

SON DEĞİŞİKLİK ÇERÇEVESİNDE KADASTRO TESPİTİNDEN ÖNCEKİ AYNI HAK İDDİALARINDA HAZİNENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Saba ÖZMEN / Av. Nurgül KUTLU*

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Bilindiği gibi kadastro tespiti kavramı “*Mülkiyet Haklarının Tespitine İlişkin Esaslar*” başlığı altında, 3402 sayılı Kadastro Kanunu (KK) 13. ve 14. maddelerinde taşınmaz niteliğine bağlı olarak iki ana başlık altında düzenlenmiş olup, aynı hakların Medeni Kanun (MK) hükümlerince tutulan Tapu Siciline kaydedilmesi zorunluluğunu (MK m.997 vd.) hüküm altına almaktadır. Böylece Medeni Kanun hükümlerince tutulan sicile bağlı olarak (MK m.997 vd.) tapuya kayıtlı hale gelen taşınmazlar hak sahipleri lehine aynı hak karinesi yaratmaktadır. Takdir edileceği gibi bu kayıt ile birlikte, yapılan aynı hak tescilleri yolsuz olabilmektedir. Hatalı kadastro tespiti sonrası oluşan yolsuz tescillerin hak sahibi olmayan kişiler lehine yarattığı karineye dayalı olarak aynı haklara hakim ilkeler açısından “*hak düşürücü süre ve zamanaşımı ile aynı hak kaybı olmama*” ilkesi kadastro öncesi hukuki sebepler açısından işlememektedir.

Bu konuda kadastro tutanaklarının “*kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak*” dava açılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (KK m.12/III). Ancak, 5841 Sayılı Kanun ile değişiklikten önce KK m.12 hükmü özel mülkiyete elverişli olmayan kamu taşınmazları için uygulanmamaktaydı. Kıyı, orman yoğunluklu iddialar ile Hazine tarafından açılan davalar sonucunda; kadastro tespiti üzerinden kaç yıl geçerse geçsin, “*tapu iptal davası*” adı altında özel hukuk kişilerine ait tapu kayıtları iptal edilmekte idi.

Bu noktada bu sonucu son yasa değişikliği kapsamında tartışmakla birlikte makalenin amacı anılan bu tür iptal kararlarının davalıları açısından ayırım yaparak kadastro tespitinde hak sahibi olanlar ile bunlardan aynı hak edinen üçüncü kişiler açısından farklı sonuçlarının ortaya konması gerektiğidir. Ayrıca bu farklılığa dayalı olarak Hazine'nin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hüküm ve sonuçlar ile uygulamanın hatalı sonuçları eleştirilerek incelenecektir.

* İstanbul Barosu Avukatları

Uygulamada özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlarda tespit sahibi ile üçüncü kişiler açısından ayırım yapılmamış olmasından dolayı ciddi mağduriyetler söz konusudur. Şöyle ki; kadastro tespitine dayalı yolsuz tescile güvenen kişilere karşı açılan davalar ile verilen tapu iptal kararları sıkıntı yaratmaktadır. Ayrıca KK m. 12'deki hak düşürücü sürenin iyi niyetli üçüncü kişiler açısından da uygulanması sonucu Hazine'nin kusursuz sorumluluğu aleyhine açılan davalar da reddedilmektedir.

Diğer yönden aşağıda inceleyeceğimiz şekilde devlet aleyhine hüküm oluşturmama amaçlı düşüncelerle on yıllık sürenin kaçırılmadığı hallerde dahi Hazine'nin kusursuz sorumluluğu yolundaki talepler reddedilmektedir.

Makalenin bu bağlamda amacı, öncelikle mevcut durum karşısında Hazine'nin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hüküm ve sonuçları irdelemek ve sonrasında 5841 Sayılı Kanun ile KK m. 12'de yapılan değişikliği incelemektir.

KK m. 12/III hükmünde değişiklik yapan 25.02.2009 tarihli 5841 Sayılı Kanun'un 2. maddesiyle *"Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut devlet veya diğer kamu tüzelkişileri dahil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır"* kuralı getirilmiştir. Böylece kadastro tespiti öncesi hukuki sebepler için geçerli olan hak düşürücü süre, özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlar için de geçerli kılınmıştır. Tam bir Türk usulü ifrat tefrit örneği ile bu defa özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazların *sıf* süresinde dava açılmadı diye kamu envanterinden kaybına geçit verilmektedir. Oysa bu durumda özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlarda yolsuz kayıtlar düzeltilmeli ve/fakat kadastro tespiti sonrası yaratılan yolsuz tescile dayalı mülkiyet karinesine güvenen kişiler aleyhine açılan davalarda kaybedilen taşınmazlar konusunda hazinenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmelidir. İşte araştırmamızın amacı sorunu bu boyutu ile ortaya koymaktan ibarettir.

II. KADASTRO TESPİTİ KAVRAMI VE YARATTIĞI MÜLKİYET KARİNESİ

Kadastronun iki amacı bulunmaktadır. Teknik işlevi sonucu bir arazinin sınırları plana bağlanmaktadır. İkinci işlevi ise tamamen hukukidir. Buna göre sınırlar içinde kimin veya kimlerin aynı hak sahibi olduğu saptanmaktadır. Ancak, sınırların tespiti de zilyetliğe dayalı olarak yapılmakla eşya hukukunun ilkeleri dışında kalamayacağı bilinmelidir. Kadastro Kanunu'nun 1. maddesi: *"Bu Kanunun amacı, ülke koordinat sistemine göre memleketin kadastral veya topoğrafik kadastral haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tespit etmek suretiyle 4721 Sayılı Türk Medeni*

Kanununun öngördüğü tapu sicilini kurmak, mekânsal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmaktır” şeklindeki ifadesi ile bu amaç açıkça ifade edilmiştir. Kadastro nun bu temel işlevine dayalı olarak kamu taşınmazları ile özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar açısından da ayırım oluşturma işlevi olduğu unutulmamalıdır. Buna göre, kamu taşınmazları tespit dışı bırakılabildiği gibi -ki bu durumda taşınmazın idari işlem ile sahihsiz mal statüsünde olduğu belirlenmiş olmaktadır- özel mülkiyete elverişli taşınmazların kamu mülkiyetinde özel mal statüsünde tapuya kaydı da yapılabilmektedir. Böylece bu tür taşınmazlar üzerinde de MK hükümlerine tabi kamu mülkiyeti, aynı hakka dayanmaktadır. Eş deyişle kamu envanterinde özel mülkiyet konusu taşınmaz oluşmaktadır.

