

BAĞIŞLAYANA DÖNME KOŞULLU BAĞIŞLAMA ŞERHİNİN PAYLI MÜLKİYETİN SONA ERMESİ (İZALE-İ ŞUYU) DAVASINA İLİŞKİN SONUÇLARI VE PAYA BAĞLI İNTİFA HAKKINA DAYALI OLUMSUZLUKLARDAN DERS ALINMAYIŞI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

THE RESULTS OF THE PRIORITY NOTICES OF REVERSION CLAUSE ON GIFT RELATING THE DISSOLUTION CASE AND THE OPINIONS OF THE UNLEARNED LESSONS FROM THE NEGATIVITIES ABOUT THE RIGHT OF USUFRUCT ON SHARE

Prof. Dr. E. Sabâ Özmen*

Araş. Gör. Dr. Müge Ürem**

Öz

Paylı halin giderilmesi davası, taşınmaz mülkiyetinin özel hukuktan doğan kanuni kısıtlamasını oluşturur. Sonuçta cebri artırma ile satış sonucu paylı mülkiyet birliği sona erer. Daha önce paya bağlı intifa hakkı kurulmuş olması halinde intifa hakkına konu olan pay ortadan kalkar; çünkü sona eren pay mülkiyetinin yerine satış bedeli hakkı ikâme değer (*surrogat*) olarak geçer ve pay üzerindeki intifa hakkı paya düşen satış bedeli üzerinde devam eder. Kanunun ruhundan çıkan bu sonuca bağlı olarak ihaleyle satılan taşınmaz üzerinde pay varmışçasına intifa hakkının devam edeceği savunulamaz. Bu bilimsel sonucun aksine Yargıtay İBK oluşturulmuş ve paylı mülkiyet payları üzerinde muvazaalı intifa hakları kurulmasına yol açarak paylı mülkiyetin sona ermesi davası açmaları sonucu kötüniyetli paydaşların taşınmazı rayiç bedelinin altında elde edebilme imkanı sağlanmıştır. TMK 700. madde değişikliği karşısında bu defa aynı amaca TBK m. 292/I hükmünce yapılan bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesinin şerhi sonucunda ulaşma gayretleri çoğalmıştır. Şöyle ki, TBK m. 292/II hükmünce bu sözleşmelerin şerhi düzenlenmiş olup paylı mülkiyetin sona ermesi davası açmadan önce konmuş şerhin varlığı halinde cebri arttırmanın bu şerhle yüklü yapılması gerektiği yolunda kararlar verilmeye başlanmıştır. Çalışmamızda bu hatalı uygulamanın neden terkedilmesi gerektiği hakkında açıklamalar yapılmış ve somut örneklerle mağduriyetler dile getirilmeye çalışılmıştır.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

** Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Dr.

Anahtar Kelimeler

Paylı mülkiyet, paylı mülkiyetin sona ermesi davası, intifa hakkı, bağışlayana dönme koşullu bağışlama, şerhler.

Abstract

Dissolution case is one of the statutory restrictions on ownership; so the share with the right of usufruct is removed; the surrogate exists as a sale price instead of the ownership on the share which is removed and it is not argued that the right of usufruct on share exists. However the Supreme Court decision is contrariwise. Shareholders who are in bad faith find the legal basis under TCO Art. 292 as TCC Art. 700. Under TCO Art. 292/II the priority notices is regulated and some decisions are made related that the compulsory liquidation must be executed with the priority notices which were glossed before the dissolution case. In our article, the explanations on why it should be given up such unfair practice are worded and the unfair sufferings are tried to be mentioned with the concrete samples.

Keywords

Collective ownership, dissolution case, right of usufruct, reversion clause on gift, priority notices.

I. Genel Olarak Konunun Sunumu

Hatalı Yargıtay kararlarının kanun hükmü haline gelmesi Yargıtay'ın olduğu kadar komisyonda yer alan hukukçuların da büyük hatası sonucu oluşmaktadır. Bilimsel bir süzgeçten geçmeden yapılan kanun değişiklikleri Türk Medeni Kanunu ile ilgili olunca tam bir hukuki garabete dönüşmektedir. Bu duruma sebep olan hükümlerin mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmayışı dikkatle irdelenmelidir. Kanun değişiklikleri ile kararın o yönde çıkmasını engellemek için hüküm konması da kabul edilebilir bir yöntem değildir. Doğru olan, kararların bilim süzgeci ile hatalı yönde oluşmasının önüne geçilmesidir.

Özmen'in ortak yazar olarak kaleme aldığı bir makalede pay üzerinde¹, intifa hakkı kurulması halinde paydaşlardan birinin açtığı paylı mülkiyetin sona ermesi davasında taşınmazın intifa hakkı ile yüklü ihaleye çıkartılmasına ilişkin kararların hukuki temelden yoksunluğuna işaret edilmiştir. Aynı makalede hatalı kararların yarattığı huzursuzluğun çözümü olarak TMK m. 700 hükmüne vücut vermesine ilişkin hatalı sonuçlara ayrıca dikkat çekilmiştir. Aynı olumsuzluğun, hukuki temelden yoksun yönleriyle, bu defa da paya bağlı olarak bağışlayana dönme koşullu bağışlama şerhlerinde yaşanmaya başlandığı görülmüştür. Dolayısıyla TMK m. 700 hükmü ile yapıldığı gibi hatalı Yargıtay içtihadına dayalı olarak yeni bir hataya vücut veren kanun değişikliğine gidilmemesi için Yargıtay kararlarının eleştirisini yapma zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Bu makalede TMK m. 700 hükmünün hukukumuzda temelsiz bir gerekçe ile girmesine bağlı olarak aynı hatalı sürecin paya bağlı bağışlayana dönme koşullu bağışlama şerhlerinde yaşanmaması için paya bağlı intifa hakkından ders alınması gerektiği savıyla öncelikle bu konuda açıklamalarla eleştirilerde bulunacağız.

II. Paya Bağlı İntifa Hakkının Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi Davasına İlişkin Sonuçları

A. Genel Olarak Sorunun Ortaya Çıkışı

TMK m. 700 hükmü ve hükmün Türk özel hukukundaki ilginç gerekçesi ile tündengelim metodunu kullanarak başlamak gerekir. TMK m. 700 hükmü şöyledir: “*Bir paydaşın kendi payı üzerinde intifa hakkı kurması halinde, diğer paydaşlardan biri intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden başlayarak üç ay içinde paylaşma isteminde bulunursa satış yoluyla paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinden devam eder.*” Bu hüküm 2001 yılı TMK değişikliği ile hukuk hayatına girmiş olup bu hatalı hükme mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nda rastlanamamaktadır.

