

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZ KAVRAMINA ve TAŞINMAZ
MÜLKİYETİNİN ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASINA SİSTEMATİK
BAKIŞ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

ASLI BAHAR CEYLAN

KOCAELİ 2017

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZ KAVRAMINA ve TAŞINMAZ
MÜLKİYETİNİN ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASINA SİSTEMATİK
BAKIŞ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

ASLI BAHAR CEYLAN

DOÇ. DR. HERDEM BELEN

KOCAELİ 2017

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZ KAVRAMINA ve TAŞINMAZ
MÜLKİYETİNİN ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASINA
SİSTEMATİK BAKIŞ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tezi Hazırlayan : Ash Bahar CEYLAN

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 12.07.2017/17

Jüri Başkanı : Doç. Dr. Herdem BELEN

(İmza)

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Ash MAKARACI BAŞAK

(İmza)

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Duygu KOÇAK DİKER

(İmza)

İÇİNDEKİLER

İçindekiler	İ
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZLAR

1. TAŞINMAZ KAVRAMI VE TÜRLERİ	3
1.1. Kavram	3
1.2. Taşınmaz Türleri	5
1.2.1. Genel Olarak	5
1.2.2. Kamu Hukukuna Konu Taşınmazlar	6
1.2.3. Özel (Medeni) Hukuka Konu Taşınmazlar	14
2.EŞYA HUKUKUNDA TAŞINMAZ.....	14
2.1. Genel Olarak	14
2.2. Tapulu Taşınmazlar	19
2.2.1. Zabıt Defterine Kayıtlı Taşınmazlar	19
2.2.2. Tapu Kütüğüne Kayıtlı Taşınmazlar	21
2.2.2.1. Genel Olarak	21
2.2.2.2. Arazi.....	24
2.2.2.3. Bağımsız ve Sürekli Ayni Haklar	30
2.2.2.4. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler	36
2.3. Tapusuz Taşınmazlar	39

İKİNCİ BÖLÜM

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASI

1. HAKLARIN KAZANILMASI.....	44
2. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASI. 46	
2.1. Genel Olarak	46
2.2. Olağan Zamanaşımıyla Kazanım	46
2.2.1. Taşınmaza İlişkin Koşul	46
2.2.2. Kişiyeye ve Zilyetliğe İlişkin Koşul	49
2.3. Olağanüstü Zamanaşımıyla Kazanım.....	53
2.3.1. Genel Olarak	53
2.3.2. Olağanüstü Zamanaşımıyla Kazanım Koşulları	56
2.3.2.1. Taşınmaza İlişkin Koşul.....	56
2.3.2.1.1. Tapulu Taşınmazlar	56
2.3.2.1.2. Tapusuz Taşınmazlar	61
2.3.2.2. Kişiyeye ve Zilyetliğe İlişkin Koşul	61
2.4. İmar - İhya ile Kazanım	64
2.4.1. Genel Olarak	64
2.4.2. İhyanın Unsur ve Koşulları.....	67
2.4.2.1. Taşınmaza İlişkin Koşul	67
2.4.2.1.1. Genel Olarak	67
2.4.2.2.1. Tarıma Elverişli Olmayan Arazi	70
2.4.2.2.3. Diğer Taşınmazlar Açısından İhya.....	75
2.4.2.2.3.2.Kurutulan Bataklıklar	77
2.4.2.2.3.3. Milli Park, Tabiat Parkı Ve Tabiatı Koruma Alanları, Korunması Gereken Kültür Ve Tabiat Varlıkları.....	77
2.4.2.2.4. Taşınmaz Tarıma Elverişli Hale Getirilmesi.....	77
2.4.2.2.5.Masraf Ve Emegın Ölçütü.....	79
2.4.2.3. Zilyetliğe İlişkin Koşul	79
2.4.2.4. Bedelsizlik Unsuru.....	79
2.4.2.5. İspata İlişkin Koşul	80

2.4.2.6.Miktara İlişkin Koşul	80
SONUÇ.....	82
KAYNAKÇA	84
ÖZGEÇMİŞ.....	89



ÖZET

Medeni Hukuk, kişilerin eşya üzerindeki uzun süreli hakimiyetine çeşitli hukuki sonuçlar bağlamıştır. Özellikle taşınmaz eşyanın günümüzdeki kıymeti dikkate alındığında, bunlar hakkındaki hak kazanımları teorik ve pratik açıdan hayli önem arz etmektedir.

Taşınmaz kavramı, özel hukuka ve kamu hukukuna konu taşınmaz ayrımıyla incelenir. Bu ayrım da kendi içlerinde alt başlıklara ayrılır. Ülkemizde hala kadastro yapılmamış yerler olduğu için Medeni Hukuk alanındaki taşınmazlar tapulu ve tapusuz olarak irdelenir. Aslen İdare Hukukunun kapsamına giren kamu malları ise Kadastro Kanununda yer alan düzenlemeyle tespit edilir.

Taşınmazın niteliği ile mülkiyet hakkının zamanaşımıyla kazanımı arasında sıkı bir ilişki vardır. Çünkü zamanaşımıyla kazanımın konusu kural olarak Medeni Hukukta düzenlenen özel mülkiyete elverişli taşınmazlardır. Öte yandan istisnai bazı düzenlemeler vardır ki devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazların da bu yolla kazanılmasına imkan vermektedir. Böylelikle anılan taşınmazlar kamu hukuku alanından ayrılarak özel mülkiyete elverişli hale gelir. Çalışmanın ilk bölümünde taşınmaz kavramını, ikincisinde ise ilk bölümde yer alan bilgilerle bağlantılı olarak zamanaşımıyla kazanma yollarını sistematik açıdan inceledik.

Anahtar Kelimeler: Eşya, Taşınmaz, Mülkiyet Hakkı, Kazandırıcı Zamanaşımı, Olağan Zamanaşımı, Olağanüstü Zamanaşımı, İhya.

ABSTRACT

Civil law links to a variety of legal consequences for the long-term control of persons on property. When the importance of the immovable property is taken into consideration, the legal rights regarding these properties are theoretically and practically very important. The concept of immovable is examined with private law and public law. This distinction is divided into subheadings within themselves.

Due to the fact that there are grounds in our country that are not cadastre obtained, the immovable property in the field of public law are viewed as titled and untitled. The public goods that are originally covered by the administrative law are determined by the regulations laid down in the Cadastre Law.

There is a strict relationship between the qualification of property and gaining the right of property. Due to the fact that the subject of gaining the right of property is eligible for private law. On the other hand, there are some exceptional arrangements that allow the state owned lands. Therefore, movable property is separated from public law and being eligible as private property.

In the first part of our study, we examined the concept of the immovable property, and then the second part of the study we have systematically assessed the ways of prescription in conjunction with the information from the first part.

Key Words: Property, Right Of Property, Prescription, Acquisitive Prescription, Extraordinary Prescription, Ameliorate.

KISALTMALAR

Ay : 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

BK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

BKHK : 5516 Sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanun

b. : bent

bkz. : Bakınız

C. : Cilt

dn. : Dipnot

İİK : 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

KK : 3402 sayılı Kadastro Kanunu

KMK : 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu

m. : madde

MK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

MKYHK: 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun

OK : 6831 sayılı Orman Kanunu

OKY : 6831 sayılı Orman Kanununa Göre Yapılacak Orman Kadastro ve Aynı Kanunun 2/B Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik

ORK : 3116 sayılı Orman Kanunu

TK : 2644 sayılı Tapu Kanunu

TKK : 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TTRK : 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Ön tedbirler Kanunu

TSN : Tapu Sicil Nizamnamesi

TST : Tapu Sicil Tüzüğü

TRK : Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

VK : 5737 sayılı Vakıflar Kanunu

YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

ZHK : 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun



GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, kişiye eşyadan tam yararlanma (kullanma, yararlanma, tasarruf etme) yetkisi veren bir ayni hak olmasıyla hem toplum düzeni hem hukuk normları açısından büyük önem taşır. Hak, konusunu teşkil eden eşya bakımından Medeni Kanunun Eşya Hukuku kitabında gözettiği sistematikte, taşınır-taşınmaz eşya üzerinde kurulur. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı kural olarak tescille kazanılır. Ancak Medeni Hukuk hükümleri taşınmaz türlerinin bazıları üstünde gerçekleşen uzun süre zilyetliğe hukuki sonuçlar bağlayarak bu kurala istisnalar getirmektedir.

Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmaz hakkında gerçek hak durumuna uygun olmayan bir tescil söz konusu olduğunda, taşınmazın iyiniyetle on yıl zilyetliği, diğer şartların da sağlanmasıyla tescili hukuka uygun hale getirmektedir. Bu durumda zilyet, olağan zamanaşımı hükümleri uyarınca taşınmazın mülkiyetini kazanmaktadır.

Hem tapulu hem tapusuz taşınmazlar hakkında ise yirmi yıllık zilyetlik hüküm doğurmaktadır. Bu halde iyiniyetli olması gerekmeyen zilyet, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde olağanüstü zamanaşımı hükümleriyle taşınmazın mülkiyetini kazanmaktadır.

Olağan ve olağanüstü zamanaşımı ile kazanım kural özel hukuka konu taşınmazlar hakkında uygulanır. Ancak Kadastro Kanununda yer alan bir düzenleme, devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da orman sayılmayan bazı sahipsiz yerlerin, ihya edilerek ve düzenlemede yapılan atıf gereği olağanüstü zamanaşımına ilişkin şartların da gerçekleşmesiyle mülkiyetinin kazanılabileceğini öngörmektedir. Bu haliyle de aslen İdare Hukukuna tabi taşınmaz bu niteliğini kaybederek özel hukuk alanına geçmekte ve özel mülkiyete elverişli hale gelmektedir.

İşte bu çalışmanın amacı mülkiyet hakkının tapu sicilindeki tescille kazanılmasının bir istisnası olan kazandırıcı zamanaşımı yollarıyla taşınmaz türleri arasındaki sistematik bağlantıyı kurmaktadır.

Zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasına yarayan veya kaybedilmesine sebep olan kanunlarda belirlenmiş sürelerin geçmesine bağlanmış sonuçları ifade eden bir kavram olup, bu çalışmada zamanaşımının malik sıfatıyla zilyetlikle bir araya geldiğindeki kazandırıcı etkisi üstünde durulacaktır.

Hangi taşınmaz türlerinin zamanaşımıyla kazanıma elverişli olduğu, kazanım yollarının özellikle taşınmaz açısından şartları saptanacak ve kanunun bu istisnai kazanım şeklindeki amacı ve toplumun, bu düzenlemelerden elde ettiği yarar da ortaya konacaktır.

Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde taşınmaz kavramı, ikinci bölümde taşınmazın türü ve niteliğiyle bağlantılı olarak zamanaşımıyla kazanım yollarından hangilerine konu olabilecekleri incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZLAR

1. TAŞINMAZ KAVRAMI ve TÜRLERİ

1.1. Kavram

Medeni Hukuk özel hukukun temel kurallarını içerir. Eşit hak ve yetkilere sahip gerçek veya tüzel kişiler arasındaki şahıs ve malvarlığıyla ilgili bütün hukuki ilişkiler bu alanda düzenlenir. Serozan'a göre Medeni Hukuk özel hukukun ana yasasıdır (SEROZAN, 2007: s. 45).

Medeni Hukuku düzenleyen iki temel kanundan biri Türk Medeni Kanunu (MK), kanunun dördüncü kitabı Eşya Hukukudur. Kişilerin eşya (mallar) üzerindeki hak ve yetkilerini düzenleyen alanın başlıca kavramı eşya¹ kanun sistematigi açısından eşya türleri de taşınır ve taşınmazdır².

Bu kısa açıklama özel hukuk alanında, Eşya Hukuku kapsamında taşınmazın ne olduğu ve kanunda taşınmaz olarak nelerin belirlendiği sorularının yanıtının bulunabileceğini düşündürebilir. Nitekim Medeni Kanunun Eşya Hukuku kitabının taşınmaz başlıklı ikinci bölümünün birinci ayırımında taşınmaz mülkiyetinin konusu sayılmıştır. Hükme göre taşınmaz mülkiyetinin konusunu arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu

¹ Hukuki anlamda eşya, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklardır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 8). Aynı hakkın konusunu oluşturan 'eşya', gözle görülmeli, elle tutulabilmeli ve duyuyla algılanabilmelidir. Bunlarla birlikte uzamda yer kaplayan, sınırları belli, bağımsız, egemenlik altına alınabilen cismani varlık eşyadır (SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, [SEROZAN, Eşya Hukuku olarak anılacaktır.]). Yalnız, gayrişahsi, belirli, üzerinde hakimiyet kurulabilen maddi varlık eşya niteliğini haizdir (EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 54). İsviçre Medeni Kanununa paralel olarak Türk Medeni Kanununda da eşya kavramı tanımlanmamıştır. Her iki ülkenin doktrini cismani varlıkların sınırları belirli ve üzerlerinde hakimiyet kurmaya elverişli olanlarını eşya olarak tanımlamaktadır. Bunlara ek olarak kişi dışılık unsuru da aranmaktadır (bkz. AKSOY DURSUN, Sanem, Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 s. 21-23).

² Serozan'a göre, Eşya Hukukuna, hatta tüm özel hukuka damgasını basan, aynı haklar kitabının sistematik örgüsünü, dokusunu belirleyen asıl önemli ayırım, taşınır-taşınmaz eşya ayırımıdır (SEROZAN, Eşya Hukuku, s. 76). Bu ayırım eşyanın bir yerden bir yere özüne bir zarar gelmeden taşınabilir olup olmamasına göre yapılmaktadır. Roma hukukuna göre pek de önemli olmayan taşınır – taşınmaz ayırımı Türk Eşya Hukukunun temelini oluşturmaktadır. Medeni Kanunda aynı haklar bu ayırım kıstas alınarak düzenlenmiştir. Mülkiyet ve rehin hakları da keza öyledir (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ekim 2016, Savaş Yayınevi, s. 31 - 32).

bağımsız bölümler oluşturmaktadır (MK m. 704). Buradan taşınmazların sayısının üç olduğu sonucuna varılabilir.

Aynı kitabın üçüncü kısmının Tapu Sicili başlıklı ikinci bölümünde tapuya kaydedilecek taşınmazlar olarak yine yukarıda belirttiğimiz üç taşınmaz türü sayılmaktadır (MK m. 998).

Bu bilgiler doğrultusunda, taşınmazın Medeni Hukuk yönünden özel hukuk alanına ait ve yalnızca tapu siciline kaydedilen taşınmaz türlerinden ibaret olduğu düşünülebilir. Devamla kamu hukukuna tabi taşınmazların tapu siciline kaydedilmeyeceği ve bu nedenle bu taşınmazların, Eşya Hukuku anlamında taşınmaz niteliğinde olmadığı çıkarımı yapılabilir. Oysa taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması hakkındaki hüküm ile tapu siciline kaydedilmeyecek taşınmazların belirtildiği hüküm bu çıkarımların ikisinin de geçerli olmadığını göstermektedir (MK m. 713/I, m. 999). Bu düzenlemelerin ilkinde tapu kütüğüne kayıtlı olmayan (tapusuz) taşınmaz ifadesi yer almaktadır (MK m. 713/I). Diğer hükümden de özel mülkiyete tabi olmayan (kamu hukukuna tabi) taşınmazların da tapu kütüğüne kaydedilebileceği sonucu çıkarılmaktadır (MK m. 999). Medeni Hukukun bağlı mevzuatlarından³ olan özel kanun (Kadastro Kanunu) hükümleri incelendiğinde de (MK m. 713/son atfıyla örneğin KK m. 14, 17, 33/III) bu çıkarımlar pekişmektedir.

Öyleyse bazı durumlarda kamu hukukuna tabi taşınmazların özel hukuk alanına geçerek tapu siciline kaydedilmesi mümkün olabilecektir. Yine taşınmaz kavramı tapulu-tapusuz ayrımı yapmayı gerektirmektedir. Üstelik bununla da bitmemektedir. Günümüzde hala eski hukuk uyarınca tapuya kavuşmuş taşınmazlar bulunmaktadır. Kadastro çalışmaları bitmediği için bu taşınmazların ve hak

³ Kadastro Kanunu m. 1'e göre: "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, mekansal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmaktır." Hüküm, Amaç başlığı altına yer almakla, bu kanunun Medeni Kanunda düzenlenen tapu sicilini kurma amacı taşıyan özel bir kanun olduğunu aktarmaktadır. Çalışmamız açısından temel mevzuat Medeni Kanundur. Kadastro Kanununun bahsi geçen özel niteliği, Medeni Kanundaki atıflar sayesinde tamamlayıcı nitelikteki hükümleri ve çalışmamız açısından önemli olan genel nitelikteki hükümleri de dikkate alınarak Medeni Kanun-Kadastro Kanunu arasındaki ilişki 'bağlı' olarak ifade edilmiştir.

sahipliklerinin aleniyete kavuşması (kamuya açıklanması) gerekmektedir⁴. Aleniyet, söz konusu taşınmazların zabıt defterinde gösterilmesiyle yerine gelmektedir⁵ (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 66; NOMER/ERGÜNE, 2017, s. 98). Bu bağlamda tapulu-tapusuz taşınmaz ayrımında, tapulu taşınmazların iki alt başlığı bulunmaktadır: Tapu siciline kayıtlı taşınmazlar ve zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar.

Çalışmanın devamında taşınmazlara ait anılan alt başlıklar ve özellikleri incelenecektir.

1.2. Taşınmaz Türleri

1.2.1. Genel Olarak

Hukuk birçok farklı dala ayrılır. Bunları kapsayan ve Roma Hukukundan bu yana en kabul görmüş ayırım kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde yapılandır (TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku , 1992, s. 16; OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 4; DURAL/SARI, 2016, s. 11; HELVACI/ERLÜLE, 2016, s. 3). Ayırımın temeli çeşitli teorilere (menfaat teorisi, egemenlik teorisi, irade serbestliği teorisi, eşitlik teorisi gibi...) dayandırılır (DURAL/SARI, 2016, s. 11-13; HATEMİ, 2013, s. 6-9; OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 4-6; ERMAN, 2016, s. 18). Ölçütleri net olarak saptanamamakla beraber, çıkan ihtilafların tarafları, hukuki ilişkiler ve korunan menfaatler farklıdır (AKINTÜRK/ATEŞ, 2016, s. 20). Eşit oldukları varsayılan kişilerin hür iradeleriyle kurdukları hukuki ilişkileri özel hukuk çözümlerken, kamu hukuku uyumsuzluklarının bir yanında kamu gücüne dayanan ve kamu yararını gözetten devlet veya diğer kamu kuruluşları vardır (SEROZAN R. , Medeni Hukuk Genel

⁴ Aynı haklara ait prensipler, belirlilik, kamuya açıklık, inancın korunması, sınırlı sayı ve tipe bağlılık, hak düşürücü süre veya zamanaşımı işlemesidir. Bunlardan kamuya açıklık, bir diğer ifadeyle aleniyet taşınmazlarda aynı hakkın herkese açıklanmasını sağlar. Bu sayede kişiler taşınmaz üzerinde var ise bir hakkın varlığını, hakkın ne olduğunu ve hak sahibini öğrenebileceklerdir. Bu taşınırlarda zilyetlik kavramıyla, taşınmazlarda tapu sicili ile olur Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 25-29; SEROZAN, Eşya Hukuku I, s. 62-72; ŞENGÜL, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 7-27.

⁵ Tapu Sicili Tüzüğü'nün kadastro yapılmamış yerlerdeki taşınmazın tescili başlıklı 1. geçici maddesine göre henüz kadastro yapılmamış yerlerde kütük yerine zabıt defteri veya kat mülkiyeti zabıt defteri tutulur. Zabıt defterine yazılı arazi tapuya kayıtlı arazi niteliğindedir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 195).

Bölüm/Kişiler Hukuku, 2015, s. 40-41; YILDIRIM/YASİN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKTAY, 2010, s. 6). Diğer yanında yine devlet veya diğer kamu tüzel kişilikleri olabileceği gibi, gerçek kişiler de olabilir (SEROZAN R. , Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 2015, s. 41). Kamu hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda üstün bir otorite, taraflar arasında idarenin kamu gücüne dayanmasından kaynaklanan astlık-üstlük ilişkisi vardır (ÖZAY, 2004, s. 12; TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku , 1992, s. 17; SEROZAN, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 2015, s. 54; AKINTÜRK/ATEŞ, 2016, s. 21). İdare, egemenliğini kullanmaksızın salt ihtiyaçlarını karşılamak üzere özel hukuku ilgilendiren hukuki işlemler gerçekleştirdiğinde ise işlemin diğer tarafıyla eşit statüde olduğu için ilişkiye özel hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilir (OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 4; AKINTÜRK/ATEŞ, 2016, s. 22).

Bu bağlamda özel hukuk–kamu hukuku ayrımı, öğretici amaç izlemenin ve teorik önem taşımanın yanı sıra pratik bir kaygı da taşır (SEROZAN R. , Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 2015, s. 53). Zira iki hukuk dalının yargı alanları farklıdır, ayrı kurallar uygulanır. Eşya, tabii olduğu hukuki rejime göre her iki dalda da ihtilaf konusu olabilmektedir. Özel hukuka konu taşınmazlar Medeni Hukukta düzenlenirken, kamu malları İdare Hukukunun kapsamında kalır. Bunlar hakkındaki ayrıntılı açıklama aşağıda yapılacaktır.

1.2.2. Kamu Hukukuna Konu Taşınmazlar

İnsanların bir arada yaşayabilmesinin gereği ve doğal bir sonucu, serbestçe, önceden izin almadan, ortaklaşa kullanıp yararlanabilecekleri yerlere sahip olmalarıdır (GÜLAN, 1999, s. 3). İşte toplum şeklinde yaşamının bir neticesi olarak mutlaka ortak kullanılması gereken mallar ile kamu hizmetleri için gerekli mallar hakkında var olan hukuki düzen ihtiyacı ve bunların diğer mallardan ayrı ele alınarak sistemleştirme çalışmaları kamu malları teorisine yol açmıştır⁶ (GÜLAN, 1999, s. 4; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 44).

⁶ Kamu malları teorisi hakkında detaylı açıklama için bkz. GÜLAN, Kamu Malları, s. 3–8; ÖZAY, s. 659–720.

Kamu hukukunun temel kaynaklarından biri, idarenin kuruluş ve işleyişini düzenleyen İdare Hukukudur (GÖZLER/KAPLAN, 2016, s. 26; GÖZLER, 2009, s. 50; ÖZAY, 2004, s. 9-17). Doğrudan kamunun kendisini, yararını ve düzenini ilgilendiren kamu malları da İdare Hukukunun kapsamına girer⁷ (BAŞPINAR, 2000, s. 64). Türk hukukunda kamu malı kavramını tanımlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Kapsamını belirtip, içeriğini netlikle ortaya koyan bir kanun metni yoktur (ÖZAY, 2004, s. 659; GÜLAN, 1999, s. 4; REİSOĞLU, 1963, s. 8; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 68; ÇABRİ, 2005, s. 17). Kamu hukuku alanında Fransa'dan etkilenen ülkemiz, kamu malları teorisini de ithal etmiştir (GÜLAN, 1999, s. 4). Ancak Medeni Kanunda da öngörülen yasal düzenlemeler hala ortaya konulamadığı için kamu mallarının tanımı hakkında gerek yargı kararlarında gerek doktrinde belirsizlik süregelmiştir. Öyle ki başta teorinin isminde terim birliği sağlanabilmiş değildir. Doktrinde kavramı karşılamak üzere amme emlakı, idare malları, devlet malı, kamusal alan, kamu malları, kamuya ilişkin mallar gibi terimler kullanılmaktadır (ÇABRİ, 2005, s. 18). Bütün bu değişik terimler ile genel hatlarıyla aynı içerik kastediliyor olsa bile, aynı terimi tercih edenler arasında dahi önemli anlam farklılıkları bulunabilmektedir (GÜLAN, 1999, s. 10).

Farklı kanunlarda yer alan hükümler⁸, kullanılan terimlerin çeşitliliği⁹, yargısal kararlar ve doktrin birlikte değerlendirilerek kavram hakkında ortak bir tanım yapılmıştır. Kamunun doğrudan yararlanmasına veya kamu hizmetine, o hizmet için yapılan özel bir düzenleme ile tahsis edilmiş mallar, kamu mallarıdır¹⁰ (ÖZAY,

⁷ Kamu malları kural olarak özel mülkiyetin dışındadır. Devlete veya diğer kamu tüzel kişilerine ait fakat kamu hizmetine tahsis edilmemiş mallar devletin özel mülkiyetine tabidir. Detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 14-17; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi, s. 819; ŞENGÜL, Kamulaştırma, s. 70 vd.

⁸ Anayasa, Medeni Kanun, Kadastro Kanunu örnek gösterilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENGÜL, Kamulaştırılma, s. 68, dn. 123.

⁹ Amme emlakı, idare malları, devlet malı, kamusal alan, kamusal mallar, kamuya ilişkin mallar, kamu malları (KIRBAŞ, Sadık, Devlet Malları, Birlik Yayıncılık, 1985, s. 5; GÜLAN, Kamu Malları, s. 10; ÖZAY, s. 662.)

¹⁰ GÖZLER/KAPLAN'a göre bir malın kamu malı sayılması için kamu hizmetine tahsis edilmiş olmasının yanı sıra malın bir kamu tüzel kişisi mülkiyetinde de bulunması gerekir (s. 679). Özel hukuk kişilerine ait mallar kamu malı sayılmaz. Ancak özel kişilere ait olsa bile kamu hizmetinde kullanılan kamu malı olarak isimlendiremediğimiz malların virtüel kamu malı olarak isimlendirilmesi teklif edilmektedir (ÖZAY, s. 665, dn. 1288). Hastane, okul, üniversite doğrudan kamu hizmeti veren kamu malına, idareye kira geliri sağlayan tarım arazileri dolaylı olarak kamuya yarar sağlayan kamu malına örnek gösterilebilir (ŞENGÜL, Kamulaştırılma, s. 68, dn. 122).

2004, s. 667). Bunlar dışındaki mallar ise kamunun özel mallarıdır¹¹ (ÖZAY, 2004, s. 667).

Kamunun özel malları, az evvel verilen tanımdaki kamu malı niteliğini haiz olmayan fakat devlet veya diğer kamu tüzel kişilerine ait malları ifade eder¹² (ÖZAY, 2004, s. 667). Kamunun özel mallarının ayırt edilmesi için kanunlarda açıkça belirtilmesi hali dışında doğrudan bir kriter bulmak mümkün değildir (ÖZAY, 2004, s. 667). Bu mallar, özel hukuka tabi, kamu yararından çok gelir getirme amacı taşıyan ve dolayısıyla haklarında özel hukuk uygulanmasının bir sonucu olarak adli yargının görev alanına giren mallardır (KIRBAŞ, 1985, s. 20; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 336). Bu çalışmada kamu malları olarak adlandırdığımız mallar, kamunun özel mallarını değil, kamu hukukuna tabi malları ifade eder.

Özel hukukun temel ilkelerini düzenleyen ve taşınmazın ne olduğunu tespit eden Medeni Kanun, kamu mallarının niteliğini ortaya koyan hükümler de içermektedir. Bunların ilki, sahipsiz yerlerin ve yararı kamuya ait malların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğuna dair hükümdür (MK m. 715). Diğeri ise özel mülkiyete konu olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazların, tescili gerekli bir aynı hak kurulmadıkça tapu kütüğüne kaydedilmeyeceğine ilişkin hükümdür (MK m. 999/I). Bu düzenlemeler kamu mallarının kural olarak özel hukuka bağlı olmadığını, özel mülkiyete konu olamayacaklarını ve tapu kütüğüne kaydedilmeyeceklerini açıklamakta (ÖZAY, 2004, s. 664-665), ancak bunların somut olarak ne ifade ettiğini ve kendi içindeki sınıflandırmasını tespitte yetmemektedir. Bu mallarla ilgili ayrıntılı düzenleme, Medeni Kanunun bağlı mevzuatlarından Kadastro Kanununda yapılmıştır. Kamu malları başlığı taşıyan maddede taşınmazlar, hizmet malları, orta malları, sahipsiz mallar ve ormanlar olarak sayılıp düzenlenmiştir (KK m. 16). Aşağıda her bir başlıkla ilgili kısa açıklama yapılacaktır.

¹¹ Bir malın kamu tüzel kişilerine ait olması o malın mutlaka özel mülkiyet konusu olmadığı anlamına gelmez. Kamu hizmetine tahsis edilmemiş fakat mülkiyeti devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinde olan mallar devletin özel mülkiyetine tabidir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 17).

¹² Kamunun özel malları 'hazine malları' olarak da adlandırılır. Belirtmek gerekir ki, idare, bu mallar üzerindeki hak ve yetkilerini kullanırken özel kişiler kadar özgür değildir. Örneğin, bu malları karşılıksız devredemez. Bu konuda 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda özel düzenlemeler yer almaktadır (SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2016, s. 16-17.).