Özel hukuk kişilerine ait olan taşınmazlar kadastro sonucu, gerek tapusuz taşınmaz gerek zabıt (kayıt) defterine kayıtlı taşınmaz ayırımı gözetilerek üzerindeki mülkiyet ve sair aynı haklar MK'nın öngördüğü tapu sicili sistemine uygun olarak hak sahipleri adına tespite konu olmaktadır. Özel hukuk konusu taşınmazlarda MK m. 705 hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetinin tescil ile kazanılacağı ve yine MK m. 992 hükmünce de tapuya kayıtlı taşınmazlarda hak karinesinden yalnızca adına tescil bulunan kimşenin yararlanacağı ifade edilmektedir.

Tapusuz (yani daha öncede tapuya kayıtlı hale getirilmemiş) taşınmazlarda mülkiyetin kazanılması olağanüstü zamanaşımı ile olmaktadır. MK m. 713/I fıkrası hükmünün ve KK m. 33 hükmünün atfı ile KK m. 14 hükmünde bu kazanmanın koşulları belirlenmiştir.

Tapuya kayıtlı olan taşınmazlarda, mülkiyet karinesine dayalı aynı hak sahibi bulunmasına rağmen MK m.713/II vd. fıkrası hükmünce olağanüstü zaman aşımıyla bu kişi aleyhine taşınmaz mülkiyetini kazamak mümkündür. Ancak olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılabilmesi için zorunlu hukuki nitelik ile özel mülkiyete elverişli olma özelliği bulunması gerekmektedir. Zira KK m.18/II hükmü gereğince: “Orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez”. O halde öncelikle özel mülkiyete elverişli olan taşınmaz kavramının tespit edilmesi gerekmektedir.

III. KADASTRO TESPİTİNDE TAŞINMAZIN NİTELİĞİNE DAYALI SONUÇLAR

A. Özel Mülkiyete Elverişli Olmayan Taşınmazlar

Kadastro tespiti, bir diğer özelliği ile özel mülkiyet konusu taşınmazlar ile bunun dışında kalan kamu tasarrufundaki taşınmazları ayırmaktadır. Kamu taşınmazlarından özel mülkiyete elverişli¹ olmayanlar özel mülkiyet konusu yapılamamaktadır. "Özel mülkiyete elverişli" taşınmazlar, MK'mızın ve bu kapsamda KK'mızın hükümleri uyarınca özel mülkiyete konu olma koşullarının oluşması sonucu özel hukuk kişileri adına ve/fakat aynı hak kazanan özel hukuk kişileri olmaması halinde ise Hazine adına tespit ile kamunun özel malı olarak tapuya kaydedilmektedir.

Özel mülkiyete elverişli olma kavramını, özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazları dışlayarak oluşturmaktayız. Ancak bu konuda, özel mülkiyete elverişli olma ile özel mülkiyete konu olma ayrımını öncelikle oluşturmamız gerekiyor. Çünkü kamu envanterinde özel mülkiyete elverişli bulunmayan taşınmazlar bulunabilecektir. KK m. 18/II hükmü ile bu konuda tartışmasız bir emredici kurala vücut verilmiştir. Ancak özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlar KK. m. 18/II'de sınırlı sayıda belirlenmiş değildir. Bu konuda kamu hizmetine özgülenmiş bütün orta malı ve hizmet malları ile kültür ve tabiat varlıkları da girecektir. Bu noktada kural olarak özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlar kadastro tespiti sonucu özel hukuk kişilerine ait olamayacak taşınmazlardır. Aslında, bu konu MK'mızın düzenleme konusu olmamakla birlikte, kamu taşınmazlarına ilişkin getirilen MK m.999/I-II hükmünün: "Özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynı hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz. Tapuya kayıtlı bir taşınmaz, kayda tâbi olmayan bir taşınmaza dönüşürse, tapu sicilinden çıkarılır." şeklinde ifade edilen kuralı ile özel mal niteliğinde olmayan kamu taşınmazlarının tescile tabi olmayacağı vurgulanmıştır. Bu kuralın istisnaları da barındırdığı bir gerçektir.² Örneğin; KK m.18/I hükmünde yer alan düzenleme ile tarım alanlarına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlaması mümkün olan yerlerin kadastro tespiti ile Hazine adına tapuya kaydı sağlanabilecektir. İşte bu doğrultuda tapuya kaydı gerçekleştirilen taşınmazların niteliğini de irdelemek gerekmektedir. Bu nitelikleme ile kamu envanterinde özel mülkiyet konusu taşınmaz yaratılmaktadır. Ayrıca, kanunen devlete kalan taşınmaz kavramı ile de bu

(1) KK m. 18/II hükmünde geçen, kanunlar uyarınca devlete kalan taşınmazların özel mülkiyete elverişli olmalarına ve özel mülkiyete konu olmalarına rağmen zamanaşımı ile kazanılmaları mümkün değildir. Bunlara örnek olarak Hazine'nin mirasçılığı, Orman Kanunu m. 2/B arazileri, mütegayyip ve firari kişilerden kalan taşınmazlar sayılabilir. Burada söz konusu olan taşınmazlar Devlet'in özel mülkiyetine girmektedir.

(2) Ormanların tapuya kaydı ve Hazine adına tescili sonucu özel mal statüsü oluşturulamaz.

nitelikte özel bir hükümle, devlet tüzel kişiliğinin aynı hak sahibi kılındığı taşınmazlar özel mülkiyet konusu olmaktadır. Örneğin, mütegayyip ve firari şahıslara ait taşınmazların Hazine adına tescili, Orman Kanunu m. 2/B hükmü uyarınca orman sınırları dışına çıkartılan araziler ile Hazine'nin mirasçılığı sonucu Hazine'nin taşınmaz edinmesi ile oluşan tesciller (MK m. 501, 588, 594) sonucu özel mal niteliği kazanan taşınmazlar da burada sayılabilecektir. Bu tür taşınmazların olağanüstü zaman aşımı ile kazanılması mümkün değildir. Ancak, Devlet'in özel hukuk konusu olan bu taşınmazlardaki tasarruf yetkisi sonucu, mülkiyetin özel hukuk kişilerine devrinin her zaman mümkün olduğu bilinmelidir.

Özel mülkiyete elverişli olmama özelliği, sonradan oluşabileceği gibi taşınmazın zabıt defteri veya MK hükümlerince tutulan sicile kaydından önce de mevcut fiziki özelliğine dayalı olarak her zaman mevcut olabileceği de unutulmamalıdır. Örneğin, toprağın altında Roma dönemine ait eserler bulunan arazinin yıllarca tapuya kayıtlı özel mülkiyet konusu olmasına rağmen, özel mülkiyet elverişli olmama özelliğinin sonradan anlaşılması halinde durum budur.

B. Özel Mülkiyete Elverişli Taşınmazlar

“Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerler” ifadesi geçen KK m. 18 hükmü ile ilgili olarak MK m. 715 hükmü düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre:

“Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.

Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir.”

