

KARAR TAHLİLİ :

Tapulama ve Kadastro İşlerinde On Yıllık Hak Düşürücü Süre «8.5.1987 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı-23.11.1988 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı»

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN

1. Giriş

İsviçre ve Türkiye'de durum

2. Türk eşya ve toprak hukuku ile ilgili problemler
 - a) Hukukî ve teknik problemler
3. b) Sosyal problemler
4. Hak düşürücü süre konusunda yasal düzenlemeler ve gerekçeleri
 - a) 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununda
 5. b) 5602 sayılı (ilk) Tapulama Kanununda
 6. c) 766 sayılı (ikinci) Tapulama Kanununda
 7. ç) 3402 sayılı Kadastro Kanununda
8. On yıllık hak düşürücü süre konusunda Yargıtay'da ortaya çıkan görüşler
9. 8.5.1987 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı
 - a) Gerekçeler
10. b) Yasaya aykırı yorum
11. 23.11.1988 tarihli Hukuk Genel Kurul kararı
 - a) Dava
 12. b) 1. Hukuk Dairesinin bozma kararı
 13. c) Mahkemenin direnme kararı
 14. ç) Hukuk Genel Kurulunun kararı
 15. a') Anayasa hukuku açısından durum
 16. aa) Yargı organlarının yorum sınırı bakımından
 17. bb) Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar bakımından
 18. b') Türk hukukunda 'Devletin hüküm ve tasarrufu altında mal kavramı'
 19. c') Hüküm verildikten sonra yürürlüğe giren kanun hükümleri bozma sebebi olabilir mi?
 - aa) Genel olarak
 20. bb) 3402 sayılı Kanunun geçici 4. maddesiyle ilgili gerekçe

KARAR TAHLİLİ

Tapulama ve Kadastro işlerinde on yıllık hak düşürücü süre «8.5.1987 tarihli içtihadı birleştirme kararı-23.11.1988 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı»

1 — Giriş : İsviçre Medenî Kanunu örnek alınarak hazırlanan ve 4.4.1926 tarihinde kabul edilip aynı gün yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu taşınmazlar ve tapu sicili konusunda İsviçre Medenî Kanunundaki hükümleri hemen aynen benimsemişti. Ancak İsviçre ile Türkiye arasında toprak ve taşınmazlar durumu ve politikası açısından önemli farklar vardı :

a) **İsviçre'nin** yüzölçümü 41.293 kilometre karedir. Bunun yaklaşık dörtte birini kullanılmaya elverişli olmayan arazi oluşur. Faydalanılabilecek arazi ise tümüyle değerlendirilmektedir. Medenî Kanunumuzun kabul ettiği manadaki tapu sicilleri düzeni İsviçre'de bile tam olarak gerçekleştirilememiştir. Ancak bütün topraklar kanton kanunlarına göre tapu sicili sayılmakta olan sicillere kaydedilmişti. Bundan dolayı sicile kayıtlı olmayan taşınmazlar bu ülkede yok denebilecek durumda idi. İsviçre Medenî Kanununun fevkalâde iktisabî zamanaşımı ile ilgili 662. maddesinin birinci fıkrasının hemen hiç uygulanmamış olmasının sebebi de bu durumdur (1).

b) **Türkiye'nin** yüzölçümü 780.576 kilometre karedir. Yüzölçümü İsviçre'den yaklaşık 19 defa büyük olan ülkemizde ise durum **tamamen** başka idi :

a') Medenî Kanundan önce taşınmazların büyük bir kısmı için sınırlarını, yüzölçümelerini ve maliklerini gösteren belgeler düzenlenmemiştir. Çeşitli tarihlerde verilen belgeler ise sınır, yüzölçümü ve malik açısından güvenilir değildi.

Ülkemizde taşınmazların 1926'dan önceki durumunu gösteren kayıt ve belgeler 17.7.1950 tarihli ve 5602 sayılı ilk Tapulama Kanunuyla ilgili Hükümet gerekçesinde üç döneme ayrılarak (2) özetlenmiş ve «Medenî Kanunumuzun tatbiki tarihinden bu güne kadar (1948) yirmi seneyi aşan bir zaman geçtiği halde özel ve tüzel ki-

- (1) **Karayalçın:** Tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkındaki son Tevhidi İçtihat Kararı münasebetiyle. ABD. Eylül 1948 s. 29-30.
- (2) Tapulama Kanunu Tasarısı ve Adalet ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/358), S. Sayısı: 210 «Başbakan Hasan Saka imzası ile 8.VI.1948 tarihinde TBMM.ne sunulan tasarı» (TBMM. Tutanak Dergisi c. 25 (15.3.1950 tarihli oturum eki) s. 1-6.

şilerin tasarrufları altında bulunup adedi 30 milyonu aştığı tahmin olunan gayrimenkullerin mezkûr kanunun istihdaf ettiği şekil ve manada tapu sicilleri henüz meydana getirilmenmiştir... bugün vatandaşların tasarrufları altında bulunan gayrimenkullerin %60'dan ziyadesinin tapusuz tasarruf edilmekte olduğuna şüphe yoktur» görüşü yer almıştır (3).

Cumhuriyet döneminde taşınmazlarla ilgili Medenî Kanun hükümleri yürürlükte idi; fakat bu hükümlerin uygulanması için gerekli **alt yapı** oluşturulmamıştı.

Tapuya kayıtlı taşınmazlar dahi Medenî Kanundan önce büyük ölçüde 'meyase' senedi adı verilen tapu dışı belgelerle alınıp satılmıştı. Bu belgelerle tapu dışı alım satımların geçerliği Cumhuriyet döneminden önce de, sonra da yaşayan eşya hukukunun önemli bir konusu olmuştur.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların bir kısmı tarıma elverişli olmayan arazilerden, bir kısmı da tarım topraklarından oluşuyordu. Tarım topraklarının önemli bir kısmı - 1274 (1858) tarihli Kanunname-i Arazi'ye göre - mirî arazi olarak rakabesi (çıplak mülkiyeti) Beytülmale yani Hazineye ait idi; tasarruf hakkı (menfaat mülkiyeti) ise kişilere tapu ile ve ekip-biçme kaydı ile verilmişti. Bu taşınmazlarda tasarruf hakkı mirasçılara intikal edebiliyor, sözkonusu taşınmazlar izin ile başkalarına ferağ edilebiliyordu. Bu toprakların dahi özel mülkiyete dönüştürülmesi söz konusu idi (4).

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların özel mülkiyete dönüştürülerek tapuya kaydedilmesini düzenleyen MK. 639, İBK. 662'den alınmıştı. İsviçre açısından teorik bir önemi olan bu hüküm, tapusuz taşınmazların çoğunlukta olduğu Türkiye açısından yetersizdi. Düzenleme yetersizliği uygulamada Yargıtay'ın içtihatları ile doludurulamadı.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zilyedi tarafından harcı satışı ve alıcıya tesliminin hükümsüz olduğu ve satıcının bu taşınmazı geri alma hakkı bulunduğu hakkındaki 11.12.1944 tarihli içtihadı birleştirme kararının yetersizliği ve haksızlığı iki yıl içinde anlaşılmış ve Yargıtay 9.10.1946 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerindeki zilyetlik

-
- (3) a) 950 (1534) tarihine kadar olan dönem,
b) 950 - 1263 (1534 - 1847) dönemi,
c) 1263 (1847) tarihinden sonraki dönem.

Bu son dönem de kendi içinde 1847-1874; 1874-1909; 1909-1926 olmak üzere üç alt gruba ayrılmıştır.

- (4) **Karayalçın**, agm., s. 43 vd.

hakkının devrini tazammun eden sözleşmelerin geçerli olduğunu ve bir şekle tâbi olmadığını kabul etmiştir (5).