Hükmün gerekçesi ise şöyledir: “*Yürürlükteki Kanunda bu maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur. Oysa uygulamada pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesinin yarattığı huzursuzlukları önleyecek bir hükme ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle yeni getirilen bu maddeyle, bir pay üzerinde intifa hakkı kurulması hâlinde diğer paydaşlardan biri üç ay içinde paylaşma talebinde bulunursa, satış yolu ile yapılacak paylaşmada, pay üzerinde intifa hakkı*

¹ ÖZMEN, E. Sabâ/BİLGİN YÜCE, Melek, “Kırk Akıllının Kuyudan Çıkaramadığı Taş: MK “Madde 700” Hükümüne Pay üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçlar”, *İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi*, 2007/3, s. 949-970.

bulunmaksızın satışın yapılması ve intifa hakkının söz konusu paya düşen bedel üzerinde devam etmesi esası getirilmiştir. Üç ay geçtikten sonra yapılacak paylaşma istemleri ise intifa hakkını etkilemeyecektir.”. Böylece oluşan huzursuzluk aşağıda anacağımız hatalı içtihattan kaynaklanmakta iken içtihat tamamen doğruymuş gibi TMK m. 700 hükmü düzenlenmekle çözüm bulunduğu zannedilmiştir.

Yargıtay’ın 1960 yılında verdiği hatalı içtihadı birleştirme kararı ise özetle şu şekildedir²:

*“İntifa hakkının hangi hallerde zeval bulacağı Medeni Kanun’un 720³ ve 721⁴. maddelerinde, hangi hallerde bedele inkılap edeceği de aynı Kanun’un 722⁵. maddesinde açıkça gösterilmiş bulunmaktadır. Ne bu hakkın sona ermesi, ne de bedele intikali sebepleri arasında gayrimenkulün şüyuunun giderilmesi maksadıyla satılması hali yer almış değildir. Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 571. maddesine göre şüyularının giderilmesine karar verilen menkul ve gayrimenkul malların İcra ve İflas Kanunu hükümleri dairesinde satılması gerekmektedir. **İcra ve İflas Kanunu’nun 125. maddesinde de gayrimenkulun üzerindeki irtifak hakları, gayrimenkul mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte, yani bu haklarla takyitli olarak satılacağı yazılıdır. Medeni Kanun ile Usul ve İcra ve İflas Kanunları, hükümleri hep birlikte mütaala edildiği ve intifa hakkının da irtifak hakkının bir nevi olduğu göz önünde tutulduğu takdirde, esas kaide olarak, mahkemece satılması suretiyle şüyuunun giderilmesine karar verilen bir gayrimenkulün intifa hakkı ile yükümlü olarak satılmasının kanunlara daha uygun olduğunun kabulü iktiza eder. Bu hal şekli intifa hakkının maliyetine ve kabulü ile güdülen gayeye de uygun olur. Ancak intifa hakkı sahibi muvafakat ettiği takdirde ki, gayrimenkul intifa hakkı ile takyitli olmaksızın satılabilir ve intifa hakkı da satış bedelinden takyitli hisseye isabet eden para üzerine geçer. Bunun aksinin kabulü intifa hakkı sahibini Medeni Kanun’un***

² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E. 1960/1, K. 1960/3, T. 14.3.1960. Benzer yöndeki kararlar için bkz. “...intifa hakkı ile yüklü olan taşınmaz malda ortaklığın giderilmesi suretiyle mülkiyet durumunun değiştirilmesi, intifa hakkının bedele dönüşmesi sonucunu doğurmamalıdır. Aksi hal, intifa hakkı sahibini yasanın kendisine tanıdığı olanaktan mahrum bırakmak olur ki, bunu da yasa elbette himaye edemez.”, Yargıtay 1. HD. E. 1988/12521, K. 1989/464, T. 26.1.1989; “Ortaklığının giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde intifa hakkı var ise bu hak sahibinin davaya dahil edilmesi zorunludur. Satış suretiyle ortaklığın giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde 4721 Sayılı TMK’nın yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden önce kurulmuş bir intifa hakkı varsa taşınmazın ... intifa hakkı ile yükümlü olarak satılması gerekir.”, Yargıtay 14. HD. E. 2014/15847, K. 2016/498, T. 19.1.2016; Yargıtay 14. HD. E. 2014/12215, K. 2015/4089, T. 14.4.2015; Yargıtay 14. HD. E. 2013/11698, K. 2013/11748, T. 17.9.2013; Yargıtay 1. HD. E. 1988/12174, K. 1988/14823, T. 26.12.1988, www.kazanci.com, 01.10.2016.

³ Karş. TMK m. 796.

⁴ Karş. TMK m. 797.

⁵ Karş. TMK m. 798.

kendisine tanıdığı bir haktan, yani hakkının taalluk ettiği gayrimenkulden istifade hakkından mahrum etmek demek olur ki, bunun da tervici doğru olamaz.

Bir kısım hisseleri intifa hakkı ile takyitli bir gayrimenkulün şüyuunun giderilmesine karar verilmesi halinde satışın intifa hakkı yokmuş gibi yapılmasına ve intifa hakkının satış bedelinden takyitli hisseye isabet edecek bedel üzerine intikaline karar verilmesinin caiz olmadığına, satışın Usul ve İcra ve İflas Kanunları uyarınca intifa hakkı ile yükümlü olarak yapılması gerektiğine ... karar verildi.”.

Aşağıda değineceğimiz gibi hükmün gerekçesinde hiçbir doğru ifade yer almamaktadır. Bu nedenle eleştiriler karşısında Yargıtay’ın yeni bir İBK vermesi gerekmektedir. Yargıtay’ın sonraki tarihli bir kararında⁶ “Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin payı üzerine intifa hakkı tesis etmesi o taşınmazın satışında **taşınmazı almak isteyenlerin adetini azaltabileceği gibi, değerini de düşüreceği kuşkusuzdur.** Uygulamada taşınmazın satışına mani olmak isteyen paydaşların bu yola başvurdukları muvazaalı olarak intifa hakkı tesis ettikleri sıkça rastlanan bir olgudur. İzale-i şuyu davası sonucunda satış aşamasına gelen taşınmazın payı üzerine baba tarafından oğul olan davalı, yararına intifa hakkı tesis edilmesinin bu amaca yönelik olduğunu ve muvazaalı bulunduğunu açıkça göstermektedir.” şeklinde doğru yönde karar verilmiş bulunmaktadır. Gerçekten de tüm paya bağlı intifa haklarının muvazaalı olduğu söylenemeyecekse de kötüniyetli paydaşlara andığımız yönde yol gösterdiği gerçeği kanıtlanmıştır. Doğru sonuçla pay üzerindeki intifa hakkının taşınmaz üzerindeki intifa hakkından farklı olarak paylı mülkiyetin sona ermesi davasında ortadan kalkacağı kabul edilmiş olsa idi, paya bağlı intifa hakları ancak gerçek irade beyanına uygun olarak kurulmuş olacak ve paylı mülkiyetin sona ermesi davasında bedele dönüşeceği kabul edilmekle diğer paydaşların mağduriyetine yol açmayacaktı. Aşağıda varacağımız sonuçlar çerçevesinde hatalı Yargıtay İBK yapacağımız eleştiriler karşısında zaten TMK m. 700 hükmünün anlamsızlığı da kendiliğinden anlaşılmış olacaktır.