Dikkat edilirse hüküm “tarıma elverişli olmayan yer” ifadesine yer vermektedir. Gerçekten de yer (yani arazi), tapuya kayıtlı olmadığı dönemde özel mülkiyet konusu olmamakla birlikte tarıma elverişli ise özel mülkiyete elverişli olup, koşulları oluşmuşsa özel hukuk kişileri adına, değilse Hazine adına özel mal olarak tespit edilecektir. Bu başlık altında kadim iskân arazilerini de saymak gerekecektir.

Buna karşılık tarıma elverişli olmayan yerler özel mülkiyete elverişli değildir. Ancak bu başlık altında özel mülkiyete elverişli hale getirilebilecek olan ve asla getirilemeyecek olan arazileri iki farklı grupta toplamamız gerekecektir.

Sahipsiz yerler doğal özellikleri nedeniyle herkesin doğrudan ve ortak yararlanmasına açık yerlerdir. Bu konuda ayrıca özel kanun hükümleri mevcuttur. Kıyı Kanunu, Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu burada sayılabilir. Kamu taşınmazları konusunda genel bir mevzuat bulunmayışı karşısında bu konuda genel ilkeleri belirleme görevi, MK ve KK gibi özel hukuk mevzuatına düşmüştür.

MK m. 715 hükmü uyarınca; özel bir kanun hükmü izin vermedikçe, sahipsiz yerler üzerinde özel mülkiyet oluşturulamayacaktır. Sahipsiz yerler üzerinde özel mülkiyet kurulmasına imkân veren bir düzenleme KK m. 17 hükmünde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre: “Orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz mallar 14. maddedeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına, aksi takdirde hazine adına tespit edilir”. Sonuç olarak, özel mülkiyete elverişli hale getirilebilen tarıma elverişli olmayan arazi imar ihya yoluyla koşulların oluşmasını takiben olağanüstü zamanaşımı ile özel mülkiyete elverişli hale gelmektedir. Bu görüşümüzle, MK m. 715 hükmünün katı ifadesinin KK m. 17 hükmünü ilga edemeyeceğini de vurgulamış oluyoruz. Çünkü, sonradan yürürlüğe giren genel norm önceden mevcut olan özel normu üstü kapalı (zımni ilga) yürürlükten kaldırmaz.

Bu sonuçla, MK m. 715 hükmüne 2001 yılı değişiklikleri ile eklenen “hiçbir şekildeözel mülkiyete konu olamaz” kuralının KK m. 17 gibi istisnalar içerdiği kabul edilmelidir. “Hiçbir şekilde” ifadesi, MK’mızın 2001 değişikliği öncesi eski MK m. 641 hükmünde yer almamaktaydı. Görüşümüze göre de, başarılı bir düzenleme konusu olmayan bu kural, zaten aynı metinde istisnasını da vurgulamaktadır. Ayrıca yukarıda değindiğimiz şekilde, imar ihya edilmemiş ve/fakat m. 18/I fıkrası hükmünce tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlaması mümkün olan yerler, önce Hazine adına tespit ile özel mal sonra da ihale ile satış veya doğrudan satış (4706 sayılı Kanun m. 25) gibi yollarla özel hukuk kişilerine ait olabilecektir.

KK m. 14 hükmünce özel mülkiyete elverişli olan taşınmazlar, özel mülkiyet konusu olma koşullarının oluşması sonucu, hak sahipleri adına tespit edilmektedir. Bu açıdan özel mülkiyete elverişli olan taşınmazları: tapusuz olarak kadim (yani önceliği bilinmeyen) iskân ve tarım arazilerinin yanı sıra KK m. 17 hükmü ile imar ihya konusu araziler olarak tanımlayabiliriz.

İşte özel mülkiyete elverişli arazi, MK m. 713 veya KK m. 33 atfıyla KK m. 14 hükmünce olağanüstü zaman aşımı ile kazanılması halinde özel mülkiyet konusu olarak özel hukuk kişilerin kazanılmaktadır. Özel

mülkiyete elverişli olmasına rağmen zamanaşımı ile mülkiyetin kazanımı söz konusu olmadıkça KK m.18/I hükmü uyarınca tescile tabi bulunan taşınmaz mallar ile tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerler özel hukuk konusu özel mal olarak Hazine adına tespit edilmektedir.

Kadastro tespitinde, özellikle KK m. 18 hükmü göz önüne alındığında daha önce üzerinde taşınmaz mülkiyeti doğmamış bütün taşınmazlar devletin hüküm ve tasarrufunda olması sebebiyle, ancak yasa koyucunun müsaadesi ile özel mülkiyete konu olabilmektedirler. Ancak, bu bağlamda taşınmaz, temelinde yatan vazgeçilmez nitelik ile özel mülkiyete elverişli olmalıdır.

IV. KAMU TAŞINMAZLARINDA SİCİLE GÜVEN İLKESİ

MK'nın 1023. maddesi uyarınca: "*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin kazanımı korunur*". Kanun, iyiniyet ölçüsünden hareketle, iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu sicilindeki tescile güvenerek kazandıkları aynı hakları, işlem hükümsüz olmasına rağmen, işlemin yapıldığı anda geçerli saymaktadır.³ Böylece geçersiz bir borçlandırıcı işleme (taahhüt muamelesine) dayalı tasarruf işleminin geçersiz olması kuralını bozmadan MK m. 1023 hükmüne dayalı iyiniyetle kazanım söz konusudur.

Tapu siciline güven ilkesi (MK m. 1023) yalnız özel mülkiyete konu olabilen taşınmazların özel hukuk kişilerince kazanımında uygulanabilir. Özel mülkiyete elverişli olmayan kamu malları, bu niteliklerini korudukları sürece özel mülkiyete konu olamaz.⁴ MK m. 999 hükmünün: "*Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynı hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz. Tapuya kayıtlı bir taşınmaz kayda tabi olmayan bir taşınmaza dönüşürse, tapu sicilinden çıkarılır.*" şeklindeki düzenlemesi de, özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazların sicile tescil edilmeyeceklerini belirtmekle bu tür taşınmazlarda sicile güven ilkesi-nin uygulanmayacağı konusunda ipucu vermektedir.

Kamu taşınmazlarının özel mülkiyete elverişli olmaması sonucu iyi niyetle kazanımı mümkün olmayıp, bu hususun tartışmasız olduğu

(3) SİRMEN, Lale: *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet'in Sorumluluğu*, Ankara 1975, s. 7.

