaşaşımı ile mülkiyetinin kazanılması mümkün değildir.

Olağanüstü Kazandırıcı zamaşaşımı ile mülkiyetinin kazanılmasına konu olabilecek taşınmazlar, Medeni Kanunun 704 ve 998. maddelerine göre belirlenir¹⁰. Öncelikle özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazların mülkiyeti, tapu kütüğüne kayıtlı olsun veya olmasın olağanüstü kazandırıcı zamaşaşımı yoluyla kazanılamaz¹¹. Ayrıca özel mülkiyete elverişli olabilecek bazı taşınmazların dahi olağanüstü kazandırıcı zamaşaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılması özel bazı kanunlarla sınırlanmıştır¹². Dolayısıyla olağanüstü kazandırıcı zamaşaşımı ile kazanılabilecek taşınmaz mülkiyetinin konusunu esas itibarıyla, tapu kütüğüne kayıtlı olsun veya olmasın araziler, tapu kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler ile oluşturmaktadır¹³. Paylı mülkiyete (müşterek mülkiyete) tabi taşınmazlarda, taşınmaz payları da taşınmaz niteliğinde olduğundan, olağanüstü kazandırıcı zamaşaşımı yoluyla kazanılabilir¹⁴. Buna karşılık elbirliği ile (iştiyak halinde) mülkiyete tabi bir taşınmazda, ortaklık payının zamaşaşımı ile kazanılması mümkün değildir¹⁵.

Yukarıda kısaca belirtilen özellikleri taşıyan taşınmazların Medeni Kanunumuzun 713. maddesindeki açık ifadesine göre, olağanüstü kazandırıcı

zamaşaşımı için bkz. **Günel**, Nadi, Roma Hukukundan Günümüze, Kazandırıcı Zamaşaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (usucapio), Ankara, 2006 sh. 35 vd.

¹⁰ **Ertaş**, sh. 324; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 524 vd.

¹¹ **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 344; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 524.

¹² Bu konuda bkz. **Ertaş**, sh. 324-326; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 344-348.

¹³ **Meier-Hayoz**, Art.662, Nr. 10; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 336; **Ertaş**, sh. 320.

¹⁴ **Meier-Hayoz**, Art.662, Nr. 10; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 336; **Ertaş**, sh. 320.

¹⁵ **Meier-Hayoz**, Art.661, Nr. 9; **Ertaş**, sh. 320.

zamanaşımı yoluyla tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının mülkiyetinin kazanılması mümkündür¹⁶.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımında taşınmaza ilişkin olmak üzere aranan diğer bir şart, taşınmaz malikin kim olduğunun bilinmemesidir¹⁷. Bu şartın tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından kendiliğinden mevcut olduğu kabul edilmelidir¹⁸. Buna karşılık tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından, malikin tapu kütüğünden kim olduğunun anlaşılacağı veya maliki yirmi yıl önce ölmüş ya da maliki hakkında gaiplik kararı verilmiş olan taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasının mümkündür.

Kanunda belirtilen tapu kütüğünden kim olduğunun anlaşılabilmesi ifadesinden, malik sütununun boş olması veya bundan başka genel olarak, tapu kaydında kimliğin şüpheli veya malikin tespitinde yetersiz olmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁹. Yargıtay uygulamalarında da bu hususun benzer şekilde olduğu kabul edilmektedir²⁰.

Medeni Kanundaki düzenlemeden, yirmi yıl önce ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş bir kişi adına tescil edilmiş taşınmazlarda, olağanüstü zamanaşımıyla kazanma imkânı kabul edildiğinden, tapu kaydında var olan tescilin gerçek anlamda maliki gösteren bir tescil niteliği taşımadığı kabul edilmelidir²¹. Miras hukuku sistemimize göre, ilke olarak mirasçısız tereke olamayacağından, ölmüş olan kişinin mirasçısının bulunması olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımını engellemez²². Çalışmamızın

¹⁶ **Ertas**, sh. 324.

¹⁷ **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 348; **Akipek**, İkinci Kitap, sh. 139-140.

¹⁸ **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 348; **Akipek**, İkinci Kitap, sh. 140-141.

¹⁹ **Meier-Hayoz**, Art.662, Nr. 6.; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 348-349; **Ertas**, sh.327.

²⁰ Bkz. Y.14.HD. 14.6.1979 T., E.2568, K.3414, (YKD. 1979/11, sh. 1623); 8.HD. 31.1.1969 T. E.249, K. 396; 8.HD. 17.6.1967 T. E.1816, K. 3415; 8.HD. 23.6.1966 T. E. 5096, K. 4504; HGK.10.4.1991 T. E.991/8-51, K.194 (Kararlar için bkz. **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 583-585).

²¹ **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 349.

²² **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 349 ve dn. 556'da anılan kararlarda bu imkân mirasçı olmayan üçüncü kişilere tanınmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 359.

konusunu bu konudaki, gerekçelerini aşağıda tartışacağımız temel yargı oluşturmaktadır.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımına, hakkında gaiplik kararı verilen bir kişi üzerine kayıtlı olan taşınmazlar da konu olabilmektedir. Burada önemli olan husus malik hakkında Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde gaiplik kararının, kişisel duruma ilişkin bir karar olması nedeniyle, kesinleşmesi gerektiğidir²³. Aşağıda da belirtileceği üzere gaiplik kararının hüküm ve sonuçları MK.m.35/II hükmü çerçevesinde olmasına rağmen²⁴ zilyetliğin başlangıcının kararın kesinleşmesinden itibaren olacağı kabul edilmektedir²⁵.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılabilmesi için, taşınmaz malikinin yirmi yıl önce ölmüş olması veya gaipliğine karar verilmiş olması gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen, kazandırıcı zamanaşımına konu olabilecek taşınmazın maliki tüzel kişi ise, tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın zamanaşımı ile kazanımının mümkün olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Tüzel kişilerin gaipliği söz konusu olmayacağına göre, bu durumda, tüzel kişiliğin sona ermiş olmasının ölüme eş sayılması gerektiği kabul edilmelidir²⁶.

2. Zilyetliğe İlişkin Şart

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyeti kazanacak kişinin malik sıfatı ile davasız ve aralıksız yirmi yıl süreyle taşınmaza zilyet bulunması diğer bir yasal unsurdur.

Bu unsur incelendiğinde taşınmaz mülkiyetinin kazanımında ilk olarak malik sıfatı ile zilyet olunması gerekmektedir. Zilyetliğin malik sıfatı ile olup olmadığı, zilyedin iradesine bağlıdır²⁷. Genellikle başkasının üstün zilyetliğini

²³ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh. 350.

²⁴ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh. 350.

²⁵ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh. 350; Karahasan, Eşya Hukuku C.I, sh. 589-590.

²⁶ Meier-Hayoz, Art.662, Nr. 8; Ertaş, sh. 328.

²⁷ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh. 352'de, Zilyetin malik sıfatı ile olup olmaması, zilyedin davranışına bağlı olduğu ifade etmektedir. Oysa zilyetliğin türü mal fiilen hakimiyetinde bulunduran kişinin, tereke üzerindeki mirasçıların zilyetliği bir tarafa bırakılırsa, ilke olarak iradesi çerçevesinde belirlenmesi esastır. Bununla birlikte zilyet iradesini dış dünyaya yansıyan davranışlarla açığa vurmuşsa, zilyetliğin türünün belirlenmesinde bu davranış biçimlerinin dikkate alınacağı da dikkatten uzak tutulmaması gerekmektedir. Bu konuda bkz. (Karahasan, Eşya Hukuku C.I, sh. 592); Akipek, İkinci Kitap, sh. 142.

tanımama iradesiyle mala zilyet olan kişi malik sıfatıyla zilyet olarak kabul edilmelidir²⁸.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmazın mülkiyetini kazanmak isteyen kişi, malik sıfatı ile zilyetlikten kendi lehine bir hak çıkardığından, malik sıfatı ile zilyetliğini ispat yükü altındadır. Fiili durum olan zilyetliğin, malik sıfatıyla olup olmadığının belirlenmesinde, her türlü ispat aracıyla ispat edilebilir²⁹. Bu noktada, malik sıfatıyla zilyedin dış dünyaya yansıyan davranışları önem taşımaktadır.