⁶ Yargıtay 1. HD. E. 2001/7162, K. 2001/7453, T. 20.6.2001, www.kazanci.com, 01.10.2016.

B. Yargıtay İBK Eleştirisi

1. Paya Bağlı İntifa Hakkı Kurulabilir

Pay, taşınmaz olmayıp eşya üzerinde ilgisine tanınan bir haktır⁷. Ancak taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet payları, sadece bir hak olmasına rağmen taşınmaz gibi işlem görmektedir⁸. Pay üzerindeki mülkiyet hakkı, TMK m. 688/son “*Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir.*” hükmü gereği intifa hakkı ile yükümlendirilebilmektedir.

Paylı mülkiyet konusu taşınmazın tamamını kayıtlayan şekilde intifa hakkı kurulması mümkündür. Paydaşlardan birinin payı üzerinde tek başına ve diğer paydaşların rızasını almaksızın payında intifa hakkı kurması, diğer paydaşların haklarını ihlâl etmez. Şöyle ki, paydaş intifa hakkı ile payın kendisine sağladığı yetki içeriği ile ve bu konudaki hakkını aşmadan sınırlı aynî hak kurar ve bu da diğer paydaşların hukuk sahasını hiç bir şekilde etkilemez⁹.

Paylı malın tamamı üzerinde tüm paydaşların rızalarıyla paylı mülkiyet kararı olarak TMK m. 692 hükmünce yapılan resmi irtifak sözleşmesi¹⁰ ile (TMK m. 780/II) kurulan tüm irtifak hakları ve belirtmek gerekirse intifa hakkı, intifa hakkı sahibine taşınmazın tamamına dayalı olarak yararlanma ve kullanma hakkı sağlar¹¹. İrtifak hakkının paydaşların tümünün rızasıyla geçerli şekilde kurulması, sonradan paydaşlardan birinin paylı mülkiyetin sona ermesi davası açmasına engel olmaz.

Buna karşılık paya bağlı olarak, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde, kurulabilecek irtifak haklarında sonuçlar farklı olacaktır. Aynî hakkına konu pay mülkiyetini kısıtlayan paydaşın,

⁷ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, N. 1224.

⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 1224; ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 952. Taşınmaz paylarının hak sahiplerine sağladığı yetkiler için bkz. a.e., s. 953.

⁹ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 956.

¹⁰ Tapu Kanunu m. 26/I: “*Mülkiyete, mülkiyetin gayri ayni haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimaline elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisine vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*”

¹¹ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, İstanbul, Kazancı Kitapçılık, 1990, s. 34 vd.

diğerlerinin bu paya bağlı kurulan irtifak hakkına yönelik irade beyanında bulunmamış olmalarına dayalı olarak mağdur olmalarına yol açılmaz. Pay, (*ipotek hakkında olduğu gibi*) taşınmaz mal gibi işlem görse de niteliğiyle sınırsız sayıda tüm irtifak haklarına konu olamaz; bu konuda oluşabilecek olasılıklar işin niteliği gereği sınırlıdır.

İntifa hakkı, paya bağlı kurulmakla taşınmaz üzerinde kurulan intifa hakkı gibi tasarruf yetkisi dışında tam bir yararlanma ve kullanma hakkına sahip olunmaz. Yukarıda anılan Yargıtay kararını Roma hukukundan gelen bir ilke ile eleştirebiliriz: “*Hiç kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez - Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”¹². Bu nedenle payı üzerinde intifa hakkı tesis etmiş paydaş payda hangi haklara sahip idiyse intifa hakkı sahibi de o haklara sahip olacaktır¹³. Örneğin, paydaşlar TMK m. 691 hükmünce taşınmazı bir başkasına kiraya vermeye karar verdikleri takdirde payda intifa hakkı sahibi ne bu karara katılabilir ne de bu yönde dava açabilir. İntifa hakkı sahibi sadece, hukuki ürün olarak paya düşen kira bedelini talep edebilir. Bu kural, paydaşların yükümlülük ve külfetleri konusunda da geçerlidir. Örneğin, paylı mal olan bir tarlayı kullanılmasının zaman veya yer itibariyle verilmiş bir karara dayalı olarak fiziken bölen (*kayden şayi mahallen müstakil; haricen taksim*) veya zamana bağlı olarak sırayla her yıl ekip biçen paydaşlar, ekip biçtikleri kısma ilişkin ya da o yıl intifa hakkı sahibi bu kararın sonuçlarına bağlı olarak yararlanma hakkını sürdürebilir. Payda intifa hakkı sahibi, payda tasarruf yetkisini elde etmiş olmamakla bu kararın adil olmadığı veya taşınmazın tamamının kiraya verilerek daha yüksek gelir elde edilebileceği yolunda savlarla kararın değiştirilmesi yolunda talepte bulunamaz; meğerki dürüstlük kuralına aykırı olarak zarara uğratıldığı iddiasında bulunsun.

2. Paylı Mülkiyette Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi Davası Açılmasının Araştırmaya Esas Sonuçları

Paylı mülkiyetin sona ermesi davası, TMK m. 698/I hükmü gereği kanundan doğan bir taleptir. Bu talep, özel hukuk açısından taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamasını oluşturur¹⁴. Başka bir anlatımla, paydaşlardan birinin pay oranına bakılmaksızın dilediği anda

¹² ERDOĞMUŞ Belgin, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 93.

¹³ Paydan doğan hakların ne olduğu TMK m. 693/I hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre “*Paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir.*”.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, *Tekinay Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 614 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 1290 vd.; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, §16, N. 43 vd.; ERMAN,

malın paylaşılmasını talep edebilmesine yönelik bu hüküm, paylı mülkiyetin kanundan doğan kısıtlamalarından biridir¹⁵. Paylı mülkiyetin sona ermesi davasının açılması ile tüm paydaşların malın paylaşılmasına katlanma yükümlülüğü doğar.