(4) Bu konuda ayrıca bkz. SİRMEN, s. 13; YHGK E.1992/8-251 K.1992/342 T. 20.05.1992 "*Kamu malı niteliğinde bulunan mer'alar herhangi bir nedenle zuhulen tescil edilse dahi temelde Kamu Malı olmaları nedeniyle özel mülkiyete konu olamama, hukuksal nitelikleri değişmez. O nedenle de, bu tür bir yerin gerçek şahıs adına tescil edilmiş olması karşısında ilgili kamu tüzel kişiliğince açılacak iptal davası 10 yıllık hak düşürücü süreye tabi değildir.*" (www.kazanci.com.tr)

Yargıtay kararları⁵ ile de tespit edilmiştir. Bu sonuç yerindedir. Çünkü, kamunun yararına özgülenmiş mallar özel hukukta taşınmaz mülkiyetinin kamu hukukundan doğan kısıtlamaları kapsamında özel mülkiyete konu edilemez ve bu niteliği ile de tapu siciline güven ilkesi uygulanmamaktadır.⁶ Tapu siciline güven ilkesi ancak tapu siciline kaydedilebilecek taşınmazlara dayalı olarak gerçekleşecek yolsuz tescillerde uygulama olanağı bulacaktır.

Bu tartışmasız sonuçla mülkiyet karinesi, tapu siciline kaydı gereken taşınmazlarda yani özel mülkiyete elverişli arazilerde kazanılan aynı hakların tescilinde oluşacaktır. Yoksa özel mülkiyete elverişli olmayan arazilerde her nasılsa oluşan kadastro tespitlerinde bu şekilde oluşan sicile güven ilkesi işlemeyecektir.

V. TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINDAN DOĞAN ZARARLARDAN DEVLETİN SORUMLULUĞU

Tapu sicilinde kayıtlı bir taşınmaz, sonradan kamu malı niteliğini kazansa dahi bu taşınmazın MK m. 999 hükmü uyarınca sicilinden terkin edilmesi gerekmektedir. Kamu malları özel mülkiyete konu olamayacağından, bu nitelikte bir taşınmaz her nasılsa özel mülkiyete konu bir yer olarak tespit edilip, bir kimse adına tapu siciline tescil edilmiş veya sonradan kamu malı niteliği kazanmış taşınmaz henüz sicilden terkin edilmiş ise, iyiniyetli üçüncü kişilerin sicildeki kayda güvenerek bu taşınmaz üzerinde bir aynı hak kazanmaları mümkün değildir. Tapu siciline güven ilkesinin yalnızca özel mülkiyete konu olabilen taşınmazların kazanımında uygulanabileceğini yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle burada iyi niyetli üçüncü kişilerin sicil kaydına güvenmeleri sonucu zarar görme olasılığı belirmektedir.

MK m. 1007 hükmü uyarınca: “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur*”. Bu anlamda, kamu malı özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmaz, özel mülkiyete konu bir yer olarak tespit edilerek, kütüğe özel hukuk kişileri adına tescil olunmuş ise, bu sicil kaydına güvenen kişilerin zararlarından MK m. 1007 hükmü uyarınca Devlet sorumlu olmalıdır.⁷

(5) YHGK, 'nın 30.09.1981 tarihli ve 1981/1-167 E., 1981/656 K. sayılı kararı: “Sahipsiz mallar, yetkili idare organlarınca kamu mülkü olmaktan çıkarılmadıkça özel mülkiyete konu edilemez;... bu itibarla her nasılsa açık bırakılan tapu sicilindeki kaydına iyiniyetle dayanmak veya hak kazandırıcı süre içinde elde bulundurmamak yollarıyla bu mallar mülk edinilemez.”, (www.kazanci.com.tr)

(6) SİRMEN, s.13.

(7) SİRMEN, s.57

VI. KADASTRO TESPİTİNE DAYALI TAPULU/TAPUSUZ TAŞINMAZ AYRIMI

KK m. 13 hükmü “*tapuda kayıtlı taşınmaz malların tespit*” başlığını taşımaktadır. İlk bakışta tapulu taşınmazlarının neden kadastro konusu olabileceği sorusu akla gelebilir. Ancak, zabıt kayıt defterine kayıtlı taşınmazların kadastro konusu olmasında yadırganacak bir yön bulunmamaktadır. Çünkü bu tür taşınmazların sınırları zilyetliğe (fiili hâkimiyete) dayalı olarak belirlenmektedir. İşte KK m. 13 hükmü tapulu taşınmazlar başlığı ile zabıt (kayıt) defterine kayıtlı taşınmazların sınırlarının Kadastro ile tespit edilerek, bu tapuları tasfiye niteliğinde MK siciline geçirilmesini düzenlemektedir. Bu sonuç, MK hükümlerince tutulan tapu sicilinin aslında hukuki zorunluluk bulunmamasına rağmen yalnızca kadastro ile oluşturulması uygulamasına dayanmaktadır.

A. Zabıt (Kayıt) Defterine Kayıtlı Taşınmazlar

Halk arasında “*Osmanlı tapusu*” diye bir kavram yaratılmış olsa da bu tür bir tapunun, mevcut mevzuat hükümlerince yalnızca Mecelle’ye dayalı olarak zabıt (kayıt) defterine kayıtlı taşınmazlar için oluşabileceğini biliyoruz. Kazanılmış (müktesep) haklara saygı ilkesince, Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un m.19: “*Türk Medeni Kanununun eşya hukukuna ilişkin hükümleri, uygun düştüğü ölçüde zabıt defterlerinin tutulduğu yerlerde de uygulanır*” kuralı ile zabıt (kayıt) defteri mülkiyet karinesi yaratan sicil hükmünde kabul edilmiştir.

İşte bu şekilde oluşan zabıt (kayıt) defterine kayıtlı taşınmazların kadastro sonucu tasfiyesi KK m. 13 hükmünce gerçekleştirilerek MK siciline dayalı olarak tapu kütüğüne kayıt sağlanmaktadır. Ancak günümüz hukukunda da zabıt (kayıt) defterine ayrıca bir misyon daha yüklendiğini görüyoruz. Bu misyon Tapu Sicili Tüzüğü’nün “*Kadastro Görmemiş Taşınmaz Malın Yazımı*” başlıklı geçici m. 1. hükmünün: “*Henüz kadastro su yapılmamış yerlerde kütük yerine zabıt defteri ve kat mülkiyeti zabıt defteri tutulur*” şeklindeki düzenlemesi ile ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile, MK m. 713 hükmünce ve/fakat KK m. 33 atfı ile KK m. 14 hükmüne dayalı olağanüstü zamanaşımı ile kazanılan taşınmaz mülkiyetine dayalı olarak hâkim hükmü ile tapuya kaydı gereken taşınmazlar Kadastro görmediği için zabıt (kayıt) defterine kaydedilerek tapu kaydı gerekliliği yerine getirilmektedir.⁸

(8) Hakim hükmüne dayalı olarak kayıt defterine yanlış bir kaydın geçirilmesinden Devlet’in sorumlu olacağı yönünde bkz. SİRMEN, s.44.