Malik sıfatıyla zilyetlik fiil ehliyetine sahip gerçek kişiler³⁰ bakımından söz konusu olabileceği gibi tüzel kişiler bakımından da söz konusu olabileceği kabul edilmelidir. Bu sayede, tüzel kişilerinde olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyeti kazanabilirler yeter ki, statüleri buna imkân (ultravires) versin³¹.

Malik sıfatıyla zilyetlik bir kişi tarafından tesis edilebileceği gibi birden fazla kişinin de müştereken veya elbirliği ile zilyet olması mümkündür. Bu durumda müştereken veya elbirliği ile zilyetlerin yasanın aradığı diğer koşulları sağlamak kaydıyla olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetini kazanmaları mümkündür³².

²⁸ **Meier-Hayoz**, Art.662, Nr. 12; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 352; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 354; **Ertaş**, sh. 79-80; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 591; Yargıtayın görüşü için bkz. ve krş. Y.8.HD 17.2.1966 T., E.5649, K.779 ile Y. 7.HD. 16.10.1975 T. E.4712, K.5239 (**Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 591).

²⁹ **Meier-Hayoz**, Art.662, Nr. 12; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 591; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 353; **Akıpek**, İkinci Kitap, sh. 142.

³⁰ Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında kazanan kişinin hak ehliyetine sahip olması ayrıca incelenmesi gerekmeyen bir unsur olarak değerlendirilmekte birlikte, somut olayda, taşınmazı kazanacak kişinin bu ehliyetinin var olup olmadığının araştırılması gerekebilecektir. Malik sıfatı ile zilyetliğin tesisi bakımından hak ehliyeti önemli sayılmasa da, taşınmazı hukuki yollardan elde edemeyen ve hak ehliyetine sahip olmayan kişilerin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılabileceğini hukuken kabul etmek mümkün değildir. Bu konuda bkz. Y.8.HD. 21.10.1986 T., E.1986/9681, K.1986/10741 (YKD, 1987, sayı 2, sh. 224), ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 745, dn.12a; **Oktay**, sh. 110-111.

³¹ Bkz. **Oktay**, sh. 113 vd.

³² Bkz. **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 651; Y.8. HD.2.4.1974 T. E.2225, K.3427 (**Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 651).

Malik sıfatı ile zilyetlik unsuruna yönelik olarak, mirasçılar arasında zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyeti kazanılamayacağı, mirasçılarının birbirine karşı malik sıfatıyla zilyetliğe dayanarak hak kazanmalarının mümkün olamayacağı yargısı, özellikle Yargıtay uygulamalarında bulunmaktadır³³.

Olağanüstü Kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımında malik sıfatıyla zilyetlik zilyetliğe ilişkin tek unsur değildir. Medeni Kanunun 713/I hükmüne göre, malik sıfatıyla zilyetliğin davasız ve aralıksız yirmi yıl süreyle olmasını aramaktadır. Zilyetlik şartı bakımından aranan bu sınırlama, yürürlükten kaldırılan Medeni Kanunumuzun 639. maddesinde “nizasız ve fasılasız” yirmi yıl olarak ifade edilmişti. Bu ifade Medeni Kanununun 713. madde gerekçesinde belirtildiği üzere, özellikle “nizasız” olma şartı yani çekişmesiz olma şartı belirsiz bir nitelik taşıdığı kabul edilerek, onun yerine “davasız” sözcüğünün kullanılması uygun görülmüştür³⁴. Gerekçede de belirtildiği üzere, davasızlıktan anlaşılması gereken hususun, zilyede karşı bir istihkak veya müdahalenin önlenmesi davasının açılmış olması ve doğal bir sonuç olarak da olumlu sonuçlanması gerekmektedir³⁵. Bize göre bu davalara, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 154. maddesinde düzenlenen ve takibi şikâyete bağlı “Hakkı olmayan yere tecavüz” suçu nedeniyle açılacak davaları da ilave etmek gerekmektedir. Bu yönde bir ceza davası açılmış ve zilyet mahkûm olmuşsa, Medeni kanunun 713. madde anlamında davasız zilyetlik şartının gerçekleşmediği sonucuna varılmalıdır. Malik sıfatıyla zilyetlik davasız ve “aralıksız” yirmi yıl sürmelidir. Aralıksız zilyetlikten anlaşılması gereken, yirmi yıl süre içerisinde taşınmaz mülkiyeti üzerindeki malik sıfatıyla zilyetliğin kaybedilmemesi olarak anlaşılmalıdır³⁶. Zilyetliğin kaybı, zilyedin iradesine dayanabileceği gibi, iradesi dışında da

³³ **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 354; Bkz. **Oktay**, sh. 80, 81; **Liver**, §24, sh. 152 dn.21 ve sh. 153; YİBK, 26.5.1954 T. E.7, K.17 (Karar ve değerlendirilmesi için bkz. **Oğuzman**; M.K., İBD., C.XXVIII, Sayı. 7-8, 1954, sh. 436-444); Y. 16.HD. 28.1.2002 E.497, K.307 (YKD. 2002, sayı. 8, sh. 1221).

³⁴ Madde gerekçesi için ayrıca bkz. **Ertas/Koç**, 713.madde Gerekçesi, sh. 891-893.

³⁵ Ayrıca Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 751; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 356; **Ertas**, sh. 329; HGK. 29.11.1969 T. E.967/7-656, K.852 (**Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 597); **Akıpek**, İkinci Kitap, sh. 143.

³⁶ **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 357; **Ertas**, sh. 329; **Meier-Hayoz**, Art.662, Nr. 17 ve Art.661, Nr. 19 ff.; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 599-600; **Akıpek**, İkinci Kitap, sh. 144.

gerçekleşebilir³⁷. Zilyetliğin geçici kaybı, zilyetliğin kaybı olarak kabul edilmediğinden (MK.m.976), zamanaşımının işlemlerini engellemez³⁸. Zilyetlikten yararlanma şartlarını taşıyan her zilyet aynı şartlara sahip önceki zilyedin zilyetlik süresini kendi zilyetlik süresine ekleyebilir³⁹.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyeti, kanunun aradığı şartların tamamının gerçekleşmesiyle kazanılacağından, zilyetliğe ilişkin yirmi yıllık sürenin başlangıcı önem taşımaktadır. Yirmi yıllık sürenin başlangıcı malik sıfatı ile zilyetliğin kurulduğu andır⁴⁰. Zilyetliğin başlangıç anı, zilyedin taşınmaza malik sıfatıyla zilyet olma iradesinin olduğu andır. Bunun için zilyedin, ne malik olmaya ne de kendisini malik saymasına gerek bulunmaktadır⁴¹. Bunun için zilyedin meşru veya hukuki bir sebebe dayanması gerekli değildir. Yeter ki zilyet, malik sıfatıyla zilyetlik için gereken ayırtım gücüne sahip olsun⁴². Dolayısıyla, maddi hukuk bakımından yirmi yıllık zamanaşımının başlangıç anı malik sıfatıyla zilyetliğin tesis edildiği an olarak kabul edilmesi gerekli olmasına rağmen, bu anın ispatında hiç şüphe yoktur ki, ispat hukukuna yönelik birçok zorluklar beraberinde gelecektir.

3. İtiraz Süresi İçinde İtiraz Yapılmaması

Medeni Kanunumuzun 713. madde hükmü, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, zilyedin başvurusu ile mahkemenin yapacağı ilan ve verilen itiraz süresinin işlevi hakkında, önceki Medeni Kanun döneminde mevcut tereddütleri ortadan kaldırmıştır⁴³.

³⁷ Zilyetliğin kaybedilmesi için bkz. **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 599-600; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 74 vd.; Ertaş, sh. 88.

³⁸ **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 600; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 75; Ertaş, sh. 88.

³⁹ **Oktay**, sh.77 vd.; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 357; **Ertaş**, sh. 230.

⁴⁰ **Oktay**, sh. 87; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 358.

⁴¹ **Oktay**, sh. 78.

⁴² **Oktay**, sh. 78.