TMK m. 731/I hükmünün “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.*” Konu başlığımız altında özel hukuk normundan doğan bu kısıtlamalara ilişkin olarak en iyi örneği paylı mülkiyetin sona ermesi davası oluşturur. Bu nitelikleme ile sonuç bellidir. Paylı mülkiyet ilişkisinde başlangıçta yer almasa da payı edinmiş tüm külli ve cüz’i halefler paylı mülkiyet birliğine dâhil olmakla paylı mülkiyetin sona ermesi davasına muhatap kalacaklarını bilmediklerini iddia edemezler; kıdeme itibar ilkesi gereğince kendi aynî hakkından önce geleceğini kabul etmelidirler. Yargıtay’a aşağıda sıralayacağımız eleştiriler arasında en güçlü veriyi bu ilkedен almaktayız. Buna göre katlanma yükümlülükleri intifa hakkı sahibini de bağlar ve her paydaş paylı mülkiyetin sona ermesi davası açılmasına katlanma yükümlülüğü altındadır. Bu başlık altında, intifa hakkı sahibi, açılacak paylı mülkiyetin sona ermesi davasının bir hak olarak her paydaşa tanınmış olduğunu ve bu hakkın kendi intifa hakkından önce geldiğini kabul etmek durumunda olacaktır¹⁶.

3. Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi Davasına Katlanmakla Yükümlü İntifa Hakkı Sahibi İkâme Değere (Bedele) İlişkin Hak Sahibi Olur

Paydaşlar için katlanma yükümlülüğü oluşturan paylı mülkiyetin sona ermesi davası, herhangi bir payda mevcut intifa hakkı için de sona erme anlamına gelir. Bu sonucun gerekçeleri ise özetle şöyle sıralanabilir: Paylı mülkiyetin sona ermesi davası taşınmaz mülkiyetinin kanuni kısıtlamalarındandır; dava ile paylı mülkiyet ilişkisi sona erdirilir ve böylece intifa hakkına konu olan pay ortadan kalkar; sona eren pay mülkiyetinin yerine satış bedeli hakkı ikâme değer (*surrogat*) olarak geçer ve pay üzerindeki intifa hakkı paya düşen satış bedeli üzerinde devam eder; davada pay üzerindeki intifa hakkının devam edeceği savunulamaz¹⁷.

Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 73 vd.; SİRMEN, Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 279 vd.

¹⁵ Paylı mülkiyetin sona ermesi davası, taşınmaz mülkiyetinin özel hukuk kaynaklı kısıtlamasını oluşturur. Açılan dava sonucunda alınan ilamın gereği olarak cebri artırma ile üçüncü kişilerin edinmesi halinde tek kişi veya davacı dışında paydaşlardan bazılarının birlikte pey ileri sürmesi halinde artık yeni bir paylı mülkiyet birliği oluşur.

¹⁶ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 961.

¹⁷ Ayrıntılı inceleme için bkz. ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 960 vd.

Paylı mülkiyetin sona ermesi davası sonucunda ortadan kalkan pay üzerindeki intifa hakkı, paya düşen satış bedeli, yani ikâme değer olan bedel üzerinde devam etmelidir¹⁸. Şöyle ki, paylı mülkiyette taşınmazın bütününde kurulmuş intifa hakkı TMK m. 692/I hükmü uyarınca tüm paydaşların irade beyanı sonucu tescil edilmektedir. Oysa pay üzerinde intifa hakkı kurulması, diğer paydaşların irade beyanı ile gerçekleşmediği gibi onların izinlerine de ihtiyaç duymaz. Böylece payda kurulan intifa hakkı sahibi, taşınmazın kanundan doğan kısıtlamasına katlanmakla yükümlü olmakla paylı mülkiyetin sona ermesi davasının hiçbir şekilde tarafı olamaz; yalnızca davanın izleyicisidir¹⁹. Sonuçta intifa hakkı sahibi paydaşa düşen bedel üzerinde hak sahibi olacaktır. Başka bir anlatımla, intifa hakkı sahibi, cebri artırma sonucu paya düşen satış bedelinin üzerinde tasarruf yetkisine sınırsızca sahip olamaz. Bedel paydaşa ait olurken ortadan kalkan pay üzerinde intifa hakkı sahibi ise o paya ilişkin bedelin hukuki ürünü (*semeresi*) olan faizin sahibi olur. Pay üzerindeki intifa yükümlüsü paydaş da bedelde devam eden intifa hakkına dayalı olarak hak sahibinin paranın hukuki ürünlerine sahip olmasına katlanmalıdır²⁰.

İkâme değer kuralının açıkça düzenleme konusu yapıldığı TMK m. 798/II hükmü de sağlam bir gerekçeyle ışık tutmaktadır²¹. Böylece intifa hakkı bakımından hukuki gerekçemiz bu hükme dayanmaktadır. İntifa hakkında taşınmazın kamulaştırma ve hasara dayalı sigorta tazminatında ikâme değer prensibi kabul edilmiştir. TMK m. 798/II hükmünce “*Sigorta ve kamulaştırma gibi durumlarda intifa hakkı, hakkın konusu yerine geçen karşılık üzerinde devam eder.*” şeklindeki hüküm bu konuda tartışmaya yer bırakmaz. Şöyle ki, hükümde geçen “*gibi*” sözcüğü, konu başlığımız altında en güçlü gerekçeyi vermekte olup pay üzerinde intifa hakkının, intifa konusu şey üzerindeki mülkiyetin sona erdiği benzer her durumda bunun yerine geçen şey üzerinden varlığını sürdüreceği anlamının çıkarılmasına imkân sağlamaktadır²².

¹⁸ SİRMEN, s. 287. Yazara göre “*aynî ikâme*” kuralı gereğince aynî hakkın konusunun bir başka şeye dönüşmesi ya da yerine bir başka şeyin geçmesi durumunda eskisine ilişkin hukuki durumun yenisi bakımından da aynen sürdürür. Bu kural, temel hukuk kurallarının bir istisnası olmakla ancak kanunda açıkça öngörüldüğü hallerde uygulanır.

¹⁹ Aradaki husumet nedeniyle paylı mülkiyet birliğinde muvazaalı işlemlerle düşük satış bedeline yol açılması halinde hâkimin müdahalesi dürüstlük kuralına aykırılık sonucu talebe konu olabilir.

²⁰ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 962.