Hizmet malları kamu hizmetine tahsis edilmiş mallardır (DÜREN, 1975, s. 134). Malın, tahsis edildiği hizmete göre uyarlanmış, bağlanmış, düzenlenmiş olması gerekir (ÖZAY, 2004, s. 671; YILDIRIM/KARAN, 2009, s. 485; GÜLAN, 1999, s. 32; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 70; ÇABRİ, 2005, s. 22). Öyle ki mal, özgülendiği kamu hizmetinin bir unsuru haline gelmiş olmalıdır (GÖZLER, 2009, s. 824; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 347; OKTAY, 1990, s. 29). Bir kamu hizmetinin unsurunu oluşturacak biçimde bağlanmak, hizmet mallarının kamu idare ve kurumlarına bedelsiz olarak tahsis edilmesini anlatmaktadır (KIRBAŞ, 1985, s. 19; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 71). Madde metninde hükümet, belediye, karakol, okul binaları, kütüphaneler, genel mezarlıklar, çeşme ve kuyular hizmet malları arasında sayılmıştır. Sayım sınırlı değildir, hüküm ‘ve benzeri’ sözlerini kullanarak, maddede sayılmayan ancak kamu hizmetine tahsis edilmiş, o hizmetin bir unsuru haline gelen başkaca malların da bu statüye girebileceğini ifade etmiştir (OKTAY, 1990, s. 29). Bunlara örnek olarak da iskele ve limanlar, askeri tesisler, demiryolları, cezaevleri, hükümet konakları, lojmanlar verilebilir (ÖZAY, 2004, s. 671; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 72).

Hizmet malı niteliği kazanmayı sağlayan tahsis teknik bir kavramdır¹³. Tahsisin de yasal bir tarifi, Türk hukukunda nasıl yapılacağına ilişkin sistematik bir düzenleme yoktur. Doktrinde tahsis, bir devlet malını toplumun faydalanmasına koyan veya kamu hizmetinin vasıtası haline getiren bir idari tasarruf olarak tarif edilmiştir (ÖZAY, 2004, s. 681). Hizmet malı kategorisinin oluşumuna sebep olan kamu hizmetine tahsis edilmiş olma kriterinde kullanılan ‘kamu hizmeti’ kavramı, klasik ve teknik anlamda ele alınmamaktadır. Kamu tüzel kişilerinin bir malı geniş anlamıyla kamu yararına yönelik bir faaliyete tahsisinin, kamu malı statüsüne girme bakımından kamu hizmetine uyarlanma şartını yerine getirdiği kabul edilmektedir (ÖZAY, 2004, s. 672; GÜLAN, 1999, s. 40). Tahsis, devletin özel mülkiyetindeki bir malın kamu malına dönüştürülmesi ya da daha önce kamu malı olan bir taşınmazın bir kamu malı statüsünden diğerine geçirilmesi anlamına da gelir (KIRBAŞ, 1985, s.

¹³ Tahsis terimi yanında özgülleme, ayırma, amaca uygun kullanma gibi terimlere ve ifadelere rastlanılmaktadır ama kanunlarımızda farklı anlamlarda da olsa genel olarak tahsis teriminin kullanıldığı söylenebilir (GÜLAN, Kamu Malları, s. 95).

117; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 71). Tahsis işlemi genellikle tek taraflı idari işlem şeklinde ortaya çıkmaktadır (ÖZAY, 2004, s. 681). Böylece örneğin, devletin özel mülkiyetinde bulunan bir bina, kamu hizmetinde kullanılmak üzere bir bakanlığa tahsis edildiğinde, o taşınmaz bir hizmet malı olmakta veya kamulaştırma ya da başka bir yolla devletin mülkiyetine geçirdiği bir mal, tahsis ile orman, milli park ya da mera halini alarak orta malı olabilmektedir. Daha az rastlanan ikinci durumda, taşınmaz mal kamu malı türleri arasında tahsis ile değişikliğe uğramakta, örneğin mera gibi orta malı, üzerine bina ya da tesis yapılmak suretiyle bir hizmete tahsis edilerek hizmet malı haline dönüşebilmektedir¹⁴ (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 71).

Tahsis işleminin geri alınması ya da değiştirilmesi ile sahipsiz bir mal, orta malı veya hizmet malı haline dönüşebileceği gibi, aksi durumlar da söz konusu olabilir (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 71).

Hizmet malı, tespit günündeki niteliği, kullanıldığı hizmet, aidiyet durumu, kayıt, belge ve özel kanunlardaki bilgiler göz önünde tutularak maddede yazılı kamu tüzel kişileri adlarına tespit olunur (KK m. 16/A) (SAPANOĞLU, 2016, s. 306). Hükümde geçen tespit kavramı tescil olarak anlaşılmalıdır (OKTAY, 1990, s. 28; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 73). Çünkü kanun genel itibarıyla ‘tespit’ sözcüğünü tescil anlamında kullanmıştır. Ayrıca hizmet malları tapu siciline kaydı gerekmeyen mallar arasında da sayılmamıştır (MK m. 999). Buradaki tespit ve tescil, hizmet mallarının korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 73).

Hükmün genel yorumundan bir malın hizmet malı niteliğini kazanabilmesi için kamu hizmetinde kullanılma yanında bütçelerinden ayrılan ödenek ve yardımlarla yapılmanın gerekli olduğu izlenimi doğuyorsa da, bu tür taşınmazlar, kamulaştırma, satın alma, bağış, yapı yaptırma gibi hukuki işlemlerle veya yetkili merciin tahsisi ya

¹⁴ Tahsis işlemini yapmaya yetkili kuruluşlar ve bu tahsis işleminin yapılma şekli, değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması usullerine ilişkin bkz. GÜLAN, Kamu malları, s. 95.

da kadimden beri yani geçmişi bilinmeyen bir zamandan beri kullanılagelmiş olmaları nedeniyle de hizmet malı sayılırlar (KK m. 16/A). Kamu tüzel kişilikleri lehine tespit edilen bu hizmet malları, kamu malı statüsünden ayrılmaz, özel mülkiyete konu olmazlar (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 73). Taşınmazın tapuya tescili kamu malı niteliğini etkilemez, kamu hukukuna tabi olma statüsü devam eder (KIRBAŞ, 1985, s. 20; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 71; ÇABRİ, 2005, s. 23). Hizmet malları, niteliklerinin değişmesi (örneğin sahipsiz mal statüsüne terk edilmesi) ya da bir hizmete sıkı sıkıya bağlı olma unsurunun (tahsis) sona ermesi durumlarında, diğer kamu malları gibi alınıp satılabilir ve özel mülkiyete elverişli hale gelir (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 73).

Orta malları doğrudan halkın kullanımına açık mallardır¹⁵ (KK m. 16/B). Bu mallar ya idarenin tahsis kararıyla ya da malın başı belirsiz bir zamandan beri kullanılagelmesiyle orta malı niteliğini kazanır (GÜLAN, 1999, s. 74; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 332). Hükümde, mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri orta malı olarak sayılmış olsa da madde metninde ‘gibi’ sözcüğü kullanıldığı için, bu taşınmaz mal statüsüne giren malların sayısı genişletilebilir. Zira hükümde yer alan örnekler tartışılmaya çok müsaittir. Bu malların ortak özelliği araştırıldığında kamu özgürlükleri ve toplum halinde yaşamının vazgeçilmez gerekleri ile yakından ilgili oldukları görülür (ÖZAY, 2004, s. 670). Örneğin yolların, meydanların niteliği ve niceliği doğrudan seyahat özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi kamu özgürlüklerini etkilemektedir (GÜLAN, 1999, s. 104-110). Hükümde sayılanlara ek olarak mezarlık yerleri, parklar, bahçeler, meydan, köprü, karasuları, nehirler, ırmaklar, yollar, genel çeşme ve kuyular, orta mallarına örnek gösterilebilir (ÖZAY, 2004, s. 670).

Paralı veya parasız halkın yararlanmasına bırakılan bu mallar, tahsis veya kamunun kadimden beri yararlandığını gösteren belgeler sayesinde veya bilirkişi veya tanıkla ispat edilir ve bunlara göre sınırlandırma yapılır. Bu kaynaklar vasıtası

¹⁵ Tanım ve ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZAY, s. 669-671; KIRBAŞ, s. 17-19; GÜLAN, Kamu Malları, s. 32-38; DÜREN, s. 113-125; EREN/BAŞPINAR, s. 337-347; YILDIRIM/KARAN, İdare Hukuku I, s. 484-485.

ile orta malının yüz ölçümü hesaplanır ve mal, parsel numarası alır. Hükümde, orta malın özelliklerinin tespit edildiği bu bilgilerin, özel sicile yazılacağı belirtilmektedir (OKTAY, 1990, s. 31). Hükümün ikinci fıkrasına göre yazımın tescil niteliğinde olmadığı ve özel hükümler dışında taşınmazın özel mülkiyete konu oluşturmayacağı anlaşılmaktadır (KK m. 16/B II). Orta malları, bu nitelikleri devam ettiği sürece özel mülkiyete konu olamayacak, zamanaşımı veya çalışmanın ileriki aşamalarında inceleyeceğimiz ihya yolu ile kazanılamayacaklardır (EREN, 2016, s. 337). Bu taşınmazlar zilyetleri adına tespit de edilemeyecektir. Bunların sehven tespit veya tescil edilmiş olması durumunda, söz konusu tespit veya tescil hukuki bir sonuç doğurmayacaktır (KK m. 18/II).

Sahipsiz yerler bir tahsis kararına gerek olmaksızın doğal yapıları ve nitelikleri itibarıyla doğrudan toplumun kullanılmasına açık mallardır (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 73; ÇABRİ, 2005, s. 20; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 347). Sahipsiz mallar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (MK m. 715 ve KK m. 16/C). Sahipsiz mallar ifadesinden, özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait olmayan mallar anlaşılmalıdır (GÜLAN, 1999, s. 41). Bu yerlerin devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirlemesi de özel mülkiyete konu olamayacağına ifadesidir. Bu özellik, kamu malı olmadan önce malın kendisinde bulunan ve kamu malları arasına girmesine sebep olan bir özellik değil; kamu malı haline gelmesinden sonra kazandığı bir niteliktir (ÖZAY, 2004, s. 673). Sahipsiz yerlerin kamu malı niteliğini kazanması için herhangi bir hukuk normunun mevcudiyetine gerek yoktur (DÜREN, 1975, s. 65). Metinde kayalar, tepeler, dağlar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ile deniz, göl, nehir gibi tescil ve sınırlandırmaya bağlı olmayan yerler örnek gösterilmiştir.

Kadastro Kanununda, orta malları, hizmet malları, ormanlar ve devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunlar uyarınca devlete kalan taşınmaz malların tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemeyeceğine dair düzenleme mevcuttur (KK m. 18/II). Görüldüğü gibi, düzenleme sahipsiz malları kapsamına dahil etmemiştir. Yine aynı kanunda orman sayılmayıp devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen arazinin masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilmesi durumunda Kadastro Kanunu m. 14'te yer

alan şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına, aksi takdirde hazine adına tespit edileceği düzenlenmiştir (KK m. 17). Madde metninde, ormanlar açıkça, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen ifadesiyle ise, orta malları ve hizmet malları işaret edilerek, bu yerlerin imar ve ihya ile zamanaşımı ile kazanıma konu olamayacağı belirtilmektedir (KK m. 17). Öyleyse imar ve ihya edilerek mülkiyeti kazanılacak yerlerin yalnızca sahipsiz mallar olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu husus ileride, taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımıyla kazanılması başlığı altında detaylıca irdelenecektir.

Bir diğer kamu malları **ormanlardır**. Nerelerin orman olduğu kolaylıkla tespit edilememektedir. Yürürlükteki hükümler uyarınca ağaçlık her yer hukuki açıdan orman sayılamayacağı gibi bazen de üzerinde hiç ağaç bulunmayan bir yer orman sayılabilmektedir (ÜNAL/BAŞPINAR, Orman Hukuku, 2017, s. 16). Ormanlar doktrinde de farklı şekillerde tanımlanmıştır¹⁶. Mevzuatta ise iki farklı tanımlama bulunmaktadır: İlki 3116 sayılı Orman Kanununda (ORK) yer alır. Buna göre: “Kendi kendine yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş olup herhangi bir çeşit orman hasılatı veren ağaç ve ağaççıkların toplu halleri yerleriyle birlikte orman sayılır” (ORK m. 1). 6831 sayılı Orman Kanununa (OK) göre ise “Tabii olarak yetişen ve emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır” (OK m. 1).

Ormanların tamamının gözetimi devlete aittir, mülkiyeti devrolunamaz (DÜREN, 1975, s. 108; ÜNAL/BAŞPINAR, Orman Hukuku, 2016, s. 59). Bu hüküm devamla hangi yerlerin orman sayılmayacağını da düzenlemiştir. Bunlardan bazıları, sazlıklar, step nebatlarıyla örtülü yerler; her çeşit dikenlikler, parklar, şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski (kadim) mezarlıklardaki ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerlerdir. Anılan kanunda devamla ormanların devletçe yönetilip işletileceği ve kamu yararı bulunması halinde üzerinde irtifak hakkı kurulabileceği düzenlenmiştir (OK m. 17). İzin verecek makam, Maliye Bakanlığı ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ve Orman ve Su İşleri Bakanlığıdır (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 349).

¹⁶ Doktrindeki tanımlar için bkz. ÜNAL/BAŞPINAR, Orman Hukuku, s. 17.

Kadastro Kanununda buraların devletin hüküm ve tasarrufunda olduğu açıkça belirtilmiştir (KK m. 16/D). Ormanlar hazine adına tapuya tescil edilirler (OK m. 11). Buradaki tescil, teknik anlamda tescil olmayıp, tespit niteliğindedir; (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 350; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 139). O yüzden teknik anlamda tescilin doğurduğu hukuki sonuçları doğurmaz. Bu tür tescilin kurucu değil açıklayıcı bir etkisi vardır (ÜNAL/BAŞPINAR, Orman Hukuku, 2017, s. 139). Tapuya tescil ile ormanlar, tıpkı hizmet mallarındaki gibi özel mülkiyete uygun hale gelmezler. Ormanlar ihya veya diğer kazandırıcı zamanaşımı yolları ile kazanılamaz ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz (AY m. 169 ve KK m. 17/I).

Kamunun özel malları haricindeki tüm kamu mallarına kural olarak kamu hukuku uygulanır. Hizmet malları ve ormanlar tapuda kayıtlı olmakla, orta malları ise kendi özel sicillerine kaydedilerek devlet tüzel kişinin özel mülkiyeti haline gelmez, özel mülkiyete elverişli olmaz, kamu malı niteliğini korurlar (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 73). İkinci bölümde irdedeceğimiz olağanüstü zamanaşımı ile kazanma yollarından biri olan ihya düzenlemesi ile devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da tarıma elverişli hale getirilen bir grup kamu malı özel hukuk alanına dahil olabilir (KK m. 17). Yukarıda yaptığımız kısa açıklamalar bunların sahihsiz mallar olduğunu işaret etmektedir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde idarenin kamu hukukuna tabi mallarını ‘kamu malı’, özel hukuka tabi mallarını ‘kamunun özel malları’ olarak ifade edeceğiz.

1.2.3. Özel (Medeni) Hukuka Konu Taşınmazlar

Yukarıda kamu malları hakkında aktardığımız bilgiler, taşınmazın aslen, özel hukukta yer alan ve Medeni Kanunun dördüncü kitabı olan Eşya Hukukunda irdelenen bir kavram olduğunu da doğrulamaktadır. Taşınmaz sözünün karşılığı ve taşınmaz mülkiyetinin konusu Medeni Kanun ve bağlı mevzuatlarından olan Kadastro Kanunu hükümleriyle belirginleşmektedir. Çalışmanın devamında taşınmaz, Eşya Hukukunda yer alan sistematikte incelenecektir.

2. EŞYA HUKUKUNDA TAŞINMAZ

2.1. Genel Olarak

Eşya Hukuku, Medeni Hukukun kişilerin eşya üzerindeki hakimiyeti dolayısıyla ortaya çıkan meseleleri düzenleyen kısmıdır (TEKİNAY, Eşya Hukuku, 1967-68, s. 3; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 1; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 1; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 40; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 1). Eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet aynı haklarla sağlanır¹⁷ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 4; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 1). Bu hakların başlıca konusunu oluşturan eşya çeşitli açılardan gruplandırılabilir¹⁸. Aynı haklar bakımından en temel ayırım taşınır-taşınmaz eşya ayırımıdır¹⁹.

Nitekim Medeni Kanuna bakıldığında, Eşya Hukuku kitabının taşınır – taşınmaz ayırımı esas alınarak düzenlendiği ve özellikle taşınmaz kavramının taşınırdan ziyade bir çok hukuki başlığa konu edildiği tespit edilir (Taşınmaz mülkiyeti [MK m. 704 - 717], taşınmaz yükü [MK m. 839 - 849], taşınmaz lehine irtifak hakkı [MK m. 779 - 793] kanunda yer alan bazı bölüm ve ayırım başlıklarıdır.). Yine, taşınmaz, kavram olarak daha fazla sayıda hükümde ele alınmıştır. Mülkiyet hususunda örneğin taşınmazda mülkiyetin konusu, kazanılması, kaybı yanı sıra kapsamı ve kısıtlamaları tüm hatlarıyla irdelenmişken (MK m. 704 - 761), taşınır mülkiyetinde sadece konu, kazanım ve kaybı düzenlenmiştir (MK m. 762 - 778). Bunun nedeni taşınır mülkiyetinin kapsamının, taşınır mal ve onun bütünleyici parçasını oluşturan şeyler ile sınırlı olmasıdır. Taşınır mülkiyetinin kısıtlamaları ise, kamu hukukuna dayananlar bir tarafa bırakılırsa Medeni Hukuk bakımından hakkın kötüye kullanılması gibi, her türlü hakkı kapsayan bir kısıtlamadan ibarettir²⁰ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 739).

Kanunun lafzına göre, niteliği itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler taşınır

¹⁷ “Bu iktidar doğrudan doğruya eşyaya taalluk ediyor ve şahısla şey arasında başkasının tavassutuna, yardımına lüzum kalmadan, vasıtasız bir hukuki münasebet kurulmuş bulunuyorsa, o takdirde aynı haktan bahsedilir.” (TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. 5)

¹⁸ Taşınır-taşınmaz eşya, Basit Eşya-Birleşik Eşya-Eşya Birliği, Misli Eşya-Gayrimisli Eşya, Tüketime Tabi Olan-Olmayan Eşya, Bölünebilen-Bölünemeyen Eşya, Özel Mülkiyete Tabi Olabilen-Özel Mülkiyete Tabi Olamayan Eşya, Sahipli Eşya-Sahipsiz Eşya (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 10 -18)

¹⁹ Bkz. Birinci Bölüm, I-A başlığı.

²⁰ Kamu hukukundan kaynaklanan kısıtlamalar için Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun, Denizde Zapt ve Müsadere Kanunu, Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanunlar, Karayolları Trafik Kanunu vb. düzenlemeler örnek gösterilebilir.

mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır (MK m. 762). Taşınmaz mülkiyetinin konusu ise arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne konu bağımsız bölümlerden oluşur (MK m. 704). Çalışmanın konusu açısından bizi ilgilendiren, Medeni Hukuk bağlamında taşınmaz sayılan eşyadır; diğer kanunlarda taşınmaz olarak gösterilenler üzerinde durulmayacaktır²¹.

Aynı haklar, eşya üzerinde hakimiyet sağladığı ve herkese karşı ileri sürülebildiği için her iki eşya türünde de hakkın varlığının dış dünyaya açıklanması gerekmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 27). Bu tezahür, dış dünyaya aksediş şekli, Eşya Hukukunun diğer bir konusunu oluşturur (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 1). Ancak bu sayede aynı hakkı ihlal etmeme yükümü altında olan kişiler hakkın türünü ve sahibini öğrenebilirler (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 27). Bu, aynı hakların kamuya açıklığı (alenilik) prensibidir²². Taşınırlarda bu işlevi zilyetlik yerine getirir (REİSOĞLU, 1973, s. 15; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 45). Medeni Kanunun zilyetliğe ilişkin bazı hükümleri hem taşınırlar hem taşınmazlar için geçerli olsa da²³ zilyetliğin hak karinesi oluşu yalnızca taşınırlar bakımından söz konusu olur (MK m. 985). Zira, bir taşınır malın malikinin malı, (hakimiyet iradesiyle birlikte) fiili hakimiyetinde bulundurması daha kolaydır. Kişinin evindeki bilgisayarı, otoparka bıraktığı arabası, parmağında taşıdığı yüzüğü, cebindeki telefonu üzerindeki zilyetliği, mülkiyete karine oluşturur. Taşınmazlarda ise hak sahibi kişinin, taşınmazını sürekli hakimiyet alanında bulundurması (yani hakkın sahibi ile taşınmaza zilyet gözüken kişinin aynı olması); örneğin, evinde oturması veya tarlasının başında durması beklenmez. Diğer yandan taşınmazlar üstünde taşınırlara kıyasen daha çeşitli ve daha uzun süreli haklar tesis edilmektedir. Taşınmaza görünüşte zilyet olan kimsenin, kiracı mı, bir sınırlı aynı hak sahibi mi yoksa malik mi olduğu kolay saptanamaz. Taşınmaz hakkında gerçekleştirilen hukuki işlemin üzerinden yıllar geçse dahi hem hakların ispatına hem görünüşteki

²¹ Niteliği itibarıyla taşınır olan gemi İcra ve İflas Kanunu (İİK) uyarınca taşınmaz sayılmıştır (İİK m. 23/4,136). Türk Ticaret Kanunu da (TTK) gemiler için taşınmazlara benzer özel bir rejim kurmuştur (TTK m. 954 vd.). Uçaklar hakkında Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 50-84'te düzenleme bulunmaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 10-11).

²² Aleniyetin tanımı ve sağlanması hakkında bkz. ŞENGÜL, s. 7-27; ÖZÇELİK, Ş. Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 28-31.

²³ Zilyetliğin korunması (MK m. 982 - 984), zilyetliğin tesisi (MK m. 973 - 976), nakli(MK m. 977 - 979), haksız zilyedin sorumluluğu (MK m. 993 - 999), mülkiyetin zamanaşımıyla iktisabı (MK m. 712, 713, 777) düzenlemeleri her iki taşınır türü için de geçerlidir (ÜNAL/BAŞPINAR, s. 271).

zilyedinden ziyade gerçek hak sahibinin bilgilerine erişme ihtiyacı olabilir (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 273). Bu nedenle taşınmazın türünün, üzerinde yer alan hakların, hakların sahiplerinin herkes tarafından görülebilmesi (kamuya açıklığın sağlanması), taşınmazın ve ondan yararlananların haklarının da korunabilmesi amacıyla bir kayıt sistemi gerekmiştir. Bu durumu göz önünde bulunduran Türk – İsviçre kanun koyucuları da tapu sicil sistemini ihdas etmişlerdir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, s. 242-243; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 2).

Tapu sicili, taşınmaz üzerindeki hakların kamuya açıklanmasını sağlamak amacıyla hizmet eden, devletin denetim ve gözetim sorumluluğu altında tutulan çeşitli defter ve belgelerin meydana getirdiği bir bütündür²⁴ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 136; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 278). Buna göre, her taşınmaz için kütükte birbirini izleyen, ayrı bir numara taşıyan bir sayfa açılmaktadır (MK m. 1000/I). Buna aynı sistem adı verilir (AYİTER, 1983, s. 37; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 236). Kütükler, tapu sicilinin temel unsurunu oluşturan, taşınmaz üzerindeki aynı hakların gözüktüğü defterlerdir. Bunlar, köy ve mahalle esasına göre tutulur; her köy için ayrı ve her şehir ve kasabalarda ise mahalle itibarıyla tesis olunur (28738 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü [TST] m. 6). Taşınmaza tapuda sayfa açılması işlemi de teknik bir kavram olan kayıttır. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kurulması, devri, sona ermesi bu sayfada yapılacak işlemlerle gerçekleşir (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 278). Böylelikle taşınır eşyada zilyetliğin gördüğü rolü taşınmazlarda tapu sicili görür (TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 1992, s. 149; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, s. 33; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 2; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 2).

Sicilin işlevini düzgün ve yeterli olarak yerine getirebilmesi için, arazinin fenni usullerle yüzölçümünün belirlenerek planının yapılmış olması (kadastro) gerekir²⁵ (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 279). Medeni Kanun bir taşınmazın tapu kütüğüne kaydının resmi bir ölçüme dayanan plana göre yapılacağını belirtmiş, tapu sicili ile ilgili işlemleri yapmak için, gerekli teşkilatın kurulmasını

²⁴ EREN/BAŞPINAR'a göre tapu sicili, taşınmazların hukuki fotoğrafı olarak tanımlanabilir (s. 234).

²⁵ Kadastro Kanununun amacı için bkz. dn. 4.

özel kanun hükümlerine bırakmıştır (MK m.1003,1006). İki hüküm de Kadastro Kanunu düzenlemelerini işaret etmektedir²⁶ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 133). O halde ancak Kadastro Kanunu uyarınca resmi ölçümler ile tespiti yapılan taşınmazlar tapu kütüğüne kaydedilecektir²⁷ (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 260). Taşınmaz bu halde tapuya kavuşmuş olur. Tapu kütüğünde kayıtlı olan bir taşınmaza ait sayfaya, üzerindeki aynı hakların yazılması işlemi ise tescildir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 197). Tescil burada aynı hakkın doğumu için ilke olarak kurucu rol oynamaktadır²⁸ (AYAN, Eşya Hukuku I Zilyetlik, 2016, s. 366).

Eşya Hukuku düzenlemelerine bakıldığında ilk başta ülkedeki bütün taşınmazların kadastrounun yapıldığı, dolayısıyla tamamının tapu kütüğüne kaydedildiği düşünülebilir²⁹. Oysa bütün taşınmazların kadastrounun yapılması hayli zaman ve masraf isteyen bir iştir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 134). Bu nedenle henüz kadastro çalışmaları bitmemiş olup tapu sicilinde kaydedilmemiş taşınmazlar da bulunmaktadır (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 280; OKTAY, 1990, s. 1, dn. 1; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 65).

Tapu niteliğindeki bazı belgeler, bu taşınmazların (kadastro yapılmamış ve kütükte sayfası açılmamış) bir kısmının üzerinde doğmuş mülkiyet haklarını tespit eder. Bunlar eski hukuk döneminde elde edilmiş ve günümüzde kazanılmış hak ilkeleri uyarınca geçerliliğini koruyan belgeler olabileceği gibi, yürürlükteki hukuk

²⁶ 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, mekansal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmaktır (KK m. 1).

²⁷ Burada bahsi geçen 'tespit' teknik bir kavramdır. Detayları çalışmanın olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyet kazanımı bölümünde aktarıldığı için bu kısımda yalnızca şu bilgiyi vermekte fayda vardır: KK m. 13-14 tapuya kayıtlı olup olmama durumuna göre taşınmazın üzerindeki mülkiyet hakkının tespitine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Hükümler uyarınca mülkiyet hakkı, taşınmazın zilyedi, kayıt sahibi, mirasçısı veya üçüncü kişiler adına tespit edilebilir (EREN/BAŞPINAR, s. 295-317).

²⁸ Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılır (MK m. 705). Bu hallere konu olan taşınmazlar üzerindeki aynı hakların tescili açıklayıcı nitelik taşır.

²⁹ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün web sitesinde verilen bilgiye göre Türkiye Genelinde 52.439 birimin 51.621'inde kadastro çalışmaları tamamen bitirilmiş, 438 adedinde çalışmalar tamamlanma aşamasına gelmiş ve geriye yerel sorunları olan 380 birim kalmıştır. Bu sorunlar; güvenlik, orman, sınır ihtilafı vb. sorunlardır. Bugün itibarıyla yaklaşık 14.500.000 parselin kadastro çalışmaları tamamlanarak sonuç bilgileri Tapu Müdürlüklerine devredilmiş ve vatandaşların kullanımına sunulmuştur (www.tkgm.gov.tr).

uyarınca mülkiyet hakkını tespit eden bir mahkeme kararı da olabilir³⁰. Bu hakların da dış dünyaya aksettirilmesi ve kadastro çalışmaları başlayana kadarki dönem için bu taşınmazlar üzerindeki hakların korunabilmesi amacıyla geçici bir kayıt sistemi getirilmiştir. İşte, bu taşınmazlar üzerindeki hak sahiplikleri zabıt defterinde gösterilir (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 127). Kayıt defteri de denilen zabıt defterlerinin temelini Osmanlı İmparatorluğu zamanında yapılan yoklama kayıtları oluşturmaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 135).

Belirtmek gerekir ki, zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar da tapulu taşınmaz statüsündedir (SİRMEN, 2016, s. 357; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 98). Kadastro çalışmaları bitene kadar bu ikili kayıt sistemi sürecektir. Taşınmazın aynı sisteme göre tapu kütüğüne kaydedilmesi temel kural ve nihai hedef olduğu için kadastro çalışmaları tamamlanınca taşınmaz bilgileri ve üzerindeki hak sahiplikleri kütüğe aktarılır (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 278).

Öyleyse hem tapu kütüğüne hem zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar tapulu taşınmazlardır. Kadastro çalışması tamamlanmış taşınmazlar tapu siciline, henüz kadastrusu yapılmamış fakat hak sahipliğinin eski hukuk zamanında alınan bir tapu veya bir mahkeme kararına dayandığı taşınmazlar zabıt defterine kaydedilirler. Dolayısıyla tapu siciline kayıtlı taşınmazlar, aynı sistem uyarınca kadastrusu bitmiş, tapu siciline aktarılmış taşınmazlardan oluşacaktır. Bu taşınmazlar hakkında aslen Eşya Hukuku hükümleri uygulanacaktır.

Taşınmazlar, yalnızca zabıt defterine veya tapu kütüğüne kaydedilen tapulu taşınmazlarla sınırlı değildir. Tapusuz taşınmazlar da mevcut olup, detaylarına ileride girilecektir.