⁴³ Önceki Medeni Kanunumuzun konuya ilişkin tartışmaları ile ilgili olarak bkz. **Oktay-Özdemir**, S., Türk İsviçre Hukukunda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin Kazanılma Anına İlişkin Görüşler Işığında 4.12.1998 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2002, sh. 627 vd.; Ayrıca bkz. MK.713. madde gerekçesi. Gerekçe için bkz. **Ertaş, Ş./Koç**, N., sh. 891-893.

Hükümde, taşınmaz mülkiyetinin, malik sıfatıyla davasız ve aralıksız yirmi yıl zilyetliğin gerçekleştiği anda kazanılacağı kabul edilmiş ve üç aylık ilan süresi içinde söz konusu olabilecek itirazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı şartlarına yönelik olacağı düzenlenmiştir. Mevcut bu düzenleme ile konuya bir kesinlik ve açıklık yasa ile getirilmiş bulunmaktadır. Önceki Medeni Kanunumuzun konuya ilişkin 639. maddesindeki düzenleme bakımından mülkiyetin kazanılması anı farklı fikirleri de beraberinde getirmiştir⁴⁴. 4721 sayılı Medeni Kanunumuz bu konuya getirdiği düzenlemeyle açıklık getirmiştir.

Olağanüstü Kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetini kazanmak isteyen kişinin, öncelikle taşınmazın kendi adına tescili için bir dava açması gerekecektir. Bu tescil davasının, Hazineye ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözüken kişinin mirasçılara karşı açılması gerekmektedir.

Bu davanın açılmasından sonra mahkeme davanın konusunu gazeteyle bir defa ve ayrıca taşınmazın bulunduğu yerde uygun araç ve aralıklarla en az üç defa yayınlayacaktır. Hüküm her ne kadar dava konusunun ilanından bahsetse de, burada taşınmazın yeri ve niteliklerinin ilanda yer alması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁵.

Mahkemenin yapacağı son ilandan sonra, ilgililerin itiraz hakkı gündeme gelmektedir. İlgililer son ilandan itibaren üç ay içinde itiraz hakkına sahiptirler. Bu durumda ilgililer, itiraz süresinde bir itirazda bulunmayabilirler. Eğer süre sonuna kadar itiraz olmazsa, mahkeme taşınmazın mülkiyetinin zilyet adına yapılmasına karar verecektir. Buna karşılık, süre içerisinde ilgililer itiraz edebilirler. Bu durumda ise, ilgililerin yapabilecekleri itiraz içerik olarak kanunda sınırlanmıştır. İtirazın içeriğinin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin kanunda öngörülmuş bulunan koşulların gerçekleşmediğine yönelik olması gereklidir. Bu ihtimalde, itiraz ya haklı görülür ya da reddedilir. İtiraz reddedilirse, mahkeme dava konusu taşınmazın davacı zilyet adına tesciline karar verecektir. Eğer itiraz yerinde görülürse, mahkeme davacı zilyedin talebini reddedecektir. Davalı veya itiraz edenler hali hazırda gerçek malikin kendileri olduğunu ileri

⁴⁴ Bu görüşler için bkz. **Oktay-Özdemir**, sh. 640-641; **Ertaş**, sh. 331.

⁴⁵ **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 359; **Ertaş**, sh. 330.

sürerlerse, aynı davada tescilin kendi adlarına yapılmasını da talep edeceklerdir (MK.m.713/VI)⁴⁶.

Mahkemenin tescile yönelik kararı kurucu değil açıklayıcı bir karardır⁴⁷. Mülkiyet yasanın açık ifadesiyle öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle zilyede geçer ve zilyet aslen taşınmaz mülkiyetini kazanmış olur⁴⁸. Mahkeme kararında tescili istenilen taşınmazın niteliği, yeri, sınırları ve yüzölçümü belirtilir ve karara, taşınmazın uzmanlarca düzenlenen teknik bilgileri içeren krokisinin de eklenmesi gerekir (MK.m.713/VII).

Burada şu iki konuya da değinmekte fayda vardır: Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyeti kazanılması geriye etkili mi olacaktır? Diğer ise, taşınmazın mülkiyet dışında, tescil edilmiş olan veya olmayan hakların geleceği ne olacaktır? Bir görüşe göre, kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanımı geriye etkilidir ve şahsi haklar zamanaşımının başlangıcıyla sona erer⁴⁹. Bu görüş, taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasında, kazanmanın asli bir kazanma çeşidi teşkil etmesi, yasada açıklık olmasa da, kazandırıcı zamanaşımı müessesinin sağladığı hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesine hizmet eden bir amaçla yasanın düzenlenmesine dayanmaktadır. Diğer görüş ise⁵⁰, şartların tamamlanması üzerine mülkiyet hakkının geriye etkili olarak kazanılmasının isabetli olmadığını ve şahsi hakların sona ermeceğini kabul etmektedir.

Taşınmaz üzerinde kayıtlı bulunan sınırlı haklar bakımından da, iki farklı düşünce bulunmaktadır. Bir görüş⁵¹, sınırlı aynı haklar bakımından taşınmaz kazanıldığında, hangi haklarla yükümlü ise, o şekilde mülkiyetin kazanılacağını kabul etmektedir. Diğer görüş ise⁵², olağanüstü taşınmaz mülkiyetinin kazanımının asli bir kazanma olması dolayısıyla aynı hakları da söndüreceği doğrultusundadır.

⁴⁶ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh. 359-361; Ertaş, sh. 331.

⁴⁷ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh. 361; Ertaş, sh. 333.

⁴⁸ Ertaş, sh. 333.

⁴⁹ Bu görüşler için bkz. Sungurbey, (İktisabi müruruzaman), sh. 85-86; Ertaş, sh. 333; Oktay, 134 vd.

⁵⁰ Bu görüş için bkz. Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh. 362.

⁵¹ Sungurbey, (İktisabi müruruzaman), sh. 86; Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, sh.362.; Karahasan, Eşya Hukuku C.I, sh. 680-681.

⁵² Ertaş, sh. 333.

Tapu siciline kayıtlı olmayan dolayısı ile üçüncü kişiler bakımından alenilik işlevini göremeyen taşınmazlar ayrık tutmak kaydıyla⁵³: Kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması anını yasa açık olarak şartların gerçekleştiği an olarak belirlemiştir. Önceki Medeni Kanunumuzun 639. maddesinde bu yönde bir açıklık bulunmamaktaydı⁵⁴. Medeni kanunda kazanma anı bakımından bir açıklık olmasına rağmen bu anın geriye etkili olup olmayacağı açık değildir. Geriye etkili değil dersek, mülkiyet hakkı dışında ve mülkiyet hakkına dayanılarak elde edilmiş ayni ve şahsi alacak haklarının devam ettiğini kabul etmek gerekecektir. Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımının asli bir kazanma çeşidi olduğu göz önüne alındığında, önceki mülkiyet haklarını sona erdiren bir sebebin, mülkiyet hakkı nedeniyle elde edilmiş hakları sona erdirdiğini, artık talep edilemez hale getirdiğini kabul etmek mümkündür. Hukuk düzenimizin bütünü düşünüldüğünde, 5237 sayılı Türk ceza Kanununun 154. maddesi bakımından, bir kimsenin hakkı olmadan başkasının taşınmazını malik sıfatıyla zilyetliğinde bulundurması, süreklilik arz eden, kesintisiz bir suçtur. Bu suçun dava zamanaşımı ise, TCK.m.66/b.6 hükmüne göre kesintinin gerçekleştiği andan itibaren başlaması gerekmektedir ve 1. bende göre de, suç beş yıldan az cezayı gerektirdiği için dava zamanaşımı sekiz yıl olarak belirlenmiştir. Burada sorun şudur: Malik sıfatıyla zilyet olan mülkiyeti kazandıktan sonra da, cezalandırılacak mıdır? Yoksa mülkiyeti kazandıktan sonra takibi şikâyete bağlı bu suç ortadan kalkacak mıdır? Cezalandırılır sonucuna varılırsa, Medeni Kanunun 713. maddesinin işlevi büyük oranda ortadan kalkmış olacaktır. Cezalandırılmaz dersek, belki de ceza hukuku bakımından kesintisiz suçlar bakımından takibi şikâyete bağlı bu suçun suç olma vasfını yitirdiğini kabul etmek gerekmektedir.