Para değerindeki düşmelere karşı (*enflasyonist etki*) hâkimin müdahalesi ile faizin tamamının intifa hakkı sahibine ödenmemesi yolunda talepte bulunulabilir. Böylece para değerindeki enflasyon etkisiyle yaşanan kayıplar, ikâme değer bedelden mahsup ile hukuki ürün olan faizin bakiye miktarı intifa hakkı sahibine ödenir.

²¹ SİRMEN, s. 287.

²² SİRMEN, s. 288; ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 962. “*Şu halde, paylı mülkiyette malın paylaşılmasıyla ortadan kalkan payın yerine geçecek olan karşılık, üzerindeki paylı mülkiyet sona ermiş olan mal değil, malın aynen bölüşülmesi durumunda maldan, malın satılıp bedelinin bölüşülmesi durumunda ise satış bedelinden, payı intifa hakkıyla yüklü olan paydaşa düşen kısımdır. Dolayısıyla, paylı mülkiyet konusu malın paylaşılması, malın satılarak bedelinin bölüşülmesi biçiminde olmuşsa, pay üzerindeki intifa hakkı, satış bedelinden o payın sahibine düşen kısım üzerinde devam edecektir. Bu nedenle de, paydaşın, pay üzerinde intifa hakkının kurulduğunun*

4. Uygulamada Yargıtay Kararında Belirtilen Rahatsızlıklar

Yukarıda anılan hatalı içtihadında Yargıtay, tüm bilimsel-yasal temeli ve paylı mülkiyetin sona ermesine dayalı olarak cebri satışta ikâme değer ilkesini yok sayarak payda intifa hakkının varlığı ile temel hukuk ilkelerini sarsan bir karar vermiştir. Şöyle ki, payda kurulan intifa hakkı kötüniyetle kurulmamış olsa bile paylı mülkiyetin sona ermesi davası sonucu payda varlığını sürdürmekle intifa hakkı ile yüklü pay dışındaki diğer paydaşların mağduriyetlerine yol açmaktadır. Yargıtay'ın kararının bir an doğru olduğu kabul edildiğinde, paylı mülkiyetin sona ermesi dâvasında pay üzerindeki intifa hakkının payın satışına rağmen devam edeceğinin söylenmesi, bu sebeple ihalenin düşük bedel üzerinden yapılacağı fiilî karinesi karşısında diğer paydaşların buna katlanmasını gerektirir. Oysa hiç bir paydaş pay üzerinde kurduğu intifa hakkı ile diğer paydaşların mağduriyetine yol açamamalıdır. Çünkü, kişinin kendi hukuk sahasında gerçekleştirdiği işlemlerin olumsuz sonuçlarına, başka kişilerin katlanmasına yol açılmış olur²³.

Yargıtay tarafından ucuza taşınmaz edinme yolu yaratılmış olup bu yöndeki hatalı bir kararın kötüniyetli kişilere imkan sağlamaması düşünülemezdi. Şöyle ki, paylı mülkiyet paydaşı olarak payınızda muvazaalı işlemle intifa hakkı kurunuz. Buna karşı muvazaa iddialarının dinlenmediği hususu da içtihatlarla malum olmakla, sonrasında diğer paydaşlar da savunma amaçlı aynı yola gitmeden önce paylı mülkiyetin sona ermesi davası açınız. Bu durumda bir pay üzerinde intifa hakkı ile yüklü olarak cebri artırmaya çıkan taşınmazı ihalede kim alır ve ihale bedeli ne olur? Bu konuda sonuç belirlemek bu araştırmayı okuyan değerli hukukçuların aklıyla alay etmek olacaktır; hukukçu olmayanlar için ise sonuç belirlemek gerekirse, yapılacak ihalede pay kavramı olmamasına rağmen sanal bir pay varmış gibi intifa hakkı ile yüklü olarak bu taşınmazı payda intifa hakkı kuran paydaş dışında ihalede hiç kimse almak istemeyecektir. Alıcı aday, ihalede intifa hakkı ile yüklü pay sahibi ile pey arttırımına gidecek olsa da zaten taşınmazı gerçek değerinden almayacağı için diğer paydaşların zarar görmesi yine kaçınılmaz olacak; muhtemelen intifa hakkı ile yüklü pay sahibi dışında birlikte

kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde paylaşma isteyip istememesi, malın paylaşılması sonucu payın yerine geçecek olan şeyin niteliğini değiştirmesi söz konusu değildir.”, bkz. SİRMEN, s. 288.

²³ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 963.

pey ileri süren alıcı adaylarının gizli anlaşmalarını kimse engelleyemeyecektir. Nitekim Yargıtay 1. HD. isabetle bu sonucu saptamış bulunmaktadır²⁴.

Anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı ile hukukun asla hizmet etmek istemeyeceği kötünüyetli kişilere yol gösteren kararı kabul edilemez. Bu karara vücut veren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, doğru yönde verilmiş karar mevcut iken bilimsel yönü ile tartışması gerekirken salt aynî hakların mutlak hak olarak herkese karşı ileri sürülme özelliğine dayanarak karar vermesi kabul edilemez. Diğer vahim hata, kararın gerekçesinde İİK m. 125 hükmüne²⁵ yer verilmesi ile oluşmuştur.

İBK’da “*Medeni Kanun ile Usul ve İcra ve İflas Kanunları, hükümleri hep birlikte mütaala edildiği...*” yolunda gerekçe oluşturularak eleştirdiğimiz hatalı sonuca varılması kabul edilemez. Bu konuda yanılığa düşüldüğü takdirde medeni usul ve icra iflas hukuku kurallarının TMK’nın getirdiği kuralları değiştirdiği sonucuna varılmış olur ki, bu sonucun fahiş hatalara yol açması kaçınılmazdır²⁶. Örneğin, TMK’nın iyiniyetle hak kazanımına vücut veren kurallarından bağımsız olarak düşünüldüğünde, “*dava konusunun devri*” başlıklı HMK m. 125 hükmü²⁷ gereğince davalıdan aynî hak kazanmış üçüncü kişinin açılacak davada eşyayı iade etmesi gerektiği sonucuna varılır ki, emin sıfatıyla zilyetten taşınır veya tapu siciline güven ilkesi gereğince tapu kütüğündeki tescile güvenle iyiniyetle taşınmaz üzerinde mülkiyet veya bir başka aynî hakkı kazanmış (TMK m. 1023) üçüncü kişilere dava yöneltmesi halinde böyle bir iddianın savunulması abestle iştilal sonucu doğurur. Şöyle ki, böyle bir kazanıma bağlı olarak üçüncü kişilere dava yöneltmesinde davanın reddine karar verilmesi gerekir; aksi

²⁴ “*Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin payı üzerine intifa hakkı tesis etmesi o taşınmazın satışında taşınmazı alma isteyenlerin adetini azaltabileceği gibi, değerini de düşüreceği kuşkusuzdur.*”, Yargıtay 1. HD. E. 2001/7162, K. 2001/7453, T. 20.6.2001, www.kazanci.com, 01.10.2016.