2.2. Tapulu Taşınmazlar

2.2.1. Zabıt Defterine Kayıtlı Taşınmazlar

Yukarıda da değindiğimiz gibi, kadastrusu henüz yapılmamış yerlerde taşınmaza sayfa açılması esasına (aynı sisteme) dayanan tapu sicilleri değil, yerine,

³⁰ 4722 Sayılı Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (MKYHK) m. 18/T'e göre "Eski hukuka göre kurulmuş olup da, Türk Kanunu Medenisinin yürürlükte bulunduğu zamanda varlıklarını korumuş olan aynı haklar, Türk Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da varlıklarını sürdürürler."

zabıt defteri veya kayıt defteri adı verilen defterler tutulur³¹ (TST Geçici m. 1). Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların durumu bu defterlerde yer alan kayıtlara göre belirlenir (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 127). Bu deftere yazılı aynı haklar, ilk olarak eski hukuk döneminde kazanılmış bir mülkiyet hakkından ileri gelebilir (İPEK, 2016, s. 72). Nitekim Osmanlı Devleti zamanında yapılan arazi çalışmalarında tapu niteliğinde belgeler verilmiştir. Uygulama kanunu hükümleri ve kazanılmış hak ilkeleri uyarınca, bu belgelerde yer alan haklar yeni hukuk döneminde de geçerlidir³².

Aynı şekilde Medeni Kanunda düzenlenen taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması hakkındaki hüküm veya Kadastro Kanununda yer alan imar-ihya düzenlemesi sayesinde kadastro henüz yapılmamış bu taşınmazlar hakkında mahkeme kararı ile tespit edilen mülkiyet hakları da kadastrodan önce zabıt defterinde gösterilecektir (MK m. 713, KK m. 17).

Zabıt defterlerinde aynı sistemdeki gibi her taşınmaza ayrı bir sayfa açma usulü yoktur; taşınmaza ilişkin her işlemde kronolojik sıra ile defterde bir sütun açılarak o taşınmazla ilgili işlem yapılan önceki sütunlarla bağlantı kurulur. Bir taşınmaza ait işlemler farklı farklı sayfalarda yer almakta ve sayfalar arasındaki bağlantı ‘geldiği defter’, ‘gittiği defter’ işaret edilerek sağlanmaktadır. Bir sayfaya, bir ay içerisinde yapılan işlemler tarih sırasına göre kaydedilerek ay sonunda sayfa tapu müdürü tarafından bağlanır (TST. Geçici m. 1,2). Tapu kütüğünden farklı olarak zabıt defterleri köy ve mahalle esasına göre değil, bölgeler (ilçeler) esas alınarak tutulur (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 141; SİRMEN, 2016, s. 115).

Bu haliyle Medeni Kanunun öngördüğü ve aynı sistemin sağladığı kamuya açıklığın kadastro tamamlanmamış taşınmazlar için uzun süre gerçekleşmediği söylenebilir. Nitekim aynı sisteme ait, taşınmaza tapu kütüğünde sayfa açılması ilkesi ile tapu sicilinin kamuya açıklığı prensibi zabıt defteri tutulan yerlerde uygulanmamaktadır. Ancak tapu siciline ait diğer esaslar, zabıt defterinde tutulan kayıtlar açısından da geçerlidir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 135). Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması, tescilin sebebe bağlılığı ve tescil yolsuz da olsa iyiniyetli üçüncü kişiler için hüküm ifade etmesi prensipleri zabıt

³¹ Kat mülkiyeti zabıt defteri, ipotek kayıt defteri, fihrist defteri ve diğer defter hakkında kısa bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 141-143.

³² Bkz. dn. 30.

defteri tutulan yerlerde de geçerlidir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 152-155).

Bu defterler iki çeşittir; biri mülkiyetin ve rehin hakkı dışındaki aynı hakların, diğeri ise rehin haklarının kaydına ayrılmıştır. İlk defter zabıt (kayıt) defteri, ikincisi ipotek kayıt defteri olarak adlandırılır. Her iki defter de aynı esaslara göre tutulur. Ancak zabıt defterinde sınırlı aynı haklara ayrılmış bölümde, ipotek defterine kaydolun rehin hakları ayrıca belirtilir ve bu sayede iki defter arasında bağlantı kurulmuş olur (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 142; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 307).

Zabıt defterlerinde taşınmazların sınırları, yüzölçümü ve komşu taşınmazlar tahmini olarak belirtilir. Bu defterlerin Medeni Kanun'un öngördüğü anlamda aynı haklara tam bir aleniyet kazandırdığı söylenemez (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 135; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 307).

2.2.2. Tapu Kütüğüne Kayıtlı Taşınmazlar

2.2.2.1. Genel Olarak

Medeni Kanunda taşınmaz olarak ifade edilen değerler, aynı zamanda tapu kütüğüne kaydedileceği belirtilen değerlerdir (MK m. 704, 998). Dolayısıyla daha önce de işaret ettiğimiz gibi Medeni Kanun aslen, kadastrusu bitmiş, aynı sistem uyarınca kendisine sayfa açılabilen taşınmazları düzenlemektedir (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 280; BELEN, 2016, s. 44). Bunlar arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerdir.

Anılan üç taşınmaz türünün detaylarına ileriki başlıklarda girilecektir. Ancak bu çalışma zamanaşımıyla kazanım ile taşınmaz türleri arasında sistematik bir bağlantı kurma ve iki hukuki kavram arasındaki ilişkiyi özetleme amacını taşıdığı için kütüğe kaydedilen taşınmaz türleri hakkında bu kısımda da yine sistematik bir ön açıklama yarar sağlayacaktır:

Arazi kavramının tanımı Medeni Kanunda yer almamaktadır. Tanım, Tapu Sicil Tüzüğünde yapılmıştır: "Arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır." (TST m. 9/I). Günümüzde geçerli bu tanım,

yürürlükten kalkan nizamnamede yapılanın arılaştırılmış halidir³³. İki hükmün birleştiği ortak nokta ise sınırlandırılmışlıktır (SİRMEN, 2016, s. 139). Ancak iki tanımlama da arazi kavramının kapsamını karşılamaya yetmemektedir.

Arazi, yalnızca eni ve boyu olan bir yeryüzü parçasından ziyade, arzın altına ve üstüne de devam eden, yani derinliği de olan çok boyutlu bir hacmi ifade etmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 468; EREN, 2016, s. 337; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 312). Doktrinde hacim teorisi olarak anılan bu durum arazinin üç boyutluluğunu karşılamaktadır (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 313). Arazinin yatay sınırları, kadastrusu yapılmış yerlerde kadastro planına göre; kadastro yapılmamış yerlerde ise tapu fen memurlarınca yapılan plan ve haritalara göre tespit edilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 159). Derinlik ise, nispeten daha soyut bir saptamayla belirlenir: Dikey boyut, diğer bir ifade ile arzın alt ve üst uzantısı, dürüstlük kuralına aykırı düşmediği ölçüde malikin faydalanabileceği yere kadar devam eder. Buna yarar (menfaat) kriteri denmektedir (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 313). Arazinin yatay ve dikey boyutlarının içini doldurmak için de arazinin madde itibariyle kapsamıyla bağlantı kurmak gerekmektedir. Bu bağlantı da, arazinin bütünleyici parçası sayılan bitkiler, kaynaklar ve yapı ile sağlanır.

Tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedileceği belirtilen taşınmaz türlerinden ikincisi bağımsız ve sürekli haklardır (MK m. 998 b. 2). Kanunda, hakların tapu kütüğüne kaydedilmesi için gerekli koşullar ve usulün tüzükle belirleneceği ifade edilmiştir (MK m. 998/III). Fıkranın devamında “Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz veya otuz yıl süreli olması gerekir.” denilerek, koşullardan birisi açıklanmıştır. Tanımda geçen bağımsızlık kavramı hakkın devredilebilir ve mirasçılara geçebilir nitelikte olmasını ifade eder (BELEN, 2016, s. 44; SİRMEN, 2016, s. 141).

Bağımsızlık, sınırlı aynı hakların alt başlıklarından biri olan irtifak haklarının bazı türlerinde mevcuttur. Nitekim kanunda atıf yapılan ilgili tüzük hükmünün ilk

³³ Yürürlükten kalkan mevzuata göre ise, arazi, hudutları tefrika kafi vasıtalar ile tahdit ve tayin edilmiş bilimüm sathı zemin olarak ifade edilmişti (TSN m. 3/II).

fıkrasında, hakların irtifak olduğu; ikinci fıkrasında ise tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli hakların, üçüncü kişilere devredilebileceği, mirasçılara geçebileceği ve üzerinde her türlü aynî veya kişisel hak kurulabileceği açıklanmıştır (TST m. 10).

Hükümden aslında gerçek manada bir taşınmazın (bütünü bozulmaksızın bir yerden bir yere nakledilemeyen arazinin) değil, ‘hakkın’ taşınmaz sayıldığı anlaşılmaktadır³⁴. Kanun koyucunun amacı bu hakların niteliğinde bir değişiklik yapmaktan ziyade, taşınmaz gibi işlem görmesini sağlamaktır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 160; SİRMEN, 2016, s. 141; BELEN, Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri, 2016, s. 44). Belirtmek gerekir ki bu haklar, sadece hukuki işlemler (devir ve takyit) yönünden arazi ile bir tutulmuştur; diğer açılardan arazi ve taşınmazla bir değildir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 470; EREN, 2016, s. 200). Hukuk düzeni, bilimsel verilerden çok iktisadi ve sosyal ihtiyaçları göz önünde tutarak taşınmaz olarak saymıştır (EREN, 2016, s. 200; SİRMEN, 2016, s. 140).

Medeni Kanunda tapuya taşınmaz olarak kaydedilebileceği belirtilen son taşınmaz türü, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerdir. Bunların tapuya taşınmaz olarak kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir (MK m. 998/IV). Burada bahsedilen özel kanun Kat Mülkiyeti Kanunudur (KMK).

Kat Mülkiyeti Kanunu, kat mülkiyetinin, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet olduğunu ifade etmiş, devamlı arsa payının, bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet payı anlamına geldiğini açıklamıştır (KMK m. 3/I, 2). Burada anılan ana gayrimenkulün, Medeni Kanundaki

³⁴ BELEN: “Taşınmaz gibi işlem görme olanağı haklara taşınmaz niteliği kazandırmayacaktır. Çünkü hak sahiplerine tanınan, arazinin bütünleyici parçalarından birisini (yapı veya kaynak) kullanma veya birisinden yararlanma yetkisidir. Kendisine sayfa açılan aslında haktır.” (s. 48). “Taşınır satımı sözleşmesindeki taşınmaz sayılanlar ibaresi (BK m. 209/I), Eşya Hukukundaki ‘taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır’ (MK m. 704), ‘taşınmaz olarak kaydedilir’ (MK m. 998/I), ifadelerinden daha isabetlidir. Haklar taşınmaz sayılmaktadır.” (BELEN, s. 48, dn. 8). Eşya Hukuku hükümlerinde taşınmaz mülkiyetini konusunu oluşturan ve aynı zamanda sicile kaydedileceği belirtilen arazi, bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler hakkında bunların doğrudan taşınmaz olduğu belirtilmemektedir. BELEN’in katıldığı görüşüne göre bunlar taşınmaz sayılmaktadır. Üçünün ortak noktası toprak olsa da arazi haricindekiler, toplumsal ihtiyaçlar gözetilerek taşınmaz gibi işlem görmelerini sağlamak amacıyla MK m. 704 ve 998 kapsamına dahil edilmiştir. Bu nedenle çalışmanın devamında bağımsız ve sürekli haklardan ve kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler anılırken buraların taşınmaz olduğu değil, sayıldığı ifade edilecektir.

‘arazi’ olduğunu ve yukarıda kısaca açıkladığımız bu çok boyutlu kavramın, içini dolduran tüm öğelerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte fayda vardır (ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU, 2015, s. 35). Kanunda geçen özel mülkiyet ifadesinin ise, ‘paylı mülkiyet’ten başka bir anlama gelmediği, ortak mülkiyet payının da ‘paylı mülkiyet payını’ anlatmak için kullanıldığı anlaşılmaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 604; REİSOĞLU, 1963, s. 119; EREN, 2016, s. 146; ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU, 2015, s. 37; SİRMEN, 2016, s. 443; BELEN, 2016, s. 45). Ana yapı ile kastedilen, yine Medeni Kanunda düzenlenmiş arazi kavramının madde itibarıyla kapsamında yer alan ve onun bütünüleyici parçası sayılan ‘yapı’dır (ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU, 2015, s. 34). Nihayet, bağımsız bölüm ise, arazinin bütünüleyici parçası olan yapının görünüş biçimlerinden yalnızca biri olan binada yer alan ‘ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli’ kısımları ifade eder. Medeni Hukukun düzenlemesine katkı sağlayan bir özel kanun olarak Kat Mülkiyeti Kanununun Medeni Kanunun kavramlarına sadık kalmaması doktrinde eleştirilmektedir (ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU, 2015, s. 31-38).

Görüldüğü gibi, gerçek anlamda taşınmazı, üstündeki bina, bitki ve kaynaklarla birlikte arazi kavramı karşılasa da hukuk sistemimiz konuya teknik bir anlam yükleyerek bağımsız ve sürekli haklarla, bağımsız bölümleri de taşınmaz mülkiyetinin konusuna dahil etmiştir (ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 30). Bu tanımla Medeni Kanun uyarınca taşınmaz olarak sayılanlar arasında arazi, tanıma uyan tek değerdir (BELEN, Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri, 2016, s. 44). Diğerleri aslında taşınmaz üstünde tanınan yetkililerdir (BELEN, Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri, 2016, s. 44).

Her üç taşınmaz türünü de inceleyelim:

2.2.2.2. Arazi

Arazi hem Medeni Kanunda iki farklı hükümle hem Tapu Sicil Tüzüğünde taşınmaz eşya çeşitlerinin başında sayılmış, tanımını ise Tapu Sicil Tüzüğünde yapılmıştır (MK m. 704, 998 ve TST m. 8).

Yukarıdaki kısa açıklamalarda da belirtildiği üzere; arazi, derinlik, yükseklik ve uzunluğu olan üç boyutlu bir cismi ifade eder³⁵ (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, s. 245; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 194; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 257; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 39). Yalnızca yatay zemindeki topraktan değil, üzerindeki hava ve altındaki arz katmanlarından da oluşan bir bütündür (MK m. 718/I). Arazi üstünde ağaç olabileceği gibi, bina gibi inşa edilen yapılar, kendiliğinden var olan veya sonradan oluşan kaynaklar da, hatta toprakla sürekli ve sabit bir bağlantı içinde olmayan eşya da (örneğin taşınır yapı) olabilir (EREN, 2016, s. 341).

Hem Tapu Sicil Tüzüğünde yer alan hem yürürlükten kalkan mevzuatta yapılan tanımda önem arz eden ortak nokta sınırlamadır. Çünkü taşınır eşyanın doğası gereği bağımsız sınırları olduğu halde, toprak ancak insan eliyle yapılan sınırlandırma neticesinde taşınmaz niteliğini kazanır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 159; EREN, 2016, s. 329; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 2016, s. 312; YAVUZ, 2014, s. 226). Sınırlama sayesinde ki, bir arazi parçası, zorunlu toprak yüzeyinin içinden ayrılır ve hukuki hakimiyetin sürdürülmesi için gerekli olan bağımsızlığını kazanır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 159; EREN, 2016, s. 329). İsviçre doktrinine paralel olarak Türk hukukunda da sınırların işaretleme ve ölçme yöntemi ile belirlenmiş olması şart değildir, tayin edilebilmesi yeterlidir (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 153; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 159; SİRMEN, 2016, s. 139). Ancak Medeni Hukuka göre bir taşınmazın arazi olarak tapuya kaydedilebilmesi için, sınırlarının Kadastro Kanunu hükümleri uyarınca belirlenmesi gerekmektedir. İşte bu halde sınırlama kadastro planına dayanır ve sınırları belirlenmiş toprak parçası parsel adını alır (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 153; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 159; SİRMEN, 2016, s. 139). Bu işlem, arazinin tamamının veya büyük bir kısmının bulunduğu bölgenin tapu sicil müdürlüğü tarafından re'sen yapılır. Birden çok arazi parçasının birleştirilerek yeni bir parsel oluşturması (tevhit) mümkün olduğu gibi, bir arazinin parçalara ayrılarak bağımsızlaşması (ifraz) da söz konusu

³⁵ MK m. 718 göz önünde tutulursa, arazinin üstü ve altının arazi kavramı dışında kaldığı, ancak arazi mülkiyetinin, faydalı olacak derecede alt ve üstü de kapsamakta olduğu sonucuna varmak gerekir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 159, dn. 461).

olabilir³⁶. Her iki halde de oluşan yeni araziler için kütükte yeni bir sayfa açılır ve ayrı bir parsel numarası alır (MK m. 1000/II).

Kadastro yapılmamış yerlerde zabıt defterine kaydı gereken taşınmazın sınırları fen memurları veya mühendisleri tarafından yapılan haritalar veya krokilerde gösterilir. Böyle bir belge olmaksızın zabıt defterine yapılan kayıtlarda, arazinin sınırları, sicilde yazılı tasvir edici bilgiyle, hudut komşuları yazılarak belirlenir (TST m. 1).

İşte arazinin bahsi geçen yatay sınırları içerisinde kalan toprak üzerinde malikinin haiz olduğu yetkilere taşınmaz mülkiyetinin **yatay kapsamı** denir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 560; AYAN, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 2016, s. 285; EREN, 2016, s. 329). Her taşınmazın genişliği bu sınırlara kadar uzanır ve malikin yetkilerini de bunlar belirler (EREN, 2016, s. 329).

Arazinin yüzeyden itibaren yukarıya, hava tabakasına ve aşağıya, toprak tabakasına doğru yükseklik ve derinlik sınırlarını gösteren hacme ise arazinin **dikey kapsamı**³⁷ denir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 560; EREN, 2016, s. 337). Bu kapsam, mülkiyet hakkını kullanmaktaki yarara göre sınırlandırılmaktadır (DURAL, 1981, s. 94; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 473; EREN, 2016, s. 338; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 39) Taşınmazın özgülendiği amaca uygunluğu ölçü olarak alınır. Anayasada da taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının ancak kamu yararına uygun şekilde kullanılabilmesi belirtilmektedir (AY m. 35). Malik ancak bu kısıtlarla arazi üzerinde inşaat veya altında kazı yapma yetkisini (aktif yetki) haizdir (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 241). Malik bu ölçüleri aşarak arazinin yüzeyinden yukarı doğru bir yapı inşa edemez veya aşağıya doğru kazı çalışması yapamaz. Diğer yandan malik, arazinin altına ve üstüne üçüncü kişilerce yapılacak haksız müdahaleleri önlemek ve def etmek yetkisini de haizdir (koruyucu yetki, MK m. 683/II). Ancak mülkiyet hakkının imkan verdiği hava ve toprak tabakasını aşan sahalarda, başkalarının kendisine zarar vermeyecek şekilde yararlanmasına; örneğin,

³⁶ Tevhit ve ifraz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İMAMOĞLU, Altuğ, Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin tutulmasında Devletin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 481-492.

³⁷ Havada ne kadar yukarı çıkılabileceği veya arzda ne kadar aşağı inilebileceği başka mevzuat düzenlemeleriyle yanıt bulabilir (Örneğin imar mevzuatı) (BELEN, s. 45).

arazinin altından tünel, boru vb. geçirilmesine veya üstünden uçak geçmesi gibi durumlara engel olamayacaktır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 477; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 241). Bu hususta belirleyici olan etken ise dürüstlük kuralıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 477; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 241; EREN, 2016, s. 340).

İşte bu yatay ve dikey kapsam içinde yer alan hacimde arazi malikinin hak ve yetkilerini, bu alanda yer alan eşyanın hangi oranda arazi malikine ait olacağını taşınmaz mülkiyetinin **maddi kapsamı** belirler (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 559; EREN, 2016, s. 341). Arazi üzerindeki mülkiyet hakkının kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (MK m. 718/II). Bunlar arazinin bir niteliği olarak sicildeki sayfada gösterilir (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 257), arazinin bütünleyici parçası sayılır³⁸ (TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, s. 245; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 39; BELEN, 2016, s. 45) ve malikinin mülkiyetine dahil olur (EREN, 2016, s. 341). Buna üstün arza tabi olması kuralı denir (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 242) (superficies solo cedit).

Taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamını oluşturan öğeleri detaylandıralım:

Arazinin madde itibarıyla kapsamında düzenlenen ilk öge **yapıdır**. Medeni Kanunda yapının tanımını yapan bir hüküm yoktur. Kavramın anlamı, taşınır yapıya ilişkin hükümden yola çıkılarak belirlenebilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 480). İlgili hükme göre başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir; bunlar taşınır hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez (MK m. 728/II). Belirtmek gerekir ki, burada taşınır yapıyı yapan, arazinin maliki de olsa sonuç değişmeyecek ve taşınır mal ayrı bir mülkiyet konusu olacaktır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 480). Çünkü hüküm ‘hafif yapılar ifadesiyle, aslında esnek bir tabir kullanarak doktrinde de kabul gördüğü gibi, kalıcı olması amaçlanmaksızın, inşaatı yapanın inşanın geçiciliği hususundaki iradesinin yansıdığı yapıların taşınır yapı sayıldığını işaret etmektedir

³⁸ MK m. 684’te aranan şartlara bağlı olmaksızın arazi üzerinde inşa edilen ve dikilen şeyler ile kaynaklar prensip itibarıyla o arazinin mülkiyetine tabi olup, kanuni kısıtlamalar saklıdır (MK m. 718/II). Devamı için bkz. dn. 42.

belirlenebilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 481). Bir yapının taşınır olmasını ve taşınır mallara ilişkin hükümlerin uygulanmasını sağlayan husus inşa eden kişinin iradesidir (EREN, 2016, s. 342).

Taşınır yapı hükmünden hareketle yapının tanımı şu şekilde yapılabilir: Taşınır yapı karakterini taşımayan, bir taşınmaz üzerinde veya altında belli bir süre kalıcı olmak üzere yapılan ve toprakla bağlantısı kurulan her türlü inşaat **yapıdır**³⁹ (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 569). Yapının hukuka uygun veya aykırı olmasının bir önemi yoktur (EREN, 2016, s. 342; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 164). Önemli olan inşaat tekniği kullanılarak arazinin altına veya üstüne raptedilmesi, toprakla kalıcı bağlantı kurulmasıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 483). Dahası yapının mutlaka arsa üzerine inşa edilmiş olması da şart değildir (EREN, 2016, s. 343). Yeni bir kat veya eklenti şeklinde inşaat üstüne yapılan yapı ile yarım bırakılmış bir yapının tamamlanması da yapıyı oluşturur (EREN, 2016, s. 343). Yapılar anılan her haliyle arazinin bütünleyici parçasıdır⁴⁰ (DURAL, 1981, s. 94; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 292; EREN, 2016, s. 342; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 245). Bina, teleferik hattı, stadyum, elektrik direkleri, köprüler, hipodrom, duvarlar, demiryolları, sığınaklar yapı kavramı içine girer (EREN, 2016, s. 342; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 164; BELEN, 2016, s. 45)

Ancak belirtmek gerekir ki, yapıda kullanılan malzeme ile arazinin malikinin farklı kişiler olması durumu, arazi üzerindeki yapının arazinin mülkiyetine bağlı olması kuralına istisna teşkil eder, özel bir hukuki duruma sebep olur: Bir kişinin, hiçbir hukuki ilişkiye dayanmaksızın, başkasının malzemesiyle kendi arazisinde; kendi malzemesiyle başkasının arazisinde veya başkasının malzemesiyle bir başkasının arazisinde inşa ettiği yapı **haksız yapı** olarak adlandırılır⁴¹ (MK m. 722/I).

³⁹ Yapının tanımından ortaya çıkan unsurlar, sabitlik-toprağa bağlılık ve yapay olmadır (BAŞ, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011, s. 102).

⁴⁰ Yapıların arazinin bütünleyici parçası sayılması için MK m. 684'te yer alan unsurları taşıması gerekmez (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 483.). MK m. 718 hükmü olmasa MK m. 684/II'deki unsurların varlığı aranacak, sayılanların bütünleyici parça olduğu belirlenecek, hukuki kaderlerinin 684/I uyarınca aslı (araziyi) takip edeceği söylenecekti. Oysa 718 varken, 684'e gitmeye gerek yoktur (BELEN, s. 46).

⁴¹ Doktrindeki tanımlar için bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 570; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 484; EREN, s. 343; ESENER/GÜVEN, s. 251; SİRMEN, s. 376.

Bu durumda Medeni Kanun yapının, arazinin mülkiyetine tabi olduğu prensibine temelde bağlı kalmakla birlikte, menfaat çatışmasını çözümlenmek amacıyla bazı hükümler koymuştur (MK m. 722-724)

Arazi üzerine yetiştirilmek üzere (sürekli kalmak niyetiyle) **dikilen şeyler** de arazinin bütünleyici parçası olur⁴² (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 579; BELEN, 2016, s. 45). Dikilen ve ekilen şeylerden bitkileri anlamak gerekir; kastedilen ağaçlar, fidanlardır (EREN, 2016, s. 353; BELEN, 2016, s. 45). Yapılarla aynı şekilde, dikenin iradesi bitkinin geçici süreliğine yetişmesi yönündeyse, burada taşınır bitki söz konusu olur ve bitki arazinin bütünleyici parçası haline gelmez (MK m. 728/e kıyasen). Bu halde bitkinin maliki ile arazinin maliki farklı kişiler olur ve bitkiye yine taşınırılara uygulanan hükümler uygulanır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 523). Çiçekler, toprakta geçici süre bulunan (örneğin pazarda satılmak için dikilen) fideler (taşınır yapı sözü uyarlamasıyla) taşınır bitkilerdir; mülkiyet hakkının kapsamında yer almazlar (BELEN, Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri, 2016, s. 45).

Tıpkı yapılarda olduğu gibi; bir kimsenin bitkisini başkasına ait araziye veya başkasına ait bir fidanı kendi arazisine dikmesi durumunda kişinin niyeti bitkinin sürekli kalması yönündeyse haksız yapıya ilişkin hükümler uygulanacaktır (MK m. 729/I). Öyleyse, nasıl ki bu durum yapılarda haksız yapı olarak adlandırılıyorsa, bitkilerdeki görünüşü de haksız bitki olarak tanımlanabilir. Sürekli bırakmak iradesi ebediyet veya ağaçlardaki gibi çok yıl olarak anlaşılmalıdır, örneğin bir hasat mevsimi için dikilen bitkiler bu kapsama girmektedir⁴³ (EREN, 2016, s. 355).

Arazi mülkiyetinin madde itibarıyla kapsamında yer alan değerlerin üçüncüsü kaynaklardır (EREN, 2016, s. 356). Başka deyişle arazi üzerindeki mülkiyet hakkı kaynakları da kapsar (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 580). Kaynak kavramının karşılığı ve kapsamı konusunda doktrinde tartışma vardır, çünkü kanunda tanımlama

⁴² Tıpkı yapılardaki gibi bitkilerin de arazinin bütünleyici parçası sayılması için MK m. 684'teki unsurları taşıması gerekmemektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 522).

⁴³ Yargıtay, söğüt ve kavak ağaçlarının arazide sürekli kalma niyeti olmaksızın dikildiği gerekçesiyle, bunların mülkiyetinin arazi malikine değil, arazi dikene ait olduğunu kabul etmektedir. Bkz. HGK T. 1/4/1992, E. 1992/1-137, K. 1992/214 (EREN, s. 354, dn. 513).

yapılmamıştır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR'e göre kaynak, doğal olarak veya insan emeği ile toprak sathına çıkan sudur (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 524). Suyun devamlı şekilde çıkması yeraltı suyunun kaynak olarak tanımlanması için yeterlidir. EREN'e göre ise, bir suyun kaynak olarak tanımlanması için şu üç şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir: Suyun kökeni yeraltından gelmelidir, su doğal olarak ve sürekli şekilde yeryüzüne çıkmalıdır, kaynak, özel mülkiyetten çıkmalı ve arazinin sınırlarını aşmayacak debide olmalıdır (EREN, 2016, s. 356-358). Su sözcüğünden de yalnızca H₂O anlaşılmalı, genişletici yorum yapılmalıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 524). Nasıl ki nehir deyince bir noktadan akıp giden su zerrelere değil, nehir yatağında sürekli bir değişme halinde olan su ifade edilirse, kaynak kavramı da aynı şekilde kaynak yatağında bulunan suyu o yatakla beraber ifade eder (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 524). Yeryüzü suları, özellikle kar, yağmur veya sel suları kaynak tanımına girmemektedir (EREN, 2016, s. 356). Doğal kaynaklar da yapılar ve bitkiler gibi, arazi malikinin mülkiyet hakkı kapsamına girer⁴⁴. Arazinin maliki kaynak üstünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir, suyun akışını veya mecrasını değiştirebilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 526).

2.2.2.3. Bağımsız ve Sürekli Ayni Haklar

Nitelik itibarıyla taşınmaz kavramına uymayan ancak kanun koyucu tarafından taşınmaz sayılan ikinci taşınmaz türü bağımsız ve sürekli haklardır. Bu hakların özelliğini ayırt edebilmek için ait oldukları ayni hak sınıflandırılmasına değinmek yerinde olacaktır.

Eşya Hukukunun temel konusunu teşkil eden ayni haklar malike, eşya üzerinde sağladığı yetkiye göre iki grupta toplanır. Hakkın sağladığı yetki en geniş nitelikte ise, bu mülkiyet hakkıdır⁴⁵ (KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 3); sahibine,

⁴⁴ Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular devletın hüküm ve tasarrufu altında olup, buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir (3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu); Yer altı Suları umumi sular meyanında olup devletın hüküm ve tasarrufu altındadır (16/12/1960 tarihli ve 167 sayılı Yer altı Suları Kanunu). Yargıtay içtihatlarına göre nehirler, çaylar, ırmaklar da özel mülkiyet dışında ve devletın hüküm ve tasarrufu altındadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 525.).