III. MİRASÇILAR ARASINDA ZAMANAŞIMININ İŞLEMEMESİ SORUNUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK

Mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının olamayacağına ilişkin sorunun önceki Medeni Kanunumuz dönemine ilişkin olmak üzere Yargıtay

⁵³ Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sungurbey**, (İktisabi müruruzaman), sh. 84 vd.; **Oktay**, 134 vd.; **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh. 676 vd.

⁵⁴ Bkz. 713. Madde gerekçesi, madde gerekçesi için bkz. **Ertaş, Ş./Koç**, N., sh. 892.

kararlarında ortaya çıkmasında kısaca tarihsel gelişimine değinmekte yarar bulunmaktadır⁵⁵.

Mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemesine ilişkin olmak üzere mevcut tartışmaların başlangıcını, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.9.1947 tarih ve 2453/4683 sayılı Kararı ile Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.12.1947 tarih ve 15579/12740 sayılı kararlarında konuya ilişkin içtihat farklılıklarının giderilmesi nedeniyle, 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme genel Kurulunun verdiği Karar oluşturmaktadır.

Önceki Medeni Kanun döneminde Yargıtay 27.4.1949 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında⁵⁶, “Medeni Kanun, mirasçılık hususunda aralarında bir ihtilaf bulunmayan mirasçılardan birinin, tereke malı olmak üzere öbürünün elinde bulunan maldan dolayı açacağı istihkak davasını mirasçı olmayan kimseler arasındaki istihkak davalarından ayırdetmemiştir Tarafların mirasçı olmaları, iktisap zaman aşımı müdafasında bulunmalarına engel teşkil etmez” şeklinde bir karar verilmiştir. Bu karardan sonra, 743 sayılı Medeni Kanunun 639.madde hükmü, 9 Mart 1953 tarih ve 6333 sayılı Kanunla, “ tescil ancak hakim hükmü ile olur” diyen son fıkrasını değiştirerek, ilana ve hasım göstermeye yönelik hükümler getirmiştir. Kanun hükmünün yayınlanmasından sonra Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Yargıtay Temyiz Baş reisliğine gönderdiği 2956 sayılı tezkerede, kısaca, kanunda yapılan değişiklikle 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının kısmi ekseriyetle değerini kaybettiği ifade olunmuştur. Bu tezkerede 27.4.1949 tarihli 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında varılan sonucun 6333 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle bağdaşmadığını ve İsviçre Federal mahkemesinin (BGE 1944 I 306) sayılı kararındaki gerekçeyi, mirasçılar arasında zamanaşımının işlemeyeceği ne yönelik gerekçeyi ileri sürmüştür. Bunun üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, “**mirasçılar arasında iktisabi müruru zaman def’inde bulunulmasını**” men edici bir karar olarak değerlendiren, 26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararını vermiştir. Bu karardan sonra, Yargıtay, tapuya kayıtlı olamayan taşınmazların zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin olan ve 5602 sayılı Kanunun 13. maddesinin D. bendi ile ilgili 15.5.1957 T. E.2, K.11 sayılı Yargıtay İçtihadı

⁵⁵ Konunun tarihsel bakımından ortaya çıkması için bkz. **Reisoğlu**, Sefa, Fevkalade Mururu Zaman ve İlgili İçtihadı Birleştirme Kararları, Doç.Dr. Nejat Bengül’e Armağan, SBFD, 1963, (sh. 361-389), sh. 368.

⁵⁶ RG. 27.7.1949, Sayı: 7264.

Birleştirme Kararlarında⁵⁷ mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceği sonucuna varmıştır. Aşağıda belirteceğimiz üzere, birçok yazar bu sonuca katılmamış olmasına rağmen, Yargı kararları bu içtihatlar doğrultusunda şekillenmiştir.

B. MİRASÇILAR ARASINDA OLAĞANÜSTÜ KAZANDIRICI ZAMANAŞIMININ İŞLEYİP İŞLEMeyeCEĞİNE DAİR GÖRÜŞLER

Mirasçılar arasında olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımına yönelik görüşlerin, zamanaşımının işlemeyeceğine ilişkin olmak üzere olumsuz ve işleyeceğine yönelik olmak üzere de olumlu görüşler olmak üzere iki ayrı başlık altında değerlendirmek mümkündür.

1. Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlemeyeceğine İlişkin Görüşler

Olumsuz olarak değerlendirdiğimiz, mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceği doğrultusundaki hukukumuzdaki mevcut görüşlerin temelinde iki etken yattığı kanaatindeyiz. Bunlar İsviçre öğretisinde Liver'in⁵⁸ konuya ilişkin düşüncesi ile Federal Mahkemenin konuya ilişkin vermiş olduğu (BGE 1944 I 306)⁵⁹ karardır.

İsviçre hukukunda **Liver**⁶⁰, konuya ilişkin olumsuz düşüncesinin iki hareket noktası olduğunu söyleyebiliriz. Bu hareket noktalarından ilki, ülkedeki tapu kayıtlarında taşınmazların azımsanamayacak ölçüde kök mirasbırakanın üzerinde görünmesi ve genellikle de gelenek gereği bazı mirasçıların bu taşınmazlara zilyet olmalarıdır. Eğer bu imkân mirasçılara tanınırsa diğer mirasçıların hak kaybına uğramalarının doğru olmayacağı sonucuna varmaktadır. Diğer hareket noktası ise, mirasçının zaten zilyet ve malik olduğunu ve olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetini kazanamayacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla, elbirliği ile malik olanların dışında bir başkasının ancak şartlarını yerine getirerek olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazanabileceğini kabul etmektedir.

⁵⁷ RG. 3.9.1957 Tarih, Sayı: 9696.

⁵⁸ **Liver**, SPR, § 24, sh. 152, dn.21 ve sh. 153-154.

⁵⁹ Karar ve Türkçe özeti için bkz. **Reisoğlu**, sh. 368-369.

⁶⁰ **Liver**, SPR, § 24, sh. 152, dn.21 ve sh. 153-154.

Federal mahkemenin konuya ilişkin (BGE 1944 I 306) kararında ise, “Tereke taksim edilmedikçe mirasçılar arasında Art. 598 ZGB (TMK.578)’e göre, miras sebebiyle istihkak davası ikame edilemez. Art. 604 ZGB. (TMK.m.583) uyarınca, her müşterek mirasçının, müruru zamana uğramayan taksimi isteme hakkı vardır. Böylece hisselerini isteme hakkı da, taksime kadar müruru zamana tabi değildir. Mirasa dahil malların heyeti umumiyesine zilyet bulunan mirasçı, yalnız kendisi için değil fakat bütün mirasçılar adına zilyet sayılır. Miras şirketi devam ettiği müddetçe Art.560/602 BGB (TMK.m.539/581)’inci maddeleri gereğince, bütün mirasçılar müşterek zilyet addolunur.” demektedir

Yargıtay uygulamalarında, mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceğine yönelik temel içtihatlar, 26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 15.5.1957 T. E.2, K.11 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı oluşturmaktadır.

26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı esas itibarıyla, Medeni Kanununun 639. maddesinde 6333 sayılı yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun verdiği kararın uygulanma imkânının kalmadığına yöneliktir. Kararın sonuç kısmında, “Kanun, fevkalâde müruruzaman sebebine müsteniden mülkiyet hakkı ihrazını eskilerine ilâveten yeni şartlarında tahakkukuna vâbeste kıldığından mirasçılık sıfatı sabit ve ihtilafsız bulunan bir mirasçıya karşı murisin ölümünden beri sicilde intikal yaptırmamış bulunan bir gayrimenkule malik sıfatıyla yirmi seneden beri zilyed bulunmuş olan mirasçının müstakilen gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkını ihraz edebileceğine dair 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Tevhidi İçtihat Heyeti Kararının 639 uncu maddenin 6333 sayılı Kanunla tadil edilmiş bulunan metindeki hükümlerle telifi mümkün olmadığından tatbik kabiliyetinin kalmadığına karar verildi.” denmektedir.