MK. 639 la ilgili 1.12.1948 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile tapusuz taşınmazların tapuya kaydı için açılacak davalarda hasım göstermenin ve ilân yapmanın gerekmediği kabul edilmiş ise de bu aşikâr yanlış çözüm, yasal düzenleme ile değiştirilmiş; 9.3.1955 tarihli ve 6333 sayılı kanunla MK. 639'a yeni üç fıkra ilâve edilerek tescil davasının hazine ve ilgili amme hükmî şahsiyeti aleyhine açılacağı ve mahkemece... en az üç defa ilân olunacağı.. kabul edilmiştir. Ayrıca tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarla ilgili olarak çeşitli özel kanunlarda tapulama hükümleri de yer almıştır (6).

2 — Türk eşya ve toprak hukukunda problemler : Türk eşya ve toprak hukukuyla ilgili konuları incelerken Cumhuriyet döneminde bu alanda karşılaşılan ve çözüm getirilmesi gereken problemlerin a) hukukî ve teknik, b) sosyal olmak üzere iki yönü olduğunu gözönüne almak gerekir :

a) Hukukî ve teknik problemler : Cumhuriyet döneminde Türk eşya hukuku ile ilgili ilk özel kanun olan 2.6.1929 tarih ve 1515 sayılı «Tapu kayıtlarından hukukî kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesine dair» kanundan bugüne kadar geçen 60 yıl içinde çeşitli kanunlarla şu problemler halledilmeye çalışılmıştır:

1. Özel mülkiyete konu olan taşınmazların sınırlarını kadastro tekniğine göre arazide ve haritada tesbit etmek, yüzölçümlemlerini, sahiplerini belirlemek, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazları tesbit ve tapu siciline kaydettirmek,

2. Kamuya ait taşınmazların statüsünü düzenlemek, tapu siciline veya başka bir sicile kaydedilecek olanların sınırlarını, yüzölçümlemlerini ve hangi kamu kuruluş veya kurumuna ait olduğunu tesbit etmek; tescil ve sınırlamaya tâbi olmayanları belirtmek, kamu kuruluş ve kurumlarına tahsis ve dağıtım şartlarını, özel mülkiyete geçişin caiz görüldüğü hallerde şartlarını tesbit etmek.

Bu alanda en önemli ve kapsamlı düzenleme -1934 yılında yayınlanan 2613 sayılı «Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu'nun gelişmiş şekli olan- 5602 sayılı ve 1950 tarihli **Tapulama Kanunu**'nda

(5) **Karayalçın**, agm, s. 22-24.

(6) Tapulama kanunları (5602 sayılı kanun m. 13 D, 509 sayılı kanun m. 33; 766/1617 sayılı kanun m. 33, 1617 sayılı kanun m. 33'e ek fıkra), 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 14, 18 f2.

yer almıştır. 766 sayılı ve 28.6.1966 tarihli ikinci (7) **Tapulama Kanunu**, ilk Tapulama Kanununun 16 yıl uygulanması sonucu ortaya çıkan problemleri halletmek amacıyla ve ilk kanun örnek alınarak hazırlanmıştır. 3402 sayılı ve 21.6.1987 tarihli **Kadastro Kanunu** ile ikinci Tapulama Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır. İnceleme konusu kararlar bu kanunlarla ilgilidir.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünden alınan bilgilere göre ülkemizde kadastroya konu olacak toplam alan 417.000 km² olarak tahmin edilmektedir. 55 yıldanberi devam eden kadastro hizmeti ile 254.000 km² alanın kadastroyu yapılmıştır (%60). 3402 sayılı Kadastro Kanunu gereğince hazırlanmış olan ana planda kadastro-nun 8-10 yıl içinde bitirilmesi hedef alınmıştır.

3 — b) Sosyal problemler : Cumhuriyet döneminde Türk eşya ve toprak hukukunun yukarda belirttiğimiz hukukî - teknik sorunları yanında bir de sosyal yönü vardır.

Kişilere ve Hazineye...ait taşınmazların sınırları, arazide tesbit edilmemiş; sınır ve yüzölçümü harita (kadastral topografik harita) üzerinde gösterilmemişti; bunlar üzerinde kimlerin hak sahibi olduğunu tesbit etmek çok güç idi. Bu teknik - hukukî problemler içinde Devletin mülkiyeti veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların tesbiti ve korunması problemi de yer alıyordu.

Ancak Devletin mülkü olan ve hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların korunması kadar bu taşınmazların tarıma veya başka şekilde değerlendirilmeye elverişli olanların topraksızla-

-
- (7) Aslında ikinci Tapulama Kanunu 31.1.1964 tarih ve 396 sayılı Tapulama Kanunudur. Bu kanuna ait 8.6.1962 tarihli Hükümet Tasarısı ve Gerekçesi (S. Sayısı: 210, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 7.6.1963 tarihli birleşim eki) 766 sayılı Tapulama Kanunu tasarısı ve gerekçesinde hem aynen tekrar edilmiştir.

396 sayılı kanun Cumhurbaşkanı tarafından 13.2.1964 tarihinde altı noktadan bir daha incelenmek üzere veto edilmiş, konu Geçici Komisyon raporunda tekrar incelenmiştir. Bu rapor Türk eşya hukukunun tarihi ve intikal rejimi açısından önemlidir (S. Sayısı: 705, s. 4-13 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 29.6.1964 tarihli 115. birleşim eki).

Veto üzerine yeniden kabul edilen Tapulama Kanunu 17.7.1964 gün ve 509 sayılıdır. Ancak bu kanunun tümü Cumhuriyet Senatosunda Toplantı yeter sayısı bulunmadan kabul edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinin 16.11.1965 tarihli kararı ile iptal edilmiştir (RG. 12.1.1966). «Üye tam sayısı 185 olan C. Senatosunda salt çoğunluk 93'dür; 86 üyenin katıldığı toplantıda An. 86 fl'de öngörülen toplantı yeter sayısı yoktur».

ra, onları değerlendirebilecek olanlara tahsis edilmesi, dağıtılması da Türkiye açısından ciddi bir sosyal problemdi. Ekonomik ve sosyal amaçlarla toprakların birleştirilmesi, toplulaştırılması ve topraksız veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilere dağıtılması gerekiyordu (8).

4 — Hak düşürücü süre konusunda yasal düzenlemeler ve gerekçeleri : Bir karar tahlili yazısında ayrıntı sayılabilecek bu «giriş» kısmında Yargıtay'da ciddi tartışmalara ve görüş ayrılıklarına sebep olan problemleri ve çeşitli görüşleri değerlendirebilmek için

- (8) Bu alanda Anayasa açısından ilk düzenleme «Çiftçiyi Toprak sahibi yapmak için istimplâk olunacak arazi» ile ilgilidir (1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu m. 74'e 13 Şubat 1937 tarihinde 3115 sayılı kanunla eklenen fıkra).

1961 Anayasasında toprak mülkiyeti (m. 37), tarım ve çiftçinin korunması (m. 52), kamulaştırma (m. 88 f4-6), tabii servet ve kaynaklar (m. 130), ormanların korunması ve geliştirilmesi (m. 131 f2) hakkındaki ayrıntılı hükümler yer almıştır.

1982 Anayasasında da aynı konular düzenlenmiştir [Toprak mülkiyeti (m. 44), Tarım dallarında çalışanların korunması (m. 45), kamulaştırma (m. 46 f3-4), tabii servet ve kaynaklar (m. 168), ormanlar ve orman köylülerinin korunması (m. 169-170)]. «Kıyılardan yararlanma» ile ilgili bir hüküm ilk defa 1982 Anayasasında yer almıştır (m. 43).

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve ammenin hizmetine tahsis olunmayan ham toprağı açıp işgal edenlere, bu topraklar için bazı sınırlara tâbi olarak parasız tapu verileceğı 15.12.1934 ve 2613 sayılı **Tapu ve Kadastro Kanununda** (m. 22G) kabul edilmişti. Bu hüküm 1950 yılında Çiftçiyi Topraklandırma Kanununu değiştiren 5618 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış; yeni kanun bu konuda daha ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. 4753 sayılı ve 11.6.1945 tarihli **Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu** yurt topraklarının sürekli olarak işlenmesini sağlamak ve çiftçileri yeterli ölçüde araziye sahip kılmak amacı ile (m. 1) hazırlanmıştı ve kamu işlerinde kullanılmayan devletin hüküm ve tasarrufu veya özel mülkiyeti altındaki arazinin ihtiyaçtan fazla orta malı arazinin, kurutulan bataklık, kuruyan göl, doldurulan nehirlerden elde edilecek arazinin dağıtılmasını (m. 8) öngörüyordu.