⁴⁵ Mülkiyet hakkıyla ilgili bkz. AKİPEK, Jale G., Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Şubat 1969, s. 1-15.

kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve (hukuki ve fiili) tasarruf (abusus) yetkisi vermektedir (MK m. 683/I). Ancak yetki sınırlı ise, burada sınırlı ayni hak söz konusu olur (KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 3). Sınırlı ayni haklar, kişiye, eşyada mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden tasarruf etme haricinde kalan yetkilerden birini veya ikisini (kullanma, yararlanma) verir. Bu hak türünde sınırlanan yalnızca mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerdir; yoksa hakkın ayniliğinde bir değişiklik meydana gelmez⁴⁶ (SİRMEN, 2016, s. 29). Sınırlı ayni haklar da herkese karşı ileri sürülür, doğrudan doğruya yararlanma yetkisi verir (HATEMİ/AYBAY, 2014, s. 250). Bu haklar, irtifak hakları, rehin hakları ve taşınmaz yükü olmak üzere üç alt başlıktan oluşur (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 23; SİRMEN, 2016, s. 29).

Bağımsız ve sürekli haklar belirlemesindeki ilk özellik, **bağımsızlık**, hakların mirasçılara geçmesini (küllî halefiyet) veya devredilebilmesini (cüz'î halefiyet) anlatmaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 161; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 154; BELEN, 2016, s. 45; SİRMEN, 2016, s. 141) (Örnek olarak bkz. MK m. 826/II, 837, TST m. 10). İlk olarak, bağımsız olmayan sınırlı ayni hakları belirlemek kavramın anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

Taşınmaz yükü, taşınmazın malikini, yük alacaklısına karşı bazı edimlerde bulunma borcu altına sokarken diğer yandan yük alacaklısının alacağını da o taşınmazla güvence altına almaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 885; BELEN, 2016, s. 45; SİRMEN, 2016, s. 498). Edim borçlusu taşınmazın malikidir: taşınmaza kim malikse o yükümlü hale gelir. Bu nedenle eşyaya bağlı bir borç ilişkisi taşır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 886). Taşınmaz rehninde ise borç ifa edilmediğinde rehinli alacaklının taşınmazı satarak paraya çevirme imkanı bulunmaktadır. Bu durumda rehin hakkı alacağın kaderine bağlıdır. Rehin, alacağa bağlı bir fer'i haktır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 897). Açıklanan bu sınırlı ayni haklardan ilki eşyaya ikincisi alacağa bağlı olduğundan bağımsızlık unsurunu ihtiva etmezler.

⁴⁶ “Sınırlılık hakkın ayni etkililiğine değil, sağlanan hakimiyetin kapsamına ilişkindir.” (KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 3)

İşte bu açıklamadan yola çıkılarak hakkın bağımsız olması için gereken özellik belirginleşir: Hak, münhasıran bir kişi veya bir taşınmaz (veya bir alacak) lehine kurulmuş olmamalıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 161; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 154). Tapu Sicil Tüzüğüne göre tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilen süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli haklar, sınırlı aynı haklardan irtifak hakları kapsamında yer alır (TST. m. 10).

İrtifak hakları, mülkiyet hakkının verdiği yetkilerden kullanma ve/veya yararlanmanın tanınmasına imkan sağlayan sınırlı aynı haklardandır⁴⁷ (BELEN, Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri, 2016, s. 45). Bu haklar nedeniyle, yük yüklenen taşınmaz maliki mülkiyet hakkının kendisine verdiği bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmak veya bu yetkilerin irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılmasına müsaade etmek, katlanmak zorunda kalır (DURAL, 1981, s. 122; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 28; HATEMİ/AYBAY, 2014, s. 251; SİRMEN, 2016, s. 507).

Klasik Roma Hukuku, Fransız ve İtalyan Medeni Kanunu, irtifakları bir taşınmaz üzerinde ve diğer bir taşınmaz lehine kurulabilen ve hak sahibine sınırlı yararlanma sağlayan bir hak olarak tanımlar (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 780). Oysa Türk Medeni Kanunu, irtifak haklarının bir kişi lehine kurulmasını da öngördüğü gibi tam bir yararlanma yetkisi veren ve yalnız taşınmazda değil, taşınır, alacak veya bir malvarlığı üzerinde de kurulabilen intifa hakkını (MK m. 794 vd.) ve bir taşınmazdaki yapıdan tam manasıyla yararlanmayı sağlayan üst hakkını da irtifak hakkı kapsamında düzenlemiştir (MK m. 826 vd.).

İrtifak hakkının, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz malikine tanınması eşyaya bağlı irtifak olarak adlandırılır (DURAL, 1981, s. 123; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 786; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 29). Kanunda eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin genel hükümlerde klasik irtifak hakkı tanımlaması yapılmıştır⁴⁸ (MK m. 779). Bu irtifak türü, lehine kurulduğu taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz biçimde bağlanmıştır

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 27-138.

⁴⁸ İrtifak hakkı, başkasının taşınmazından yararlanmayı ifade etmektedir (www.tdk.gov.tr).

(OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 787). Taşınmaza kim malikse, irtifak hakkı da onundur (DURAL, 1981, s. 123; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 787). Bu haklar, bağlı olduğu taşınmazdan ayrı olarak devredilemezler (SİRMEN, 2016, s. 141). Ancak taşınmazın devri ile hak sahibi değişir. Bu nedenle de eşyaya bağlı irtifaklar bağımsızlık arz etmezler.

İrtifak hakkının ad olarak ferdileştirilmiş belirli bir gerçek veya tüzel kişi veya topluluk lehine kurulmuş olması durumunda kişiye bağlı irtifaklar söz konusu olur⁴⁹. Bunların bir kısmı kanunen kişiye ayrılmaz biçimde bağlanmışlardır; başkasına devredilemez ve mirasçılara geçemezler. Bunlar, intifa ve oturma hakkıdır.

Bir kısım kişiye bağlı irtifak hakları ise kişiye bağlı kurulabilecekleri gibi devredebilir ve mirasçılara geçebilir şekilde de tesis edilebilmektedir. Bunlara düzensiz kişisel irtifaklar adı verilir⁵⁰. Bunlar ise üst ve kaynak haklarıdır. Doktrinde mecra hakkının da aynı gruba sokulması gerektiğini ifade eden yazarlar da vardır⁵¹ (AKİPEK J. G., 1974, s. 122). Hakları kanunda yer alan sıralamayla ve bağımsızlık arz edip etmediklerini irdeleyerek incelemek yarar sağlayacaktır:

Hak sahibine aynı zamanda en geniş yararlanma yetkisi tanıyan intifa hakkı kanunen zorunlu şekilde kişiye bağlı düzenlenmiştir (MK m. 797). Eşyaya bağlı bir intifa hakkı kurulamaz; hak, ancak ferden belirli bir tüzel veya gerçek kişi lehine kurulabilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 828; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 66). İntifa hakkı, mirasçılara geçmez, başkasına devredilemez (KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 68; CANARSLAN, 2016, s. 22). Buna karşılık hakkın kullanılması başkasına devredilebilir (MK m. 806). İntifa

⁴⁹ Hak, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR'de 'kişisel irtifak', aynı hakkın kişisel irtifak olarak nitelendirilmemesi gerektiğinden bahisle SİRMEN'de 'kişiye bağlı irtifak' olarak ifade edilmiştir. SİRMEN'in görüşüne katıldığımız için biz de bu şekilde adlandırmayı tercih edeceğiz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 785; SİRMEN, s. 561)

⁵⁰ Düzensiz kişisel irtifaklar, el değiştirebilen kişisel irtifaklar adlandırması için bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 890; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 786; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 180. Bu irtifak hakları doktrinde 'karmaşık irtifak hakları' veya karma (muhtelit) irtifaklar olarak da anılmaktadır: VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V., Türk Medeni Hukuku 3. Baskı, İstanbul 1963, s. 760; HATEMİ/AYBAY, s. 174-175; HATEMİ/SEROZAN /ARPACI, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 704.

⁵¹ Mecra hakkı tapu sicilinde tescille kurulan bir aynı hakktır. Mecra hakkı hem taşınmaz hem kişi lehine kurulabilir. Doktrinde mecra hakkının özü itibarıyla bir üst hakkı olduğu ifade edilmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 416; ESENER/GÜVEN, s. 142; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ankara 2017 (AYAN, Eşya Hukuku III olarak anılacaktır), s. 124).

hakkının kullanılmasının devri, hak sahibi ile üçüncü şahıs arasında yalnızca kişisel bir borç ilişkisi doğurur, aynı hak sağlamaz. Kanun intifa hakkı sahibine intifa konusu üzerinde bir başkası lehine aynı hak tesis etme yetkisi vermemiştir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 828). Bu nedenle hak değil, hakkın kullanımı üçüncü bir şahsa devredilmektedir. Üçüncü kişi, intifa hakkının sağladığı yetkileri kullanırken intifa hakkı sahibi adına temsilci gibi davranır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 829). O halde, taşınmaz malikinden edinilen intifa hakkı da hak sahibine ayrılmaz bir biçimde bağlanmıştır. Bu da hakkın bağımsız olmadığı sonucunu doğurur.

Kanuni sıralamada intifa hakkından bir sonra gelen sınırlı aynı hak oturma hakkıdır (MK m. 823). Bu hak, bir binadan veya binanın belli bir bölümünden konut olarak kullanma biçiminde kişisel yararlanma olanağı tanıdığı için kanunda açıkça hakkın devredilemeyeceği ifade edilmiştir (MK m. 823/D). Dolayısıyla bu hakkın da bağımsız nitelikte olmadığı ortaya çıkmaktadır (KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 112).

Üst hakkı, başkasına ait bir taşınmaz üzerindeki yapının maliki olma hakkını veren bir irtifak hakkıdır⁵². Belirli bir gerçek veya tüzel kişi lehine kurulabileceği gibi, eşyaya bağlı olarak da, belirli birden fazla kişi lehine de kurulabilir (ARAL, 1962, s. 3; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 867; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 117). Hakkın kişisel irtifak olarak kurulduğu durumlarda, taraflar, sözleşmede devredilemeyeceği veya mirasçılara geçmeyeceğini kararlaştırmadıkça üst hakkı devredilebilir ve mirasçılara geçebilir (MK 826/II). Başka deyişle üst hakkı, yasal belirleme uyarınca kural olarak bağımsız bir irtifak hakkıdır (BELEN, Gayrimenkul Yatırı Ortaklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk

⁵² Roma Hukukundan gelen üst toprağa tabidir prensibinin istisnasıdır (UMUR, Ziya, Roma Hukuku, Eşya Hukuku, İstanbul 1985, [UMUR, Eşya Hukuku olarak anılacaktır], s. 158; BELEN, Herdem, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2002, [BELEN, GYO olarak anılacaktır], s. 246). Hakkın üst hakkı sahibine verdiği yetkinin, yapı üzerinde mülkiyet hakkı olduğu kabulünden sonra, niteliği öğretilerde tartışılmış ve bu konuda, türlü görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız görüşe göre, üst hakkı sahibinin yapı üzerindeki mülkiyet hakkı, kanundan doğan kendine özgü bir gayrimenkul mülkiyetidir. (BELEN, GYO, s. 247) İnşaat (üst) hakkı için bkz. ARAL, Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul 1962, s. 1 vd; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 117; ÜNAL, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988; GÜRZUMAR, Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı (Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil), İstanbul 2001; TEREÇİ, Hayal, Üst Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, Haziran 2011, s. 40-48.

Açısından Değerlendirilmesi, 2002, s. 248). Hakkın en az otuz yıl için kurulduğu durumlarda sürekliliği sağlanan üst hakkı aynı zamanda bağımsız ise üst hakkının sahibinin talebiyle tapu kütüğüne gayrimenkul olarak kaydedilecektir (MK 826/III). Bu durumda üst hakkı tıpkı bir gayrimenkul gibi işlem görecektir; başkasına devredilebilecek, sınırlı ayni haklarla kayıtlanabilecektir (BELEN, Gayrimenkul Yatırı Ortaklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, 2002, s. 248).

Kaynak hakkı ise, bir başkasının arazisindeki kaynaktan çıkan suyu almak ve kendi arazisine akıtmak yetkisi veren bir sınırlı ayni haktır⁵³ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 880; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 127). Tıpkı üst hakkı gibi, kaynak hakkının da aksi kararlaştırılmadıkça devredilmesi ve mirasçılara geçmesi mümkündür (KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 129). Ancak üst hakkında olduğu gibi haktan yararlanan kişiye kaynak üzerinde mülkiyet hakkı vermez (KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 128). Bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş olduğu hallerde tapuya taşınmaz olarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 880).

Üst hakkı ve kaynak hakkı, özel nitelikleri itibariyle kanunda ayrı hükümlerle düzenlenen sınırlı ayni hakların son ikisi olmakla, başkalarına devir ve intikal edebilen kişiye bağlı irtifaklar olarak bağımsızlık unsurunu taşırlar⁵⁴ (ARAL, 1962, s. 1; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 867).

Medeni kanunda bir kişi veya topluluk lehine kurulabilecek çeşitli irtifak hakları diğer irtifak hakları olarak ifade edilmiştir (MK m. 838). Bunlar eşyaya bağlı irtifak haklarıyla aynı özellikte olup, hak sahibine sınırlı yararlanma yetkisi sağlarlar (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 882). Hükümde bu yararlanmalara örnek olarak atış eğitimi, spor alanı ve geçit olarak kullanma yetkisi gösterilmiştir. Bu haklar da prensip olarak devredilemez ve mirasçılara geçemezler. Ancak sözleşmede aksi kararlaştırıldığı ölçüde bağımsızlık ihtiva edebilirler

⁵³ Kaynak hakkı için bkz. ATLAN KAZAN, Hülya, Kaynak Hakkı, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2015, s. 119-146.

⁵⁴ Medeni Kanunda kabul edilen irtifak türlerinin sınırlı sayıda olduğu ve bunların dışında irtifak hakkı kurma imkanı olmadığı kabul edilmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 781).

(OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 867; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1972-1973, s. 131; BELEN, Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri II, 2017, s. 204).

Bu bağlamda, ancak, bir başkasına devir ve intikal edilebilecek şekilde kurulan irtifak hakları, bağımsız ve sürekli haklar tümcesinde yer alan bağımsızlık unsurunu sağlar (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 154). Fakat bu niteliklerinin aksi sözleşmede kararlaştırılabileceği için, bunların sözleşmede devredilemeyeceği veya izne tabi olduğu kararlaştırılmış olmadıkça haklar bağımsız niteliğini koruyacaktır (MK m. 826/II, 837/II).

İrtifak hakkının bağımsız olmasının yanı sıra sürekli de olması gerekmektedir. **Süreklilik** sonsuzluk manasına gelmemekte, hak devamlılık içermelidir. Sürekli sayılabilmesi için hakkın ya süresiz ya da en az 30 yıl süreyle kurulmuş olması yeterlidir (MK m. 998). Üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifak hakları, bağımsız olarak kurulup sürekli şekilde tesis edildikleri takdirde artık tapuya taşınmaz olarak kaydedilebileceklerdir.

İrtifak hakları dışındaki sınırlı aynı hakların bağımsız ve sürekli niteliği sağlanıp sağlanamayacağı doktrinde tartışmalı olup, hakim görüş sağlanamayacağı yönündedir⁵⁵. Bu irtifak hakkı özel mülkiyete tabi bir taşınmaz veya kamu malı üzerinde kurulmuş olabilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 161). İrtifak olmaksızın tapuda bağımsız bir hakka sayfa açılmış olması hukuki bir sonuç ifade etmeyeceği gibi, bu sayfa hakkında üçüncü kişinin iyiniyeti uyarınca korunacağına ilişkin hükümlerin uygulanmasına da olanak sağlamaz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 161).

Son olarak belirtmek gerekir ki, hakka tapuda ayrı bir sayfa açılması için hak sahibinin yazılı bir talepte bulunması da gerekmektedir (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 191; YAVUZ, 2014, s. 227). Zira tapu memuru re'sen sayfa açamaz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 163; SİRMEN, 2016, s. 142).

2.2.2.4. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler

⁵⁵ Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 161, dn. 469.

Medeni Kanunda tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesi öngörölmüş son değer kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerdir. Bunların tapuya kaydının Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri esas alınarak yapılacağına yukarıda değinmiştik.

Bağımsız bölümün niteliğini anlamak için öncelikle kat mülkiyeti kavramını irdelemek gerekmektedir. Kat mülkiyeti tamamlanmış bir yapının, kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya müşterek malikleri tarafından kurulan mülkiyet haklarını ifade eder (KMK m. 2/a).

Bir taşınmazda belli bir paya sahip olmadan bir binanın bağımsız bölümlerinden biri üzerinde kat maliki olmak imkansızdır (KMK m. 3/III). Dolayısıyla kat mülkiyetinin temel ögesi arsa payıdır (ÖZMEN/KIR, 2010, s. 2). Kat Mülkiyeti Kanunu arsa payını tanımlarken, ortak mülkiyet payı ifadesi kullanmıştır (KMK m. 1/I). Doktrinde bu ifadenin; kanun koyucunun müşterek (paylı) mülkiyet sendromu olarak adlandırılan korkusundan kaynaklanarak uydurduğu yönünde görüşler mevcuttur (ÖZMEN/KIR, 2010, s. 3). Tekinay da bu hususu yanlışlık eseri olarak nitelemiştir (TEKİNAY, Kat Mülkiyeti, 1991, s. 4).

Medeni Kanun'un birlikte mülkiyet üst başlığı altında, paylı ve elbirliği mülkiyetlerini düzenlediği (MK m. 688 vd.) göz önüne alındığında ortak mülkiyet diye bir mülkiyet türünün olmadığı ve Kat Mülkiyeti Kanununda bahsedilen mülkiyet türünün paylı mülkiyet esasları üzerine inşa edildiği saptanır (ÖZMEN/KIR, 2010, s. 5). Dolayısıyla kat mülkiyeti, her ne kadar kanun koyucu açıkça ifade etmeye yanaşmasa da paylı mülkiyettir (ÖZMEN/KIR, 2010, s. 5).

Anılan kanunda, bağımsız bölüm ise, arazi üzerindeki yapının ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bölümleri olarak tanımlanmıştır (KMK m. 2/a). İzleyen maddelerde de kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerin arsa ve ortak yerlerle bağlantı içinde olduğu anlaşılmaktadır (KMK m. 3). Zira kat mülkiyeti, ana taşınmazdaki bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkı, bağımsız bölüme bağlanmış eklentiler, yine bağımsız bölümden ayrılamayan arsa payı ve ortak yerlerden oluşan bir bütündür (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 191; EREN, 2016, s. 147).

Bağımsız bölümlerin her birinin duvarlar, tavan ve tabandan oluştuğu, bu yerlerin de kat maliklerinin paylı mülkiyetine konu ortak yerleri (TEKİNAY, Kat Mülkiyeti, 1991, s. 7) ifade ettiği gözetildiğinde, bağımsız bölüm olarak geriye yalnızca maddi bir varlık içermeyen hava boşluğu kaldığı söylenebilir (TEKİNAY, Kat Mülkiyeti, 1991, s. 7; BELEN, 2016, s. 45). Bu noktada Eşya Hukukunun temel prensiplerinden belirlilik ilkesine bir istisna getirilmiş olur: Bağımsız bölüm malikleri aslında taşınmazın paydaşlardır (BELEN, 2016, s. 45).

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR ve REİSOĞLU'na görüşe göre Kat Mülkiyeti Kanununda müşterek mülkiyet payları değil, bağımsız bölümler esas alınmaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 610). Yazarlar, tapu sicilinde müşterek mülkiyet payları yerine bağımsız bölümler için sayfa açılmasının bu saptamaya vardığı kanaatindedir. Bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkına kim sahipse, arsa payına ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet payına da o sahip olur. Bağımsız bölüm üzerinde sınırlı ayni hak kurulması durumunda, hak; arsa payı ve paylı mülkiyet payını da sınırlar. Kira gibi kişisel haklar için de durum bu şekildedir. Arsa payı ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet payının, bağımsız bölümdeki kat mülkiyetinden ayrı olarak devri, rehni veya başka bir ayni hakla yükümlenmesi söz konusu olamaz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 611).

TEKİNAY'ın da katıldığı diğer bir görüşe göre; müşterek mülkiyete konu ortak yerlerin çevrelediği alanlarda kullanma, yararlanma ve tasarruf edebilme yetkilerini elinde bulunduran kişi kat maliki, sahip olduğu hak özel bir mülkiyet hakkıdır (TEKİNAY, Kat Mülkiyeti, 1991, s. 8).

SUNGURBEY'İN görüşü, Kat Mülkiyeti Kanununun bağımsız bölümler üzerinde gerçek bir mülkiyet hakkı getirmediği yönündedir. Yazar, 'özel mülkiyet' kavramının; paydaşlara ait mülkiyet paylarının katlarda yerleşmiş olması ve kişilere tek başına yararlanma yetkisi sağlaması anlamına geldiğini, kat mülkiyetinde arsa payının esas olduğunu, paydaşların bağımsız mülkiyet üzerindeki haklarının paylı mülkiyet esasına dayandığını savunur (TEKİNAY, Kat Mülkiyeti, 1991, s. 8; SUNGURBEY, Medeni Hukuk Eleştirileri II, 1970, s. 110 vd.). Bu görüşe katılan ÖZMEN/KIR'a göre de kat mülkiyeti paylı mülkiyete dayanan yararlanma

içeriğinden ibarettir (ÖZMEN/KIR, 2010, s. 5). Kat mülkiyeti, çatı, temel, ana duvar ve bağımsız bölümleri ayıran duvarlar haricinde kalan hava boşluğu mülkiyetidir (TEKİNAY, Kat Mülkiyeti, 1991, s. 7; BELEN, 2016, s. 45). Yazar, kat mülkiyetinin yapıların varlığı ile vücut bulduğunu, geçici olduğunu, arazinin ömrü ile sınırlı olduğunu da eklemektedir (ÖZMEN/KIR, 2010, s. 5).

Kat mülkiyeti veya kat irtifakı bulunan taşınmazlarda, hakka konu olan her bağımsız bölüm için ayrı bir sayfa açılır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 152). Bu sayede bağımsız bölüm, taşınmaz gibi işlem görme olanağı kazanır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, s. 250; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 152; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 258). Bu taşınmaz üzerinde malik tek başına mülkiyet hakkına sahipken, arsa ve ortak yerler üzerinde paylı mülkiyet söz konusudur (EREN, 2016, s. 147; BELEN, 2016, s. 45). Çatı, tavan, dış duvarlar gibi yerler de ortak olduğu için buralar haricinde bağımsız bölüme kalan içindeki hava boşluğudur.

2.3. TAPUSUZ TAŞINMAZLAR

Kadastrosu yapılmış yerlerde aynı sistem uyarınca, henüz yapılmamış yerlerde de zabıt defterine kayıt ile taşınmazın tapulu statüsüne erişeceğini belirtmiştik. Ülkemizde kadastro çalışmalarının büyük ölçüde tamamlandığı gözetildiğinde çoğu taşınmaz artık tapuya kayıtlı olsa da henüz her iki kayıt sisteminde yer almayan taşınmazlar da bulunmaktadır (SİRMEN, 2016, s. 334). Bunlar tapusuz taşınmazlardır⁵⁶.

Tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı kurulup kurulamayacağı doktrinde ve içtihatlarda tartışmalıdır⁵⁷. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR ve EREN'in, bizim de katıldığımız görüşlerine göre, bunlar üzerinde mülkiyet hakkı

⁵⁶ Tapusuz taşınmazların satımında şekil sorunu için bkz. YAVUZ, s. 237-239.

⁵⁷ “Bütün aynı haklar tescil ile doğar. Bundan dolayı tapu kütüğüne geçmemiş gayrimenkuller üzerinde mülkiyet hakkından bahsetmeye imkan yoktur.” (POSTACIOĞLU, İlhan, Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s. 38); “Tapuda kaydı olmayan ve üzerinde iktisabi müruruzaman süreleri dolmamış bulunan gayrimenkullerdeki hukuki durum mülkiyet değil sadece zilyetlik sayılabilirse de eğer bu süre tamamlanmışsa gayrimenkul tapuya tescil edilmemiş bulursa dahi mülkiyet hakkı teessüs etmiştir.” (SUNGURBEY, İsmet, İsviçre-Türk Hukukuna göre iktisabi müruru zaman, İstanbul 1956, s. 72 vd.) Aksi görüş için bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Tapusuz Gayrimenkullerin Ferağı, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: XXXII Sayı 5-8 1958'den Ayrı Baskı, İstanbul, s. 9 vd.)

söz konusu olabilir⁵⁸ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 400; EREN, 2016, s. 238). Her şeyden önce tapusuz bir taşınmaz üzerinde önceki hukuktan intikal eden bir mülkiyet hakkı bulunabilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 400; EREN, 2016, s. 238; SİRMEN, 2016, s. 334). Özellikle eski hukukta yer alan miri araziden devletin elini çekmesi üzerine bunların mülkiyetinin zilyedi tarafından kazanıldığı kabul edilmektedir⁵⁹.

Diğer yandan Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da tapuda kayıtlı olmayan bir taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanılmış olabilir⁶⁰ (SİRMEN, 2016, s. 334). Örneğin olağanüstü zamaşımı hükümleri uyarınca mülkiyet iktisap edilip

⁵⁸ Aksi görüşte olan yazarlar: POSTACIOĞLU, İlhan, Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s. 81; FEYZİOĞLU, Feyzi, N., Şu'fa Hakkı, İstanbul 1959, s. 280 – 281 (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 395, dn. 487). Tapusuz taşınmazlarda mülkiyet hakkı kurulamayacağına yönelik Yargıtay kararları: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/12-101 K. 2010/128 T. 3.3.2010 : “ Zira kural olarak taşınmaz malda mülkiyet hakkı tapu siciline tescil edilmekle doğar. Tapu siciline kayıtlı olmayan bir taşınmaz mal üzerinde mülki-yet hakkının varlığından söz edilemez.”; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2003/3484 K. 2003/5109 T. 19.6.2003 sayılı kararı.

⁵⁹ Arazi Kanununa (Kanunname-i Arazi-i Hümayun) göre, miri arazi, kuru mülkiyeti (rakabesi) devlete ait olmak üzere, yararlanma hakkı (tasarruf hakkı) devletçe yetkili kılınan kişiler tarafından belirli bir bedel (tapu) karşılığında süresiz olarak özel kişilere tefviz edilen tarla, çayır, yaylak, kışlak, koruluk vb. gibi topraklardır (EREN/BAŞPINAR, s. 63). Bazı yazarlar Medeni Kanunun tek tip özel mülkiyet hakkı tanıdığı fikrinden hareketle, miri arazideki tasarruf (yararlanma) hakkının, bugünkü hukukta mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Haklar nitelendirilirken o hakkın verdiği yetkilere bakmak gerekir. Tasarruf hakkı da sahibine birçok yetki verdiği için bugünkü hukuk anlamında mülkiyet hakkı sayılmalı, tapu kütüğüne kayıtlı olmasa bile varlığını devam ettirmelidir (EREN, s. 239). Fatih Sultan Mehmet zamanında ve özellikle Kanuni Sultan Süleyman ve I. Sultan Ahmet devirlerinde büyük arazi tahrirleri (yazımı) yapılmıştır. Fakat bunlar bugünkü anlamıyla tapu sicili niteliği taşımamaktadır. 1847 tarihinden itibaren tapu sicili kurma yolunda bazı adımlar atılmışsa da, bunlar da Medeni Kanun anlamında tapu sicili teşkil etmezler (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 132). Bunun sebebi, Osmanlı İmparatorluğunda taşınmazların tabi olduğu rejimin bugünkünden çok farklı olmasıdır. Beş çeşidi olan araziye kısaca özetlemek gerekirse: Mülk arazi, bugünkü anlamda özel mülkiyet konusu arazidir. Bu arazide tasarruf Fıkıh hükümlerine tabidir. Miri arazinin tanımı işbu atfın ilk cümlesinde yapılmıştır. Bu tarz arazilerin günümüzde artık mülk arazi haline geldiği görüşü hakimdir. Vakıf arazi, mülk veya miri arazinin vakfedilmiş olmasına göre değişik rejime tabi bir arazi çeşididir. Yollar, meydanlar, pazar ve panayır yerleri gibi, umuma açık veya harman yeri, mer'a, yaylak kışlak gibi bir veya birkaç kasaba veya köy halkına terk ve tahsis edilen yerler terk edilmiş arazidir. Son olarak ölü arazi ise, kimsenin mülkiyet veya tasarrufunda olmayan ve halka terk ve tahsis edilmiş bulunmayan arazidir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku s. 132, dn. 365). Doktrin ve uygulamada miri arazinin ilga olup olmadığı tartışmalıdır. İlga olmadığını savunan yazarlar, Medeni Kanunun Tatbik şekline ilişkin 29.5.1926 tarih ve 864 sayılı kanunda Arazi Kanununun açıkça mülga edilmemesini sebep gösterirlerken, aynı kanunun 43. Maddesinde yer alan “Kanunu Medeniyeye, ... muhalif olan ahkam, ... mülğadır” ibaresi, kanunun ruhu ve diğer başkaca sebeplerle aksini savunan yazarlar da vardır (EREN/BAŞPINAR, s. 71-81).