15.5.1957 T. E.2, K.11 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda Tapulama Kanununun 13/D bendi çerçevesinde, konuya ilişkin şu görüş kabul edilmiştir: “Memleketimizin kökleşmiş geleneklerine ve milli şuurumuzda yerleşmiş: Hakim telakkiye göre belediye sınırları dışında yani köylerde bulunan bir gayrimenkul üzerinde mirasçılardan sadece birisinin zilyet olması halinde, onun hem kendi adına ve hesabına, hem de diğer mirasçılar adına ve hesabına zilyet durumda bulunduğu kabul edilir. Bu görüş Medeni Kanun hükümlerine de aykırı değildir; zira bir kimsenin zımnî ve açık bir anlaşma

uyarınca başkaları adına ve hesabına zilyet olmasını Medeni Kanun kabul etmiştir. Bu itibarla, söz konusu bentteki malik sıfatıyla zilyet olma şartı, bu hallerde tahakkuk etmektedir; o halde bu bent hükmünün mirasçılar arasında tatbiki mümkün değildir. Esasen bu bendin Medeni Kanununun 639. uncu maddesinin birinci fıkrası hükmüne mütenazır olarak sevk edilmiş bulunması ve Medeni Kanunun, bu hükmünün mirasçılar arasında tatbik yeri olmadığını 26.5.1954 günlü ve 7/17 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla kabul edilmiş olması dahi bu görüşün doğruluğunu ayrıca göstermektedir.”

4721 sayılı Medeni Kanununun 713. maddesinin olağanüstü kazandırıcı zanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanım anını düzenleyen hükmü netlik kazanmasına rağmen, Yargıtay uygulamalarının, dava açılma tarihlerini esas alarak önceki Medeni Kanun zamanındaki verdikleri kararları izledikleri gözlemlenmektedir⁶¹.

Türk Hukuk öğretisinde de, bu görüşlerin gerekçesi açıkça belirtilmeden, genellikle kararlara yapılan atıfla yetinilerek desteklendiği görülmektedir. Bu anlamda :

Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir⁶², mirasçılar arasında zanaşımı ile kazanma mümkün olamayacağından, mirasçıların birbirlerine karşı malik sıfatıyla zilyetliğe dayanarak hak kazanmalarının mümkün olamayacağını kabul etmektedir.

⁶¹ Y. 8.HD. 21.2.2005 tarih E.2005/708, K.2005/1213; HGK, 9.6.2004 tarih, E.2004/7-327, K.2004/348 kararının gerekçesinde “Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 713. maddesi her ne kadar mülkiyetin, kazanım koşullarının gerçekleştiği anda doğacağını amirde de dava tarihinde bu kanun henüz yürürlüğe girmediğinden uygulama yeri bulamaz. Dava tarihinde uygulanması gereken, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 4.12.1998 gün ve 1996/4 Esas ve 1998/3 Karar sayılı ilamıdır. Bu kararda, Türk Kanunu Medenisinin 639/1 maddesine göre verilen tescil kararının yapıcı, kurucu, yenilik doğuran bir karar olduğu ve mülkiyet hakkının bu kararın kesinleştiği anda kazanıldığı ilkesi vurgulanmıştır.” denmektedir. Karar için bkz. (www.kazanci.com); 16.HD. 4.11.2003 tarih, E.2003/9064, K.2003/10237 karar özetinde “Mirasçılar arasında zanaşımı ile iktisap mümkün değildir. Mahkemece hiçbir delil toplanmaksızın ve tarafların bu konudaki beyanları alınmaksızın taşınmazların muristen kaldığının kabulü isabetli olmadığı gibi, kabule göre de mirasçılar arasında paylaşım olgusu kanıtlanmadan zilyetliğe değer verilerek uyuşmazlığın çözülmesi de doğru değildir. Eksik incelemeyle hüküm kurulması isabet-sizdir.” biçiminde açıklamalara yer verilmiştir. Karar için bkz. (www.kazanci.com).

⁶² **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 354.

Gürsoy/Eren/Cansel⁶³, 26.5.1954 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına yollama yaparak, müşterek mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının olamayacağını, diğer mirasçıların açacağı elatmanın önlenmesi veya taksim davasıyla hakkını alacağını savunmaktadır.

Karahasan⁶⁴, konuya ilişkin tartışma yapmadan 15.5.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına yollamayla mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının uygulanamayacağını kabul etmektedir.

Sapanoğlu⁶⁵, mirasçılar arasında kazanmayı sağlayan zilyetliğin işleme-yeceğini; taksime kadar tereke mirasçılar arasında ortak durumda olduğunu, bir mirasçının zilyetliğinin ortaklık adına geçmiş sayılacağını kabul etmekte ve konuya ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararlarındaki gerekçeleri onayladığı görülmektedir.

2. Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşleyeceğine İlişkin Görüşler

İsviçre hukukunda Liver'in görüşüne karşılık, **Maier-Hayoz**⁶⁶, olağan-üstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, taşınmaza ilişkin şartları açıklarken sadece, miras hissesinin kendisinin kazanılamayacağını belirtmekte; olağan kazandırıcı zamanaşımında, taşınmaza ilişkin şartların, burada da geçerli olduğunu söylemektedir. Olağan kazandırıcı zaman aşımına ilişkin açıklamalarında ise⁶⁷, miras sebebiyle istihkak davasında (Art. 599/II ZGB) belirtilen sınırlamalar hariç terekede yer alan taşınmaz hukuku bakımından bir önem taşımadığını kabul etmektedir.

Mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işleyeceğine yönelik olmak üzere, bağlayıcı nitelik taşıyan en önemli dayanak 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun verdiği karardır. Bu kararda, "Medeni Kanun, mirasçılık hususunda aralarında bir ihtilaf bulunmayan mirasçılardan birisinin tereke malı olmak üzere öbürünün elinde bulunan maldan dolayı açacağı istihkak davasını mirasçı olmayan kimseler arasındaki istihkak davalarından ayırt etmemiştir. Yabancı kimseler arasındaki istihkak davaları hangi hükümlere tabi ise mirasçılar arasındaki adi istihkak

⁶³ **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 567.

⁶⁴ **Karahasan**, Eşya Hukuku C.I, sh.587.

⁶⁵ **Sapanoğlu**, sh. 267-268.

⁶⁶ **Meier-Hayoz**, Art.662, Nr. 10.

⁶⁷ **Meier-Hayoz**, Art.661, Nr. 8.

davalarını da aynı hükümlere tabi kılmıştır. Bunlar için ayrıca bir hüküm koymamıştır.

Adi istihkak davalarında, dava edilenin ileri süreceği zamanaşımı iktisap zamanaşımıdır. Tarafların mirasçı olmaları, iktisap zamanaşımı müdafaasında bulunmalarına engel teşkil etmez. Bu husus Medeni Kanunun miras sebebiyle istihkak davasına ait onaltıncı babının beşinci faslıyla 638 ve 639. uncu maddelerinde toplanan hükümlerden açıkça anlaşılmaktadır. Görülüyor ki, Medeni Kanunda mirasçılar arasında zamanaşımının işlemeyeceğine dair bir hüküm yoktur. ...” denmektedir.

26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında **İmran Öktem ve K. Çoşkunoğlu** tarafından verilen muhalefet şerhinde ise “Türk Kanunu Medenisinin 639. maddesine dair 6333 sayılı kanun eski metnin 1 ve 2. fıkralarını aynen aldıktan sonra bu madde metninde usuli bir hüküm olarak tescil davalarında hazinenin ve ilgili amme hükmi şahsiyetinin hasım gösterileceğini ve ilgili olanların itilamı temin için kanun üç ay bekleneyeceğini ilave etmiştir. İlave edilen bu kısım umuma müteallik olup henüz tatbik görmediğine ve eski metnin aynen ipka edildiğine göre 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı tatbik kabiliyetini muhafaza ettiği gibi, İçtihadı birleştirme Kurulu’nda müzakere ve rey konusu olan hususu; Eski kanunu tevsir eden İçtihadı Birleştirme Kararı kanun değişmiş olması bakımından, meri ve muteber olup olmadığına mütedair olduğu halde her birisi ayrı müzakere ve içtihat mevzuu olan ve bil müzakere halledilmeyen hasım gösterme, ilan ve bekleme müddetlerinin mülkiyetin iktisabı için asli birer unsur olarak tavsifi ve nazariyatta münakaşa mevzuu olan leh ve aleyhte bir çok fikirler ortaya atılan ve 6333 sayılı kanun esbabı mucibesi ile telifi mümkün olmayan bu görüşün birer prensip olarak gerekçede ve hükümde yer almasını uygun bulmadığımızdan karara bu sebeplerle muhalifiz.”