Çiftçiyi Topraklandırma Kanununda 27.3.1950 tarihli ve 5618 sayılı 27.5.1955 tarih ve 6603 sayılı kanunlarla değişiklik ve ilâveler yapılmıştır. Bu kanunun 27 yıllık uygulanmasıyla ilgili olarak Y. Prof. Dr. Duran **Taraklı'nın** «Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ve uygulama sonuçları (Güney-Anadolu Bölgesindeki uygulama ve örnekleme sonuçları-ya)» adlı eserine bak. (Ankara, 1976, 325 s. ODTÜ yay.).

Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun uygulanması 1972 tarihli ve 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Öntedbirler Kanunu ile durdurulmuştur (m. 8'e bak). Bu kanunun hangi tarihte yürürlükten kaldırılmış olduğu açık değildir (Anayasa Mahkemesince 1976 yılında iptal edilmiş bulunan 25.6.1973 tarih ve 1757 sayılı Toprak ve Tarım Re-

alt yapı ile ilgili temel problemlerin bilinmesi ve hatırlatılmasında yarar vardır.

Tapulama ve kadastro işlerinde on yıllık hak düşürücü süre konusundaki İçtihadı Birleştirme ve Hukuk Genel Kurulu kararlarını incelemeyen bu alandaki yasal düzenlemeleri ve gerekçelerini açıkça tesbit etmek de gerekir.

a) **Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununda** : 11.12.1934 tarih ve 2613 sayılı bu kanun 21.6.1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu ile (m. 48) yürürlükten kaldırılmıştır (9).

Bu kanun kişiler ve Devlet adına kaydolunan taşınmazlar arasında bir ayırım yapmıştı :

a') **Kişiler adına kayıt** : «Askı müddeti içinde müracaat etmeyenlerin müracaat hakları mahfuz olup bunların gayrimenkulleri için yapılan muamele hilâfı hükmen sabit oluncaya kadar kat'idir» (m. 26 f3).

b') **Devlet adına kayıt** : «Yapılacak ilânlar ve tahkik üzerine sahibi bulunamayan gayrimenkuller Devlet namına kaydolunur. Bu malların on seneye kadar hükmen müstehikki çıktığı takdirde namına kaydı tashih edilir ve satılmış ise bedeli verilir» (m. 22).

Anayasa Mahkemesi 10.2.1970 tarihli kararı ile on yıllık süreyi tapulu taşınmazlar yönünden iptal etmiş, böyle bir hak düşürücü sürenin uygulanmaması gerektiği sonucuna varmıştır «...Hazine yararına öngörülen on yıllık süre, haklı nedene dayanmayan bir eşitsizlik yaratmaktadır.» (10).

formu Kanunu m. 235 a'ya ve 1984 tarih, 3083 sayılı «Sulama alanlarında arazi düzenlemesine dair tarım reformu kanunu geçici madde 3'e bak.)

1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunundaki reform ötedirleriyle ilgili hükümler yukarıda belirtilen 1757 sayılı kanun (m. 235b'ye bak.) ve 3083 sayılı kanun (m. 26a) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu alanda halen yürürlükte olan kanunlar «Bataklıkların kurutulması ve bundan elde edilecek topraklar» hakkındaki 5516 sayılı ve 1950 tarihli kanun, Tarım Reformu Genel Müdürlüğünün kuruluş ve görevleri hakkındaki 3155 sayılı ve 1985 tarihli kanun, 3083 sayılı ve 1984 tarihli «Sulama alanlarında arazi düzenlemesine dair Tarım Reformu Kanunu» ile 3402 sayılı Kadastro Kanunudur.

- (9) Bu kanundan önce 5 Şubat 1328 (1912) tarihli 'Emvali gayrimenkulenin tahdit ve tahriri hakkındaki muvakkat kanun» ile taşınmazların sınırlarını tesbit ve tapuya kayıt işlemleri düzenlenmek istenmiştir.
- (10) Anayasa Yargısı, C. 2, 1981, kod 45 karar 33 (ayrıca kod 32-karar 14, kod 69-karar 21).

5 — b) 5602 sayılı (ilk) Tapulama Kanununda : Bu kanunun 29 ncu maddesine göre «Ölçü sebebiyle, sınırlara, mülkiyet haklarına veya diğer aynı haklara müteallik hiçbir itiraz veya dava dinlenmez.» (Fıkra 3).

Bu konuda 8.VI.1948 tarihli Hükümet Tasarısında yer alan hüküm şöyle idi: «Kadastro ölçmelerine tutanak ve sicil muhteviyatı esas olup bu işler alâkadarlara yeniden itiraz hakkı bahşetmez» (11).

Bu kanundaki m. 29 f3'ün amacının ne olduğu açıkça anlaşılamamaktadır. Bu hükümden «Tapulamaya müsteniden ihdas edilen siciller aleyhine dava hakkı» tanınmadığı sonucuna da varılabildi.

Bu hükmün nasıl anlaşıldığını ve uygulandığını ikinci Tapulama Kanunu olan 617 sayılı kanunda 31. madde ile ilgili şu gerekçeden anlıyoruz :

«Tapulamaya müsteniden ihdas edilen siciller aleyhine dava hakkı **5602 sayılı kanunda bir müddetle tahdid edilmiş değildir.** Bu hal tapulamadan gözetilen gayenin uzun seneler boyunca elde edilememesi neticesini tevli eder. İstikrara mani olur. Bir çok külfet ve masraflar ihtiyariyle ihdas edilen sicillerin muayyen bir müddet sonra kesin bir hal alması ve o müddet geçtikten sonra artık bu sicillerin hiç bir kazai mercide münakaşa konusu olmaması içtimai nizam bakımından zaruridir. Bu sebeple bu maddede **on senelik sukutu hak müddeti** kabul edilmiştir. ...tapulamanın o tarihdeki hukukî durumu itibariyle yanlış yapılmış olduğu yolundaki iddialar işbu on senelik sukutu hak müddetine tâbidir» (12).

6 — c) 766 sayılı (ikinci) Tapulama Kanununda : 28.6.1966 tarihli bu kanunda yukarıda belirttiğim gerekçe ile «Sicillerin hukukî kıymeti ve sukutu hak müddeti» başlıklı 31 nci maddenin ikinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır :

«Bu sicillerde belirtilen haklara tescilleri tarihinden itibaren on sene geçtikten sonra tapulamaya takaddüm eden sebeplere dayanılarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz» (13).

(11) S. Sayısı: 210, s. 40 «TBMM. Tutanak Dergisi C. 25, 15.3.1950 tarihli oturum eki.

(12) Tapulama Kanunu Tasarısı... (1/128). S. Sayısı: 89 s. 14-15 (TBMM. Tutanak Dergisi, 28.4.1966 tarihli oturum eki).

(13) Bu hükmün Anayasanın 2, 11, 12, ve 31. maddelerine aykırı olduğu gerekçesine dayanılarak Anayasa Mahkemesinde açılan davalar kurallın herkes için getirilmiş olması, kamu düzeninin kurulması ve korunması ereğine yönelmiş olması, kamu düzeninin gerektirdiği hallerde yasa koyucunun -tapuya tescil edilmiş haklara dahi- hak düşürücü sü-

Bu maddenin TBMM. Genel Kurulunda müzakeresi sırasında Hatay Milletvekili **Yahya Kanpolat** «Devlet zararına ve Devlet em-lâki aleyhinde olarak birden zengin olmak ve hiç alınteri dökme-den refaha kavuşmak zihniyetinin endişe verecek derecede yaygın bir manzara arz» ettiğini belirterek yukarıdaki 2. fıkraya şu hük-mün eklenmesini önermiştir.