⁶⁰ Belirtmek gerekir ki, tapuya kaydı gerekip de henüz kaydedilmemiş taşınmazlar olağanüstü zamaşımına konu olabilirler. İşgalle kazanılabilen taşınmaz türü, tapuya kayıtlı olup da sicile göre sahihsiz hale gelen mallardır. Yoksa tapuya henüz kaydedilmemiş taşınmazlar ile devletin hüküm ve tasarrufu altında olan ve tapulamaya tabi olmayan sahihsiz yerler veya diğer kamu malları işgalle kazanılamaz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 410 - 413).

hakkın henüz zabıt defterine kaydedilmediği hallerde taşınmaz tapusuz olsa da üzerinde mülkiyet hakkı kazanılmış olabilir (EREN, 2016, s. 239). Nitekim tapusuz taşınmaz üzerinde olağanüstü zamanaşımı süresinin dolmasıyla diğer şartları da gerçekleştiren zilyedin mülkiyeti kazanacağı hükme bağlandığına göre bugün tapusuz taşınmazların büyük bir kısmında mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edilmektedir (MK m. 713/V). Fakat bunların tapuda kaydı olmadığı için hak sahiplikleri tespit edilemez. Öyleyse, tapusuz taşınmazların büyük bir kısmının üzerinde mülkiyet hakkı varken, diğer kısmı kimsenin mülkiyetinde değildir⁶¹ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 395; SİRMEN, 2016, s. 334).

Tapusuz taşınmazlar hakkında mülkiyetin devrine ilişkin sözleşme yapılabilir, borçlandırıcı işlem resmi şekil şartına uyulduğu sürece geçerli olur (MK m. 706, Türk Borçlar Kanunu [BK] m. 237/I ve Tapu Kanunu [TK] m. 26/I). Ancak tasarruf işleminin geçerliliğinin taşınmazın tapuda kayıtlı olmasına bağlı olduğunu öngören hüküm, tapusuz taşınmazlar hakkında tasarruf işlemi yapılmasına engel olur (MK m. 705/II). Burada belirtmek gerekir ki, şekle aykırı borçlandırıcı işlemler, kesin hükümsüz olsa da, satıcı tarafından zilyet kılınan alıcı yönünden olağanüstü zamanaşımına ilişkin yirmi yıllık sürenin işlemeye başlamasını sağlar (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 395; EREN, 2016, s. 243; SİRMEN, 2016, s. 334).

Diğer yandan tapusuz taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan zilyedin, zilyetliğini ve taşınmazı zamanaşımıyla edinme hakkını bir başkasına devretmesi herhangi bir şekle tabi olmadığı gibi, bu borcu doğuracak sözleşme de şekle tabi kılınmamıştır (YAVUZ, 2014, s. 238). Dahası, zilyetlik devri geçerli ise, önceki zilyedin süresi, sonraki zilyedin süresine eklenecektir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 396; EREN, 2016, s. 243; SİRMEN, 2016, s. 334) (MK m. 996).

Burada önemli olan, zilyetliğin devrinin geçerli olmasıdır. Şayet devir, ehliyetsizlik veya irade sakatlığı gibi sebeplerle hükümsüz ise, sonraki zilyet

⁶¹ Mülkiyet hakkına konu olmayan taşınmazlar üzerinde sadece zilyetlik söz konusu olur (EREN, s. 239).

zilyetliği devren değil, aslen kazandığı için önceki zilyedin süresinden yararlanamaz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 397; SİRMEN, 2016, s. 334).

Bu durumda, önceki zilyet, zilyetlik davası açarak taşınmazın geri verilmesini isteyebilir (MK m. 982 - 985). Zilyetliğin devri geçerli, fakat devre konu sözleşme geçersiz olsa da zilyetliğin devren kazanılması geçerli olur. Çünkü zilyetliğin devri soyut bir hukuki işlemdir. Dolayısıyla devir borcu doğuran sözleşme, zilyetliğin devrini sakatlamaz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 397; SİRMEN, 2016, s. 335). Bu halde devir geçerli olduğu için zilyetliği devren kazanan zilyet, önceki zilyedin süresini kendisine ekleyebilir. Ancak önceki zilyedin sebepsiz zenginleşme davası ile taşınmazı geri alması mümkündür.

Yargıtay 22/11/1944 tarih ve 27/32 sayılı İtihadı Birleştirme Kararında, “tapusuz gayrimenkulün zilyedi tarafından haricen satışı ve alıcıya teslimi kanunen hükümsüz olduğundan, satıcının mezkur gayrimenkulü geri almaya yetkili olduğunu” kabul etmiştir. Buna karşılık, 09/10/1946 tarih ve 12/7 sayılı bir başka İtihadı Birleştirme Kararında “tapusuz taşınmazın maliki olmayan zilyedi tarafından satışının, zilyetliği devir borcu yükleyen bir sözleşme olduğunu ve bu sözleşmenin bir şekilde tabi olmadığını” ifade etmiştir. Bu tarihten sonraki bazı kararlarda⁶², 1946 tarihli itihadı birleştirme kararındaki görüşe aykırı şekilde tapusuz taşınmazların şekilsiz satışının geçerli sayılması için zilyetliğin devrinin gerektiği belirtilirken, bazı Hukuk Genel Kurulu kararlarında ise bunun aranmadığı görülmektedir⁶³.

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 1944 tarihli kararın tapusuz taşınmazlarda zilyedin malik olup olmadığı ayırımını nazara almadığı için; 1946 tarihli kararın zilyetliğin aynı hak olmasına bağladığı için; 1946 tarihinden sonraki dönemde verilen Yargıtay kararlarının sözleşmenin geçerli olmasının zilyetliğin devrine bağlanması gerektiğini hukuki bir dayanağa bağlamadığı için ve son olarak da Hukuk Genel Kurulu kararlarının tapusuz taşınmazı satan kimsenin malik olup olmadığını irdelemeyerek tapusuz taşınmazın satışını zilyetliğin devri vaadi olarak geçerli saydığı için kabul edilemez olduğunu belirtmektedir.

⁶² Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 17/01/1983, 12252/42, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 04/10/1984, 22060/11190, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 16/06/1999, 2495/2701 (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 398, dn. 504).

⁶³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.02.1960, 4-6/188 (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 398, dn. 505).

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR ve SİRMEN'e göre tapusuz taşınmazın zilyedi, aynı zamanda malik ise, ancak resmi şekil şartına uyarak taşınmazı satabilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 399; SİRMEN, 2016, s. 335). Şekle uyulmadan yapılan sözleşme kesin hükümsüzdür. Böyle bir anlaşma tahvil yoluyla da geçerli sayılmayacaktır. Nitekim bir malikin malik sıfatıyla zilyetliği devretmeyi vadetmesi, mülkiyet hakkını devretmeyi vaad etmesi anlamına gelir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 399; SİRMEN, 2016, s. 336). Taşınmazın mülkiyetini devir borcu içeren sözleşmeler resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmazlar. Alıcının taşınmaza zilyet kılınmış olması da bu sonucu değiştirmez ve bu hususta taşınmazın tapulu veya tapusuz olmasının bir önemi yoktur. Malik mülkiyet hakkına dayanarak taşınmazı geri alabilir (MK m. 683). Malikin talebinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği durumlar istisnadır (MK m. 2).

Tapusuz taşınmazların mülkiyetinin zilyetliğin devri ile geçeceğini savunmak, taşınmazları taşınır hükümlerine tabi tutmak anlamına gelir; Medeni Kanunun gözettiği taşınır-taşınmaz ayrımı sistematığına, bu ayrımın gerekçelerine ters düşer (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 399).

Tapusuz taşınmazın maliki olmayan zilyedinin zilyetliği devretmeyi vaad etmesi herhangi bir şekle veya şarta (örneğin taşınmazın fiilen teslim edilmiş olmasına) bağlı olmaksızın geçerlidir (EREN, 2016, s. 241). Zilyetliğin devri, kazandırıcı zamanaşımı bakımından önceki zilyedin süresinin, sonraki zilyedin süresine eklenmesine yarar (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 400; SİRMEN, 2016, s. 33).

İKİNCİ BÖLÜM

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASI

1. HAKLARIN KAZANILMASI

Bir kişinin bir hakkın sahibi konumuna gelmesi hakkın kazanılması (iktisabı), bir hak sahibinin artık o hak sahipliği durumundan çıkarılması ise hakkın kaybedilmesidir (OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 175). Hakkın kazanım veya kaybı ya bir hukuki olay ya bir hukuki fiil ya da bir hukuki işlem neticesinde meydana gelir (OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 175; DURAL/SARI, 2016, s. 190). Hakkın kazanılmasıyla bahsi geçen hak kişinin malvarlığına veya şahıs varlığına dahil olur (DURAL/SARI, 2016, s. 190).

Bir hakkın, doğrudan doğruya ilk sahibi olarak kazanılması **aslen kazanımdır** ((TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku , 1992, s. 148; OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 238; DURAL/SARI, 2016, s. 230; HELVACI/ERLÜLE, 2016, s. 40). Bu halde kazanım, hakkın başka bir kişiye ait olmasından bağımsız kazanılır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 356; EREN, 2016, s. 244; SİRMEN, 2016, s. 307). Çalışmanın konusunu da yakından ilgilendirdiğinden mülkiyet hakkından yola çıkarsak; aslen kazanıma konu olacak eşya bazen hiç kimsenin mülkiyetinde değildir, bazen de hakkın kazanılmasıyla var olan mülkiyet hakkı önceki malikten bağımsız sona erer (SİRMEN, 2016, s. 307). Malikin talebi ile üzerindeki mülkiyet hakkı tapudan terkin edilmiş bir taşınmazın işgal yoluyla edinimi veya sahihsiz bir taşınır malın sahiplenilmesi (ihraz) ilk duruma, cebri icra, kamulaştırma, ihale işlemleri ile hak kazanımı ikinci duruma örnek gösterilebilir (EREN, 2016, s. 244; ERMAN, 2016, s. 112; SİRMEN, 2016, s. 307). Tüm bu hallerde mülkiyet aslen kazanılır.

Hakkın, diğer bir kişinin hakkına dayanılarak onun iradesinin de etkin rol oynadığı bir hukuki işlemle edinilmesi **devren kazanımdır** (devren iktisap) (TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku , 1992, s. 148; DURAL/SARI, 2016, s. 231). Hakkın konusuna göre devir işlemi farklılık

gösterecektir. Yine mülkiyet hakkı ele alındığında hakkın kazanımı için taşınırlarda tarafların birbirine uygun iradesi ile zilyetliğin nakli (MK m. 763/I); taşınmazlarda ise geçerli bir hukuki sebebe dayanarak tapu sicilinde tescil gerekmektedir (MK m. 705/I, 706/I). Şahsi haklardan alacak hakkı ise, yazılı bir alacağın devri sözleşmesiyle geçerli olarak devredilebilmektedir (DURAL/SARI, 2016, s. 231).

Devren iktisap ile hakkın intikali aynı şey değildir. Devren iktisap, iradeye dayanan hak devirleri için, intikal ise iradeden bağımsız halleri ifade etmek üzere kullanılır (OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 239). Devren iktisapta devreden kişi, hakka hangi haliyle sahipse, devralan da hakkı o haliyle elde etmiş olur. Hak, o hak için öngörülmuş bir devir işleminin yapılması ile bir başka şahsa devredilir. Buna cüz'i intikal adı verilir ve hakkı devralan devreden cüzi halefi olur (TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku , 1992, s. 149; OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 239). Bazen de bir kişiye ait malvarlığı, kanunen düzenlenen bazı durumlar nedeniyle tüm aktif ve pasifi ile (bir bütün olarak) bir başka kişiye geçer. Bu da külli intikaldir (halefiyet) (TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku , 1992, s. 149; OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 239; HATEMİ, 2013, s. 173; DURAL/SARI, 2016, s. 232). Külli intikalin özelliği, buna sebep olan olayın meydana gelmesi ile hak ve borçların bir bütün (kül) halinde, başkaca bir hukuki işleme gerek kalmaksızın kazanana geçmesidir (OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 240; DURAL/SARI, 2016, s. 232). Miras yoluyla hak kazanımı külli halefiyetin en önemli ve tipik örneğidir (OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 240; DURAL/SARI, 2016, s. 232). İşte intikal kavramı aslında bu durumu ifade etmektedir, bu yüzden iktisapla aynı anlama gelmemektedir.

Hakların kazanılmasında üçüncü yol tesisen kazanımdır. Bu kazanım türünde, bir hakkın sahibi, hakkın kendisine tanıdığı yetkilerin bir kısmını bir başkasına aktararak kendi hakkı yanında yeni bir hak daha tesis eder (HELVACI/ERLÜLE, 2016, s. 41; DURAL/SARI, 2016, s. 232). Yetkilerin tamamını sonraki hak sahibine devretmediği için kendisi de hak sahibi sıfatını korur. Bir arazi üzerinde, malikin, bir kişiye geçit irtifakı tanınması bu kazanım türüne örnek gösterilebilir (MK m. 683/I, 838). Ancak hakkı tesisen kazanan kişi, sahip olduğu hak devredilebilir nitelikteyse, bunu bütünüyle üçüncü bir kişiye aktardığında devren iktisap söz konusu olacaktır (Geçit hakkı sahibinin bağımsız nitelikteki hakkını devretmesi buna örnektir [MK m.

838/II). Hem hakların devrinde hem tesisinde işlemi yapacak kişi tasarruf ehliyetine (yetkisine) sahip olmalıdır⁶⁴ (OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 241; BELEN, Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları, 2014, s. 102).

2. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASI

2.1. Genel Olarak

Taşınmaz üzerinde uzunca bir süre devam eden ve itiraza uğramayan malik sıfatıyla zilyetlik taşınmaz üzerinde hak kazanılmasına imkan verir (EREN, 2016, s. 264). Zilyetlik süresi hakkın düşmesinde değil, kazanılmasında asli rol oynar. Taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımıyla kazanılması iki türlü olur. Bunlar, olağan ve olağanüstü zamanaşımı ile kazanımdır.

Tapu sicilinde bir taşınmazın şeklen maliki gözükmemesine rağmen gerçekte hukuka uygun olarak mülkiyet hakkına sahip olmayan kimselerin, hükümde belirtilen şartların gerçekleşmesiyle mülkiyet hakkını kazanmasına ‘olağan zamanaşımı’ veya ‘sicil zamanaşımı’ denir (MK m. 712) (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 423; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 230; EREN, 2016, s. 265).

Olağanüstü zamanaşımı ise tapuda kayıtlı olmayan (tapusuz) veya kayıtlı olsa da (tapulu), malikinin belirlenemeyen veya maliki hakkında gaiplik kararı verilmiş taşınmaz üzerindeki zilyetlik sayesinde kazanılmaktadır. Bu kazanımın diğer adı da ‘sicil dışı kazanım’dır (MK m. 713) (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 232; EREN, 2016, s. 276).

Her iki kazanım şekli de aşağıda detaylarıyla irdelenecektir.

2.2. Olağan Zamanaşımıyla Kazanım

2.2.1. Taşınmaza İlişkin Koşul

⁶⁴ SCHWARZ’ın sözleriyle “bir kimsenin bir hak üzerinde tasarruf edebilmesine, tasarruf salahiyeti (yetkisi) denir. Kaideten tasarruf salahiyeti bizzat o hakka sahip olanındır; malik mülkünü ahara devretmek ve ona bir külfet tahmil eylemek; alacaklı, alacağını temlik etmek veya bu alacaktan vazgeçmek kudretini haizdir.” (SCHWARZ, Andreas, Medeni Hukuka Giriş, [Çev. VELDET, Hıfzı], İstanbul 1946, s. 155)

Medeni Kanuna göre taşınmaz mülkiyeti kural olarak tescille kazanılır⁶⁵ (MK m. 1022/I) (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 514). Ancak her tescil, mülkiyet hakkının kazanıldığı anlamına gelmez (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 38). Tescilin mülkiyet hakkını doğurması için mevcut, geçerli ve bağlayıcı bir hukuki sebebe dayanması gerekir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 514; REİSOĞLU, 1973, s. 170; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 230; EREN, 2016, s. 265). Buna sebebe bağlılık (illilik) ilkesi denir. Geçerli bir hukuki sebebe dayanmadan veya tescilin kurucu unsurlarında sakatlık mevcut iken veya başka bir sebeple (sakat bir terkin veya tadil gibi...) sicilde görünen tescilin gerçek hak sahipliğine uymadığı durumlarda yolsuz tescil söz konusu olur (MK m. 1024/II) (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 514; OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 259; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 230; EREN, 2016, s. 265; SİRMEN, 2016, s. 224). Şekle aykırılık, ehliyetsizlik veya muvazaa tescili yolsuz yapan durumlardan bazılarıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 261; BELEN, Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları, 2014, s. 99).

O halde, hakkında yolsuz tescil olan bir taşınmazın, her şeyden önce tapu kütüğüne kayıtlı olması gerekmektedir. Metinde ‘tapu kütüğüne malik olarak yazılan’ ibaresi yer aldığı için, hüküm kural olarak kütüğe kaydedilebilen taşınmazlar hakkında uygulanır (EREN, 2016, s. 267).

Kavramın ‘sicil zamanaşımı’ olarak adlandırılması da bu kazanım türünün sadece sicile kayıtlı taşınmazlar için hüküm ifade ettiğini göstermektedir (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 39). Sicile kayıtlı taşınmazlar, arazi, bağımsız ve sürekli irtifak hakları veya kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerdir (MK m. 998) OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 424; EREN, 2016, s. 267; SİRMEN, 2016, s. 352; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 40). Paylı mülkiyete konu tapuya kayıtlı taşınmaz da olağan zamanaşımıyla kazanılabilir (EREN, 2016, s. 267). Oysa elbirliğiyle mülkiyette mülkiyet hakkı taşınmazın tamamına yayılmış olduğundan ve tapu kütüğüne kayıtlı bir pay olmadığından ortaklık payının zamanaşımıyla kazanılması mümkün değildir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 516; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 231; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 40). Ancak elbirliği

⁶⁵ Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılır (MK m. 705/II).

mülkiyetine tabi taşınmazın tamamı yönünden bu yolla kazanıma bir engel bulunmamaktadır⁶⁶ (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 40). Diğer yandan taşınmazın, özel mülkiyete elverişli olması, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olmaması gerekir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 424; EREN, 2016, s. 267; SİRMEN, 2016, s. 352; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 39).

Tapuya kayıtlı olmakla birlikte henüz kadastrosu yapılmamış (zabıt defterine kayıtlı) taşınmazların bu yolla kazanımı için Kadastro Kanununda istisnai bir düzenleme bulunmaktadır. Bu halde kadastro yapılırken taşınmazı, kayıt malikinden veya mirasçılarında veya mümessillerinden tapu dışı bir yolla kazandığını, onların beyanı, herhangi bir belge, bilirkişi veya tanık ile ispat eden zilyedin, diğer şartları da gerçekleştirilmesi durumunda olağan zamanaşımına ilişkin hükümlerden yararlanabileceği düzenlenmiştir (KK. m. 13 b. B). Bu istisnai hüküm sadece kadastro esnasında uygulanır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 371).

Bazen tapuda bir taşınmaz hakkında tapuda birden fazla sayfa açılmış olabilir, dahası bu sayfalarda farklı kişiler adına yolsuz tesciller bulunabilir⁶⁷. Doktrinde bu durum çifte tapu sorunu olarak adlandırılır⁶⁸ (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 516; EREN, 2016, s. 268). Bu durumda hak kazanımının hangi malik yönünden gerçekleşeceği doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre daha eski ve gerçek duruma dayanan birinci tescile oranla, ikinci tescil geçerli olmaz (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 516; EREN, 2016, s. 268; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 1991, s. 590-591). Yazarlara göre sonraki tescilde malik gözükene kimsenin tescili, olağan zamanaşımıyla mülkiyet hakkı kazanımına imkan

⁶⁶ Miras kalan taşınmaza mirasçılardan biri malik sıfatıyla zilyet olamayacağından bu yolla kazanım, mirasçılardan kendi aralarında ileri sürülemez (EREN, s. 267, dn. 224) (Bkz. 26/05/1954 Tarih 1954/7 Esas, 1954/17 Karar sayılı ve 15/05/1957 Tarih, 1957/2 Esas 1957/11 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları [www.kazanci.com]).

⁶⁷ Bu durumda kayıtların nasıl düzeleceğine ilişkin 1515 sayılı Tapu Kayıtlarından Hukuki Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanun m. 2: “Aralarında tedavüle istinat etmeksizin, bir gayrimenkul için, iki veya daha ziyade kimseler namına tapuda kayıt yapılmış olduğu görülür ise kayıtlarına muvakkat şerh verilerek nihayet iki ay zarfında mahkemeye müraccat etmek için kendilerine tebligat icra olunur. Bu müddet içinde mahkemeye müracaat edilmediği takdirde tapu memuru hangisinin malik olması lâzım geldiği hakkındaki noktayı izah ederek keyfiyetin karara raptını re'sen mahkemeden talep eyler. Bu kabil dâvalardaki harç ve masraflar tecil edilerek ileride haksız çıkan taraftan istifa olunur.”

⁶⁸ Çift tapu halinde doktrinde yer alan görüşlerin devamı ve detayları için bkz. YAKUPPUR, Sendi, Tapu Siciline Güven İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 195-198; YAĞCIOĞLU, s. 40-42.

vermez. Tapu sicili aleni olup, ikinci malik, ilk malik adına olan tescili bilmediğini iddia edemeyecektir (MK m. 1020) (EREN, 2016, s. 268). OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR de de, ikinci (daha yeni tarihli) kayda dayanan tescilde iyiniyetle kazanım iddiasında bulunulamayacağı savunulmaktadır, ancak yazarlar, kamuya açıklık prensibinin iki sayfa için de sağlanamadığı gerekçesiyle eski tarihli yolsuz kaydın da hem MK m. 712 hem MK m. 1023'e göre korunmayacağını eklemektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 425).

2.2.2. Kişiyeye ve Zilyetliğe İlişkin Koşul

Olağan zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması için, kural olarak, gerçek veya tüzel kişinin adı tapu kütüğünde kayıtlı taşınmaz sayfasındaki mülkiyet sütununa yazılmış olmalıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 425). Tüzel kişi, kamu tüzel kişiliği olabileceği gibi, özel hukuk tüzel kişisi de olabilir (EREN, 2016, s. 270).

Bu yolla mülkiyetin kazanılması bir hukuki işlemle gerçekleşmediği için kişinin fiil ehliyetine sahip olması şart değildir (EREN, 2016, s. 271). Ayırt etme gücünün olması kafidir. Ayırt etme gücü olmayan kişiler adına, yasal temsilcileri veya dolaysız zilyet konumundaki adi veya ürün kiracıları olağan zamanaşımıyla mülkiyeti kazanabilirler⁶⁹ (EREN, 2016, s. 270).

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında yolsuz tescille tapu kütüğünde malik gözüken kişi veya istisnaen kadastro çalışmaları esnasında (Kadaströ Kanunu 13 b. B uyarınca) hak sahibi, taşınmaza iyiniyetle, on yıl, davasız ve aralıksız zilyet bulunmalıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 427; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 231; EREN, 2016, s. 267; SİRMEN, 2016, s. 353).

Kişinin yalnızca tapuda değil, fiilen de taşınmazın zilyedi olması gerekmektedir (EREN, 2016, s. 270; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 48). Kurumun amacı uzun süren zilyetlikle ortaya çıkan fiili durumu hukuken kuvvetlendirmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 426). Bu aşamada zilyetlikle ilgili kısa açıklama yapmak yarar sağlayacaktır.

⁶⁹ Bu konuya ilişkin detaylı bilgi zilyetlik açıklamalarının ardından verilecektir.

Medeni Kanunda zilyetlik bir şey üzerinde fiili hakimiyet bulunması olarak tanımlanmıştır (MK m. 973). Ancak tanımda fiili hakimiyetin ne olduğu açıklanmamaktadır. Bir sonraki hükümdede, bir sınırlı ayni hak veya kişisel hakkın kurulması veya kullanılmasını sağlamak amacıyla şeyin teslimi halinde hem teslim eden hem teslim alanın zilyet olduğu belirtilmektedir (MK m. 974). Öyleyse zilyetlik, yalnızca fiili hakimiyet sağlanarak eşyayı el altında bulundurma anlamına gelmemektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 47; SİRMEN, 2016, s. 40). Zilyetlik, kişinin fiili hakimiyete sahip olma iradesi (animus possidendi) taşıyarak, eşyada hakimiyeti (corpus) ele geçirmiş ve kaybetmemiş olmasıdır⁷⁰ (TEKİNAY, Eşya Hukuku, 1967-68, s. 32-39; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 48). Başka deyişle zilyetliğin unsurlarından birisi de iradedir. Kişinin eşya üzerinde eylemli egemenliğini ifade eder; onun eşyayı elde tutmasıdır, eşyayla bilinçli maddi, cismani bağlantı kurmasıdır (SEROZAN R. , Eşya Hukuku I, 2014, s. 98-104).

Zilyetlik, eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan ayni hakların taşınmazlarda kamuya açıklanmasını sağlar (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 47; SEROZAN R. , Eşya Hukuku I, 2014, s. 104). Taşınmazlarda ise bu işlevi tapu sicili görür (REİSOĞLU, 1973, s. 15). Tapudaki tescil taşınmazın mülkiyet hakkının tescil sahibine ait olduğuna karine oluşturmaktadır ve zilyetliği korunması yollarına başvurma hakkı bu kişidedir (MK m. 992). Yolsuz tescilde alenileşen bilgi gerçek hak durumuna uygun olmadığı için mülkiyet karinesi olağan zamanaşımıyla mülkiyeti kazanılmasına yetmemektedir. Kişinin tapu kütüğünde malik olarak gözükmesi yanında, taşınmaza malik sıfatıyla zilyet olması da gerekmektedir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 517; EREN, 2016, s. 272). Burada aranan irade, zilyetlik kavramının unsurlarından fiili hakimiyet iradesi (animus possidendi) değil, bir zilyetlik çeşidi olan malik olma iradesidir (animus domini) (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 441). Kazanımı sağlayan yolsuz tescil, kazanım türü sicil zamanaşımıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 441). Ne var ki şeklen malik gözüken kişi malik sıfatıyla zilyet olmadıkça

⁷⁰ Roma Hukukunda corpus, mülkiyete mevzu olan maddi mal anlamına gelmekte, zilyetliğin teslim yoluyla iktisabında maddi unsurunu oluşturmaktadır. Animus possidendi, bir malı sırf kendisi için elinde bulundurma niyeti olarak tanımlanmıştır. Bu da zilyetliğin manevi unsudur (UMUR, Ziya Roma Hukuku Lügati, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 24, 50).

hakkı kazanamayacaktır. Adına yolsuz tescil bulunan kişi kendini malik zannetmeli, taşınmazı malik olma iradesiyle sahiplenmelidir (EREN, 2016, s. 272).

Kişinin malik sıfatıyla zilyet olup olmaması davranışına bağlıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 56). Malik gibi davranan, başkasının üstün zilyetliğini tanımayan kimse malik sıfatıyla zilyettir (SUNGURBEY, Türk Hukukunda İktisabi Müruruzaman, 1963, s. 43-44; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 441). Malik sıfatıyla zilyetlik eşya üzerinde mülkiyet hakkı iddiasında bulunma olarak ifade edilmiştir (NOMER/ERGÜNE, 2017, s. 11). Doktrinde, fiili hakimiyeti altındaki malın kendisine ait olduğunu düşünen ve bu düşüncesini davranışlarıyla ortaya koyan hırsızın bile malik sıfatıyla zilyet sayılacağı belirtilmiştir (AYAN, Eşya Hukuku I Zilyetlik, 2016, s. 89).

İşte olağan zamanaşımıyla kazanım, hem sicilde hem fiilen malik sıfatıyla süren hakimiyet sayesinde yolsuzluğun on yıllık süre sonunda kendiliğinden düzelmesine imkan vermektedir.

Bu yolla mülkiyet hakkı kazanımını sağlayan zilyetliğin doğrudan ya da dolaysız olması arasında fark yoktur (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 517; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 426). Önemli olan asli zilyetliğin kaybedilmemesidir. Asli zilyetlik, eşya üzerinde hakimiyet kullanma yetkisinin ve olanağının devam eden (geçiciliği aşan) bir süre için ortadan kalkması ile kaybedilir (ESENER/GÜVEN, 2015, s. 231). Yukarıda yolsuz tescille şeklen malik gözükken ve ayırt etme gücü olmayan kişiler adına yasal temsilcisi veya adi veya ürün kiracılarının olağan zamanaşımıyla mülkiyeti kazanabileceğini belirtmiştik. Yasal temsilci, ayırt etme gücü bulunmayan temsil olunan kişi (başkası) için zilyettir⁷¹. Adi veya ürün kiracıları ise taşınmazda kişisel hak sahibi fer'i zilyetlerdir (MK m. 974). Hem yasal temsilci hem kiracılar dolaysız, yolsuz tescil sahibi dolaylı zilyettir (MK m. 975). Ayırt etme gücü olmayan yolsuz tescil sahibi, zilyetliği bu kişiler aracılığıyla devam ettiği için onların kendisini malik olarak

⁷¹ Zilyetliğin çeşitleri hakkında bilgi almak için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 56 vd.

tanılarak fiili hakimiyeti sürdürmeleri sayesinde olağan zamanaşımıyla mülkiyet hakkını kazanabilir (EREN, 2016, s. 270).

Zilyetliğin aralıksız devam etmesi ile kastedilenin asli zilyetliğin sürmesi olduğunu belirtmiştik. On yıllık süre içerisinde zilyetliğin geçici kaybı veya taşınmazın kalıcı olmayan bir süre için terki, zilyetliği kesintiye uğratmaz. Zilyedin taşınmazı kiraya vermesi gibi fer'i zilyetlik hallerinde de malik sıfatıyla zilyetliğe (kiracı kendisini tanıdığı sürece) hanel gelmez (MK m. 974, 975) (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 426; SİRMEN, 2016, s. 352). Zilyetliğin kaybedildiği durumlara örnek olarak, taşınmaza malik sıfatıyla başka bir kişinin zilyet olması, taşınmazın aynı sıfatla gasbı veya zilyetliğin doğurduğu hakların herhangi bir şekilde ihlaline karşı zilyetlik davası açma veya idari yola başvurma sürelerinin geçmesi gösterilebilir (SİRMEN, 2016, s. 352-353). Bu durumlarda zilyetlik kaybedilmiş olur ve yeniden ele geçirilirse süre en başından işlemeye başlar (SİRMEN, 2016, s. 353).