Türk Hukuku öğretisinde konuya ilişkin tespit edebildiğimiz olumlu görüşler:

Reisoğlu⁶⁸, konuya ilişkin makalesinde, Medeni Kanun m.557 gereğince “terekeye veya bir kısmına vaziyet edenlere karşı kanuni veya mansup mirasçı sıfatıyla racih bir hakka malik olduğuna sahip olan kimse miras sebebiyle istihkak davasında bulunabilir.” 578 ve 579. maddelere göre ise, miras sebebiyle istihkak davası suiniyet sahibi zilyetlere karşı 30 yıl zarfında açılabilir.

⁶⁸ **Reisoğlu**, sh. 368.

Hasım bu davada iktisap zaman aşımı def'inde bulunamaz. Böylece, meselemizde halli gereken nokta miras sebebiyle istihkak davasının kimlere karşı açılabilceğinin tayinidir. Yazar, olumsuz kararın dayandığı zilyetlikle ilgili olarak da⁶⁹ TMK.m.539.'da belirtilen müşterek zilyetlik durumunun ancak, tereke mallarına bir başka kimsenin malik sıfatı ile zilyetliğini tesis edene kadar devam edebileceğini; Bu kimse mirasçı olabileceği gibi bir üçüncü kişi de olabilir. Mirasçı olduğunu bilmeyen müşterek mirasçılardan birinin, terekeye dahil mallar veya maldan biri üzerinde müstakilen, malik sıfatıyla zilyet olması halinde, müşterek zilyetlikten bahsetmenin doğru olmayacağını söylemekte ve müşterek mirasçılardan birinin tereke mallarına zilyet olması halinde, karine olarak, bu fiili hakimiyetin müşterek zilyetliğe tekabül ettiğini kabul etmek, müstakil zilyetlik iddiasında bulunanın bu durumu ispat külfeti altında olduğunu kabul etmenin yerinde olduğunu kabul etmektedir.

Sungurbey⁷⁰, mirasçılar arasında kazandırıcı zaman aşımının işleme-yeceği yolundaki İçtihadı Birleştirme Kararlarını eleştirmiştir. Yazara göre, iştirak halinde mülkiyet ilişkisinin bulunduğu durumlarda, iştirak halinde zilyetliğin bulunmasının zorunlu değildir. Tek başına zilyetlik bir hakka dayanabileceği gibi bir hakka dayanmayabilir. Mirasçılar arasında iştirak halinde zilyetlik vardır. Mirasçılardan birinin mala zilyet olduğu durumda, onun kendi adına ve diğer mirasçılar ad ve hesabına zilyet olduğu konusunda toplumda yerleşik gelenek olduğu yolundaki düşünce kabul edilemez. Dolayısıyla, mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemlerini engelleyen bir hukuki nedenin bulunmadığını kabul etmektedir.

Akipek⁷¹, konuyu kısa özetleyerek, İçtihadı Birleştirme kararlarına değindikten sonra, kararlardan iki sonucun çıktığını ifade etmektedir. Yazar, mirasçı aleyhine tereke içindeki bir taşınmaz hakkında mirasçılık sıfatına dayanarak açılan istihkak davalarında, yani miras sebebiyle istihkak davalarında da zamanaşımıyla iktisap definde bulunulamaz. Fakat MK.639/III ve MK.639/IV deki merasimi ifa ederek taşınmazı kendi adına tapuya tescil ettirmiş olan mirasçı aleyhine sonradan istihkak davası açılmaz görüşünü belirterek, sonuç itibarıyla mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işleyeceğini kabul ettiği sonucunu çıkarmaktayız.

⁶⁹ **Reisoğlu**, sh. 369, dn. 17.

⁷⁰ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Eleştirileri C.I, sh. 44 vd.

⁷¹ **Akipek**, İkinci Kitap, sh. 141.

Oktay⁷², konuya ilişkin olan 15.5.1957 T.2/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararındaki, bir taşınmaz üzerinde mirasçılardan sadece birinin zilyet olması halinde onun hem kendi adına hem de diğer mirasçılar adına ve hesabına zilyet olduğunu, bu nedenle de malik sıfatıyla zilyetlik unsurunun gerçekleşmesinin mümkün olmayacağı yolundaki gerekçeyi belirterek, iştirak halindeki mülkiyetin varlığının mutlaka iştirak halinde zilyetliğin varlığını gerektirmediğini, yasada belirtilen zilyetliğin geçişinin, zilyetliğin kendisinin değil, ona bağlanan hukuki sonuçların olduğunu ve bu nedenle de Yargıtay'ın yargısının doğru olmadığını kabul etmektedir.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop⁷³, mirasbırakanın ölümüyle, mirasçılardan birinin gayrimenkulü 20 yıl süreyle zilyetliği altında bulundurmuş olsa bile, diğerlerine karşı, 639. maddeye dayanıp tamamını elde ettiğini ileri sürmeyeceğini, kısaca açıklanan biçimde bir kazandırıcı zamanaşımı işlemeyeceğini; bununla birlikte MK'nun 578/II. maddesi çerçevesini aşan sonuçların çıkarılmaması gerektiğini kabul etmektedir.

B. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Düşüncemize göre, mirasçılar arasında zamanaşımının işlemeyeceği yönündeki düşüncenin temelinde üç hareket noktası yatmaktadır. Bunlardan ilki, 26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen ve Medeni Kanunun 639. maddesinde 6333 sayılı yasa ile yapılan değişiklik nedeniyle 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun verdiği kararın uygulanma imkânının kalmadığıdır. İkincisi, Liver'in⁷⁴ İsviçre için öne sürdüğü, ülkedeki tapu kayıtlarında taşınmazların azımsanamayacak ölçüde kök mirasbırakanın üzerinde görünmesi ve genellikle de gelenek gereği bazı mirasçılarının bu taşınmazlara zilyet olmalarıdır. Eğer bu imkân mirasçılara tanınırsa diğer mirasçılarının hak kaybına uğramalarının doğru olmayacağı sonucuna varmaktadır. Üçüncü hareket noktası ise, mirasçılar elbirliği ile zilyettirler ve zaten zilyet oldukları taşınmaza, başka tür zilyetliğin, başka bir ifade ile malik sıfatıyla zilyetliğin mümkün olamayacağı yolundaki düşüncedir. Bu düşünceler, Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararlarını etkilemiş ve Yargıtay da konuya ilişkin benzer gerekçelerle, mirasçılar

⁷² **Oktay**, sh. 80-81.

⁷³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 746-747.

⁷⁴ **Liver**, SPR, § 24, sh. 152, dn. 21.

arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceği görüşünü kabul etmiştir. Bu yöndeki düşünceleri, 1) 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun verdiği kararın uygulanma imkânının kalmadığı, 2) Sosyal Olgular, 3) Zilyetliğe İlişkin Dayanak olmak üzere iki başlık altında ayrı ayrı değerlendirebiliriz.

1. 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararının Uygulanma İmkânının Kalmadığı Görüşü

Bu yöndeki dayanak, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Yargıtay Temyiz Baş reisliğine gönderdiği 2956 sayılı tezkere ile kısaca, 6333 sayılı kanun ile kanunda yapılan değişiklikle 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının bağdaşmadığını kıymetini yitirmesi nedeniyle, yeni içtihat oluşturulması talebiyle gündeme getirilmiştir.

Tezkerede belirtilen ve 26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da benimsenen düşünce 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun verdiği kararın uygulanma imkânının kalmadığına yöneliktir.