B. Tapusuz Taşınmazların Kadastrosu

Bu başlık altında, özel mülkiyete elverişli ve/fakat daha önce tapuya kaydedilmemiş taşınmazlar söz konusu olup olağanüstü zaman aşımı ile kazanım söz konusudur. Öğretide tapusuz taşınmazların mülkiyet karinesi oluşturan sicilin yokluğu sonucu mülkiyet hakkına konu olup olmayacağı tartışmalı olmakla birlikte görüşümüzce; tapusuz taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasını düzenleyen MK m. 713/V. fıkrası hükmü uyarınca (eski MK m. 639'dan farklı olarak), diğer koşulların da varlığı yanında yirmi yılın dolması ile tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı doğmaktadır. Yirmi yılın dolması ile tapusuz taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı doğmakta ve/fakat kadastro tespiti ile tapu kaydı öncesi bu taşınmazın mülkiyet karinesinden yaralanması mümkün olmamaktadır. Yirmi yılın dolmasından sonra kadastro ile tespitinden önce, 1947 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nın⁹ katıldığımız sonucuna dayalı olarak zilyetliğe dayalı devredilebileceği kabul edilen bu taşınmazlar KK m. 14 hükmünce tespite konu olmaktadır.

Tekrar etmek gerekirse, bu şekilde mülkiyet hakkı kazanan özel hukuk tüzel kişileri, kadastro faaliyetini beklemek istemezlerse MK m. 713/I ve III vd. hükmüne dayalı olarak Asliye Hukuk Mahkemesinde açacakları tescil davası sonucu alacakları ilam ile zabıt (kayıt) defterine kayıt ile tapuya kavuşabilmektedirler. Bu takdirde artık sonradan kadastroları bir üst başlıkta belirttiğimiz üzere tapulu taşınmazların kadastrolarına tabi olmaktadır.

VII. KADASTRO TESPİTİNİN GEÇERSİZLİĞİ

A. Geçersizliğe Dayalı Farklı Sonuçlar

Kadastro tespiti, taşınmazlar açısından MK hükümlerine tabi tapu siciline dayalı kayıt ile sonuçlanmaktadır. Ancak bu şekilde tapuya kayıtlı hale gelen taşınmazlarda kazanılan aynı haklar tescile konu olmaktadır. İşte bu noktada taşınmazın tapuya kaydının geçersizliği ile geçersiz yapılmış kayda dayalı aynı hakların tescilinin geçersizliği farklı hüküm ve sonuçlara bağlıdır. Hemen vurgulamak gerekirse özel mülkiyete elverişli olmadığı halde veya olmakla birlikte olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmamış taşınmazların Hazine adına tespiti gerekirken özel hukuk kişileri adına tespit edilecek olursa KK m. 18 hükmüne dayalı hukuki sonuçla geçerli bir kayıttan söz edilemeyecektir. Artık karşımızda yolsuz kayıt söz konusudur. Bu taşınmazların iyi niyetli üçüncü kişilerce de kazanılamayacak olması gereği karşısında bu yolsuz kaydın terkinin gerekecektir ve davacı Hazine

(9) YİBK E.1946/6 K.1946/12 ve 09.10.1946 tarihli kararı, (www.kazanci.com.tr)

veya ilgili kamu tüzel kişisi olacaktır. Bu konuda hak düşürücü süre konusunda uzun yıllardır devam eden ilke KK m. 12 hükmünde yapılan son değişiklik ile ortadan kaldırılmıştır. Bu konuda eleştirilerimizi aşağıda belirteceğiz.

Diğer yönden özel mülkiyete elverişli bir arazinin özel mülkiyet konusu olmasında hukuki bir sakatlık bulunmamasına rağmen; gerçek hak sahibinden başkası adına tescil edilmiş olmasını veya diğer bir ihtimalde gerçek hak sahibi olmamasına rağmen sicilde görünen hak sahibinden aynı hak edinen üçüncü kişilerin durumunu farklı irdelemek gerekecektir. Bu durumda Hazine'nin davacı olmayacağı kaydın geçerli ve/fakat yolsuz olan tescilin düzeltilmesi davası özel hukuk kişileri arasında görülecektir.

B. Geçersiz Kadastro Tespitine Dayalı Açılan Davaların Niteliği

Davali adına yapılmış yolsuz tescilin ortadan kaldırılmasına yönelik taleplerde, formül olarak "davali adına yapılmış kaydın/tescilin iptaline davacı adına hükmen tesciline" şeklinde yazılan ve tapu iptal davası şeklinde yargıda yaygın olarak kullanılan tabirin hukuki nitelik açısından sakıncalı olduğuna inanıyoruz.

Davacının, bir aynı hakkın terkinine ve adına tesciline ilişkin açtığı davalar iki alt başlık altında toplanmaktadır. Buna göre davacı; ya aynı hakka dayalı olarak ya da nisbi (kişisel) hakka dayalı olarak tescil talebinde bulunacaktır. MK'mız bu konuda iki farklı davayı 1025 ve 716. maddelerinde düzenlemiştir. Tescile zorlama davasını düzenleyen MK m. 716 hükmünde: "*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini istenebileceği*" ifade edilmektedir. Bu hükme dayalı açılacak davalarda davacı, davalıdan alacak hakkının ilama dayalı icrasını talep emektedir.

Buna karşılık, "*yolsuz tescilin düzeltilmesi davası*"nı düzenleyen 1025. maddenin "*Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynı hakkı zedeleyen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir.*" şeklindeki aynen aktardığımız hükmünce davacı, yolsuz tescile dayalı olarak kaybetmediği aynı hakkının mülkiyet karinesine kavuşmasını talep etmektedir. Yolsuz tescilin düzeltilmesi davası (MK m. 1025) ile mülkiyetin hükmen geçirilmesi davası (MK m. 716) arasındaki bu ayrım netlikle ortaya konmaktadır. Bu ayrımın tapu iptal davası başlığı altında yapılmamış olmasına bağlı olarak aynı hak/nisbi hak talebinin ayırt edilemediği durumlarda tapu iptal davasının reddine ilişkin kesin hükme dayalı olarak bu defa yekdiğerine bağlı hak kayıpları sıklıkla yaşanmaktadır. Kadastro tespitine dayalı bu

davaların özel hukuk kişileri arasında varlığı halinde yolsuz tescilin düzeltilmesi davası söz konusudur. Aynı hak iddiası ile açılan bu davalarda davalı olan kişi malik değil, mülkiyet karinesinden yararlanan kişidir. Açılan dava kabul edildiği takdirde davalıya ait yolsuz tescile dayalı yazımın terkin ile davacının sahip olduğu aynı hakkının mülkiyet karinesine kavuşması sağlanmaktadır.