²⁵ “*Artırma şartnamesinde taşınmazın, üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal eyleyeceği tasrih olunur. İpotek ve ipotekli borç senediyle temin edilmiş olupta bu suretle müşteriye devrolunan borçtan asıl borçlunun kurtulması alacaklının müracaat hakkının mahfuz olduğunu ihaleden itibaren bir sene içinde kendisine bildirmemiş olmasına bağlıdır. (K. M. 803) Taşınmaz rehinle temin edilmiş muaccel borçlar, müşteriye devredilmeyip satış bedelinden tercihen ödenir. Artırma şartnamesinde hangi masrafların müşteriye ait olacağı tasrih olunur.*”.

²⁶ Belirtmek gerekir ki, davanın açılmasından sonra dava konusunun davacı tarafından bir kimseye devredilmesi durumunda, bu kimsenin görülmekte olan davada davacı yerine geçeceğini ve davanın kaldığı yerden devam edeceğini söylese de, HMK maddî hukukun sonuçlarını değiştiren bir özelliğe sahip değildir. Bkz. ÖZMEN/AYDIN, s. 211.

²⁷ “(1) *Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir: a) İsterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur. b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür. (2) Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.*”

takdirde davacının HMK m. 125/I hükmünden doğan yetkiyi hatalı kullanması sonucu davalıya karşı davasını ıslah ile tazminat davası yürütmesi sonucu üçüncü kişiye karşı davayı kaybedecek ve kaybettiği dava sonucu yeniden önceki davalıya karşı tazminat davası açmak zorunda kalacaktır.

İİK m. 125/I hükmünde²⁸ taşınmaz üzerindeki haklardan bahsedilir. Hükmün düzenleme konusu içinde kendine has özellikleri ile istisnai düzenleme konusu yapılması gereken pay üzerindeki sınırlı aynî haklar, bu hüküm kapsamında asla değerlendirilemez. Sonuç olarak denilebilir ki, şekli hukuk kuralları, maddi hukuk kurallarını değiştirir boyutta yorumlanamaz. İİK'nın yalnızca taşınmazın bütününe kısıtlayan ve tüm paydaşlarca kurulmuş sınırlı aynî hakların varlığı halinde cebri artırmanın mutlak hak ilkesine saygı ile işlem gerçekleştirileceğini buyuran hükmünde hata yoktur.

Bu başlık altında uygulanacak normu TMK koymaktadır ve bu sonuç, paya bağlı kurulmuş sınırlı aynî hakların paylı mülkiyetin sona ermesi davasında ikâme değer ilkesine tâbi olmasını gerekli kılar. Aksi halde, intifa hakkı sahibine sadece payın içeriğini oluşturan yetkiler kapsamında hak sahibi kılar ve taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarına yüklü pay sahibi paydaşla birlikte katlanmayı zorunlu kılar. Tartışmasız bu sonuçla pay üzerindeki intifa hakkı sahibinin intifa hakkı yükümlüsü olmayan diğer paydaşların haklarını ihlâl yol açan hiçbir yorum kabul edilemez²⁹.

TMK m. 700 hükmünün gerekçesindeki huzursuzluk andığımız bu mağduriyetten doğmuştur. İntifa hakkı ile yüklü hak sahibi paydaş dışındaki diğer paydaşların mağduriyeti, Yargıtay İBK'nın TMK'nın gereği sonucu verilmiş olmasından hareketle TMK m. 700 hükmü TMK'da düzenlenmiştir. Oysa yukarıda sıraladığımız gerektirici nedenlerden ötürü oluşan mağduriyetin tek kaynağı Yargıtay'dır. TMK m. 731/I hükmündeki gerekçe, aynı niteliğiyle temel gerekçemiz olacakken bağışlayana dönme koşullu bağışlama şerhinin paya bağlı olarak kurulmasına bağlı olarak paylı mülkiyetin sona ermesi davasında şerhle yüklü ihaleye yol açan hatalı kararlarla TMK m. 700 hükmünün gerekçesindeki huzursuzluk bu şerhlerle ilgili de doğmaya başlamıştır. Aynı yöne çözüm arayışıyla TMK'da değişiklik yapmak yerine haklı

²⁸ İİK m. 125/I: “Artırma şartnamesinde taşınmazın, üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal eyliyeceği tasrih olunur.”

²⁹ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 963.

gerekçelerle ikame değer prensibi ile hatalı içtihatlardan dönülecek olursa kötünietli paydaşların yol açacağı hiçbir huzursuzluk yaşanmayacaktır.

III. Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Sözleşmeleri

A. Çalışmamızın Amacı

Yargıtay'ın andığımız hatalı kararları sonucu uygulamada sıkça paya bağlı intifa hakkı kurulmaya başlanmıştır. Kan bağı olan yakınlarına kurulan intifa haklarına muvazaa iddiaları da Yargıtay kararları da kabul görmemektedir. Kötünietli paydaşlar paylı mülkiyet konusu taşınmazı rayiç bedelinin altında elde edebilmek için aradığı hukuki dayanağı, TMK 700. madde değişikliği ile bulunan çözüm sonrası bu defa TBK m. 292/I hükmünde bulmuşlardır. TBK m. 292/II hükmünce bu sözleşmelerin şerhine olanak tanımakta olup, bu defa paylı mülkiyetin sona ermesi davası açmadan önce konmuş şerhin varlığı halinde cebri arttırmanın bu şerhle yüklü yapılması gerektiği yolunda verilen kararlar, rayiç bedelinin altında taşınmaz edinme fırsatını sunar olmuştur. Bu sonuçla da intifa hakkında olduğu gibi TMK m. 700 hükmü gerekçesinde ifade edilen rahatsızlıkların doğmasına sebebiyet verilmiştir. Yukarıda andığımız nedenlerden dolayı hatalı bulduğumuz intifa hakkına dayalı olarak verilmiş İBK'nın yarattığı sıkıntıların ve kötünietli kişilerin diğer paydaşların mağduriyetine yol açmasının bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmelerinde karşımıza çıkması üzüntü vericidir. Çalışmamız TMK m. 700 hükmüne vücut veren bir hatanın bir başka hata ile düzeltilmeye kalkışılmaması için kaleme alınmıştır.

B. Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Sözleşmesi

TMK m. 292/I hükmü gereğince “*Bağışlayan, bağışlananın kendisinden önce ölmesi durumunda, bağışlama konusunun kendisine dönmesi koşulunu koyabilir.*”. TBK m. 290/II hükmünün bir istisnası olan bağışlayana dönme koşullu (*rücu şartı ile*) bağışlama, bozucu koşula bağlı bir bağışlama olup koşul, bağışlananın, bağışlayandan önce ölmesidir. Hükmün amacı ise bağışlayanın sadece bağışlanan ile yakın ilişkileri bulunup onun mirasçılıyla bir ilgisi olmaması halinde bağışladığı şeyin bu mirasçılara geçmemesini sağlamaktır³⁰.

³⁰ TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 371, 372. Taşınırlarda bağışlayana dönme koşullu bağışlama elde bağışlama şeklinde yapılır. Fakat taşınmazlar üzerindeki aynı hakların bağışlayana dönme koşuluyla bağışlama yapılması halinde sözleşme resmi şekilde (*tapu sicil memuru tarafından*) düzenlenmedikçe geçerli değildir. Bkz. TANDOĞAN, s. 369; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 184.

TMK m. 292/II hükmünde gereğince ise “*Bağışlama konusu, taşınmaza veya taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin ise, bağışlayana dönme koşulu tapu siciline şerh verilebilir.*”. Bu düzenlemeyle bağışlayana dönme koşulunu şerhe vücut verilmiştir. Dönme koşulu tapu kütüğüne şerhedilerek üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek hale getirilir; bu düzenleme bağışlayanın korunması amacına yöneliktir³¹. Böylece dönme koşulunun oluşması halinde bunun şeyi devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi için tapu kütüğüne şerhi zorunlu hale getirilmiştir.

Şerh, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracığı için bağışlananın sağlığında taşınmaz üzerindeki aynı hakkı üçüncü kişiye devretmesi halinde üçüncü kişinin kazanımı, TMK m. 1023 hükmü gereğince bağışlayana karşı korunmaz. Bağışlayana dönme koşullu taşınmaz bağışlamasında bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi ve koşulun gerçekleşmesi durumunda sözleşme ortadan kalkar³² ve fakat mülkiyet, kendiliğinden bağışlayana dönmez; bağışlayan sadece bir “*condictio*”ya sahip olur³³.

1. Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Bozucu Koşula Bağlı Borçlandırıcı İşlem Niteliğindedir

Bu başlık altında dikkatle ayrılması gereken husus olarak, kazandırıcı işlem üst başlığı altında borçlandırıcı işlem (*taahhüt muamelesi*) ile tasarruf işleminin farklılığıdır. Araştırma konumuz ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıkta taşınmaz bağışı olarak, bağışlama sözleşmesi tasarruf işlemi ile ifa edilmektedir. Tapuda yapılan resmi senetle (*akit tablosu*) bağışlama konusu taşınmaz bağışlanan adına yapılan tescille mülkiyet devredilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, tescil TBK m. 243/I³⁴ ve Türk Sicili Tüzüğü m. 16/II³⁵ hükmü uyarınca bozucu koşula bağlanamaz. Tescil isteminin bozucu şarta bağlanamayacağı sonucu, karıştırılmaması gereken yönüyle, borçlandırıcı işlem hakkında geçerli değildir. Bozucu koşulun varlığı halinde ise borçlandırıcı işlemin ifası sonucu tasarruf işlemi tescilin yapılmasına engel yoktur. Ancak, bozucu koşulun sonrasında yarattığı belirsizlik ile gelecekteki (*atiye matuf*) kuşkulu (*meşkûk*) olgu gerçekleştiğinde mülkiyetin kendiliğinden selefeye dönmesi söz

³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 185.

³² HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 145; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 292.

³³ HATEMİ, Hüseyin, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, §4, N. 55; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 185.

³⁴ “*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.*”.

³⁵ “*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz.*”.

konusu olamaz. Bozucu koşul, başlangıçta geçerli borçlandırıcı işlemi, aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça, ileriye etkili etkili sona erdirir (TBK m. 173/III). Bozucu koşul gerçekleşinceye kadar halefin mülkiyetinde haklı bir sebeple kazandırma oluşturan malvarlığı değeri, bozucu koşulun gerçekleşmesinden sonra borçlandırıcı işlemin sona ermesi üzerine sebepsiz zenginleşmeye³⁶ vücut verir. Başka bir deyişle, başlangıçta geçerli borçlandırıcı işlemin sonradan bozucu koşulun gerçekleşmesi sebebiyle ortadan kalmasına (*condictio ob causam finitam*) dayalı olarak sebepsiz zenginleşme davasına vücut verilir³⁷. Çünkü artık borçlandırıcı işlem, TBK m. 77 hükmünün ifadesi ile haklı bir sebepten yoksun hale gelir. Dolayısıyla karşımızda iadeyi sağlamaya yönelik tek bir kurum vardır: TBK m. 77 vd. hükümlerinde düzenlenmiş sebepsiz zenginleşme kurumu.

Başlangıçta geçerli borçlandırıcı işlemin sonradan ortadan kalkması ile tasarruf işleminin geçersiz hale gelmemesi karşısında aynî hak kendiliğinden selefine dönmekte, selef sadece bu hakkın kendisine geri verilmesi yolunda kişisel talep hakkına kavuşur. Bu yönde taşınmazlar konusunda sebepsiz zenginleşme davası sonucu aynen iade talebi TMK m. 716/I hükmünde düzenlenme olan tescili isteme davası ile mümkün olur. “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.” şeklindeki hüküm uyarınca dile getirilen kişisel talep örneği alacak hakkına dayalı talepler dışında sebepsiz zenginleşme davasında da oluşur) Burada sözü edilen dava, istihkak davası (*rei vindicatio*) (taşınmazlarda TMK m. 1025 hükmü gereğince tapu sicilinin düzeltilmesi davası³⁸) değildir³⁹. Dolayısıyla bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesinde bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde bağışlayan, bağışlama konusu taşınmaz payının kendisine iadesini TMK m. 716/I hükmü uyarınca açacağı tescili isteme davasıyla ister. Oysa Yargıtay, Roma hukukunun klasik öğretisinin muhteşem bilgi birikimini yok sayarak hatalı sonuçlara varmaktadır. Sözleşmeden dönmede aynî etkili sonuçla illilik (*nedensellik*) prensibi buraya da taşınmaktadır. Böylece, açılacak davanın istihkak davası olması gerektiğine hükmedilmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere burada hukuki sebebin sonradan ortadan

³⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN/AYDIN, s. 190 vd.

³⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 952.