Hal böyle olunca, mevcut değişikliğin ne olduğuna bakmak gerekmektedir. 9/3/1954 tarihli 6333⁷⁵ sayılı yasa ile önceki Medeni Kanunun 639. maddesinde yapılan değişiklik, maddenin son cümlesindeki “Tescil ancak hâkimin emriyle olur.” ifadesinin kaldırılarak, ilan ve itiraza ilişkin hükümler getirilmiştir⁷⁶. İlave edilen hükümler, “*Tescil davası Hazine ve ilgili amme hükmi şahsiyeti aleyhine açılır ve mahkemece gazete ile ve ayrıca mahallinde münasip vasıtalarla en az 3 defa ilan olunur.*

Son ilandan itibaren 3 ay içinde bir itiraz davası açılmaz veya açılıp da reddedilir ve iddia sabit olursa tescile karar verilir; karara gayrimenkulün haritası veya ebatlı krokisi eklenir.”.

Mevcut bu hüküm değişikten açık olarak görüleceği üzere, mirasçılar arasında zamanaşımının işlemeyeceğine yönelik bir düzenlemeyi içermektedir. Bu nedenle olsa gerek ki, gerek Oğuzman⁷⁷ ve Akipek⁷⁸ gerekse Reisoğlu haklı olarak, mevcut değişiklik ve bu çerçevede verilen 26.5.1954

⁷⁵ RG.17.3.1954 tarih ve Sayı: 8674.

⁷⁶ Bu konuda bkz. **Reisoğlu**, sh. 380 vd.

⁷⁷ Bkz. **Oğuzman**, sh. 442 vd.

⁷⁸ **Akipek**, İkinci Kitap, sh. 141.

tarikh ve 17/7 İctihadı Birleştirme kararı çerçevesinde dahi, şartları yerine getiren mirasçının kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetini kazanabileceğini kabul etmektedirler.

Gerçekten de bu gerekçe tutarlı ve 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulunun verdiği kararında belirlenen konuya ilişkin esasla bağlantılıdır. Nitekim 26.5.1954 tarih ve 17/7 İctihadı Birleştirme Kararına karşı muhalefet şerhi koyan, **İmran Öktem ve K. Çoşkunoğlu** da, bu konuya açık olarak değinmektedir. Kısaca, bu yöndeki dayanak tutarlı değildir.

2. Sosyal Olgular

Öncelikle Türk Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak⁷⁹ mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımın işlemeyeceğine dair bir konuyu düzenleyen bir hüküm mevcut değildir⁸⁰. Liver'in geleneklere dayanarak getirdiği gerekçe hukuk tekniği bakımından uygun değildir. Medeni hukuk sistemimizde geleneklerin hangi kapsamda uygulama alanı bulabileceği açıktır⁸¹. Alman kanun koyucusunun konuya ilişkin olarak BGB § 944.'de düzenleyici bir hüküm koymuş olması veya bu konuda farklı bir yaklaşım göstermesi, Türk-İsviçre Hukukunda da aynı sonucun kabul edileceği anlamına gelemmez. Bu anlamda, açıkça ifade edilmemekle beraber, bir düzenleme boşluğu bulunduğunu kabul edip, yasanın yasaklamadığı bir sonucu gelenek hukukundan hareketle dolduruyor görülmek hukuken doğru değildir. Dolayısıyla gelenek hukuku, kanun hükümlerinden önce uygulama alanı bulamaz. Sosyal olgular, kanunların yürürlüğünü, uygulanmasını doğrudan ortadan kaldıramaz. Kural sosyal olgulara uymuyorsa, ya kişilerin kurala uyması sağlanır ya da yasakoyucu kuralı değiştirecektir. Bu yapılmadığı sürece kurala uymak hukuk devletinin bir gereğidir. Özellikle, 15.5.1957 T. E.2, K.11 sayılı Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı'nda "Belediye sınırlarının dışında köylerde yerleşik gelenek" ifadesinden, bu geleneğin belediye sınırları içinde olmadığı

⁷⁹ Alman Medeni Kanunun'un (BGB § 944) 944'üncü paragrafında, "Die Ersitzungszeit, die zugungsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten." hükmü yer almaktadır. Hükmü şu şekilde tercüme etmek mümkündür: "Tereke zilyedi lehine olan kazandırıcı zamanaşımından, mirasçı yararlanır".

⁸⁰ **Sungurbey**, İktisabi Müruru Zaman, sh. 178; **Düzceer**, sh. 563.

⁸¹ Gelenek hukuku için bkz. **Oğuzman**, M.K./**Barlas**, N., Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 15. Bası İstanbul, 2008, sh. 95 vd.

sonucunu çıkarmaktadır ki, kendi mantığı içerisinde belediye sınırları içindeki taşınmazlar bakımından bu geleneğin bulunmadığı sonucunu doğurmaktadır. Bu düşünce tarzında, konuya ilişkin olan mirasçılar arasında zamanaşımı işlemeyeceğine ilişkin dayanağın köy sınırları için geçerli olacağı, buna karşılık Belediye sınırları içinde bu dayanağın bulunmadığı dolayısıyla, mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının Belediye sınırlarında işleyeceğini kabul etme gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bölgesel geleneklere uymanın ancak kanunun bu konuda yapacağı açık atfa dayanabileceği hususu dikkate alındığında, bu yöndeki düşünce sisteminin ve sonuçlarının tarafımızdan kabul edilmesi mümkün değildir.

Kaldı ki, hukuk sistemi içinde mülkiyet bir hak olmanın yanında bazı yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Mirasçıların taşınmaz üzerindeki mülkiyetlerini alenileştirmesi gereklidir. Bu anlamda mirasçılarının mirasçılık belgesi alıp taşınmaz üzerindeki mülkiyet haklarını tapu kütüğüne tescil ettirmeleri onlar açısından, teknik anlamda “*külfet benzeri*” denebilecek bir davranıştır. Bu külfetlerini yirmi yıl gibi uzun bir süre içerisinde yerine getirmezlerse, başkalarının taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanmaları tehlikesini üstlenmiş olurlar. Diğer taraftan, tapu sicil sisteminin alenilik ilkesi çerçevesinde taşınmaz malikinin kim veya kimler olduğunun bilinmesi konusunda kamu çıkarının bulunduğu açıktır⁸². Kamu çıkarının en önemli göstergelerinden birini 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/III. maddesinde görmek mümkündür. Öyle ki, hükümde kadastro tutanaklarında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamayacağı ve dava açılmayacağı düzenlenmektedir. Burada, mülkiyet hakkının kamu çıkarı karşısında, sona erebileceği kabul edilmiştir. Kadastro Kanunundaki mülkiyet hakkını sona erdirebilen anlayışın, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı bakımından dahi geçerli olduğunu söylemek pek yanlış olmayacaktır.

3. Zilyetliğe İlişkin Dayanak

Mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceğine ilişkin olumsuz düşüncenin zilyetliğe ilişkin dayanak için şunları söylemek müm-

⁸² Tapu sicilinin kamu çıkarını ilgilendirdiğine ilişkin olarak **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 117 vd.; **Ertay**, sh. 127; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 241 vd.

kündür: Sungurbey⁸³ ve Oktay'ın⁸⁴, Akipek⁸⁵'in de açık olarak vurguladığı üzere olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanımı için unsur olan malik sıfatıyla zilyetliğin türünün asli zilyetlik olduğu, elbirliği ile mülkiyet iradesi terk edilerek tek başına asli zilyetlik⁸⁶ kurulabileceği göz ardı edilmektedir. Bu konuda aranan zilyetlik asli zilyetlik olabileceğinden, zilyetliğin bir hakka dayanması gerekmediği gibi, zilyedin iyiniyetli⁸⁷ olması da aranmamaktadır. Akipek⁸⁸'in belirttiği gibi, bir kimse kendisini eşyanın maliki addederek veya malik olmak arzusuyla eşya üzerinde fiili egemenlik tesis ettiğinde asli zilyettir. Bu nedenledir ki, hırsız da, zamanaşımı süresi içinde malı fiilen kudretinde bulunduran da asli zilyettir. MK.m.639 (TMK.m.713) daki "malik sıfatıyla" zilyetlik böyle bir zilyetlik olduğunu ifade etmektedir. Kanunun sistemi içinde, dolandırıcıya, hiçbir hakkı olmayan kişilere dahi olağanüstü kazandırıcı zamanaşımından yararlanarak taşınmaz mal mülkiyetinin kazanılabileceği kabul edilirken, mirasçılardan elbirliği ile zilyet olduğu esastan hareket ederek, onun kazandırıcı zamanaşımından yararlanamayacağını savunmak pek tutarlı değildir.