«Ancak Hazinesin açacağı davalar için zamanaşımı uygulan-maz».

Komisyonun katılmadığı bu öneri Genel Kurulca red edile-rek (14) bu konuda yasa koyucunun tercihi açıklık kazanmıştır.

7 — d) 3402 sayılı Kadastro Kanununda : 21.6.1987 tarih-inde kabul edilen bu kanunun «Kadastro tutanaklarının kesinleşme-si ve 'hak düşürücü süre' başlıklı 12 nci maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir (f3) :

«Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tesbit-lere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukukî sebeplere dayanarak itiraz olu-namaz ve dava açılmaz.»

Bu hükmün Hükümet Tasarısındaki gerekçesi şöyledir (15) :

«Kadastro çalışmaları tamamlanarak kesinleşen tespitlerin, kısa sürede tapu kütüklerine kaydedilme işlemlerinin kesinleşme tarihinden itibaren en geç üç ay içinde bitirilmesi, ayrıca büyük emek ve masrafla meydana ge-tirilen düzenli kütük ve kadastro işlemlerinin korunmasını sağlamak için, **kamu ve özel mal ayrımı yapılmadan** kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki hukukî sebep-lere dayanılarak dava açılmayacağı esası getirilmiştir. Burada kadastro işlemlerinin eski olaylara dayanılarak, süresiz olarak askıda bırakılmasının kamu düzenini ters yönde etkileyeceği ve kamu zararı doğuracağı gerçeğ-in-den hareketle mülkiyet hakkı değil, sadece hak arama hürriyeti kısıtlan-mıştır.

Aynı hüküm 756 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde de mevcut olmakla birlikte, on yıllık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi tapu kütüğüne tes-cil tarihi olarak kabul edilmişti.

Ancak, çeşitli nedenlerle tescil işlemleri geciktiği veya taşınmaz malın tutanağı tanzim edilip de tescile tâbi tutulmayan yerlerden olması halinde, hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi farklı yorumlara sebebiyet verdiğin-

reler koyabileceği gerekçesi ile reddedilmiştir (31.5.1973 tarihli ka-rar -RG. 19.12.1973; 8.2.1973 tarihli karar -RG. 23.10.1973).

(14) TBMM. Tutanak Dergisi, 5.5.1966 tarihli birleşim, s. 333-334.

(15) TBMM. Tutanak Dergisi, C. 43, 21.6.1987 tarihli birleşim eki S. Sayısı: 590, s. 7.

den, hak düşürücü sürenin başlangıcı tutanağın kesinleşme tarihi olarak benimsenmiştir».

Genel Kurulda tartışmasız kabul edilen bu hükümle, yasakoyucu, tercihini yine 766 sayılı kanunda benimsenen yönde yapmış bu alanda benimsenen **siyaset** 21 yıl sonra da değişmemiştir.

8 — On yıllık hak düşürücü süre konusunda Yargıtay'da ortaya çıkan görüşler : 8.5.1987 tarihli İçtihadı Birleştirme kararını ve 23.11.1988 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararını incelemeye başlamadan önce tartışmasız olan konu ile bu kararlarda ele alınan ve değişik görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olan konuyu açıkça birbirinden ayırmak gerekir :

a) **Tartışmalı olmayan konu :** Özel kişiler arasında özel mülkiyete konu olan taşınmazların sınır, yüzölçümü ve sahipliği konusunda tapulamaya dayanılarak tesis olunan tapu sicillerinde belirtilen haklar dolayısıyla tescil tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra, tapulamadan önceki sebeplere dayanılarak dava açılmaz (766 sayılı kanun m. 31 f2, 3402 sayılı kanun m. 12 f3).

b) **Tartışmalı konu :** Umumun istifadesine mahsus köy ortamalları (766 sayılı kanun m. 35) ve genel olarak devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlar, kamu mallarının tapu siciline kayıtları söz konusu olmadığına (MK. 912) ve esasen bunlar için tapuya tescil değil, sadece sınır ve yüzölçümü tesbiti söz konusu olduğuna göre bunlarla ilgili çekişmelerde on yıllık hak düşürücü süre uygulanacak mıdır?

Bu soruyu iki kısma ayırmak gerekir :

a) Özel kişi, Hazine..lehine tesbit edilen taşınmazın kamu malı değil, kendi malı olduğunu iddia ederek on yıllık süre geçtikten sonra Hazine aleyhine dava açabilecek midir?

b) Hazine.., özel kişi lehine tescil edilen taşınmazın özel mülkiyete konu olamayacağını, kamu malı olduğunu iddia ederek on yıllık süre geçtikten sonra özel kişi aleyhine dava açabilecek midir?

İncelediğimiz İçtihadı Birleştirme kararından, Hukuk Genel Kurulu kararından ve bu kararlara ilgili karşı oylardan vardığımız sonuca göre Yargıtay'da önce bu sorulara verilen cevapda görüş ayrılığı yoktu: kamu malları tapu siciline kaydedilmezler; Tapulama Kanununun uygulama alanı dışında kalırlar; esasen Tapulama Kanununda özel malların tapuya tescili, kamu mallarının ise sadece sınır ve yüzölçümlerinin **tesbiti** sözkonusudur, on yıllık hak

düşürücü süre tescille ilgili bulunduğu için m. 31 f2'nin kapsamı dışında kalırlar. Şu halde kamu malları ile ilgili davalarda davacı ister Hazine, ister özel kişi olsun on yıllık hak düşürücü süre uygulanmaz.

Bu çözüm 766 sayılı kanun m. 31 f2 deki 'tescil' kelimesi dolayısıyla teknik açıdan belki savunulabilirdi; fakat bu çözüm yasa koyucunun benimsediği çözüme açıkça aykırı idi.

Yargıtay içinde daha sonra görüş ayrılığı ortaya çıkmış; Hukuk Genel Kurulunda umumun istifadesine mahsus köy ortamalı (766 sayılı kanun m. 35) olarak tesbit edilen taşınmaz dolayısıyla özel kişinin açacağı davanın m. 31 f2'de belirtilen hak düşürücü süreye tâbi olduğu görüşü hâkim olmuş; 1 ve 8. Hukuk Daireleri ise görüşlerini muhafaza etmişlerdir. Bu durumda içtihat ayrılığını Yargıtay Büyük Kurulunda birleştirmek gerekmiştir.

9 — 8.5.1987 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı. a) Gerekçeler: Yargıtay Büyük Genel Kurulunda Hukuk Genel Kurulu ile 1 ve 8. Hukuk Daireleri kararları arasında aykırılık bulunduğu tesbit edildikten sonra, konunun sadece 766 sayılı kanunun 35 nci maddesi ile sınırlandırılarak incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Birleştirme kararı Hukuk Genel Kurulu görüşüne uygun olarak çıkmıştır. Yani umumun istifadesine mahsus köy orta mallarının (mer'a, yayla, kışlak...) sınır ve ölçülerini tesbit eden tapu-lama kararları dolayısıyla özel kişilerin açacağı davalar hakkında m. 31 f2'de yer alan on yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması gerekir.

Birinci gerekçe : Birleştirme kararında aşılması gereken **teknik güçlük** kamu malları için tescil değil, 'tesbit'in söz konusu olduğu, bu tesbitler dolayısıyla açılacak davalarda özel kişi-Hazine...ayrımı yapılmadan hak düşürücü sürenin uygulanamayacağı gerekçesi idi. 35. maddede yapılan işlemin «tescil» değil, «tesbit» olduğu belirtilmiştir. «Kamu mallarının ilke olarak tescile tâbi bulunmadığı taşınmaz hukukunun temel kurallarındandır. Yasa koyucu tapu-lama sırasında 35. maddedeki taşınmazlar hakkında yapılacak işlemleri açıklamış; ancak kamu mallarına ilişkin temel kuralı bozmamak amacıyla ve uygulamada tereddüt ve karışıklıklara yol açmamak için sınırlandırmanın tescil mahiyetinde olmadığını belirtmek zorunluluğunu duymuştur». Başka deyimle m. 35'de söz konusu olan «tesbit'in de 31 f2'deki tescil anlamında yorumlanmak gerektiği kabul edilmiştir.