Kamu tüzel kişileri tarafından açılan davalarda ise dava konusu taşınmaz özel mal niteliğinde olmayıp kaydı gerekmeyen (sahipsiz mal, orta malı, hizmet malı gibi) kamu malı niteliğinde ise terkin ile yetinilmesi gerekmektedir. Bu sonuç MK m. 999 hükmünün: “*Tapuya kayıtlı bir taşınmaz, kayda tâbi olmayan bir taşınmaza dönüşürse, tapu sicilinden çıkarılır.*” şeklindeki II. fıkra ifadesinden kolaylıkla anlaşılmaktadır. Ayrıca, taşınmaz özel mal niteliğinde (yani özel mülkiyet konusu) ise bu defa tescilin, ilgili davacı kamu tüzel kişisi adına yapılması ile mülkiyetin tescilsiz kazanılması sonucu bildirici (açıklayıcı/izhari) tescil yapılmalıdır.

C. Kadastro Tespitine Dayalı Davalarda Hak Düşürücü Süre

Hak düşürücü süre konusunda KK m. 12/III fıkrası: “*Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz*” şeklindedir. Aslında aynı haklarda hak düşürücü süre ve zamanaşımı söz konusu olmamasına rağmen, istisnai nitelikte bu hüküm ile on yıllık hak düşürücü süre belirlenmiştir. Bu süre aynı hüküm gereği otuz günlük askı süresinin itirazsız geçmesi ile tespitin kesinleşmesi sonucunda, sürenin son gününden başlamaktadır.

Kenar başlığında ifadesini bulduğu üzere KK m. 12 hükmünde hak düşürücü süre söz konusudur. Bu niteliği ile, itiraz niteliği taşıması nedeniyle sürenin geçtiği iddiasının taraflar ileri süremese de hâkim tarafından resen göz önüne alınması gerekecektir. Ancak bu açık niteliğine rağmen, zamanaşımını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliği arz edebileceğine ilişkin hukuki sonuç Yargıtay 11. HD.’nin verdiği ve hukuk tarihine kara leke olarak düşmüş bir kararla KK m. 12’deki on yıllık hak düşürücü süreye de taşınmıştır.¹⁰ Umarız hukukun genel ilkelerini temelinden sarsan bu karar emsal içtihat olarak mahkemelerde ileri sürülmez; sürülse de kararlara konu olmaz.

(10) Yargıtay 11. HD.’nin 2000/4507E., 2000/5443 K. sayılı 12.6.2000 tarihli kararı için bkz. YKD C. XXVI, S.10, Ekim 2000, s. 1545.

VIII. KADASTRO TESPİTİNDE HAZİNENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

A. Tespit Sahibi Aleyhine Süresinde Açılmamış Davalara Dayalı Hazinenin Kusursuz Sorumluluğu Yoktur

Çok doğal bir sonuçla, aleyhine yapılmış bir kadastro tespitine dayalı hak düşürücü süre içinde dava açma fırsatı bulamamış olan bir kişinin hak kaybının Hazine tarafından telafisi olanaklı değildir. Bu nedenle kadastro tespitinden önceki hukuki sebebe dayalı dava açılmaması sonucu uğranılan zarar hak düşürücü süreyi kaçırmanın sonuçlarına katlanmaktan ibarettir. Bu durumda, MK m. 1007 hükmü uyarınca, kadastro tespitinin hukuken geçerli biçimde yapılmadığı gerekçesiyle Hazine'nin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğu bulunduğu ileri sürülemez.¹¹

Burada hak düşürücü süre içinde dava açmayanların yerine getirmedikleri külfetin sonuçlarına katlanmalarından doğan tipik bir sonuç söz konusudur. Gerçi, kadastro tespitinde üstün hak sahibinin tercihi لازم olmasına ve bu kişinin adına tespit yapılması gerekmesine rağmen, hatalı tespit ile başka bir kişinin aynı hak sahibi kılınması sonucu kadastro ile yolsuz tescil oluşmaktadır. Ancak bu konuda, on yıllık hak düşürücü süre içinde dava açılması mümkündür ve bu davanın açılması mümkün olduğu müddetçe hazineye başvurulamayacağı yolundaki ilke sonucu dava açma süresinin kaçırılması halinde Hazine aleyhine dava açılacağı savunulamaz.

B. Hatalı Kadastro Tespitine Dayalı Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Edinmesine Dayalı Sonuçlar

Bu başlık altında, hatalı kadastro tespiti ile oluşan yolsuz tescillere dayalı üçüncü kişilerin hukuki durumunu irdelemek gerekmektedir. Aşağıda özel mülkiyete elverişli olan taşınmazlarda ve özel mülkiyete elverişli olmayan kamu taşınmazlarda üçüncü kişilerin hukuki durumu iki başlık altında incelenecektir.

1. Özel Mülkiyete Elverişli Tespit Konusu Taşınmazlarda Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Edinmesi

Bu başlık altında niteliği gereği özel mülkiyete elverişli olan ve bu özelliği sonucu kamunun hak iddiasında bulunmadığı taşınmazlar söz konusudur. Bu açıdan bu tür taşınmazlarda özel mülkiyete elverişli olma iddiasında bulunma olasılığı olmadığından kamunun davacı sıfatı yok-

(11) Zamanaşımı konusunda bkz. SİRMEN, s. 103-104 Zaten Hazine'nin kusursuz sorumluluğuna başvurma konusunda geçerli zamanaşımı süresi ile anılan hak düşürücü süre birlikte dolmaktadır.

tur. Uyuşmazlık, özel hukuk kişileri arasında, üstün hak sahibinin, hak sahibi olmayan kişiler adına yapılan tespitle oluşan yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açma hakkına sahip olduğu taşınmazlarda söz konusudur. Bu noktada sorun iki olasılığa dayalı çözümlenmelidir.

Birinci olasılıkta MK m.1023 hükmünce kadaastro ile hatalı tespit edilmiş taşınmazları, adına tescil yapılmış yolsuz tescil sahibinden mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinmiş kişilerin edinimi iyi niyete dayalı olmaları halinde korunacağı için bu kişilere karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılmayacaktır.

Üçüncü kişilerin iyiniyetle edinimine dayalı olarak, kadaastro tespitinin hatalı olarak yapılması sonucu aynı hakları kayba uğrayan kişiler, zararlarını ilgililerinden (yolsuz tescil sahibi kişilerden) talep edeceklerdir. Buna göre, Kadaastro tespiti ile (adına tespit yapılmaması nedeniyle) zarara uğrayan üstün hak sahibi, iyiniyetle aynı hak edinen kimseye baş vurmaması sonucu, bu kişiye devir yapan (adına kadaastro tespiti yapılan) kişiden zararını tazmin edebilecektir. Ancak bu kişiden (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, caiz olmayan vekâletsiz iş görme gibi davalar sonucu) zararın tazmini mümkün olmadığı takdirde Hazine'ye başvurulmalıdır. Ancak, bu konuda KK m. 12'deki hak düşürücü süre ile örtüşen Hazine'nin kusursuz sorumluluğuna ilişkin haksız fiil zamanaşımı süresi kaçırılmadığı takdirde dava açılabilir.¹²