Nitekim **Reisoğlu**⁸⁹, haklı olarak, TMK.m.539'da belirtilen müşterek zilyetlik durumunun ancak, tereke mallarına bir başka kimsenin malik sıfatı ile zilyetliğini tesis edene kadar devam edebileceğini; Bu kimse mirasçı olabileceği gibi bir üçüncü kişi de olabileceğini; mirasçı olduğunu bilmeyen müşterek mirasçılardan birinin, terekeye dahil mallar veya maldan biri üzerinde müstakilen, malik sıfatıyla zilyet olması halinde, müşterek zilyetlikten bahsetmenin doğru olmayacağını söylemekte ve müşterek mirasçılardan birinin tereke mallarına zilyet olması halinde, karine olarak, bu fiili hakimiyetin müşterek zilyetliğe tekabül ettiğini kabul etmek, müstakil zilyetlik iddiasında bulunanın bu durumu ispat külfeti altında olduğunu kabul etmenin yerinde olduğunu söylemektedir.

⁸³ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Eleştirileri C.I, sh. 44 vd.

⁸⁴ **Oktay**, sh. 80-81.

⁸⁵ **Akipek**, İkinci Kitap, sh. 142.

⁸⁶ Asli zilyetlik için bkz. **Akipek**, Birinci Kitap, sh. 171-172; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 57; **Ertaş**, sh. 79-80.

⁸⁷ **Akipek**, Birinci Kitap, sh. 172; **Ertaş**, sh.327; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, sh. 351; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 750.

⁸⁸ **Akipek**, Birinci Kitap, sh. 172.

⁸⁹ **Reisoğlu**, sh. 369, dn. 17.

Diğer taraftan aksi bir düşüncenin miras sebebiyle istihkak davasının (MK.m.637-639) kapsamını daraltıcı nitelikte olacağını söylemek gerekmektedir. Bu nedenle, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, miras sebebiyle istihkak davası bakımından, davalının zamanaşımı ile kazanma iddiasında bulunulamayacağına ilişkin yasal düzenlemeye (TMK.m.638/II) değinmekte yarar bulunmaktadır.

Miras sebebiyle istihkak davası⁹⁰, bir tereke malını haksız bir şekilde elinde bulunduran zilyede karşı açılan bir eda davası niteliğindedir.

Miras sebebiyle istihkak davasında, kendisine dava açılan mirasçı davalının, kazandırıcı zamanaşımı ile iktisapta bulunulduğunu ileri süremeyeceğine ilişkin hüküm, hiç şüphe yoktur ki, dava zamanaşımı süresi içerisinde yapılamayacak bir savunudur. Nitekim bu husus Medeni Kanunumuza kaynak olan İsviçre Medeni Kanununun 599. maddesinde de düzenlenmiştir. Orada da bu savunu asli zilyedin miras sebebiyle istihkak davası zamanaşımı süresi içinde gerçek hak sahibi mirasçının korunması için ön görülen bir yasaktır⁹¹. Önceki Medeni Kanunumuzun 579.maddesinde, miras sebebiyle istihkak davası, kötü niyetli davalılara karşı 30 yıl olarak öngörölmüş iken, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımında bu süre 20 yıl idi. 4721 sayılı Medeni Kanunun ile bu süre, paralellik göstermesi bakımından 20 yıla düşürölmüştür⁹². Bu çok mantıklı bir değişiklikdir. Olağanüstü zamanaşımında şartların oluşmasıyla şartlarını uhdesinde gerçekleştiren kişi, taşınmazın mülkiyetini kazanacağından, önceki malikin mülkiyetinin yasa gereği sona ermesi gereklidir. Dolayısıyla, biri mülkiyeti kazandığında, hatta bu kişi kötü niyetli dahi olsa, diğeri üstün hakkına rağmen, mülkiyeti kaybetmektedir.

⁹⁰ Miras sebebiyle istihkak davası için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, N., Miras Hukuku İstanbul 1987, sh. 657 vd.; **İmre**, Z./**Erman**, H., Miras Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1989, sh. 389 vd.; **İnan**, A.N./**Ertas**, Ş./**Albaş**, H., Miras Hukuku, B.7, Ankara 2008, sh. 535 vd.

⁹¹ Bu konu için bkz. **Escher**, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht Zweite Abteilung: Der Erbgang, Nr. 25-26 zu Art. 599; **Tour**, P./**Pictoni**, V., Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Nr. 38 zu Art.599; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 660-661; **İnan/Ertas/Albaş**, sh. 542-543; **İmre**, Z./**Erman**, H., sh. 393.

⁹² Bkz. Türk Medeni Kanunu'nun 639. madde gerekçesi; Ayrıca bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, sh. 534.

Nitekim **Kocayusufpaşaoğlu**⁹³, kötünietli davalının, önceki Medeni Kanununun 579. madde hükmüne dayanarak, bir gayrimenkulün mülkiyetini kazananmış olması halinde dahi, mirasçının ona karşı miras sebebiyle istihkak davasındaki 30 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde istihkak davası açması halinde, bu kazanımın ileri sürülemeyeceği açıkça ifade etmektedir.

SONUÇ

Öncelikle Türk Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak⁹⁴ mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımın işlemeyeceğine dair bir hüküm mevcut değildir⁹⁵.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımında, mirasçılar arasında zamanaşımının işlemeyeceği doğrultusunda gerek uygulamadaki kabule gerekse bazı yazarların konuya ilişkin kabullerine Medeni Hukuk sistemi içerisinde “*de lege lata*” katılmıyoruz. Öncelikle, sosyal olguların Medeni Hukuk sistemi içinde yasaları düzeltici veya değiştirici etki göstermeleri mümkün değildir.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanımında, malik sıfatıyla zilyet olan kişinin zilyetliği bir asli zilyetlik olup, her hangi bir hakka dayanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle, mirasçılarının elbirliği ile zilyet iken ve bu sıfatla diğer mirasçılar adına da zilyetliği sürdüreceği, başka tür zilyetliğin mümkün olamayacağı düşüncesi kabul görmemelidir. Kazanıma konu olan taşınmazı elinde bulunduran mirasçının malik olma iradesi ile zilyetliğini devam ettirme iradesi yeterlidir. Ancak, malik olma iradesiyle zilyetliğin sürdürülmesi hiç şüphe yok ki, ispat hukuku bakımından zorlukları beraberinde getirecektir. Bundan hak kazanmak isteyen mirasçı zilyedin, bu iradesini ispat etmesi zorunludur.

Diğer taraftan, mirasçı sıfatı olmamakla beraber kötü niyetli zilyetlerin dahi, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımından yararlanıp şartlar gerçekleş-

⁹³ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 660-661.

⁹⁴ Alman Medeni Kanunun'un 944'üncü paragrafında, “Die Ersitzungszeit, die zugungsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten.” hükmü yer almaktadır. Hükmü şu şekilde tercüme etmek mümkündür: “Tereke zilyedi lehine olan kazandırıcı zamanaşımından, mirasçı yararlanır”.

⁹⁵ **Sungurbey**, İktisabi Müruru Zaman, sh. 178; **Düzceer**, sh. 563.

tirdiği andan itibaren yasa gereği taşınmaz mülkiyetini kazanacağı kabul edilmektedir. Kötü niyetli üçüncü kişilere, taşınmazı elinde bulunduran mirasçıdan daha elverişli hukuki koruma sağlayacak, onları mirasçılardan daha üstün kabul edecek hiçbir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Şayet, mirasçı, malik sıfatıyla zilyetlik iradesi ile taşınmaza zilyet olursa, o mirasçının kötüniyetli haksız zilyet olarak kabul edilmesi gerekir. Diğer şartların yerine getirilmesi kaydıyla, mirasçının olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetini kazanacağı kabul edilmelidir.