Birleştirme kararının **ikinci gerekçesi** m. 31 f2'deki düzenleme amacının «sicillere kararlılık sağlamak, büyük emek ve giderlerle meydana getirilen sicillerin hak düşürücü süre geçtikten sonra kesin hal alması'dır. Yasa koyucunun m. 31 f2'nin getirilmesi ile güdülen amaç dikkate alındığında 35. madde ile sınırlandırılan taşınmazlar hakkında açılan davalarda da hak düşürücü sürenin uygulanacağını kabulü gerekir.

Birleştirme kararının **üçüncü gerekçesi** 'eşitlik' konusunda ileri sürülen karşı görüşleri cevaplandırmaktadır. Karşı görüşde olanlar bu esas benimsendiğı takdirde Yargıtay'ca benimsenen ilk çözümdeki bütünlüğün bozulacağını, davacının Hazine olması halinde hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı görüşü karşısında vatandaş - Devlet arasında eşitlik ilkesinin bozulacağını belirtmişlerdi. Bu görüş řu gerekçe ile karşılanmıştır. «Kamu taşınmazları herhangi bir nedenle zuhulen tescil edilse dahi hukuksal mahiyet ve niteliklerini kaybetmezler. Yasa koyucu bu nedenle 35. maddede sınırlandırmanın tescil mahiyetinde olmadığını hükme bağlamıştır (16). Bu yolda açılacak davanın dayanağını özel hukuk hükümleri oluşturmaz. O halde taşınmazların farklı niteliklerine dayanan farklı içtihatlar nedeniyle eşitlik ilkesinin bozulduğundan söz edilemez.

Çoğunluğun çözümüne karşı olup da karşı oy yazısını yazarların hepsi (**Özdil-Pamir-Özkaya-Çetiner-Özdemir-Durak**) Yargıtay'daki ilk içtihadı savunmuşlardır (17).

(16) Bu gerekçe, ilk gerekçe ile çelişmektedir.

(17) 8. Hukuk Dairesi Başkanı Şükrü **Özdemir**'in karşı oyunda Prof. Dr. İsmet **Sungurbey**'in «766 sayılı Tapulama Kanununun 31. maddesinin II fıkrası ile 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununun 22. maddesinin H bendindeki arıtım süreci yoluyla hak düşümünün sınırları» başlıklı yazısına da dayanılmıştır. (İÜHF Me. C XLV-XVII, sa. 14, 1982, s. 431-475).

Ancak bu incelemede m. 31 f2'nin sınırlı bir şekilde uygulanması konusunda ana tema bu hükmün itirazda bulunmak suretiyle arıtım süresine (tasfiye prosedürüne) katılmamış olanlara uygulanmaması gerektiğı görüşüdür.

Kamu malları konusunda Sungurbey sadece Nusret **Ozanalp**'in eserine (Tapulama Kanunu Şerhi, 2. baskı, 1976, s. 249 vd. atıf yapmakla yetinmiş (s. 455), konuyu ayrıca incelememiştir.

Prof. Dr. İsmet **Sungurbey**'in «Devlet toprakları özel kişilere tapulanamaz» başlıklı incelemesinde ise (Yasa Dergisi Ocak, 1981, s. 13-40) tapuda kayıtlı olan veya olmayan devlet taşınmazlarının zilyet tarafından MK. 639'a dayanılarak iktisap edilebilip edilemeyeceğı konusu ele alınmıştır. Sungurbey'in bu konudaki daha önceki çalışmaları bu incelemede belirtilmiştir.

10 — b) **Yasaya aykırı yorum** : 766 sayılı kanun m. 31 f2 ile ilgili gerekçenin açıklığı ve milletvekili **Yahya Kanpolat**'ın önerisinin Genel Kurulda reddedilmesi dolayısıyla yasa koyucunun tercihi (nu. 6'ya bak.) kesinlik kazanmıştı; m. 31 f2 Hazinesinin açacağı davalarda da uygulanacaktı. Bu fıkrada sadece 'tescil' kelimesinin bulunması, 'tesbit' kelimesine yer verilmemiş olması bir redaksiyon hatası idi, amaç açık idi.

Bu amaç tapuya kayıtlı olan ve olmayan özel mülk konusu veya kamuya ait bütün taşınmazlarda sınırların, yüzölçümünün ve malikin tesbiti; özel mülkiyet konusu olanların tapuya tescili ve bu konulardaki ihtilâfların on yıllık hak düşürücü süre içinde sona erdirilmesi ,istikrarın sağlanması idi.

Bu itibarla Yargıtay'da bu konuda hâkim olan ilk çözüm, yasa koyucunun amacı ile çelişiyordu. Bu çelişki içtihadı birleştirme kararında kısmen devam etmiş; ayrıca bu kararlar aynı konuda iki değişik çözüm benimsenmekle başka bir çelişki de ortaya çıkmıştır. Tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazın özel kişiye mi, kamuya mı ait olduğu dava sonunda anlaşılacaktır. Tesbitin kamu veya tescilin özel kişi lehine olması yani davacının Hazine... veya özel kişi olması bu iki davanın ayrı statüye tâbi tutulmasını gerektirmez. Açtığı davada özel kişinin, haklı olduğu anlaşılınca o taşınmazın kamu malı olmadığı, Hazinesin.. açtığı davada haklı olduğu anlaşılınca o taşınmazın özel mülk olmadığı sabit olacaktır. Özel kişinin açtığı davada on yıllık hak düşürücü süreyi uygulamayı kabul etmek, o taşınmazın kamu taşınmazı olup olmadığının tartışılmasını red etmek demektir. Hazinesin açtığı davada bu süreyi kabul etmemek yapılan tescilin yani o taşınmazın özel taşınmaz olduğunun tartışılmasını kabul etmek demektir. Birinci halde kamu malı olarak yapılan tesbitin doğru ve tartışılmaz olduğunu, ikinci halde özel mal olarak yapılan tescilin yanlış olabileceğini, tartışılabileceğini kabul etmek ve bu varsayımlara dayanarak farklı çözümler benimsemek, kanaatimce savunulamaz.

Bu birleştirme kararının görüşülmesinde yasa koyucunun benimsediği çözümün doğru ve bağlayıcı olduğunun ileri sürülmemiş olması, bu konuda bir karşı oyun karar ekinde yer almamış bulunması dikkati çekmektedir.

Hukuk Genel Kurulu'nun yine bu konuda vermiş olduğu ve aşağıda incelediğim 23.11.1988 tarihli karar Yargıtay içinde azınlıkta da olsa- üçüncü bir görüşün oluştuğunu göstermektedir.

11 — 23.11.1988 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı (18) : İctihadı birleştirme kararının görüşüldüğü 8.5.1987 tarihinde 3402 sayılı Kadastro Kanunu kabul edilmemişti. Halbuki incelediğimiz Hukuk Genel Kurulu kararı bu kanun kabul edildikten (21.6.1987) ve yürürlüğe girdikten (9 Ekim 1987) sonra verilmiştir. Bu suretle bu karar gerekçesinde Kadastro Kanununun bazı hükümleri de yer almıştır.

a) **Dava** : Hazine, özel kişi lehine 2.8.1972 tarihinde tescil edilen beş parselde bazı alanların devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olduğu yani o alanların özel mülkiyete konu teşkil edemeyeceği sebebine dayanarak tapunun ilgili kısımlarının iptalini ve tescil dışı bırakılmasını 15.2.1985 tarihinde dava etmiştir.

Antalya Hukuk Mahkemesi 12.3.1987 tarihinde davacı Hazine lehine karar vermiştir.