İkinci olasılıkta üçüncü kişinin kötüniyetine dayanan iktisaplarda Hazine aleyhine dava açılması gerekmeksizin on yıllık hak düşürücü süreyi kaçırmamak koşulu ile üçüncü kişilere karşı kadaastro tespitinden önceki üstün hakka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabilir. On yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılması halinde ise dava açılmayacaktır. Ancak bu taleple ilgili olarak yukarıda verdiğimiz sonuçla zamanaşımı da gerçekleşeceği için Hazine'nin kusursuz sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

2. Özel Mülkiyete Elverişli Olmayan Kamu Taşınmazlarında Üçüncü Kişilerin Durumu

Bu başlık altında özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmaza dayalı aynı hak edinen üçüncü kişilerin durumu uygulamada sorun çıkarmaktadır. Şöyle ki; zamanaşımı ve iyiniyete dayalı edinime konu olmayan bu tür taşınmazlarda kamu sıfatı ile açılan davalarda verilen tapu iptal kararları sonucu uğranılan zararların Hazine tarafından tazmini mümkün olmamaktadır. On yıllık sürenin kaçırıldığı savunması ile kadaastro tespitinden önceki hukuki sebeplere dayalı dava açılmayacağı gerekçesi ile iyi niyetli

(12) Hazine'nin kusursuz sorumluluğunda zamanaşımı haksız fiillere ilişkin zamanaşımıdır. Bu konuda bkz. SİRMEN, s. 103-104

üçüncü kişilerin bu yöndeki talepleri reddedilmektedir. Bu sonuç fahiş düzeyde hatalıdır. Şöyle ki; kadastro tespitinden önceki hukuki sebeple dava açamayacak olan kişiler, kadastro tespitinden önceki üstün hak sahipleri olup aleyhlerine yapılan tespitle hak düşürücü sürede dava açmaları sonucu aynı haklarını kaybetmiş kişilerdir. Örneğin, kadastro tespitinden önce murisin (mirasbırakanın) mirasçısı iken diğer mirasçılardan bazılarının tespiti kendi adlarına yapturmaları halinde; zabıt defterine kayıtlı iken kayıt sahipleri adına tespit yapılmayıp KK m.14 hükmünce tapusuz taşınmaz niteliği ile hak sahibi olmayan kişiler lehine tespit yapılması veya zabıt defterine kayıtlı taşınmazda sağ iken ölü kayıt sahibi gibi gösterilen kişi aleyhine yirmi yıl davasız aralıksız zilyedlik sonucu tespitle hak sahibi kılınan kişilerin varlığı halinde durum böyledir. Bu durumda üstün hak sahibi davacı, tespit sahibi aleyhine anılan on yıllık süreden sonra dava açamayacaktır. Bu durumda Hazine'nin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olmayacağını da artık biliyoruz.

Bu tanıma kadastro ile oluşmuş mevcut sicile dayalı kazanımla aynı hak sahibi gözüken (yani mülkiyet karinesi lehine işleyen) kişiden aynı hak kazanmış üçüncü kişiler girmez. Aksine sonuca varan gerekçe hatalı yorumdan kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle “*artık kadastro yapılışından itibaren on yıl geçti, üçüncü kişiler de hatalı kadastroya bağlı hak düşürücü süreyi kaçırmış olan mağdurlardır*” denilemez.

Bu konuda kabul ettiğimiz sonuçla özel mülkiyete elverişli olmayan kamu taşınmazlarında iyiniyetle aynı hak iktisabı geçerli değildir. Bu sonuçta dayalı haklılık oluşturan gerekçelerimizi yukarıda açıklamıştık. Ancak hatalı kadastro sonucu oluşan sicile güvenen üçüncü kişilerin iyiniyetli olması halinde Hazine'nin kusursuz sorumluluğu kabul edilmelidir. Şöyle ki; tapu sicilinin tutulması kadastro tespitine dayalı sicil oluşturulmasını da kapsar. Diğer yönden (bu başlık altında hak düşürücü süre olmaması ve iyiniyetle hak kazanılamaması nedeniyle) bu sicil düzeltilmediği müddetçe yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılmasının, idare için hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülük oluşturduğu kabul edilmelidir. Çünkü hüküm ve tasarrufunda olması gereken taşınmazları kamu envanterine dâhil etmek bu konuda idarenin yasal görevleri arasındadır. İdare bu yükümlülüğünü yerine getirmediği sürece hatalı kadastro tespiti nedeniyle oluşan yolsuz tescilin yarattığı mülkiyet karinesi, taşınmazın niteliğine bağlı olarak iyiniyetle edinime imkân vermemesi nedeniyle, iyi niyetli üçüncü kişilerin zarara uğramasına yol açmaktadır. Dolayısıyla devlet tüzel kişiliğinin tek çatısı altında bakanlıkların tüzel kişiliği olmaması sonucu zararın muhatabı Hazine olacaktır.

İşte bu noktada, faillerinin bilinmediği, bilinse de haksız fiil ve sebep-siz zenginleşmeye dayalı zamanaşımın geçirildiği ve ayrıca kadastro

memurlarının aleyhine doğrudan dava açılmadığı hallerde, Hazine'nin kusursuz sorumluluğuna başvurmaktan başka çare kalmayacağı açıktır. Bu yönde olumsuz sonuca varan yargı kararları aleyhine AİHM başvuruları tamamen haklıdır ve devletimizin aleyhine verilen kararlar sonucu yapılan tazminat ödemeleri üzücüdür. Bu konuda yargı kararları ile hizmet eden (hadim) devlet anlayışı gereği hazinenin kusursuz sorumluluğu uyarınca tazminatlar ödenmelidir.

IX. SON KADASTRO KANUNU M.12 HÜKMÜNDEKİ DEĞİŞİKLİĞE DAYALI HUKUKİ SONUÇLAR

Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun başlıklı 5841 Sayılı Kanun'un 2. maddesi ile KK'nın hak düşürücü süre konusundaki 12. maddesine: “*Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dâhil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır.*” ifadesi eklenmiştir. Bu değişiklik sonucu, hak düşürücü süre artık özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlarda da uygulanacaktır. Bu hüküm inanılmaz bir hukuk gafletidir ve ortaya vatandaş haklarını savunuyor iddiasının sempatisi ile çıkmıştır.

Evet, bu konuda mevcut uygulama ile yukarıda andığımız şekilde bir hukuk rezaletine vücut verilmekte idi. Şöyle ki; özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlar, özellikle orman arazileri, hatalı kadastro tespiti sonucu özel mülkiyet konusu olarak tespit edilmektedir. Buna rağmen, basiretsiz idare yaklaşımı ile otuz günlük askı süresinde itiraz edilmediğinden kadastro tutanakları kesinleşmektedir. Kamu taşınmazlarında hak düşürücü süre olmaması ve iyi niyetle hak edinilememesi nedeniyle kadastronun kesinleşmesinden yıllar sonra davalar açılmaktaydı. Üstelik Hazine'nin kusursuz sorumluluğu talepleri de devleti koruyan hâkim(!) anlayışı ile reddedilerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni sıkça meşgul eden davalara vücut verilmekteydi.