On yıllık zamanaşımı süresi kural olarak tescil tarihinden itibaren başlar (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 48). Zilyetliğin tescille birlikte tapuda malik gözüken kişiye devredilmiş olduğu kabul edilir (MK m. 992). Zilyetlik ile tescilin farklı zamanlarda gerçekleşmesi halinde, zilyetliğin devredilmemiş olduğunu veya tescil tarihinden sonra bir zamanda devredilmiş olduğunu iddia eden ispatla yükümlüdür (AKİPEK/AKINTÜRK, 2009, s. 492-493). Bu halde, tescilden önce işleyen zilyetlik süresi veya tescile rağmen kazanılmamış zilyetlik süresi hesaba katılmayacaktır (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 49). Dolayısıyla zamanaşımı fiili zilyetlik ve tescilin bir araya geldiği andan itibaren başlayacaktır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 428; EREN, 2016, s. 274; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 49).

Haktan yararlanma şartları bulunan her zilyet, yine aynı şartlara sahip diğer zilyedin süresini kendisine ekleyebilir (MK m. 996) (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 428; SİRMEN, 2016, s. 354). Olağan zamanaşımında bu durumun az görülmesinin sebebi, kişinin aleniyet uyarınca sicile güvenle hak kazanabilmesidir. İstisnai hüküm uyarınca yolsuz tescil sahibinden mülkiyet hakkını devren kazanan kişilerin iyiniyeti korunur (MK m. 1020, 1023). İşlemeye başlayan

sürenin hesabında Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır (BK m. 714).

Kazanımın gerçekleşmesi için gereken diğer bir koşul, yolsuz tescil ile taşınmaza aralıksız on yıl zilyedin iyiniyetli olmasıdır. İyiniyet, kişinin, tescilin yolsuz olduğunu bilmediği ve kendisinden beklenen bütün özeni göstermesine rağmen bu konudan haberdar olmadığı anlamına gelir (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 517; EREN, 2016, s. 271). Kazanımın gerçekleşebilmesi için iyiniyetin de on yıl boyunca sürmesi şarttır (SİRMEN, 2016, s. 353). Doktrinde, tescil zamanında iyiniyetli olmayan kişinin mirasçılarının iyiniyetle taşınmaza on yıl zilyet olması durumunda da mirasçıların mülkiyet hakkını kazanacağı belirtilmektedir (SUNGURBEY, Türk Hukukunda İktisabi Müruruzaman, 1963, s. 112; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 426 dn. 623; EREN, 2016, s. 272; SİRMEN, 2016, s. 353). Aksi görüşteki Yargıtay, mirasçıların diğer haklar yanında kötü niyete de halef olduğu gerekçesiyle, haktan yararlanamayacağı yönünde karar vermiştir (SİRMEN, 2016, s. 353).

Olağan zamanaşımıyla mülkiyet hakkının kazanılmasında şartlardan sonuncusu davasızlıktır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 426; EREN, 2016, s. 273; SİRMEN, 2016, s. 352). Şartların gerçekleşmesiyle kazanılacak olan taşınmazın mülkiyeti olduğu için kazanıma engel olan dava mülkiyet hakkını koruyan davadır. Bu da istihkak talepli tapu sicilinin düzeltilmesi (MK m. 1025) davasıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 426; EREN, 2016, s. 266; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 205). İstihkak davası zilyet olmayan malikten malik olmayan haksız zilyede karşı yöneltilir. Açılan davanın istihkak haricinde bir dava olması durumunda davasızlık devam etse dahi bu halde de iyiniyet kaybedileceği için kazanım gerçekleşmez. Aynı şekilde zilyede gerçek durumun ihbar veya ihtar edilmesi veya yolsuzluğun herhangi bir şekilde öğrenilmesi de iyiniyeti ortadan kaldıracığı için davasızlık şartına hanel getirmese de; zilyet haktan yararlanamaz (EREN, 2016, s. 273).

2.3. OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMIYLA KAZANIM

2.3.1. Genel Olarak

Olağan zamanaşımıyla kazanımın konusu yalnızca tapuya kayıtlı taşınmazlardır. Oysa olağanüstü zamanaşımı ile hem tapulu hem tapusuz taşınmazlar hakkında üstelik iyiniyet şartı aranmaksızın mülkiyet hakkı kazanımı gerçekleşebilmektedir (AKİPEK/AKINTÜRK, 2009, s. 489; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 309; ÇİFTÇİ, 2013, s. 131-150). Bu kazanım türü tapu siciline bağlı olmadığından sicil dışı kazanım olarak nitelendirilmiştir (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 90). Bu yolla mülkiyet hakkı kazanımı taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılmasının da bir istisnasını oluşturmaktadır (MK m. 705/II, 713V son tümce) (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 90).

Olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet hakkı kazanımı tıpkı olağan zamanaşımı gibi aslen kazanılır (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 520; EREN, 2016, s. 276). Bu tür kazanıma ilişkin hükümler, ülkemizde sıkça uygulama alanı bulmakta ve uzun süreli zilyetlik sayesinde hak elde edebilmek için de hayli önem taşımaktadır. Sayıları az da olsa hala kadastrosu tamamlanmamış taşınmazlar vardır (EREN, 2016, s. 276). Hem bunların hem de kütüğe kayıtlı olup da maliki anlaşılmayan veya maliki hakkında gaiplik kararı verilmiş taşınmazın davasız ve aralıksız, malik sıfatıyla yirmi yıl zilyedi taşınmazın mülkiyetini kazanır (MK m. 713/I ve II).

Olağanüstü kazanıma ilişkin temel düzenleme Medeni Kanunda yer almaktadır. Kadastro Kanunundaki hükümler de taşınmazın durumuna göre devreye girebilmektedir (MK m. 713, KK m. 13 b. B-c ve 14). Uygulanacak kanun kadastro yapılıp yapılmadığına göre belirlenir. Kadastrosu tamamlanmış taşınmaz hakkında kural olarak Medeni Kanun, kadastro sırasında da esasen Kadastro Kanunu uygulanır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 430; EREN, 2016, s. 280).

Ayrımı şu şekilde yapmak açıklamalarımızı kolaylaştıracaktır: Kadastro Kanunu, aslen kadastro çalışmalarının detaylarını düzenlemektedir. Bu nedenle taşınmazın kadastrosu sırasında tapuya kayıtlı olup olmamasına göre farklı kadastro kanunu hükümleri uygulanacaktır (KK m. 13 b. B-c ve 14).

Kadastrosu yapılmamış, yani kadastro hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir çalışmanın henüz başlamadığı ancak zabıt defterindeki kayda göre tapulu olduğu anlaşılan (zabıt defterine kayıtlı) veya kadastrosu tamamlanarak artık

kadastro düzenlemelerine ihtiyacın kalmadığı (tapu kütüğüne kayıtlı) taşınmazlar hakkında kural olarak Medeni Kanun hükümleri uygulanacaktır (MK m. 713/II)

Tapusuz taşınmazın mülkiyet hakkı tespiti Kadastro Kanunu hükümleri uyarınca yapılır. Kadastral çalışmalar başlamamışsa mülkiyet hakkı, Medeni Kanun düzenlemesi ve yanı sıra Kadastro Kanunu m. 14 sınırlamalarıyla zilyedi adına tespit olur (KK m. 33 atfıyla KK m. 14 ve MK m. 713/I) (SİRMEN, 2016, s. 355).

Olağanüstü zamanaşımına konu taşınmaz yalnızca arazi değildir; bağımsız ve sürekli haklarla kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler de bu yolla kazanılabilmektedir (EREN, 2016, s. 280). Aşağıda tapulu veya tapusuz taşınmaz hakkında ayrıntılı bilgi verilecektir. Ancak bu kısımda hangi tür taşınmazların olağanüstü zamanaşımıyla kazanılmayacağını kısaca açıklamak yararlı olacaktır. Kamu malları (orta, hizmet malları ve sahipsiz mallar) ile devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan malların mülkiyet hakkı olağanüstü zamanaşımı ile kazanılamaz (KK m. 18/II) (Bu demektir ki bu kazanım türü ile mülkiyet hakkının kazanılması için her şeyden önce taşınmaz, özel mülkiyete elverişli olmalıdır [OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 437; EREN, 2016, s. 281; ESENER/GÜVEN, 2015, s. 230; SİRMEN, 2016, s. 357]). Bazı taşınmaz türlerinin zamanaşımıyla kazanıma konu olamayacağı özel düzenlemelerle belirtilmiştir. Bunları birkaç örnekle aktaralım:

- Medeni Kanun mirasçı bırakmadan ölen kişilerin mirasının devlete geçeceğini öngörerek bunların zamanaşımı ile iktisabını engellemiştir (MK m. 501).
- 431 sayılı Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun gereğince padişahlardan kalan taşınmazlar ve 2510 sayılı İskan Kanunu ise batıya nakledilenlere ait taşınmazlar da zamanaşımı ile iktisap edilemezler (BAŞPINAR, 2000, s. 98).
- Ereğli kömür havzasında bulunan yerlerin zamanaşımı ile iktisabı 289 sayılı Tezkire-i Samiye kanunu ile yasaklanmıştır.
- 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun orman sınırları içerisinde kalan yabancı zeytinliklerin (m. 3/III, 3.

cümle), Medeni Kanunu (m. 171/I) ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu (VK) (VK m. 23) ise vakıf mallarının zamanaşımı ile kazanılamayacağını belirtmiştir. O halde sayılan kanunlar uyarınca, belirtilen taşınmaz türleri de olağanüstü zamanaşımına konu olamayacaktır.

2.3.2. Olağanüstü Zamanaşımıyla Kazanım Koşulları

2.3.2.1. Taşınmaza İlişkin Koşul

2.3.2.1.1. Tapulu Taşınmazlar

Tapulu taşınmaz ifadesinin zabıt defterinde veya tapu kütüğünde kayıtlı taşınmazları ifade ettiğini daha önce belirtmiştik. Olağanüstü zamanaşımı açısından bunları ayrı ayrı ele alalım:

Hükmün ilk fıkrasında kanun koyucu, ‘tapu kütüğünde kayıtlı olmayan’ ibaresini kullanmaktadır. (MK m. 713/I). Bu ifadeden yalnızca tapu kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmazların işaret edildiği dolayısıyla zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar hakkında ilk fıkranın uygulanabileceği sanılmamalıdır (SİRMEN, 2016, s. 357). Metnin yorumundan tüm tapusuz taşınmazlardan bahsedildiği anlaşılmaktadır. Zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar da tapulu statüsünde olup MK m. 713/II’ye tabidir. Başka deyişle tapu kütüğüne veya zabıt defterine kayıtlı olmayan taşınmazlar ilk fıkra uyarınca olağanüstü zamanaşımıyla kazanıma konu olacaktır. Nitekim tapu kütüğü, taşınmazın ve buna bağlı mülkiyet hakkının herkes tarafından görülebilmesini, aleniyeti sağlar. Kadastro geçmemiş yerlerde bu işlevi zabıt defteri görür. Hükmün ikinci fıkrasında,” tapu kütüğüne kayıtlı olsa dahi, malikinin belirlenemediği veya maliki hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararı verildiği hallerde de taşınmazın mülkiyetinin kazanılmasını düzenlemiştir. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde taşınmazın aidiyetinin saptanamadığı, mülkiyet hakkının sahibi hakkında belirsizlik olduğu hallerde, uzun süreli zilyetliğin hükme esas alındığı çıkarımı yapılabilir (MK m. 713/II). Bunlar yani tapulu taşınmazlar hakkında aslen hükmün ikinci fıkrası; kadastro çalışmaları esnasında Kadastro Kanunu m. 13 b. B-c uygulanır (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 99).

Taşınmaz malikinin tapudan anlaşılmaması, malik sütununun boş olmasından, yeterli bilgi içermeyen yazımlardan ya da kişinin kim olduğunun tam ve net olarak belirlenemediği durumlardan kaynaklanabilir

(OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 433; SİRMEN, 2016, s. 358; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 101). Malikin adının silinip yerine yenisinin yazılmaması veya hayali, mevcut olmayan bir kişinin (namı mevhum) yazılması da bu kapsamda değerlendirilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 434; EREN, 2016, s. 288; SİRMEN, 2016, s. 359). Örneğin sicilde Ali yazılı olup da bu Ali'nin kim olduğu anlaşılamiyorsa malikin belirlenemediği sonucuna varılır (OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 434; EREN, 2016, s. 288; SİRMEN, 2016, s. 359). Hemen belirtelim ki, tapu sicilinden malikin kim olduğu anlaşıl原因 taşınmazlar hakkında olağanüstü zamanaşımı kurallarının uygulanması mümkün değildir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 432).

Yargıtay da bu durumu yerleşik içtihatlarında, tapudan veya kütük veya belgelerden, gerekli dikkat ve özeni gösteren herkesin malikin kim olduğunu anlayamaması hali olarak açıklamaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 433). Kararlarının bir tanesinde⁷² şu şekilde görüş bildirmiştir: “Kanunun açık hükmü dikkate alındığında tapu sicilinden malikin kim olduğunun anlaşıl原因aması hali; taşınmaz malın sahibinin kim olduğunun bilinmesine yarayacak, kimliğini ortaya koyacak gerekli bilgi ve belgelerin tapu sicilinden (kütüğünden) çıkarılmasının imkansız olmasıdır. Genel olarak, gerekli dikkati gösteren herkesin kayıtlarda malikin kim olduğunu anlayamayacağı hallerde tapu sicilinde yazılı olan malikin bilinmediğinin kabulü gerekir. Ayrıca "tapu kütüğünde malik sütununun boş bırakılması, silinmesi ve yeniden yazılmaması, soyut ve nam-ı mevhum adına (mevcut olmayan hayali kişi) yazılması, hiç yaşamamış ve kaydının herhangi bir yerde bulunmamış olması, malik adının müphem, yetersiz ve soyut gösterilmiş olması gibi durumlarda malikin kim olduğunun anlaşıl原因amadığı kabul edilir. Başka bir anlatımla, tapu kütüğünden kim olduğu anlaşıl原因amayan malik, tanınmayan, hatırlanmayan, adresi tespit edilemeyen, kendilerine tebligat yapılamayan, mirasçıları belirlenemeyen, uzun yıllar önce ölmüş ya da taşınmış bir şahıs değildir.”

Tapu kütüğünde birden fazla sayfada kaydı bulunan, her sayfada başka kişilerin malik gözüktüğü taşınmazların da bu kazanım türüne konu olabilecekleri

⁷² Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2014/24736 K. 2016/15854 T. 21.11.2016; Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu 10.04.1991 tarih 1991/8-51 Esas, 194 Karar ve 15.04.2011 tarih 2011/8-111 Esas, 2011/180 K sayılı kararları (www.kazanci.com).

kabul edilmektedir⁷³ (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 437; EREN, 2016, s. 289; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 311; SİRMEN, 2016, s. 360; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 101).

Belirtmek gerekir ki, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı fakat (mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri vb.) açıklayıcı tescilin henüz yapılmadığı durumlarda da tapu gerçek maliki göstermediği için taşınmaz olağanüstü kazanıma konu olabilecektir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 435; EREN, 2016, s. 290; EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 311; SİRMEN, 2016, s. 360; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 102). Anayasa Mahkemesi iptal etmeden önce MK m. 713 düzenlemesi yirmi yıl önce ‘ölmüş’ kişilerin taşınmazları da olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet hakkının kazanılmasına elverişli idi⁷⁴. Ancak anılan karardan sonra bu kişilerin taşınmazları bu tür kazanıma konu olmayacaktır. Doktrinde iptal kararını eleştiren bir görüşe göre (AYAN, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 2016, s. 227) hala malikinin yirmi yıl önce ölmüş olması durumunda ‘malikinin kim olduğunun tapudan anlaşılabilmesi’ koşulunun varlığına dayanılarak olağanüstü zamanaşımının işletilebileceği savunulmaktadır (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 112). Bizim de katıldığımız diğer görüşe (ÖZEN, 2013, s. 932-954) göre böyle bir sonucun kabul edilebilirliği kuşkuludur (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 112).

Geçerli bir sebep olmaksızın mülkiyetin terkin edilmiş olduğu durumlarda taşınmaz mülkiyeti, işgalle değil, olağanüstü zamanaşımı ile kazanılır (EREN, 2016, s. 289; SİRMEN, 2016, s. 360). SUNGURBEY’e göre, tapu kütüğünde geçerli bir sebebe dayanmayan mülkiyet hakkı terkininde, mülkiyeti devralan yeni bir kişi adına hak tescil olmadıkça terkin eden malikin mülkiyet hakkı sona ermez (SUNGURBEY, İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruruzaman, 1956, s. 117; EREN, 2016, s. 289). Mülkiyet hakkı devralan kişi adına tescil edilmedikçe, hakkın ilk sahibinin malik olarak kalması gerekir.

⁷³ Bu durumda devletin sorumluluğu için bkz. PEKMEZ, Cüneyt, Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 72-75.

⁷⁴ AYM 17/03/2011 Tarih, 2009/58 Esas ve 2011/52 Karar sayılı kararı (www.kazanci.com).

Hükmün ikinci fıkrasının uygulama alanı bulduğu bir diğer durum malik hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararı verilmiş olmasıdır. Bu halde olağanüstü zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı doktrinde tartışmalıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 431). Bunun sebebi gaipliğe ilişkin düzenlemelerde gaiplik hükmünün ‘ölüm tehlikesinin gerçekleştiği’ veya ‘son haberin alındığı’ günden başlayarak sonuç doğuracağı belirtilmesidir (MK m. 35/II). Buna dayanarak olağanüstü zamanaşımına ilişkin sürenin bu tarihte başlayacağı savunulabilir (SİRMEN, 2016, s. 359). Oysa kazanıma ilişkin düzenlemenin kendisi ‘yirmi yıl önce gaiplik kararı verilmiş’ demekle, sürenin karar tarihinden itibaren başlayacağını belirtmektedir (MK m. 713/II). Bu düzenlemenin özel nitelikte olduğu göz önünde tutulursa sürenin gaiplik kararının verilmesiyle başlaması gerektiği ortaya çıkar (EREN, 2016, s. 291). Yargıtay ve doktrinca kabul edilen görüş de budur⁷⁵ (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 532; EREN, 2016, s. 283).

Anayasa Mahkemesi iptal etmeden önce MK m. 713 düzenlemesi yirmi yıl önce ‘ölmüş’ kişilerin taşınmazları da olağanüstü zamanaşımı ile edinilebiliyordu⁷⁶. Ölenin mirasçılarının bulunması, üçüncü kişilerin hak kazanımına engel teşkil etmiyordu (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 434; SİRMEN, 2016, s. 359). Ne var ki mülkiyet ve miras hakkının temel insan haklarından ve hukukun evrensel değerlerinden olduğu, hukuk devleti olmanın bir sonucu olarak bu hakların Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıyla korunduğu, mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliği gereği zamanaşımına uğramaması, ölmüş kimsenin taşınmazının mülkiyet hakkının Medeni Kanun hükümleri uyarınca mirasçılar tarafından tescilden önce kazanıldığı, mirasçılar o taşınmazla fiili irtibatı kesmesinin hukuksal ilişkisinin sona erdiği anlamına gelmeyeceği, aksinin mülkiyet hakkı ile kazanılmış hak ve hukuki güvenlik hakkı ilkelerini de ihlal ettiği gerekçeleriyle ölen kişinin

⁷⁵ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2010/6205 K. 2011/7505 T. 22.12.2011 sayılı kararı: “*Gaiplik kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren 20 yıldan fazla süre ile tasarruf edilmiş olması halinde taşınmaza ilişkin tapu kaydı hukuki değerini kaybedecektir.*”

⁷⁶ AYM 17/03/2011 Tarih, 2009/58 Esas ve 2011/52 Karar sayılı kararı (www.kazanci.com). Yargıtay Anayasa Mahkemesi’nin kararına kadarki dönem için olağanüstü zamanaşımına ilişkin kazanma koşullarını tamamlayan kişilerin hakkının kazanılmış hak tesis edeceğini belirtmiştir (Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 02/07/2013 tarihli, E. 2013/2629, K. 2013/10363 sayılı kararı [OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 434, dn. 653]).

taşınmazının bu yolla kazanılması imkanı ortadan kaldırılmıştır⁷⁷. Ancak anılan karardan sonra bu kişilerin taşınmazları bu tür kazanıma konu olmayacaktır.

Tapuya kayıtlı olsun veya olmasın taşınmazın bu yolla edinilebilmesi için özel mülkiyete elverişli olması gerektiğini belirtmiştik (EREN, 2016, s. 281; SİRMEN, 2016, s. 359). Çalışmanın birinci bölümünde irdelendiği üzere bazı kamu malları (hizmet malları) tapuya kaydedilebilmektedir. Ancak bunlar anılan kayıtla özel mülkiyete elverişli hale gelmedikleri için olağanüstü zamanaşımı ile kazanıma konu olamayacaklardır. Kanuna göre, orta malları, hizmet malları, ormanlar, 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 (MK m. 715 ve KK m. 18/II). Bu düzenlemenin bir istisnası mevcuttur: Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da orman haricinde kalan ve kamu hizmetine tahsis edilmemiş yerler imar ve ihya edilerek özel mülkiyete elverişli hale getirilebilir ve bu tür kazanıma da konu olabilirler (KK m. 17). Kadastro Kanununda yer alan bu hüküm aynı kanunun olağanüstü zamanaşımına ilişkin düzenlemesine atıf yaptığı için bu atıf uyarınca gereken şartların da sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, imar-ihya, ayrı bir kazanım türü olarak çalışmanın devamında detaylıca ele alınacaktır.

⁷⁷ İptal kararı hakkında ÖĞÜZ/HELVACI'nın bizim de katıldığımız görüşü şöyledir: "İptal kararı ilk bakışta Anayasanın mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerine uygun ve adil görünmekte ise de, aslında kazandırıcı zamanaşımı müessesinin özüne aykırıdır. Şöyle ki: Anayasa Mahkemesi, iptal kararında özellikle mülkiyet hakkının zamanaşımına veya hak düşürücü süreye tabi olamayacağı ilkesine dayanmış görünmektedir. Burada ele alınması gereken mülkiyet hakkının zamanaşımına veya hak düşürücü süreye tabi olmaması ilkesi değildir. Bu ilkenin isabeti konusunda zaten bir tartışma yoktur. Vefat eden bir kişinin mirasçılarının sicil dışı kendilerine geçmiş bulunan tapuya kayıtlı bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet haklarını MK m. 713 çerçevesinde yitirmelerinin sebebi, salt miras bırakanın vefatından itibaren yirmi yıl geçmiş olması ve mirasçılarının yirmi yıl boyunca açıklayıcı tescili yaptırmamış olması değildir. Bilakis mirasçılarının onlara miras kalan taşınmaz üzerindeki mülkiyet haklarını yitirmesine neden olan, onların bu eylemsizliğinin yanı sıra bir üçüncü kişinin taşınmaz üzerinde yirmi yıl boyunca davasız ve aralıksız olarak zilyet olmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu önemli noktayı gözden kaçırmış gibi görünmektedir." (ÖĞÜZ/HELVACI, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013) "Bu değişiklik sebebiyle 'tapu kütüğünün gerçek maliki göstermekten aciz olduğu sürece taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımına açık olduğu' veya 'tapuya tescil edilmemiş mülkiyet hakkının olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı karşısında dayanıksızlığı' şeklinde ifade edilebilecek ilke etkisiz hale getirilmiştir." (ÖZEN, s. 933). Anılan ilkeler için bkz. SUNGURBEY, s. 24. Aksi görüş için bkz. PAKSOY, Meliha Sermin, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Işığında Tapuya Kayıtlı Taşınmazlarda Kazandırıcı Zamanaşımı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, 2015, s. 441-464.

Mülkiyet hakkının yolsuz olarak tescil edildiği hallerde şeklen malik gözükken kişinin diğer şartların yanında iyiniyetli olması durumunda olağan zamanaşımınıyla mülkiyet hakkını kazanacağını belirtmiştik. Ancak yolsuz tescil sahibi iyiniyetli değilse, diğer şartları da sağlarsa olağanüstü zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerekir (SİRMEN, 2016, s. 360). Tapuda adına tescil bulunmayan kötü niyetlinin (olağanüstü zamanaşımına göre hak iddia eden kişi), tapuda malik olarak kaydedilmiş kötü niyetliye (yolsuz tescil ile malik) tercih edilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır (SİRMEN, 2016, s. 360).

2.3.2.1.2. Tapusuz Taşınmazlar

Taşınmazın zabıt defterine veya tapu kütüğüne kaydedilmediği durumlarda tapusuz olarak adlandırılacağını detaylarıyla aktarmıştık. Tapusuz taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasına elverişli olanları hakkında hem Medeni Kanun hem (Kadastro Kanunu 33/III atfıyla) Kadastro Kanunu hükümleri uygulanmaktadır (KK m. 14, 17, 18). Kadastro Kanunu 33/III hükmünde tapusuz taşınmazların olağanüstü zamanaşımıyla kazanımını düzenleyen m. 14'ün kadastro dışında da uygulanacağını belirttiği için hüküm, kadastro çalışmaları başlamadan evvel de uygulanacaktır.

Bir noktaya dikkat edilmelidir, hükümde, arazi büyüklü hakkında özel bir ispat şartı yer almaktadır (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 97). Yüz dönüme kadar kuru, kırk dönüme kadar sulu arazi için zilyetlik her türlü delille ispatlanabilir. Ancak bu büyüklüğü aşan arazilerin üzerindeki zilyetlik ancak hükümde belirtilen belgelerin varlığıyla ispatlanabilmektedir (KK m. 14/IV).

2.3.2.2. Kişiyeye ve Zilyetliğe İlişkin Koşul

Olağanüstü zamanaşımında da mülkiyet hakkının kazanılmasını sağlayan aslen, zilyetliktir. Taşınmazın gerçek maliki tespit edilemediğinden, kendini malik zanneden zilyedin itiraza uğramayan hakimiyeti ona mülkiyet hakkını kazandırmaktadır.

Bu kazanım türü birçok yönüyle olağan zamanaşımıyla kazanımdan ayrılmaktadır. Olağan zamanaşımında malik sıfatıyla zilyedin iyiniyetli olması gerekirken, olağanüstü zamanaşımıyla kazanımda bu koşul aranmamıştır. Ayrıca

olağan zamanaşımı sicile bağlı zilyetliğe hüküm bağlamaktayken olağanüstü zamanaşımıyla kazanım tapusuzlara da ve hatta tapululardan zabıt defterine kayıtlı olan taşınmazlara da uygulanabilmektedir. Son olarak kazanıma imkan veren süre, olağan zamanaşımında on yılken, olağanüstü zamanaşımında yirmi yıldır.

Bu yolla mülkiyet hakkının tespiti talebinde bulunacak kişi, taşınmaza malik sıfatıyla, davasız ve aralıksız, yirmi yıl süreyle zilyet olmalıdır (MK m. 713) (OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 445; EREN, 2016, s. 276). Olağan zamanaşımıyla kazanımda incelediğimiz malik sıfatıyla zilyetlik, davasız ve aralıksızlık durumları bu kazanım türünde de aranmaktadır. Koşulların bir kısmı bazı yönleriyle bu kazanım türünde ayrı önem arz ettiği için, kısmen yeniden anmakta kısmen yeni açıklamalarda bulunmak fayda sağlayacaktır.

Malik sıfatıyla zilyetlik kişinin fiillerinden anlaşılır. Kişinin, taşınmazda bir başkasının zilyetliğini tanımaması, malik gibi bağımsız davranmasıdır (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 534). Zilyet, kendisini malik zannetmeli, mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanma iradesini taşımalıdır (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 293; EREN, 2016, s. 293).

Üçüncü bir kişinin hakkına bağlı olarak elde edilen dolaylı veya ferî zilyetliklerin malik sıfatından söz edilemez; EREN, 2016, s. 293). Örneğin, zilyedi olduğu taşınmaz için kira bedeli veya kendiliğinden ecrimisil ödeyen kişi malik sıfatıyla zilyet değildir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 447; EREN, 2016, s. 294; YAĞCIOĞLU, 2014, s. 118). Ancak daha sonraki bir vakitte ferî zilyetlik sıfatı değişirse, ispat edilebildiği takdirde malik sıfatıyla zilyetlik süresi de başlamış olur (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 447; EREN, 2016, s. 294). Bu halde süre geriye dönerek hesaplanmaz, değişim tarihinde işlemeye başlar, sonrası için hüküm doğurur (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 447; EREN, 2016, s. 294). Başladıktan sonra da, sonuç doğurması için tüm yirmi yıl boyunca malik sıfatıyla zilyetliğin sürmesi aranır. On dokuz yıl üç ay sonra başka bir şahsın zilyetliğinin kabullenilmesi durumunda olağanüstü zamanaşımı ileri sürülemez (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 447; EREN, 2016, s. 295).

Malik sıfatıyla zilyetlik tek başına veya birlikte (el birliğiyle) olabilir (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 119). Birlikte mülkiyet taşınmazın miras kaldığı durumlarda karşımıza çıkar. Taşınmazın zilyedinin yirmi yıllık zamanaşımı süresini doldurmadan ölmesi durumunda mirasçıları onun zilyetlik süresini yirmi yıla tamamlayarak taşınmazın mülkiyetini edinmeleri mümkündür (YAĞCIOĞLU, 2014, s. 119).