12 — b) 1. **Hukuk Dairesinin bozma kararı** : 1. Hukuk Dairesi dava ve karar tarihinde yürürlükte olan 766 sayılı Tapulama Kanunu m. 31 f2'ye, 9.10.1987 tarihinde yürürlüğe giren Kadastro Kanunu m. 12'ye göre on yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılmış bulunan davanın reddedilmesi, bu hususun kamu düzeni ile ilgili bulunduğu için resen gözönüne alınması gerektiği gerekçesi ile 2.12.1987 tarihinde söz konusu kararı bozmuştur.

1. Hukuk Dairesinin bu bozma kararı, bu daire içinde 766 sayılı kanun m. 31 f2'nin yorumu konusunda, incelediğimiz içtihadı birleştirme kararında savunulan azınlık görüşünün tamamen aksi yeni bir görüş oluştuğunu, Hazine tarafından açılacak davalarda da on yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması gerektiğinin kabul edildiğini göstermektedir.

Bu görüşün oluşmasında incelediğimiz içtihadı birleştirme kararından sonra, bu kararda benimsenen çözümün, eşitlik ilkesi dolayısıyla, Hazine tarafından açılan davalarda da uygulanması gerektiği kanaati etkili olmuştur.

Ayrıca 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 12 f3'de 'tescil' kelimesi ile beraber 'tesbit' kelimesine de yer verilmesinin ve nu. 7'de belirttiğimiz Hükümet tasarısında yer alan açık gerekçenin de yerleşmiş içtihadın terkedilmesinde önemli bir payı olmuştur.

1. Hukuk Dairesi Başkanı sayın **Zekâi Özdil**'in Hukuk Genel Kurulunun direnme kararını uygun bulan kararına karşı yazdığı

(18) YKD. Nisan 1989, s. 464-476.

muhalefet şerhine hâkim olan görüş bu açılardan ilginçtir. Ancak bu muhalefet şerhi ile incelediğimiz İçtihadı Birleştirme kararı- na karşı yazdığı muhalefet şerhi arasında önemli farklar vardır. 1. Hukuk Dairesi Yargıtay'da hâkim olan birinci görüşün Hazine- nin açacağı davalarda da doğru olmadığını, yasa koyucunun bu konuda ihtilâfları 'tasfiye' amacıyla tercih ettiği çözümün isabetli olduğunu ve «tasfiye» amacının başka türlü gerçekleşmeyeceğini» ancak 22 yıl sonra kabul etmiştir.

13 — c) Mahkemenin direnme kararı : Antalya Hukuk Mahkemesi a) davanın 766 sayılı yasa zamanında açıldığı, b) sonradan yürürlüğe giren 3402 sayılı yasanın hakkına etkili olamayacağı gerekçesiyle ilk kararında direnmiştir.

14 — ç) Hukuk Genel Kurulunun kararı : 23.11.1988 tarihli kararında Hukuk Genel Kurulu Antalya Asliye Hukuk Mahkemesinin direnme kararını uygun bulmuş ve 1. Hukuk Dairesinde oluşan 'üçüncü' görüşü yedi gerekçeye dayanarak red etmiş; bu konudaki ilk görüşü değiştirmemiş; ancak kararda Türk hukuku bakımından üzerinde dikkatle durulması gereken değişik gerekçelere de yer vermiştir.

Hukuk Genel Kurulundaki çoğunluğun çıkış noktası yukarda incelediğimiz 766 sayılı kanun m. 31 f2 ile ilgili 8.5.1987 tarihli içtihadı birleştirme kararıdır :

— 35. maddedeki sınırlandırma tescil mahiyetinde değildir.

— Kamu malları zuhulen tescil edilseler dahi hukuksal mahiyet ve niteliklerini kaybetmezler.

— Bu malların kişi adına tesbit ve tescilinde bu tescil aleyhine açılacak dava on yıllık süreye tâbi değildir.

Hukuk Genel Kurulu bu konudaki içtihadını sürdürebilmek için konuyu bir anayasa hukuku problemi haline dönüştürmüştür.

15 — a') Anayasa Hukuku açısından durum : Hukuk Genel Kurulunda çoğunluğun bu açıdan benimsediği gerekçeler şunlardır:

— Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin on yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulduğunun kabul edilmesi kamu mallarının mahiyetleri ile açıkça bağdaşmayan, kamu mallarının korunmasına büyük önem veren Anayasanın amacına ters düşen hukukî sonuçlar doğurur ve dolayısıyla Anayasaya aykırılık sorunu ortaya çıkartır (s. 469).

— «Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler, bu nitelikleri itibariyle yasama organının serbest düzenlemesine açık yerlerden değildirler» (s. 467). Yasa koyucu bu nitelikleri koruyucu yön-de düzenlemede bulunmak zorundadır.

— «Anayasa hükümleri...yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları» (An. m. 11) olduğundan mahkemeler Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlere ilişkin emri gözönüne almak zorundadır.

— Mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılamıyacağı (An. m. 35 f3), kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer sayılması, sahil şeritlerinden yararlanmada «öncelikle kamu yararı»nın gözetilmesi (An. m. 43) Anayasa hükümleridir; Anayasanın amacı «kamu mallarının korunması»dır [s. 467 (III), s. 469 (IV)].

— Kanunlar «Anayasanın kamu mallarının Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri koruma amacı doğrultusunda yorumlanmalıdır» (s. 470 (V)).

— 766 sayılı Kanun m. 31 f2 bu amaç doğrultusunda yorumlanmıştır; 3402 sayılı kanun m. 12 de bu amaç doğrultusunda yorumlanmalıdır.

— 3402 sayılı Kanunun 'gerekçesi' ve görüşme tutanakları aksi yönde bir sonucu benimsemiştir. Yargı organı, yasama organının «aydınlatıcı» nitelikteki gerekçe ve çözümleri ile «kural olarak bağlı değildir» (s. 470 (V)).

— Sonuç : 3402 sayılı kanun m. 12'deki düzenleme, 766 sayılı kanun m. 31 f2'deki düzenlemeden ayrılmış değildir» (s. 470 (V)).

Daha evvel belirttiğimiz gibi 766 sayılı kanun m. 31 f2'deki düzenleme de, 3402 sayılı kanun m. 12'deki düzenleme de aynı esasa dayanıyordu; ancak bu esas ile Yargıtay'da «kamu mallarını koruma» amacıyla yapılan yorum çelişiyordu.

Hukuk Genel Kurulu'nun anayasa hukuku açısından dayandığı ve yukarda biraraya getirmeğe çalıştığım gerekçeler iki bakımdan incelenmelidir :

16 — aa) Yargı organlarının yorum sınırı bakımından : Kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında yargı organlarının, meselâ Yargıtay'ın, yasama organının benimsediği açık çözümün Anayasa amacına aykırı olduğu gerekçesi ile bu çözümün

tamamen aksi olan bir çözümü yorum yaparak kararlarında uygulamak yetkisi var mıdır? Anayasa hukuku bakımından temel problem budur. Başka deyimle yargı organları, Anayasa amacı açısından yaptıkları yorumda, yasama organının benimsediği çözüm ile ters düşerken yorum sınırını aşmış olmazlar mı?

İncelediğimiz kararda gerekçe olarak gösterilen Anayasa'nın 11 nci maddesi bu kararda belirtilen ölçüde yorumlanacak olursa 'Anayasaya aykırılık' gerekçesi ile yürütme ve yargı organlarının kanun hükümlerini uygulamamaları; devlet düzeni, hukuk devleti ve Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen An. m. 148 ile bağdaşır mı?

«Anayasa Mahkemesi, kanunların ...Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler» (m. 148). Türkiye'de kanunların Anayasaya aykırılığına karar verecek tek organ Anayasa Mahkemesi olduğu ve Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal davası açma hakkı belli organlara tanındığına göre (m. 150) mahkemeler bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse konuyu Anayasa Mahkemesine intikal ettirirler ve Anayasa Mahkemesi karar verinceye kadar davayı geri bırakırlar (An. 152 f1). Bu istisna dışında mahkemeler Anayasa m. 11'e dayanarak kanun hükümlerinin kendilerini bağlamayacağını iddia edemezler (19).