Bu defa anılan kanun değişikliği ile kamunun yararlanmasına özgülenmiş kamu taşınmazları özel mülkiyete elverişli olmamalarına rağmen hak düşürücü sürenin bu tür taşınmazlar için de uygulanması ile feda edilmektedir. İfrat tefrit söylemine uygun olarak yapılan kanun değişikliği Anayasa Mahkemesi'nce hemen iptal edilmelidir.

Bu konuda yapılması gereken yasal düzenleme, hak düşürücü süreyi kamu taşınmazlarına da taşımaktan değil, yukarıda sıraladığımız gerekçelere dayalı idarenin tazmin yükümlülüğünü oluşturmaktan geçmektedir. Hukuk devletinin gereği olarak haklı vatandaşı tazmin yükümlülüğü getirerek koruyan hükümler verilmesi, ceberrut (eziyet eden) devlet anlayışı ile verilen kararlar sonucu AİHM'e giden davaların azaltılmasından geçmektedir. Hatta basiretli idare, hatalı kadastro sonucu

iyiniyetli üçüncü kişilerin zararı halinde ombudsman uygulamaları ile vatandaşlarını mahkemelerde süründürmeden tazmin yükümlülüğünü yerine getirmeye çalışmalıdır. Somut bir uyuşmazlıkta müvekkilimize ait bir arazi, İskân Kanunu hükümlerince dağıtılmış ve öncesinde kadastro yapılmıştır. Müvekkilimiz, arazinin üçüncü sahibi iken arazinin orman olduğu iddiası ile yasada olmayan orman şerhi iddiası ile tapu kütüğü kilitlenerek müvekkilin tasarruf yetkisi kaldırılmıştır.¹³ İdare, yolsuz tescilin düzeltilmesi (tapu iptali) davası açma hakkını bile kullanmamaktadır. Bu uyuşmazlıkta tarafımızca açılan yolsuz şerhin terkin davasını reddeden Yargıtay, Hazine'nin kusursuz sorumluluğu davasına gittiğimizde de tapunun hala adımıza kayıtlı olduğundan bahisle zararımızın olmadığı gerekçesi ile karar oluşturmuştur. Bu olayda Hazine avukatı, şerhin terkin davasında arazinin orman olduğu iddiasını ileri sürmüştür; daha sonra açılan Hazine'nin kusursuz sorumluluğu davasında da tapunun adımıza tescilli olup zararımızın olmadığını savunabilmiştir.¹⁴ En son gelişme olarak da AİHM'e verilen savunma dilekçesinde orman şerhi devam etmekte olan ve şerhin terkin ve Hazine'nin kusursuz sorumluluğu davaları reddedilmiş iken taşınmazın hala ölen annesinin mirasçısı olarak üzere geçirememiş kayıt malikinin taşınmazı dilediği zaman satabileceği savunması yapılabilmektedir. Bu sonuç çok doğaldır. Orman idaresi yetkilileri esprisi ile orman davalarına avukat göndermeye dahi gerek yoktur. Zaten onların sarsılmaz beklentileri vardır.

Yargıtay'ca verilen bu kararlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Mithat Sancar tarafından yapılan "*Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları*"¹⁵ konulu araştırmada, vatandaş ile devlet arasında koşulsuz devlet lehine karar vereceğini söyleyen, devleti koruma iddiasında olan hâkimler nedeniyle oluşmaktadır. Bahsi geçen araştırmada, ankete katılan hâkimlerin %41'i yargılama faaliyetlerinde ulusal çıkarların dikkate alınması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu oran hukuk adına düşündürücüdür. Ancak bu tür kararlar AİHM koruma duvarına çarpmaktadır. Türkiye aleyhine verilen tazminat kararları Türk hukukçuları adına utanç verici olmalıdır. Çünkü AİHM'de görülen davaların %14'ü Türk Mahkeme kararları olup, çoğunlukla mülkiyet ihlallerine dayanmaktadır.

Bu konudaki olumsuzluğun önüne geçmek KK m. 12'deki süreyi özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazlara taşımaktan çok, hizmet eden,

(13) Sicile yolsuz bir şerh işlendiği veya tapu memurunun işlemesi gereken bir şerhten kaçındığı takdirde, doğan zarardan Devlet'in sorumlu olacağı yönünde bkz. SİRMEN, s. 45.

(14) Avukatlık ortaklığımızca takip edilen bu davada verilen hüküm hukuk devletinde kabul edilebilir nitelikte değildir. Yargıtay 4. HD'nin 11.7.2006 tarihli ve 2005/7719 E., 2006/8378 K. sayılı kararı formül olarak onanan Gebze 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 18.2.2005 tarihli 2004/574 E., 2005/75 K. sayılı kararı.

(15) http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/YargıdaAlgıveZihniyetKalıplarıRaporu.pdf

hukuka saygılı devlet anlayışı ile bu tür taşınmazlarda iyi niyetle aynı hak edinen mağdur vatandaşın zararını tazmin etmekten geçmektedir. Şöyle ki, özel hukuk kişileri arasında çıkan uyuşmazlıklardan örnek vermek gerekirse: haricen yani MK m. 706 hükmü ve Tapu Kanunu m. 26 hükmüne aykırı olarak resmi şekilde yapılmayan taşınmazlarda zilyetliğin, tescil sahibi lehine iade kararlarında taşınmazın bedelini ödemediği zilyetliğe son verilmemektedir. Aynı sonuç, kamu taşınmazlarında da geçerli olmalı ve bu konuda davanın açıldığı tarihteki rayiç bedelin tazmini şartı aranmalı ve taşınmazın iadesine karar verilememelidir. Bu konuda andığımız gerekçelerle yararı kamuya ait taşınmazın kaybına yol açan kanun değişikliği Anayasaya aykırıdır ve iptal davasına konu edilmelidir. Makalenin yazıldığı dönemde bu tür bir dava açılıp açılmadığını bilememekteyiz. Eğer ana muhalefet partisince bu süre kaçırılmışsa kamu yetkililerince eskiden olduğu gibi tapu iptal davası açılmalı ve bu davalara bakan mahkemelerden 5841 sayılı yasa ile değişik KK m. 12'deki ibarenin itiraz yolu ile iptali talep edilmelidir. Görülmekte olan davaya bakan hâkimlerin bu konuda doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları da gerekecektir. Tekrar vurgulamak gerekirse hukuka saygılı devlet anlayışı ile bu konudaki sonuç Hazine'nin tazmin yükümlülüğü olmalıdır.