Bu kazanım türünde zilyetliğin sicille değil sadece fiili hakimiyet şeklinde olanına sonuç bağlandığı için zamanaşımından yararlanma şartları bulunan her zilyet aynı şartlara sahip olan önceki zilyedin süresini kendisine eklemek imkanına sahiptir⁷⁸ (MK m. 996). Bu eklemenin yapılabilmesi iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 447). İlki, önceki zilyedin, zamanaşımından yararlanmak için aranan bütün şartları taşımasıdır⁷⁹. Şayet önceki zilyet şartları sağlamamış ve MK m. 713'ten yararlanamıyorsa önceki zilyetliğe ait süre, zilyetliği devralanın süresine eklenemeyecektir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 447). Bu nedenle önceki zilyedin malik sıfatıyla zilyet olması gerekir. İkinci şart ise zilyetliğin önceki zilyetten sonrakine geçerli bir şekilde intikal etmiş olmasıdır. Yani sonraki zilyet zilyetliği aslen değil, önceki zilyede halef olarak kazanmış olmalıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 447).

Zilyedin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımından faydalanabilmesi zilyetliğin yirmi yıl boyunca davasız sürmesine bağlıdır. Davadan kasıt istihkak veya elatmanın önlenmesi davasıdır⁸⁰(OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 448). OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR'de davaların zamanaşımını kesebilmesi için zamanaşımından yararlanan zilyede karşı açılmış ve olumlu sonuçlanmış olması gerektiği belirtilmiştir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 448).

⁷⁸ Bkz. başlık 2.2.2.

⁷⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2008/919 K. 2008/1308 T. 11.3.2008 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁸⁰ Zilyetlik davalarının da davasızlık koşulunu ortadan kaldıracağını savunan yazarlar vardır: SUNGURBEY, s. 53; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 751; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 525; EREN, s. 288.

Diğer yandan İçtihadı Birleştirme Kurulunun 19.1.2007 tarihli kararında zilyet tarafından açılan ve süre dolmadığı için reddedilen davaların kesinleşmesinden itibaren yeni süre başlayacağı belirtilmektedir⁸¹.

Olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyet hakkı kazanımı için olağandaki gibi iyiniyet şartı aranmadığından dava dışı bir uyuşmazlık zamanaşımının işlemesine engel olmaz (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 449).

2.4. İmar - İhya ile Kazanım

2.4.1. Genel Olarak

Kamu mallarına ilişkin önceki açıklamalarda hizmet mallarının tapu siciline kaydedileceğini, orta mallarının kendi özel siciline kaydedileceğini ve sahipsiz malların tapuya kaydedilmeyeceğini belirtmiştik⁸². Bu demektir ki tapuya kayıtlı olmayan (tapusuz) taşınmazların bir kısmı kamu hukukuna tabi sahipsiz mallar ile orta mallarından oluşmaktadır. Bunlar devletin hüküm ve tasarrufu altında oldukları için kural olarak özel mülkiyete ve olağanüstü zamanaşımı ile kazanmaya elverişli değillerdir (MK m. 715, 999).

Tapusuz taşınmazların bir kısmı ise özel mülkiyete elverişli fakat henüz kadastro yapılmadığı için tapu kütüğüne kaydedilmemiş veya haklarında zabıt defterine kaydı gereken bir hak elde edilmemiş taşınmazlardan oluşmaktadır (OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 449).

O halde tapusuz taşınmazlar başlığının alt başlıkları, kamu hukukuna tabi orta malları, sahipsiz mallar ve özel hukuka tabi tapusuz taşınmazlardır. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılmasının özel kanun hükümlerine bağlı olduğuna ilişkin hüküm (MK m. 715/III) iki kanunu zamanaşımıyla kazanım başlığı altında bir araya getirmektedir. Böylece Medeni Kanunda mülkiyetin kazanılması hükümlerinden bir diğerinin atıf yaptığı (MK m. 713/VIII) özel kanunun (KK) ilgili hükümleri, Medeni Kanunla birlikte değerlendirildiğinde sahipsiz yerler ile yararı

⁸¹ YİBK E. 2005/1 K. 2007/1 T. 19.1.2007 sayılı kararı. Aynı yönde: Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 18.4.2002 2002/761E. 2002/3737K sayılı kararı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/8-627 K. 2010/649 T. 15.12.2010 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁸² Bkz. 1.2.2. başlık.

kamuya ait malların zamanaşımı ile iktisabına imkan tanıyan özel bir hükme işaret edildiği anlaşılmaktadır (MK m. 715/III).

Anılan düzenlemede taşınmazların tarıma elverişli hale getirilme, ziraate kazandırılma amacıyla tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların bazılarının zamanaşımıyla iktisabına, imar-ihya (özel bir) adı verilerek imkan tanınmaktadır (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 175). Kadastro Kanunu uyarınca orman sayılmayan, devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da kamu hizmetine tahsis edilmemiş, il, ilçe ve kasabaların imar planlarının kapsamı dışında kalan taşınmazların mülkiyeti, imar ve ihya edilerek kazanılabilecektir (KK m. 17). Hükme konu olabilen taşınmaz türü, Kamu Malları başlığı altında incelediğimiz sahipsiz mallardır. Dahası kanunun bir diğer düzenlemesi uyarınca bu istisnai kazanım şeklinin kadastro dışında da uygulanacağı öngörülmüştür (KK m. 33/III). Böylece kadastro tamamlanmış yerler de hükmün uygulama alanına girmiştir (SİRMEN, 2016, s. 366; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 175). Bu haliyle adeta özel bir düzenleme olmaktan sıyrılarak ihya ile taşınmaz iktisabı, genel hüküm niteliğine büründürülmüştür.

Özel kazanım yolundaki imar ve ihya kavramları, kanunda tanımlanmadığı gibi, hangi durumların ihya sayılacağı da belirtilmemiştir (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 176). Hukuki bir kavram olan imar-ihyanın içeriğini, kelime anlamından başlayarak belirlemek yarar sağlayacaktır.

İmar bayındır hale getirme, geliştirme, harap ve boş bırakmama anlamına gelir (DEVELLİOĞLU, 2011, s. 498; BAŞPINAR, 2000, s. 14). Daha çok, yapı yapmak suretiyle harap olmaktan çıkarma demektir (BAŞPINAR, 2000, s. 14). İmar ve ihya benzer kavramlar olsa da farklı durumları ifade ederler. İhya imar sonucu meydana gelir (BAŞPINAR, 2000, s. 14). Kadastro Kanununda iki kavram bir arada kullanılarak ihyanın mahiyeti açıklanmak istenmiştir. Nitekim her iki kurumun sonuçları birbirinden farklı değildir. Çalışmamızda ihya imarı da kapsayacak şekilde ele alınacaktır.

Diriltmek, hayat vermek anlamına gelen ihya (DEVELLİOĞLU, 2011, s. 485), insanların tarım yapmaya elverişli toprak ihtiyacı neticesinde ortaya çıkmış bir

kurumdur (İPEK, 2016, s. 183; ÖZDEMİR, 1996, s. 19). Fiziki yapısı itibarıyla sınırlı ve miktar olarak sabit olan toprak, arz elastikiyetine sahip değildir. Toprağın yerine başka bir üretim faktörü ikame etme imkanı olmadığı gibi, toprak bir yerden bir yere taşınamaz, tahrip ve yok edilemez (BAŞPINAR, 2000, s. 1).

Toprağın belirtilen bu özellikleri insanları tarıma elverişli olmayan yerleri tarım arazine dönüştürmeye itmiştir (BAŞPINAR, 2000, s. 1). Anayasada toprağın verimli işletilmesi için gereken tedbirleri almak ve topraksız veya yeterince toprağı olmayan yerlere toprak temin edilmesi devlete yüklenmiştir (AY m. 44/I). Bu hükmün uygulanmasını sağlamak üzere 1984 yılında Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu (TRK) kabul edilmiştir. Bu kanunun amacı toprağın verimli şekilde işletilmesi ve tarımsal üretimin artırılmasıdır (TRK m. 1/I). Devlet bu görevi yerine getirirken iki türlü hareket imkanına sahiptir. Birincisi, devletin bu iş için gerekli emek ve masraf sarfiyatını bizzat üstlenmesidir (AY m. 170). Bu yol, devletin büyük mali külfet altına girmesine sebep olduğu için pek itibar görmemiştir (BAŞPINAR, 2000, s. 4). İkincisi, elverişsiz yerlerin kişiler tarafından ihya edilerek tarıma uygun hale getirilmesidir (BAŞPINAR, 2000, s. 2). Bu halde devlet, bütçesinden hiçbir harcama yapmayacak, verimsiz toprağı tarıma elverişli hale getiren kişi ise buranın mülkiyet hakkını elde edebilecektir. Kanun, taşınmazı ihya eden zilyet ve haleflerine o yerin yararlanma hakkını değil, ihya kurumunun yapısına uygun olarak mülkiyet hakkını tanımıştır. Ancak kanun bu yol ile mülkiyet iktisabını, olağanüstü kazanıma ilişkin düzenleme de içeren maddeye atıf yaparak, oradaki şartlara bağlamıştır (KK m. 17 atfıyla m. 14).

Eski hukukta ihya kavramı, imar anlamında kullanılmakta ve araziye tarıma elverişli hale getirme anlamına gelmekteydi (Mecelle m. 1051) (ÖZDEMİR, 1996, s. 19). Arazi Kanununda (AK) ise tarıma elverişli olmayan bir yerin kültür arazisi haline getirilmesi ile o arazi üstünde yararlanma hakkı sağlayan bir fiil olarak kabul edilmişti (AK m. 6 ve 103). 766 sayılı Tapulama Kanununda (ETK) da ihya edilecek bazı yerlerin nitelikleri belirlenmişti (ETK m. 37). Buna göre ihya edilen yerin öncesinin, pırnallık, taşlık, delicelik gibi yerlerden olması, buraların ihya edilmiş sayılması için de bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik, tarla haline getirilmesi

gerekmekteydi⁸³ (GÜRSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 232; BAŞPINAR, 2000, s. 12).

Yürürlükteki hukukta kavramın geçtiği Kadastro Kanununda tanım hükmü bulunmamaktadır. Kanun koyucu ihya sayılan fiilleri belirlememiş, dolayısıyla bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bu durumda taşınmazın emek ve masraf sarf edilerek tarıma elverişli hale gelmesi sonucunu doğuran her türlü fiil ihya sayılmalıdır (BAŞPINAR, 2000, s. 13; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 176; İPEK, 2016, s. 184). Bugünkü hukukta ihya, ana hatlarıyla üzerinde ekim dikim yapılmayan yerlerin tarım arazisi haline getirilmesi olarak anlaşılmaktadır.

Doktrinde kavram farklı şekillerde tanımlanmıştır. BAŞPINAR'a göre teknik bir kavram olan ihya; işlenmemiş, ölü (mevat) araziye masraf ve emek sarf ederek tarıma elverişli hale getiren, ekim, bakım yoluyla bitkisel ürünlerin düzenli bir işletmecilik esasına göre yapılmasına imkan veren hukuki bir eylemdir (BAŞPINAR, 2000, s. 13). OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR'de imar ve ihyadan maksadın, tarıma elverişli olmayan bir araziye masraf ve emek sarfı ile tarıma elverişli hale getirme, diğer bir ifade ile bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik ve tarla haline getirme olduğu belirtilmiştir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2016, s. 412).

Aşağıda taşınmazın zamanaşımıyla kazanılması yollarından biri olan ihya tüm unsurlarıyla irdelenecektir.

2.4.2. İhyanın Unsur ve Koşulları

2.4.2.1. Taşınmaza İlişkin Koşul

2.4.2.1.1. Genel Olarak

İhya ile taşınmaz iktisabı için şüphesiz ki en önemli unsur taşınmazdır. Her taşınmazın bu yolla iktisabı mümkün değildir. Kanun orman sayılmayan, kamu hizmetine tahsis edilmemiş, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin bu yolla

⁸³ Pırnal, kışın yapraklarını dökmeyen bir tür meşe çalısıdır. Delice, genellikle buğday tarlalarında yetişen, tohumu zehirli, yabani bir bitkidir, Aşılammış zeytin ağaçları da bu isimle anılır. Zeytinliklerin ihya karşısındaki durumu aşağıda ayrı başlıkta inceleneceği için burada söz edilen ve genel bilgi verilen diğer başlıklarda delice zehirli bitki anlamında kullanılmıştır (www.tdk.gov.tr).

iktisabına imkan vermiştir (KK m. 17). Aşağıda öncelikle hangi taşınmazların ihya yolu ile kazanılamayacağı ana hatlarıyla belirlenecek, bir sonraki başlıkta ise ihyaya konu olamayacağı belirtilen daha özel nitelikteki taşınmazlar açıklanacaktır.

Özel mülkiyet konusu taşınmazlar ihya yolu ile iktisap edilemezler (BAŞPINAR, 2000, s. 18; İPEK, 2016, s. 184). Nitekim kanunda imar-ihya ile kazanım konusunda **taşınmazın, devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da kamu hizmetine tahsis edilmemiş yerlerden** olması gerektiği düzenlenmiştir (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 325; OKTAY, 1990, s. 73; SİRMEN, 2016, s. 157). Kamu malları, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (KK m. 16). Bunlardan orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ve kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez (KK m. 18/II). Bu durumda geriye kalan, sahipsiz yerlerdir. Bu demektir ki, ihyanın konusu kamu mallarından sahipsiz yerlerdir.

Medeni Kanunda da Kadastro Kanunundakine benzer düzenlemeyle sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların, devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilmiştir (KK m. 16 ve MK m. 715/I). Hükme göre 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 (MK m. 715/II). Ancak hükmün son fıkrasındaki sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılmasının özel kanun hükümlerine tabi olduğuna ilişkin düzenleme, yine ihya kurumunu işaret etmektedir (MK m. 715/III).

O halde iki kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde gerçekten de İdare Hukuku kapsamında kalan sahipsiz yerlerin mülkiyetinin ihya ile iktisap edilebileceği ve taşınmazın böylece kamu hukuku alanından çıkarak özel hukuk alanına geçiş yapabileceği ortaya çıkmaktadır.

İhyanın düzenlendiği maddenin ikinci fıkrasında il, ilçe ve kasabaların imar planının kapsadığı alanlarda bu hükmün uygulanmayacağı ifade edilmiştir (KK m. 17/II). Buna göre taşınmazın ihya ile özel mülkiyete elverişli hale gelmesi için gereken bir diğer şart, **il, ilçe ve kasabaların imar planının kapsadığı alanlar**

dışında kılmasıdır. Kanun koyucu, imar planları yerleşim yerlerini kapsadığı için buralarda ihya edilecek taşınmaz bulunmayacağı düşüncesiyle böyle bir düzenleme getirmiştir⁸⁴. İmar planlarının kapsadığı alanı tespit edebilmek için 3194 sayılı İmar Kanunundaki (İK) tanımları anımsamak gerekmektedir.

Nâzım İmar Planı; varsa bölge veya çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporuyla beraber bütün olan plandır (İK m. 5/I). Tanımdan da anlaşıldığı gibi, nazım imar planları şehrin ana dokusunu gösterir, genel ilkeleri belirler (ÇABRİ, 2005, s. 69).

Uygulama İmar Planı ise tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nâzım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır (İK m. 5/II) (ÇABRİ, 2005, s. 72).

İşte, Kadastro Kanununda imar ihya yoluyla mülkiyet kazanım yollarından biri olan taşınmazın ilçe ve kasabaların imar planının kapsadığı alan tümcesindeki imar planı her iki planı da ifade etmektedir (BAŞPINAR, 2000, s. 107). Gerek imar gerek uygulama planı içinde kalan taşınmazların ihya yoluyla iktisabı mümkün değildir.

İhyaya konu olup olmayacağı değerlendirmesinde dikkat edilmesi gereken nokta, taşınmazın belediye sınırları değil, imar planı içinde kalıp kalmadığıdır (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 17). Belediye kapsamında kalmakla beraber imar planında yer almayan pek çok taşınmaz olabilir (BAŞPINAR, 2000, s. 108). Yüksek mahkeme de imar planları ile ilgili ayrıma hiç değinmeksizin doğrudan imar planı kavramını kullanarak ihya ile iktisaba

⁸⁴ Hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu ve kadastro çalışmaları dışında açılacak tescil davası sırasında da resen dikkate alınması gerektiği görüşü için bkz. BAŞPINAR s. 105.

engel olduğunu netlikle ifade etmiştir⁸⁵. Bu alanlar dışında kalan yerlerin, köy yerleşim alanı da dahil olmak üzere ihya yoluyla iktisabı mümkündür (BAŞPINAR, 2000, s. 109). Aynı durum köyler gibi, imar planı bulunmayan beldeler, henüz imar planı bulunmayan kasabalar için de geçerlidir.

Kanunlar uyarınca devlete kalan veya zamanaşımıyla iktisap edilemeyen taşınmazlar ihyaya konu olmazlar. Bu taşınmazlar ilgili kanunlara bakılarak tespit edilebilir. Devlete kalan taşınmazlardan bir kısmı gaipliğine karar verilmiş kişilerin terekesindeki taşınmazlardır. İlgili hüküm uyarınca gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilan süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça gaibin mirası devlete geçer (MK m. 588/II).

431 sayılı Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun padişahlardan kalan taşınmazlar ve 2510 sayılı İskan Kanunu ise batıya nakledilenlere ait taşınmazlar da ihya yoluyla yolu ile iktisap edilemezler (BAŞPINAR, 2000, s. 98).

Ereğli kömür havzasında bulunan yerlerin zamanaşımı ile iktisabı 289 sayılı Tezkire-i Samiye kanunu ile yasaklanmıştır. Bu nedenle buradaki taşınmazların da ihya yolu ile iktisabı mümkün değildir (BAŞPINAR, 2000, s. 99).

2.4.2.2.1. Tarıma Elverişli Olmayan Arazi

Jeopolitik ve tabii durum itibarıyla hiçbir şekilde tarıma uygun olmayan yerlerin ihya edilmesi de mümkün değildir. Buzul kaplı alanlar, hiç toprak bulunmayan taş yığılı yerler, yüksek dağların sarp yamaçları buna örnek gösterilebilir. Buralara ne kadar masraf veya emek sarf edilirse edilsin, tarım arazisi haline dönüşmeyeceklerdir. Böyle yerlere yararsız topraklar denir (BAŞPINAR, 2000, s. 26).

⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2000/7-800 K. 2000/835 T. 26.4.2000; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2003/3719 K. 2003/3856 T. 27.5.2003; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2003/3604 K. 2003/4116 T. 5.6.2003.

Kanundaki tarıma elverişli olmayan yerler ifadesiyle kastedilen, insanlara faydalı bitkilerin yetişmediği topraklardır (BAŞPINAR, 2000, s. 19). Yargıtay da fiziki görünümü itibarıyla ihya faaliyetine tabi tutulmadan kültür arazisi haline getirilemeyen yerleri tarıma elverişli olmayan yerler olarak kabul etmiştir⁸⁶. Tarıma elverişli olmayan yerler, nitelik itibarıyla, ekilmeye, dikilmeye, ürün elde edilmeye imkan vermeyen ancak insan emeğinin, masraf ve tekniğin kullanılması durumunda tarıma uygun hale getirilebilen yerlerdir (BAŞPINAR, 2000, s. 19). Örneğin, dağ veya yamaç gibi yerler tabii durum itibarıyla aslen tarıma elverişlidir. Bu gibi yerlerin veriminin az veya çok olmasının önemi yoktur. Zıt örnekle, sırf bir yerden taş, kum, çakıl alınmakla veya maden çıkarılmakla elde edilenlerin ekonomik değeri bulunması, bu yerleri tarım arazisi saymaya yetmemektedir; buralar ihya ile iktisap edilemez (BAŞPINAR, 2000, s. 19). Bir yerden ekonomik gelir elde edilmesi ihyaya konu olabilme açısından kıstas alınmamaktadır. Önemli olan yerin niteliğinin doğal haliyle tarıma elverişli olmaması ancak insan emeği ve çeşitli teknikler kullanılarak tarım arazisine çevrilebilmesidir.

Yargıtay bazı kararlarında hiçbir emek vermeden ve masraf yapmadan boş bir araziye veya nehir yatağını sürüp ekmenin ihya olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir⁸⁷. Buna karşılık akarsuların sularının kuruduğu, çekildiği veya yatak değiştirdiği durumlarda diğer şartlar da varsa toprak ihyaya elverişli hale gelebilecektir (BAŞPINAR, 2000, s. 20). Kural olarak çay yatakları üzerinde zilyetliğe dayanarak hak iktisabı mümkün değilken, yatağın taşlık veya çalılık olması durumunda taşınmazın bunlardan arındırılarak diğer şartların da gerçekleşmesiyle birlikte iktisabı mümkündür (BAŞPINAR, 2000, s. 20). İhya kurumunun amacı, ekonomik bakımdan işe yaramaz yerlerin, kültür arazisine dönüştürülerek değerlendirilmesidir (BAŞPINAR, 2000, s. 20). Kadastro Kanunu ihya ile mülkiyet kazanımı şartlarının ilkinin taşınmaz açısından belirlemiştir. Öncelikle yer **orman sayılan yerlerden olmamalıdır** (KK m. 17/I).

⁸⁶ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 18/11/1975 T. 2061E, 6359 K. sayılı kararına göre taşınmaz çıplak kaya olup üzerinde hiçbir şey yetiştirilemediği takdirde arazinin tarıma elverişliliğinden söz edilemez (BAŞPINAR, s. 28);8. Hukuk Dairesi E. 1995/227 K. 1995/12893 T. 28.11.1995 sayılı kararına göre ekilemez arazi, kayalık, taşlık gibi yerlerin emek ile kazanılma olanağı yoktur (www.kazanci.com).

⁸⁷ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 20/12/1988 Tarih, 18282 Esas 17158 Karar (www.kazanci.com.tr).

2.4.2.2.2. Orman Sayılan ve Sayılmayan Yerler Ayırımı ve Anlamı

2.4.2.2.2.1. Genel Olarak

Kadastro Kanunu ihya ile mülkiyet kazanımı şartlarının ilkinin taşınmaz açısından belirlemiştir. Öncelikle taşınmaz **orman sayılan yerlerden olmamalıdır** (KK m. 17/D).

Ormanlar, bir tabii servet olmaları nedeniyle Anayasa ve Kadastro Kanunu hükümleri uyarınca devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (AY m. 168 ve KK m. 16). Bu nedenle zamanaşımı ile iktisap edilemezler⁸⁸ (BAŞPINAR, 2000, s. 86).

Kamu malları başlığı altında ormanlar hakkında kısa bir inceleme yapmıştık; burada gerekli olduğu ölçüde bazı bilgileri yeniden anacağız.

2.4.2.2.2.2. Orman Sayılmayan ve İhya Edilebilen Yerler

Kanun koyucu ormanları özel kanunda düzenlemiştir. Kanun ormanları, orman sayılan ve sayılmayan olarak sınıflandırmıştır (OK m. 1). Düzenlemede orman sayılmayan bitki örtüleri çeşitli gruplar halinde ve nitelikleriyle detaylı olarak belirtildiği için ilgili kısmı bütünüyle almak yarar sağlayacaktır:

- “Sazlıklar, step nebatlarıyla örtülü yerler, her çeşit dikenlikler, parklar, şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski (kadim) mezarlıklardaki ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerler,
- Sahipli arazide bulunan ve civarındaki ormanlarda tabii olarak yetişmeyen ağaç ve ağaççık nevelerinin bulunduğu yerler,
- Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleriyle özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan, dağınık veya yer yer küme ve sıra halindeki her nevi ağaç ve ağaçcıklarla örtülü yerler,

⁸⁸ İhya ile kazanım düzenlemesinde açıkça belirtilmemesine rağmen doğal niteliği gereği kamunun ortak kullanılmasına açık sahihsiz yerlerden olan kıyıların niteliklerinin korunmasındaki kamu yararı gözetildiğinde bunların mülkiyetinin de ihya yoluyla edinilmesinin mümkün olmayacağı açıktır (SİRMEN, s. 157). Yargıtay 27. Hukuk Dairesi 13.11.2014 5713/9475’de, 2873 sayılı Milli Parklar Kanununun 15. maddesi gereğince milli parklar kapsamındaki taşınmazların mülkiyetinin de imar-ihya yoluyla kazanılamayacağı belirtilmiştir (YKD. 2015/5, s. 973 vd) (SİRMEN, s. 157, dn. 326).

- Orman sınırları dışında olup, yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaçcıklarla örtülü yerler,
- Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleri ile özel mülkiyette bulunan ve muhitin hususiyetlerine göre yetişmiş veya yetiştirilecek olan, fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dahil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaçcıklar,
- Sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinliklerle, özel kanunu gereğince Devlet ormanlarından tefrik edilmiş ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabanî zeytinlikler ile
- 09.07.1956 tarih ve 6777 sayılı kanunda tasrih edilen yabani veya aşılansız fıstıklık, sakızlık ve harnupluklar, funda veya makilerle örtülü orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerler” orman sayılmaz.

Detaylıca sayılan ve orman sayılmayan bu yerler nitelikleri elverişli olduğu takdirde ihya yolu ile iktisap edilebileceklerdir (BAŞPINAR, 2000, s. 62). Yargıtay da Kadastro Kanununda aranan şartlarının gerçekleşmesiyle taşlık, delicelik, çalılık, makilik veya fundalık gibi yerlerin mülkiyeti ihya yolu ile kazanılabileceği yönünde kararlar vermiştir⁸⁹. Uygulamada en çok pırnallık, sazlık, makilik ve fundalık gibi yerlerin bu yolla kazanıma konu edildiği görülmektedir⁹⁰. Sayılan yerlerin mülkiyetinin yalnızca olağanüstü zamanaşımı koşullarının gerçekleşmesiyle kazanılması mümkün değildir. Buralar kural olarak devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Ancak masraf ve emek sarf edilerek tarım arazisine dönüştürülüp, anılan hükümlerdeki koşullar da gerçekleştiğinde istisnai ihya düzenlemesiyle iktisap edilebilirler.

Böylece ormanların kazanılamayacağına ilişkin hükümlerle orman sayılmayan yerlerin düzenlendiği hüküm birlikte değerlendirildiğinde aslında nerelerin ihya ile kazanıma konu olacağı ortaya çıkmaktadır.

2.4.2.2.3.Orman Sayılan ve İhyaya Konu Olamayan Yerler

⁸⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/8-943 K. 2016/631 T. 25.5.2016; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi E. 2015/7447 K. 2015/7200 T. 14.9.2015; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2012/2533 K. 2012/9005 T. 11.10.2012 (www.kazanci.com).

⁹⁰ BAŞPINAR, s. 62.

Orman sayılmayan yerlerin ihya ile kazanıma konu olabileceğini belirttik. O zaman orman sayılan bir yerin ihya edildiği iddiasıyla iktisabı da mümkün olmayacaktır (BAŞPINAR, 2000, s. 87). Bu nedenle zilyedi adına tescili istenen taşınmazın iktisabı için ihya edilmeden önceki niteliğinin tespiti büyük önem taşımaktadır (BAŞPINAR, 2000, s. 62). Doktrin ve uygulamada orman alanlarının belirlenmesinde orman kadastrosu görmüş yerler, görmemiş yerler ve orman sınırları dışına çıkarılmış yerler ayrımı yapılmaktadır⁹¹ (BAŞPINAR, 2000, s. 88). Bu nedenle ihyanın ormanlarla ilişkisini netleştirirken bu ayrıma kısaca değinmek yarar sağlayacaktır.

Orman Kanunu ve Kadastro Kanunu hükümleri uyarınca **orman kadastrosu tamamlanan ve kesinleşen yerlerde** bu kadastroya ilişkin harita ve tutanak, ihya edildiği iddia edilen taşınmaza uygulanır. Taşınmaz, bu harita ve tutanaklar kapsamında kaldığı takdirde orman sayılır ve ihya yolu ile mülkiyet iktisabına konu olamaz (BAŞPINAR, 2000, s. 88). Bugün orman sayılmasa bile daha önce Orman Kanununa göre orman bitki örtüsü taşıyan ve orman sayılan yerler ihyaya konu olamamaktadır. Bir yerin orman sınırlarına dahil olması, ihya yoluyla veya olağanüstü zamanaşımı hükümleri ile iktisap için gereken aralıksız zilyetliğin kesilmesi ve eski süreye eklenememesi sonucu açısından önem arz eder. Bu halde taşınmaz devlet ormanı haline gelerek kamu malı olur. Ancak hatalı şekilde orman sayılan, sonradan bu statüden çıkarılan yerin ihya veya zamanaşımıyla kazanımında eski süreler hesaba dahil edilir (BAŞPINAR, 2000, s. 88).

Henüz **orman kadastrosu yapılmamış yerlerde** taşınmazın niteliği, hakim in yapacağı keşif sonucunda tespit edilir. Keşifte inceleme yapan bilirkişilerin düzenleyeceği rapora göre buranın orman sayılması halinde iktisabı mümkün olmayacaktır (BAŞPINAR, 2000, s. 88).

Kanun koyucu, orman niteliğini kaybetmiş ve hatta yerleşim yeri veya tarım alanı haline gelmiş yerleri ülke ekonomisine katkı sağlaması amacıyla **orman sınırlarından çıkarmayı** uygun görmüştür. Anayasa ve Orman Kanuna göre orman

⁹¹ Ormanların sınırlandırılması hakkında detaylı bilgi için bkz. KARSLI, Mücahit, Orman Alanlarının Sınırlandırılması ve 2/B Sorunu, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2013, s. 95-129; AKİPEK-ÖCAL/ÖCAL, Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerlerin Değerlendirilmesi (2/B Alanlarının Durumu), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2015, s. 57-66.

olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile halen orman rejimi içinde bulunan funda ve makilerle örtülü yerlerden tarım alanlarına dönüştürülmesinde yarar olduğu tespit edilen yerler ve 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler orman sınırı dışına çıkarılır (AY m. 169/IV ve OK m. 2). Orman kadastrosu yapılmış yerlerde bu işlem, orman kadastro komisyonları tarafından; henüz kadastrosu yapılmamış yerlerde ise Orman Bakanlığı tarafından yapılır (BAŞPINAR, 2000, s. 89). Orman sınırı dışına çıkarılan yerler, devletin özel mülkiyetindeki taşınmaz malları arasına girer (BAŞPINAR, 2000, s. 91). Buralar, bu halde de zamanaşımı veya ihya yolu ile kazanıma konu olamazlar (BAŞPINAR, 2000, s. 91).