(19) Ancak bu sonuç (ve Anayasa m. 150) ile Anayasanın 11 nci maddesinin 1. fıkrası arasında bir düzenleme çatışması olduğu açıktır. **Karayaşın:** Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod... 3. baskı, 1986, s. 98-99.

Bu inceleme kaleme alındıktan sonra 10. Hukuk Dairesinin 19.12.1989 tarihinde (yani Hukuk Genel Kurulu kararının verilmesinden yaklaşık 13 ay sonra) oybirliği ile verdiği şu kararı yayınlamıştır YKD. Mayıs 1990, s. 680-682):

«**Özet:** Anayasal denetim, Anayasa Mahkemesi'nce yapıldığına göre, sistemin gereği olarak mahkemelerce bir yasa veya kanun hükmündeki kararnamenin, **Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın**, Anayasaya aykırı olduğundan söz edilerek doğrudan yok sayılmasına yasal olanak yoktur».

Hukuk Genel Kurulu kararında sadece 1. Hukuk Dairesi Başkanı sayın İ. Zekâi Özdil'in karşı oyu yer almıştır. 10. Hukuk Dairesinin başkan ve üyeleri de Hukuk Genel Kurulu'nun üyeleri olduğu (2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 7 f1) gözönüne alınacak olursa incelenen Hukuk Genel Kurul kararına karşı olanların sadece sayın Özdil olmadığı sonucuna varılabilir.

Her mahkeme kararında, kararı verenlerin meslekî sorumluluğu ve itibarı söz konusudur.

Kanaatimca müzakere ve kararların selâmeti, ciddi çalışmaların desteklenmesi açısından daire, genel kurul, içtihadı birleştirme kararlarını imzalayanları adları, hatta raportör üyenin adı ayrıca belirtilerek, Yargıtay Kararları Dergisinde kararla birlikte yayınlanmalıdır.

Hukuk Genel Kurulu kararında Anayasa hukuku açısından yer alan gerekçeler ve dayanılan 11 nci madde ile yorum sınırının aşıldığı kanaatindeyim.

766 sayılı Kanun m. 31 f2 ve 3402 sayılı kanun m. 12'de yasama organının benimsediği çözümün Anayasa amacına, yani Anayasaya aykırı olduğunu görürse mahkemenin konuyu Anayasa Mahkemesine intikal ettirmesi gerekir (An. 152).

17 — bb) Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar bakımından : Gerek 1961 Anayasasında, gerek 1982 Anayasasında Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki «mal» kavramına dolaylı bir şekilde temas edilmiştir. Her iki Anayasada «Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır» hükmü yer almıştır (1961 An. m. 130; 1982 An. m. 168). Ayrıca 1982 Anayasasında kıyıların da «Devletin hüküm ve tasarrufu altında» olduğu belirtilmiştir (m. 43 f1).

Bu hükümlerden hareket ederek bu yerlerin «bu nitelikleri itibariyle yasama organının serbest düzenlemesine açık yerlerden değildirler» «Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin on yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulduğunun kabul edilmesi kamu mallarının mahiyetleri ile açıkça bağdaşmayan ...hukukî sonuçlar doğurur» sonucuna varılabilir mi?

«Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar» kavramı Medenî Kanunda yer almıştır (m. 641). Bu terim İsviçre Medenî Kanunundaki (m. 664) «*biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat-die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates*» deyimini karşılığı olarak kullanılmıştır.

MK. 641'de yer alan bu deyime dayanarak Türk hukukunda bir sistem kurulmak istenmiş ve bu malların «**özel mülkiyet konusu olamayacağı**» iddia edilmiştir.

İncelediğimiz Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan gerekçe de bu görüşün tekrarından ibarettir.

18 — b') Türk hukukunda «Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mal» kavramı : Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki malların özel mülkiyet konusu olamayacağı görüşü Ord. Prof. Sıddık Sami Onar'ın «Devletin amme malları üzerinde mülkiyet hakkı, devir ve ferağ hakkı yoktur; sadece muhafaza ve idare yetkisi vardır» görüşüne dayanmaktadır.

Bu görüş ve bu görüşe dayanan Anayasa Mahkemesinin 16.2.1965 tarihli kararı «**Kanunlarımız, doktrin ve uygulama açısından mer'a ve yaylaklar, emval-i metrûke**» başlıklı yazımızda incelenmiş; Prof. S.S. Onar'ın ve onun görüşünü benimseyenlerin bu alanda yayınlamış kanunları, geniş bir uygulamayı gözönüne almadıkları bu yazımızda belirtilmiştir (20).

Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar deyimi ile **Devletin hâkimiyeti altında bulunan** yani **Devlete bu malların statüsünü düzenleme yetkisi** tanınan mallar anlaşılması gerektiği ve bu yetkiye dayanarak Devletin kamu malları için kamu mülkiyeti statüsünü ihdas edebileceğini veya bunları özel mülkiyet statüsüne tâbi tutabileceğini Prof. Dr. Kemal **Gürsoy** genel olarak belirtmiş (21), yukarda zikrettiğimiz yazıda özel mülkiyet statüsüne geçişlerle ilgili yasal kuralar incelenmiştir.

Bu karar Genel Kurulda görüşülürken yürürlüğe girmiş bulunan 21.6.1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanununda yer alan ve benimsenen görüşle kesin olarak çelişen ve Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmemiş olan hükümler gözönüne alınmamıştır.

— Mer'a, yaylak, kışlak gibi taşınmaz mallar «**özel kanunların**da yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla» özel mülkiyete konu teşkil etmezler (m. 16 B f2).

— Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan (ve **kamu hizmetine tahsis edilmeyen** ve orman sayılmayan) arazi, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirildiği takdirde imar ve ihya edenler veya halefleri adına tesbit (tescil ?) olunur (m. 17 f1, 14).

— Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir **kamu hizmetine tahsis edilen** yerler -tapuda kayıtlı olsun olmasın- kazanıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez (m. 18 f2).

— Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler tescil ve sınırlandırmaya tâbi değildir, **istisnalar** saklıdır (m. 16 e).

Ayrıca şu hususun da dikkate değer olduğu belirtilmelidir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerleri, Devletin «tasarruf» edemeyeceği, yasal düzenleme ile özel mülkiyete dönüştü-

(20) A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C. 32, sa. 14, 1976, görüşler: s. 52-61; kanun hükümleri: s. 42-52, 63-64. Ayrıca not 6 ve 8'e, ihya ile ilgili kanun hükümlerine bak (5602 sayılı kanun, 609 sayılı kanun m. 37, 766 sayılı kanun m. 37, 3402 sayılı kanun m. 12).

(21) Türk eşya hukukunda zilyetlik ve tapu sicili, Ankara 1974 s. 209-211.

remiyeceği yerler olarak tanımlamak, 'tasarruf' terimini bu anlamda yorumlamak bu terimi ilk defa düşünen ve kullananların amacı ile de ters düşmez mi?

«3402 sayılı yasanın gerekçe ve görüşme tutanakları ise aksi yönde bir sonucu» benimsediği belirtildikten sonra yargı organlarının bunlarla kural olarak bağlı olmadığı ve Anayasanın kamu mallarının, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri koruma amacı doğrultusunda 3402 sayılı kanunla ilgili olarak yapılan yorumun «766 sayılı yasa ile ilgili olarak varılan sonucu doğrulamaktadır» görüşü (s. 470) açık bir hata ve zorlamadır. Aslında 766 sayılı kanun m. 31 f2 dolayısıyla varılan sonuç, yapılan yorum yanlış idi; bu yanlış yorumda 3402 sayılı kanun açısından da ısrar edilmiştir :

Hukuk Genel Kurulunun tahlil ettiğimiz kararı müzakere edilirken Türk doktrinindeki gelişmeler ve Cumhuriyet döneminde çeşitli yasalarda yer alan hükümler gözönüne alınmış olsa idi çıkış noktasındaki hata nihayet anlaşılır; özellikle 3402 sayılı kanun hükümleri karşısında önceki içtihattan dönülmesi gerektiği sonucuna varılırdı kanaatindeyim.

Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri 'korumak amacı' ile Devleti, tasarruf edebileceği yerlerde tasarruf gücünden keşin olarak mahrum edecek bu görüş doktrinde rahmetli Prof. S. S. Onar tarafından önerilmiş ve yeteri kadar incelenip değerlendirilmeden bazı meslekdaşlarımız tarafından benimsenmiştir. 16.2.1965 tarihli kararda Anayasa Mahkemesini, 8.5.1987 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında ve Hukuk Genel Kurulunun 23.11.1988 tarihli kararında Yargıtayı etkileyen bu görüşün, toplumun ihtiyacı ve gerçekleri ile ve Cumhuriyet döneminde çıkartılan yasalarla bağdaşmadığı, ters düştüğü yargı kesiminde de uzun yıllar anlaşılmamıştır.

19 — c') aa) Genel olarak : Hüküm verildikten sonra yürürlüğe giren kanun hükümleri bozma sebebi olabilir mi? İncelenen Hukuk Genel Kurulunda bu enteresan hukukî problem I. Hukuk Dairesinin 3402 sayılı Kadastro Kanununa ve kamu düzeniyle ilgili hükmün resen gözönüne alınması gerekçesine dayanan bozma sebebine karşı yerel mahkemenin sonradan yürürlüğe giren 3402 sayılı kanunun dava hakkına etkili olamayacağı görüşüne dayanarak ısrar etmesi üzerine ortaya çıkmıştır.

I. Hukuk Dairesinin böyle bir gerekçe ile bozma kararı vermesi gerekmediği kanaatindeyim. Çünkü olay tarihinde yürürlükte olan 766 sayılı kanun m. 31 f2 hükmü ve gerekçesi kararın bozulması için yeterli idi. Ancak Yargıtay'ın bu kanunu ve hükmü yanlış yorumlaması ve uygulaması aksi yönde olduğu için bu Daire içinde oluşan yeni görüş, Yargıtay'ın yerleşmiş görüşüne aykırı olarak ve sadece 766 sayılı kanun m. 31 f2'ye dayanarak kararı bozma yolunu seçmemiş; başka, yeni bir gerekçe bulmak ihtiyacını hissetmiştir.

Bu yola gidilmemiş olsa idi konu belki de yeniden İçtihadı Birleştirme Büyük Kuruluna intikal ettirilerek bir daha incelenebilir, şu veya bu yönde hal edilebilirdi.

Yürürlüğe giren bir kanunun o tarihten sonraki olaylara uygulanması esastır. Ancak o kanunun daha önceki olaylara da uygulanacağına dair istisnaî bir hüküm kanunda yer alabilir. Yürürlükten kaldırılan kanunda benimsenmiş çözümün açıkça yanlış veya kamu düzenine aykırı olduğu kabul edildiği takdirde yeni hüküm eski olay hakkında da uygulanabilir ve uygulanmalıdır (Kanunu Medeninın sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkında 864 sayılı ve 29 Mayıs 1926 tarihli kanun m. 1-4'e bak.).

Bu durumda böyle bir yeni hükmün 'kazanılmış hak'kın mevcut olduğu hallerde uygulanıp uygulanamayacağı problemi ortaya çıkar. Hukuk Genel Kurulu kararında kazanılmış hakları koruma ilkesinin Hukuk Devleti kavramının temel taşlarından biri olduğu -HGK.nun 9.3.1988 tarihli kararına da atıf yapılarak- belirtilmiştir.

Bir kanun yürürlükte iken 'kazanılmış' sayılabilecek bir hak mevcut ise bu hakkın sonradan çıkan bir kanunla tanınmaması normal şartlar altında savunulamaz.

Aslında 766 sayılı kanun m. 31 f2 ile 3402 sayılı kanun m. 12 arasında bir düzenleme farkı olmadığı, sadece yazılışın düzeltildiği daha evvel belirtilmiştir.

Hukuk Genel Kurulundaki çoğunluğun çıkış noktasından yani Hazinesin davacı olması halinde 766 sayılı Kanuna göre hak düşürücü sürenin söz konusu olmadığı, 3402 sayılı Kanuna göre on yıllık hak düşürücü süre esasının benimsenmiş olduğu noktasından hareket edildiği takdirde, olaya 3402 sayılı kanunun uygulanması ile, kazanılmış hak ilkesi ihlâl edilmiş sayılabilir mi? Bir kim-

se hakkında kısmen veya tamamen feragat edebilir; Devlet, davacı olarak hak düşürücü süreye tâbi tutmadığı bir olayı kendi aleyhine, vatandaş lehine belli bir süreye tâbi tutabilir. Gerekçede açıkça ifade edildiği gibi bu düzenlemenin amacı bu alandaki Hazine-vatandaş uyuşmazlıklarını belli bir süre içinde kesin olarak tasfiye etmektir. Burada kazanılmış hak konusunda Devletin hak sahibi aleyhine yasal müdahalesi değil, bu düzenleme ile **kendi aleyhine, kamu düzeni amacı ile, haklarını sınırlaması** söz konusudur.

Karar gerekçesinde yer alan on yıllık hak düşürücü sürenin yeni yasa ile bir yıla indirilmesi halinde beşinci yıl açılmış davanın süre yönünden reddedilmesi gerekeceği ve bu durumda hukuk alanında güvenliğin tamamen sarsılmış olacağı görüşünün (s. 471) incelenen olayla ilgisi anlaşılamamıştır. Verilen örnek davacı aleyhine ve onun irade ve isteği dışında kalan bir düzenleme ile ilgilidir. Kabul şekline göre olayda ise davacının (devletin) kendi irade ve arzusu ile ve yasal düzenleme yolu ile hakkını süre açısından sınırlaması, kısmî feragati söz konusudur.

20 — bb) 3402 sayılı Kanunun geçici 4. maddesiyle ilgili gerekçe : Hukuk Genel Kurulu kararında geçici 4. madde, bu hükümle ilgili olmayan bir durum için, gerekçe olarak zikredilmiştir. 3402 sayılı kanun ile, özellikle m. 14 ile, Hazine-vatandaş ilişkileri açısından vatandaş lehine -766 sayılı kanunda yer almayan- yeni imkânlar tanınmıştır. Geçici 4. maddenin amacı bu yeni düzenlemenin halen görülmekte olan ve on yıllık hak düşürücü süre içinde açılacak davalara da uygulanmasını sağlamaktır.

Hazinenin açacağı davaların 766 sayılı kanun m. 31 f2'ye göre on yıllık hak düşürücü süreye tâbi olduğu yasama organınca kabul edilmiş olduğu için bu konuda geçici bir madde ile geçiş dönemi düzenlemesine gerek görülmemiştir.

Aksi görüşde olan Yargıtay bu geçici 4. maddeyi, kendi görüşü açısından yorumlamaya çalışmıştır. Hukuk Genel Kurulunda çoğunluk, hukukun genel prensipleri, hukuk devleti ilkesi açısından -kabul şekli bakımından dahi- hak düşürücü süre yönünden 766 sayılı kanun zamanında açılmış bulunan davaya 3402 sayılı kanunun 12. maddesindeki on yıllık sürenin uygulanmaması gerektiği görüşünü benimsemiştir (s. 471-472).

Bu görüş 864 sayılı Tatbikat Kanunu m. 2-4'de yer alan ve yeni hükümlerin geçiş döneminde hangi hallerde geriye etkili olarak

uygulanabileceğini belirten genel kurallara uygundur. Ancak bu karar tahlilinde belirtmeye çalıştığımız gibi önceki 766 sayılı kanun m. 31 f2'de benimsenen hak düşürücü süre ile 3402 sayılı kanun m. 14 ile benimsenen hak düşürücü süre arasında amaç ve düzenleme farkı olmadığı için böyle bir gerekçe anlamsız kalmaktadır.