2.4.2.2.3. Diğer Taşınmazlar Açısından İhya

İhya açısından önem arz eden bir konu da **kıyılarıdır**. Anayasaya göre kıyıları devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (AY m. 43) ve kural olarak da ihya ile iktisaba elverişli değildir⁹² (BAŞPINAR, 2000, s. 96; SİRMEN, 2016, s. 157). Ancak deniz sularının olağan şekilde ulaştığı en son noktadan kültür arazisinin başladığı yere kadar olan alan (dış kıyı) açısından durum doktrinde tartışmalıdır (BAŞPINAR, 2000, s. 96). Buralardaki toprağın özelliğine göre ihyaya elverişli olup olmadığı değişkenlik gösterir. Eğer bu bölge tarıma hepten elverişsiz bir araziden, örneğin kumsaldan oluşuyorsa ihyaya elverişli değildir. Buna karşın tarım arazisi niteliğindeyse ihya edilebilir (BAŞPINAR, 2000, s. 96). Bu halde kumların temizlenmesi, tuzlu toprakların yıkanarak kültür arazisine çevrilmesi ihya fiiline misal gösterilebilir (BAŞPINAR, 2000, s. 97).

2.4.2.2.3.1. Aşılana Deliceler

Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana kanun koyucunun gündeminde olan, ihya ile mülkiyet iktisabında ayrı bir öneme sahip olan bir diğer taşınmaz türü

⁹² Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olmasının anlamı için bkz. ÇOBAN, Ali Rıza, Kıyı Kenar Çizgisi İçinde Kalan Tapulu Taşınmazların Hukuki Durumu, Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2009, s. 149-167.

delicelerdir (yabani zeytinlikler). Bunlarla ilgili 1939 yılında 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun (ZHK) ve 03.04.1996 tarihli resmi gazete ile Zeytinciliğin Islahı Yabanilerinin Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik kabul edilmiş, çeşitli tarihlerde içtihadı birleştirme yoluna gidilmiştir⁹³.

Konunun iyi anlaşılması için 3573 sayılı kanuna tabi zeytinlikler ile Medeni Kanun ve Kadastro Kanunu anlamında tarıma elverişli olmayan zeytinlikler ayrımı yapmak gerekmektedir. Bu ayrım için de yerin orman sınırları içinde kalıp kalmadığı önem arz eder.

Sahipsiz yerlerde bulunan tarıma elverişli olmayan zeytinliklerin Kadastro Kanunu uyarınca ihya edilerek iktisabı mümkündür (KK m. 17/I). Zeytinlik olmayan sahipsiz yerler de zeytin yetiştirilmek suretiyle aynı düzenleme uyarınca ihya edilerek özel mülkiyete konu olabilir (BAŞPINAR, 2000, s. 100).

Ancak orman sınırları içerisinde bulunan zeytinlikler için durum farklıdır. Orman Kanunu “sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinliklerle, özel kanunu gereğince devlet ormanlarından tefrik edilmiş ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabanî zeytinliklerin orman sayılmadığını” belirtmiştir (OK m. 1). Hüküm delicelerin özel kanun uyarınca aşılacak suretiyle ihya edilmesi halinde orman sayılmayacağını anlatmaktadır (BAŞPINAR, 2000, s. 100). Burada bahsedilen özel kanun 3573 sayılı kanundur. O halde orman sınırları içerisinde bulunan delicelerin aşılarak özel mülkiyete konu olabilmesi için 3573 sayılı kanunda yer alan şartların tamamının gerçekleşmesi gerekmektedir⁹⁴. Ancak burada geçmişte yapılan tefrik işlemi önem arz etmektedir. Dolayısıyla Orman Kanunu açısından orman sayılan yer ancak 3573 sayılı kanunda öngörülen tefrik işleminin yapılması durumunda iktisap edilebilecek, bu halde de 3573 sayılı kanunda öngörülen ihya usulü uygulanacaktır. Buralar hakkında Kadastro Kanununda yer alan ihya düzenlemesine dayanılarak mülkiyet iktisap edilemez. Ancak ormanlar dışında kalan sahipsiz yerlerdeki yabani zeytinliklerin Kadastro Kanunu uyarınca kazanılması mümkündür (BAŞPINAR, 2000, s. 100).

⁹³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E. 1958/8 K. 1958/7 T. 11.6.1958 tarihli kararı.

⁹⁴ Söz konusu yerlerin iktisabı için, ıslah ve temlik için ayrı ayrı olmak üzere iki grup şartlar vardır. Detaylı bilgi için bkz. BAŞPINAR, s. 100 - 101.

2.4.2.2.3.2.Kurutulan Bataklıklar

Bataklıklar da devletin hüküm ve tasarrufu altında olan sahipsiz yerlerdendir. Haklarında 18/01/1950 tarihinde 5516 Sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanun (BKHK) kabul edilmiştir. Dolayısıyla tıpkı orman sınırları içinde kalan zeytinlikler gibi buraların ihya ile iktisabı da kendi özel kanununda yazan şartlar uyarınca mümkündür (BAŞPINAR, 2000, s. 102). Yargıtayın da bataklıkların ihya ile iktisaba elverişli olduğuna dair kararları mevcuttur⁹⁵.

2.4.2.2.3.3.Milli Park, Tabiat Parkı Ve Tabiatı

Koruma Alanları, Korunması Gereken Kültür Ve Tabiat Varlıkları

Milli park, tabiat parkı ve tabiatı koruma alanları, korunması gereken kültür ve tabiat varlıkları ihya ile iktisaba elverişli olmayan yerler arasındadır⁹⁶. Yargıtay'ın milli parklar kapsamındaki taşınmazların mülkiyetinin imar-ihya yoluyla kazanılamayacağına ilişkin kararları vardır⁹⁷

2.4.2.2.4. Taşınmaz Tarıma Elverişli Hale Getirilmesi

İhya ile iktisaba elverişli taşınmazları belirledikten sonra toprağın tarıma elverişli hale getirilmesi açıklanmalıdır. İhya neticesinde taşınmazın tarıma elverişli hale getirilmiş olması gerekir (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 327). Traverten bir arazinin kayalıklarının temizlenerek toprakla doldurulması ve teraslanıp ağaçlandırılması (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 327), çalılık yerlerin tarıma arazisi haline getirilmesi⁹⁸, kuru dere yatağının toprakla doldurulması ihya fiiline örnek gösterilebilir.

Bir yerin tarıma elverişli hale getirilebilmesi için onun ekim, dikime elverişli olmakla beraber ihya edilmeden önceki doğal halinin de henüz tarıma açılmamış olması gerektiğini yukarıda belirtmiştik.

⁹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/7-532 K. 2010/618 T. 1.12.2010 sayılı kararı.

⁹⁶ Bkz. 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu (BAŞPINAR, s. 103, dn. 230).

⁹⁷ Yargıtay 27. Hukuk Dairesi 13.11.2014 5713/9475 sayılı kararı (YKD. 2015/5, s. 973 vd) (SİRMEN, s. 157, dn. 326).

⁹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/8-465 K. 2014/14 T. 15.1.2014 sayılı kararı.

Tarım arazisinin tanımı birden fazla kanunda verilmiştir (BAŞPINAR, 2000, s. 27). 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa (TKK) göre ‐Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, halihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen yerler tarım arazileri‐dir (TKK m. 3). Görüldüğü gibi kanun imar-ihya ile tarıma elverişli gelen yerleri de tarım arazisi saymış ve kapsamı genişletmiştir.

Kavramın tanımını yapan bir diğer düzenleme 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Ön tedbirler Kanunundadır (TTRK). Buna göre, ‐Üzerinde ekim, dikim, bakım, yetiştirme yapılabilen veya orman hariç doğrudan doğruya tabiatın yararlanmak suretiyle bitki veya hayvan üretimine elverişli olan veya ıslâh suretiyle üretime elverişli hale getirilen araziye, tarım arazisi denir‐ (TTRK m. 2). Yargıtayın bu kanunda yer alan tanımı baz alarak verdiği kararlar mevcuttur⁹⁹.

Son olarak 6831 sayılı Orman Kanununa Göre Yapılacak Orman Kadastro ve Aynı Kanunun 2/B Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelikte (OKY) de üzerinde ekim, dikim, bakım, yetiştirme yapılarak veya doğrudan doğruya tabii faktörlerden faydalanılarak tarım, sınai ve hayvan yemi olarak kullanılabilen bitkilerin üretimine elverişli olan veya ıslah edilmek suretiyle üretime elverişli hale getirilmiş bulunan arazi tarım arazisi olarak tanımlanmıştır (OKY m. 42).

Tüm düzenlenmeler birlikte değerlendirildiğinde ihyaya konu bir taşınmazın, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, emek ve masraf sarf etmeden önce tarıma elverişli olmayan ve ancak bu işlemlerden sonra üzerinde ekim, dikim, bakım yoluyla bitkisel ürünlerin düzenli bir işletmecilik esasına göre yapılmasına imkan veren bir niteliği taşıması gerektiği çıkarımı yapılmaktadır (BAŞPINAR, 2000, s. 28). O halde, bir yere başka hiçbir şey yapmadan salt kavak ağacı dikiminin ihya sayılmayacağı şüphesizdir (BAŞPINAR, 2000, s. 28).

O halde, bir yere başka hiçbir şey yapmadan salt kavak ağacı dikiminin ihya sayılmayacağı şüphesizdir (BAŞPINAR, 2000, s. 28). Aslında ihya taşınmazda, toprağın tarıma elverişli hale getirildiği saptamasının yapılmasını sağlayan fiillerin sonucudur. İhya süreç değildir.

⁹⁹ Yargıtay 20. Hukuk Dairesi E. 2015/521 K. 2015/6023 T. 18.6.2015 sayılı kararı.

Doktrinde üzerinde herhangi bir bitki yetiştirilebilen taşınmaz tarıma elverişli kabul edilir (BAŞPINAR, 2000, s. 28).

2.4.2.2.5. Masraf Ve Emegın Ölçütü

Kadastro Kanunu taşınmazın özellikle emek ve masraf sarf edilerek ihya edilmesi gerektiğini belirtmiştir (GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 1984, s. 232; ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 180). Zilyet masraf ve emek sarf etmemişse imar ve ihyadan söz edilemez (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 326). Ancak düzenleme emek ve masraf sarfiyatı konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle ancak masraf ve emek sarfi olması taşınmaz tarıma elverişli hale gelmeyecekti denebiliyorsa ölçüt sağlanmış olacaktır (BAŞPINAR, 2000, s. 22). Bu yoğunlukta olmayan fiiller ihya sayılmaz. Örnek olarak arazinin yalnızca taşlardan ve çalılıklardan arındırılması ihya olmadığı gibi, masraf ve emek harcanmasına rağmen tarıma uygunluk oluşmadıysa da ihya gerçekleşmiş olmaz (BAŞPINAR, 2000, s. 22).

Yukarıda ihya edilen arazinin ihya öncesinde tarıma açılmamış yerlerden olması gerektiğini belirtmiştik. Böyle olmayan, ham ve boş olan (tarıma hazır) arazinin masraf ve emek sarfedilerek sürülmesi ihya sayılmamaktadır (ŞENGÜL, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, 2004, s. 181).

2.4.2.3. Zilyetliğe İlişkin Koşul

İhya düzenlenmesi, zilyetliğe ilişkin şartlara değinmemiş, bu hususu olağanüstü zamanaşımının düzenlendiği maddeye atıf yapmakla tamamlamıştır. Dolayısıyla olağanüstü zamanaşımına ilişkin zilyetlik şartlarında yaptığımız tüm açıklamalar burada da geçerli olacaktır; zilyet taşınmaza ihya fiilinin tamamlandığı andan tespit tarihine kadar yirmi yıl süreyle çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet bulunmalıdır (MK m. 713) (EREN/BAŞPINAR, 2014, s. 326; İPEK, 2016, s. 186).

2.4.2.4. Bedelsizlik Unsuru

İhya ile taşınmaz iktisabı için idari makamların tespit ve iznine gerek olmadığı gibi, ihya edenden arazinin kıymetinin belli bir yüzdesi de vergi olarak alınmamaktadır (BAŞPINAR, 2000, s. 31). İhya edilen yer Kadastro Kanunundaki

şartları taşıdığı takdirde bedelsiz olarak ihya eden adına tapuya tescil edilmektedir. Bu durum ihyanın başlı başına bir iktisap sebebi olduğunu gösterir (BAŞPINAR, 2000, s. 31).

2.4.2.5. İspata İlişkin Koşul

İhya düzenlemesi yine Kadastro Kanununda yer alan olağanüstü zamanaşımıyla kazanıma ilişkin hükme atıf yaparak düzenlemede yer alan şartların da gerçekleşmesi gerektiğini öngörmüştür (KK m. 17, 16). Hak iddia eden kişinin, ihya fiilini tamamladığı andan tespit tarihine kadar yirmi yıl süreyle taşınmaza çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet olması gerektiğini zilyetliğe ilişkin koşulları açıklarken belirtmiştik. İlgili atıf zilyetliğin ispatına ilişkin şartları da zorunlu kılmaktadır (KK m. 14/III). İhya edilen yer sulu toprakta 40 kuru toprakta 100 dönüme kadarsa zilyetliğin ispatı, belge, tanık veya bilirkişi ile yapılabilir. Ancak bu miktarı aşan büyüklükte bir taşınmaz söz konusuysa zilyet, hükümde yer alan belgelerden birine dayanmadıkça taşınmazın mülkiyetini iktisap edemeyecektir.

2.4.2.6. Miktarla İlişkin Koşul

Kadastro Kanununun 17. maddesinde öngörülen şartların, atıf yapılan olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı hükmündekilerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (KK m. 17/I). Yukarıda sayılan koşullara uygun taşınmaz, ayrı başlık altında incelediğimiz olağanüstü zamanaşımıyla kazanıma ilişkin şartları da sağlamalıdır. Atıf yapılan hükümde dikkat edilmesi gereken nokta taşınmazın miktarına ilişkin belirlemedir. Tespit edilecek taşınmazlarda, aynı çalışma alanı için sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönümlük sınır ispata ilişkin önem arz etmektedir (BAŞPINAR, 2000, s. 110).

Sulu veya kuru toprak ayırımı, 5403 sayılı kanun hükümlerine göre yapılır¹⁰⁰ (KK m. 14/II). Anılan kanunda yalnızca sulu arazi tanımı yapılmış, kuru arazi açıklanmamıştır. Düzenlemeye göre tarımı yapılan bitkilerin büyüme devresinde ihtiyaç duyduğu suyun, su kaynağından alınarak yeterli miktarda ve kontrollü bir

¹⁰⁰ 3 Temmuz 2005 kabul tarihli Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu.

şekilde karşılandığı arazileri ifade etmektedir (m. 3 j bendi). Sulu-kuru arazi ayrımının yapılmasına yarayan bir diğer düzenleme 3083 sayılı kanundur¹⁰¹. Buna göre de Sulu arazi, Devletçe sulanan arazidir. Sahibinin kendi imkanları ile suladığı arazi kuru arazi gibi işlem görür (m. 2).

İşte açıklanan hükümler ve yer aldıkları kanunlar uyarınca yapılacak sınıflandırmaya göre öncelikle taşınmazın sulu-kuru ayrımındaki yeri belirlenecektir. Ardından taşınmazın niteliğine göre farklı büyüklükler esas alınarak tespit gerçekleştirilecektir. Taşınmazı ihya eden zilyedi, zilyetliğini hükmün dördüncü fıkrasında sayılan belgelerden birine dayandırmadığı takdirde ancak sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40 ve 100 dönüm dahil) büyüklükteki taşınmazın mülkiyetini kazanabilecektir (KK m. 14). Bu durumda zilyedin her türlü delile başvurma imkanı mümkündür (BAŞPINAR, 2000, s. 113).

Oysa sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönümü aşan nicelikteki taşınmazlar için diğer şartların yanında hükümde sayılan belgelerden birine dayanmak zorunludur. Bu belgeler, 31.12.1981 tarihine veya daha önceki tarihlere ait vergi kayıtları, tasdikli irade suretleri ile fermanlar, muteber müteveli, sipahi, mültezim temessük veya senetleri, kayıtları bulunmayan tapu veya mülga hazine-i hasse senetleri veya muvakkat tasarruf ilmuhaberleri, tasdiksiz tapu yoklama kayıtları, mülkname, muhasebatı atika kalemi kayıtları, mubayaa, istihkâm ve ihbar hüccetleri, evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtlarıdır. Zilyedin bunlardan birini elinde bulundurması halinde ihya ettiği taşınmazın yüzölçümü ne olursa olsun, tamamını iktisap edebilecektir (BAŞPINAR, 2000, s. 112).

Sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadarki (40 ve 100 dönüm dahil) büyüklükteki taşınmazlarda, mülkiyet hakkının kazanılmasını sağlayan fiili hakimiyetin ihya oluşturacak biçimde sürdürülmesi, zilyetliğin ispatıyla zilyedini tapuya kavuşturmuştur. Oysa bu sınırı aşan durumlarda büyüklük sınırı yoktur. Bunun sebebi de hükümde belirtilen sınırı aşan büyüklükteki taşınmazın zilyedinin, elindeki belgelerle hak sahibi olduğunun zaten ispatlanması ve kişinin tek eksiğinin tapu olmasıdır. Hükmün getirdiği sınırlamanın amacı bu olabilir.

¹⁰¹ 22 Kasım 1984 tarihli Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu.

SONUÇ

Zamanaşımıyla kazanım, özel hukuka konu taşınmazların mülkiyetinin tescille kazanılmasının bir istisnasını oluşturur (Mk m. 1022/I). Kural olarak özel mülkiyete elverişli taşınmazların mülkiyet hakkı zamanaşımıyla kazanılabilir. Medeni Kanuna göre bu kazanım türleri olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılır (MK m. 712, 713).

Diğer yandan kamu hukukuna konu taşınmazların da düzenlendiği Kadastro Kanunu bir hükmüyle özel hukuka konu olmayan bir kısım taşınmazların zamanaşımıyla kazanılmasına imkan vermektedir (KK m. 16, 17). Bu halde taşınmaz kamu hukuku kapsamından çıkarak özel hukuk alanına girmektedir. Bu kazanım yolunun adı İhyadır.

Olağan zamanaşımında yolsuz tescil sahibinin, davasız, aralıksız, on yıllık, iyiniyetli zilyetliği süre sonunda tescilin hukuka uygun hale dönüşmesini sağlar; tescil, yolsuz olmaktan çıkar (MK m. 712). Bu tür kazanıma konu olan taşınmaz türü tapulu-tapusuz taşınmaz ayırımındaki tapulu taşınmazlar; bunların alt başlığı olarak da tapu kütüğüne-zabıt defterine kayıtlı ayırımındaki kütüğe kayıtlılardır. Nitekim kazanımın bir diğer ifadesi sicil zamanaşımıdır.

Olağanüstü zamanaşımına ise tapulu ve tapusuz taşınmazlar konu olabilmektedir. Kazanımın tespiti kadastro dışında kural olarak Medeni Kanun hükümleri uyarınca ve Kadastro Kanununda yer alan sınırlamalar gözetilerek yapılır (MK m. 713). Kadastro esnasındaysa Kadastro Kanunu hükümleri devreye girer (KK 13 B c bendi ve 14). Bu yolla mülkiyet hakkı kazanımı için taşınmazın tapusuz veya tapu kütüğüne kayıtlı olup da malikinin tapudan belirlenememesi veya maliki hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararı verilmiş olması gerekir. Olağanüstü zamanaşımıyla kazanım için olağan zamanaşımındaki gibi iyiniyet aranmaz.

İhya ile kazanıma konu olan taşınmaz türü ise kamu hukukuna konu sahipsiz yerlerdir. Bu taşınmaz türünün masraf ve emek sarf edilerek tarıma elverişli hale getirilmesi ve zilyedinin KK m. 14'deki diğer şartları da gerçekleştirmesi halinde zilyet kadastro esnasında veya dışında taşınmazın mülkiyet hakkını kazanabilecektir.

Sonuç olarak olağan zamanaşımı, olağanüstü zamanaşımı ve ihya, taşınmaz üzerindeki uzun süren zilyetlikle mülkiyetin kazanılmasını sağlayan ve taşınmazın bir nevi sahipsiz kalmasını önleyen, değerlendireni ödüllendiren üç hukuki yoldur.



KAYNAKÇA

- AKINTÜRK/ATEŞ. (2016). *Medeni Hukuk*.
- AKİPEK, J. (1969). *Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme*.
- AKİPEK, J. G. (1974). *Türk Eşya Hukuku*. Ankara.
- AKİPEK/AKINTÜRK. (2009). *Eşya Hukuku*.
- AKİPEK-ÖCAL/ÖCAL. (2015). *Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerlerin Değerlendirilmesi (2/B Alanlarının Durumu)*.
- AKSOY, S. D. (2012). *Eşya Kavramı* .
- ARAL, V. (1962). *İnşaat (Üst) Hakkı*.
- AYAN, M. (2016). *Eşya Hukuku I Zilyetlik*.
- AYAN, M. (2016). *Eşya Hukuku II Mülkiyet*.
- AYAN, M. (2017). *Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar*. Ankara.
- AYİTER, N. (1983). *Eşya Hukuku* .
- BAŞ, E. (2011). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk*. İstanbul.
- BAŞPINAR, V. (2000). *Türk Toprak Hukukunda İhya*.
- BELEN, H. (2002). *Gayrimenkul Yatırı Ortaklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*. İstanbul.
- BELEN, H. (2014). *Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları*.
- BELEN, H. (2016). *Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri*.
- BELEN, H. (2017). *Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri II*.
- ÇABRİ, S. (2005). *İmar Hukuku Uyarınca Kamulaştırma*.
- CANARSLAN, G. (2016). *İntifa Hakkının Sona Ermesi*. Ankara.
- ÇİFTÇİ, S. S. (2013). *Tapuya Kayıtlı Taşınmazlarda Olağanüstü Zamanaşımıyla Mülkiyetin Kazanılması ve Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrası Hukuki Durum*. *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- ÇOBAN, A. R. (2009). *Kıyı Kenar Çizgisi İçinde Kalan Tapulu Taşınmazların Hukuki Durumu*. *Terazi Hukuk Dergisi*.

- DEVELLİOĞLU, F. (2011). *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*.
- DURAL, M. (1981). *Eşya Hukuku Dersleri*.
- DURAL/SARI. (2016). *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri*.
- DÜREN, A. (1975). *İdare Malları. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- EREN, F. (2016). *Mülkiyet Hukuku*.
- EREN/BAŞPINAR. (2014). *Toprak Hukuku*.
- ERMAN, H. (2016). *Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç ve Kişiler Hukuku*.
- ESENER/GÜVEN. (2015). *Eşya Hukuku*.
- FEYZİOĞLU, F. N. (1959). *Şuf'a Hakkı*.
- GÖZLER, K. (2009). *İdare Hukuku*.
- GÖZLER/KAPLAN. (2016). *İdare Hukuku Dersleri*.
- GÜLAN, A. (1999). *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*. İstanbul.
- GÜRSOY/EREN/CANSEL. (1984). *Türk Eşya Hukuku*. Ankara.
- GÜRZÜMAR, O. B. (2011). *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı (Kamu Mali Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil)*. İstanbul.
- HATEMİ, H. (2013). *Medeni Hukuka Giriş*.
- HATEMİ/AYBAY. (2014). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- HATEMİ/SEROZAN/ARPACI. (1991). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- HELVACI/ERLÜLE. (2016). *Medeni Hukuk*. İstanbul: 2016.
- İMAMOĞLU, A. (2010). *Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- İPEK, E. (2016). *Kadastro Kanununa Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- KARSLI, M. (2013). *Orman Alanlarının Sınırlandırılması ve 2/B Sorunu. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- KIRBAŞ, S. (1985). *Devlet Malları*. Birlik Yayıncılık.

- KÖPRÜLÜ/KANETİ. (1972-1973). *Sınırlı Ayni Haklar*. İstanbul.
- NOMER/ERGÜNE. (2017). *Eşya Hukuku*.
- ÖĞÜZ/HELVACI. (2013). *Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*. İstanbul.
- OĞUZMAN/BARLAS. (2016). *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR. (2016). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- OKTAY, S. (1990). *Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması*. İstanbul: Kazancı.
- ÖZAY, İ. H. (2004). *Gün Işığında Yönetim*.
- ÖZÇELİK, Ş. B. (2016). *Tapu Siciline Güvenin Korunması*. Ankara.
- ÖZDEMİR, H. H. (1996). *İmar-İhya ve Zilyetliğe Dayanan Tapu İptal Davaları*. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları.
- ÖZEN, B. (2013). *Yirmi Yıl Önce Ölmüş Bir Kişi Adına Kayıtlı Olan Taşınmazın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Kazanılamaması, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*.
- ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU. (2015). *Kat İrtifakı*. Levha Yayıncılık.
- ÖZMEN/KIR. (2010). *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi ve Eleştirisi*.
- PAKSOY, M. S. (2015). *Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Işığında Tapuya Kayıtlı Taşınmazlarda Kazandırıcı Zamanaşımı*. İstanbul.
- PEKMEZ, C. (2013). *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*. On İki Levha Yayıncılık.
- POSTACIOĞLU, İ. (1945). *Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti*.
- REİSOĞLU, S. (1963). *Kat Mülkiyeti ve Yeni İsviçre ve Türk Kanun Tasarıları*.
- Reisoğlu, S. (1973). *Türk Eşya Hukuku*.
- SAPANOĞLU, S. (2016). *3402 Sayılı Kadastro Kanunu Gerekeç Açıklamalar Yargıtay Kararları*.
- SCHWARZ, A. (1946). *Medeni Hukuka Giriş*.

- ŞENGÜL, M. (2004). *Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması*. Kocaeli.
- ŞENGÜL, M. (2013). *Tapu Sicilinin Aleniyeti*.
- SEROZAN, R. (2007). *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*.
- SEROZAN, R. (2014). *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- SEROZAN, R. (2015). *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- SİRMEN, L. (2016). *Eşya Hukuku*. Ankara.
- SUNGURBEY, İ. G. (1956). *İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruruzaman*. İstanbul.
- SUNGURBEY, İ. G. (1963). *Türk Hukukunda İktisabi Müruruzaman*. İstanbul.
- SUNGURBEY, İ. G. (1970). *Medeni Hukuk Eleştirileri II*.
- TEKİNAY, S. S. (1958). *Tapusuz Gayrimenkullerin Ferağı*.
- TEKİNAY, S. S. (1967-68). *Eşya Hukuku*.
- TEKİNAY, S. S. (1991). *Kat Mülkiyeti*.
- TEKİNAY, S. S. (1992). *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP. (1989). *Eşya Hukuku*.
- TERECİ, H. (2011). *Terazi Hukuk Dergisi*.
- UMUR, Z. (1983). *Roma Hukuku Lugati*.
- UMUR, Z. (1985). *Roma Hukuku Eşya Hukuku*.
- ÜNAL, M. (1988). *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*.
- ÜNAL/BAŞPINAR. (2016). *Şekli Eşya Hukuku*. Savaş Yayınevi.
- ÜNAL/BAŞPINAR. (2017). *Orman Hukuku*.
- VELİDEDEOĞLU, H. V. (1963). *Türk Medeni Hukuku*.
- YAĞCIOĞLU, B. (2014). *Kazandırıcı Zamanaşımı*. Ankara.
- YAKUPPUR, S. (2016). *Tapu Siciline Güven İlkesi*.
- YAVUZ, C. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul.

YILDIRIM/KARAN. (2009). *İdare Hukuku I.*

YILDIRIM/YASİN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKTAY. (2010). *İdare Hukuku II.*

www.jurix.com

Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar e.t. 20.05.2017

www.kazanci.com

Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı e.t. 20.05.2017

www.tdk.gov.tr

Türk Dil Kurumu e.t. 20.05.2017

www.tkgm.gov.tr

Tapu ve Kadastro Müdürlüğü e.t. 20.05.2017

(Tüm kaynaklara bu tarihte tekrar erişim sağlanmıştır)

ÖZGEÇMİŞ

İstanbul 01/05/1990

Çağrıbey İlköğretim Okulu (1997-2004)

Köy Hizmetleri Anadololu Lisesi (2004-2008)

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2008-2012)

İstanbul Barosu : 26.09.2013

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2012 yılında mezun olduktan sonra yasal stajını tamamlamış, 2014 yılının Ocak ayında Apak-Ceylan Hukuk Bürosu'nu kurarak serbest avukat olarak çalışmaya başlamıştır.

2014 yılından bu yana Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilimdalı'nda Yüksek Lisans öğrenimine devam etmektedir. 2002-2003 yıllarına ait yaz döneminde Amerika'da dil eğitimi görmüş, 2011 yılında Almanya ve Çek Cumhuriyeti'ne hukuki seyahatler gerçekleştirmiştir.

Ayrıca Avrupa Güvenlik Araştırmaları Merkezinin çalışmalarında yer almıştır.

Üye Olduğu Dernekler

İMDAT – Şiddeti Önleme ve Rehabilitasyon Derneği

Türk Ceza Hukuku Derneği

ELSA – The European Law Students' Association

Türkiye Eğitim Gönüllüleri Vakfı