³⁸ Tapuya kayıtlı taşınmazlarda istihkak davasının fonksiyonunu, TMK m. 1025/I hükmü uyarınca açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davası yerine getirir. Bkz. OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1130.

³⁹ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 428; SEROZAN, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 94, 95 ve dn. 101. Hâlbuki EREN, s. 292’de istihkak davası açılması gerektiğini savunmuştur.

kalkması sonucu açılacak sebepsiz zenginleşme davası (*condictio ob causam finitam*) söz konusudur. TMK'nın sistemi açısından kanunun ruhu⁴⁰ da buna uygundur.

Bu noktada TBK'nın açık bir hükmüne dayanarak görüşümü açıklama istiyoruz. TBK m. 136/II, c. 1 hükmüne göre “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup...*” ifadesi uyarınca bu konuda tartışmaya yer bırakılmamıştır. Borçlandırıcı işlemin başlangıçta geçerli olmasına dayalı olarak sonradan ve fakat ifa ile yükümlü borçlunun en hafif ihmalinden bile sorumlu olmakla ortaya çıkan sonraki imkânsızlık sebebiyle sözleşme sona erer (TBK m. 136/I); ancak önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi, açık bir nitelikleme ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi olur. Görüldüğü gibi hukuki sebebin sonradan ortadan kalkmasının en açık örneği, kanuni temeli ile bu hükümde verilmiştir. Dolayısıyla pay mülkiyetinin söz konusu olduğu konu başlığımız altında bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesinde bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde bağışlayan, bağışlama konusu taşınmaz payının kendisine iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edecektir.

2. Bozucu Koşul Gerçekleştikten Sonra Payın Bağışlayana İadesi Sorunu

Yukarıda vardığımız sonuçları pay mülkiyetine uyarlayarak sonuç çıkarmak gerekirse: Pay, aynı hak objesi olarak bağışlayana dönme koşullu bağışlamaya konu olunca, bozucu koşulun gerçekleşmesi ile sebepsiz zenginleşme niteliği ile bağışlayana iadesi gerekecektir. Yukarıda taşınmaz mülkiyeti açısından sebepsiz zenginleşme davası ile verdiğimiz bilgiler, taşınmaz paylı mülkiyet paylarının taşınmaz gibi işlem görmesi sonucu bu konuda da geçerli olacaktır. Zenginleşme, zenginleşenin malvarlığında aynen mevcutsa şeyin aynen iadesi için sebepsiz zenginleşme davası açılmasına düşeceği temerrüt sonucu meydana vermek istemeyen zenginleşen, TMK m. 1013 hükmünce taşınmaz payının bağışlayan adına tescilini talep edecektir. Bu konuda davanın ilginç niteliği, yükümlü sıfatına dayalı ilginç nitelik uyarınca zenginleşen tarafın davalı bağışlanan değil, onun mirasçılarının olmasıdır. Çünkü bozucu koşul davacıdan önce (*bağışlayan*) bağışlananın ölmesidir. Böylece, tek mirasçı kalması olasılığında pay yine tek kişi mülkiyetine konu olacaktır (*tüzel kişiliği olasılığı da dâhil olmak üzere*).

⁴⁰ Kanunun özü yerine kanunun ruhu ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz. TMK m. 1/I hükmünde “öz” yerine “ruh” (*der Geist*) ifadesi kullanılmalıdır. Suyun özü H₂O, ruhu ise hayattır. Ruh ve öz tamamen farklı kavramlardır. Burada amaçlanan kanunun ruhudur.

Bağışlananın birden fazla mirasçısı olması halinde bu defa payda elbirliği mülkiyeti söz konusu olacaktır. Aynen mevcut değil ise, sebepsiz zenginleşme sonucu kanunda bu başlık altında düzenlenen iade kapsamında iadenin gerçekleştirilmesi gerekecektir.

Bu noktada ortaya çıkabilecek bir olasılık şudur: Dava açıldığı zaman payın mirasçılar adına tescili yaptırılmamış olabilir. Bu durum şu ana kadar söylediğimiz hiçbir şeyi değiştirmeyecektir. Çünkü TMK. m. 705/II “*Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.*” hükmü gereği bağışlanan paydaşın payını mirasçılar tescilsiz edinme yoluyla elbirliği mülkiyeti şeklinde kazanacaklardır. Böylece bağışlananın mirasçılarının adlarına bildirici tescil henüz yapılmamış olsa da davalı sıfatı mirasçılara ait olacaktır. Başka bir anlatımla, TMK m. 1013 hükmü gereğince mirasçıların tescil talebinde bulunmamaları halinde yaptırmadığı bildirici tescil, aleyhlerine dava açılmasına engel olmayacaktır⁴¹.

3. “Tapu İptal Davası” Şeklindeki Hatalı Adlandırma Altında Payın Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerince İadesine İlişkin Davasının Hukuki Sonuçları

Yukarıda andığımız sebepsiz zenginleşmeye dayalı borç ilişkisi uyarınca borcun aynen ifasında temerrüde düşülmesi halinde dava açılması kaçınılmaz olacaktır. Bu durumda davanın davacısı (*bağışlayan*), davalı mirasçılardan sebepsiz zenginleşme ile şeyin iadesini talep edecektir. İade, taşınmaza yönelik olarak TMK m. 716/I hükmünce tescili isteme (*tescile zorlama*) davası ile mümkün olacaktır. Uygulamada taşınmazın davacı adına tescilini sağlayan davalara “*tapu iptal davası*” ismi verilmektedir. Bu davalar sonucunda “*davalı adına kayıtlı tapunun iptali ve davacı adına hükmen tesciline*” ifadesi ile yapılan ilam, hukuki temelden yoksundur. Tescili isteme (*ferağa icbar*) ve yolsuz tescilin düzeltilmesi davası (*tapu sicilinin tashihi*) davaları hukuki sebebi ve dava sebebi tamamen farklı davalardır. Gece ile gündüz, ak ile kara kadar farklı iki davanın aynı isimle adlandırılıyor olmasının fahiş hatasını taşıyan bu uygulama kabul edilemez. Bu konuda Özmen’in de yer aldığı yazarlarca yayımlanan ayrıntılı

⁴¹ TMK m. 1013/II hükmüne göre “*Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.*”. Hükümde belirtilen eş değer belge, mirasçılık belgesidir (*veraset ilamı*).

makalede⁴² Yargıtay'ın ve doğal olarak ilk derece mahkemelerinde yerleşik biçimde kullanılan “*tapu iptal davaları*” tabirinin ne kadar hatalı olduğu vurgulanmıştır⁴³.

Tescili isteme davasına ilişkin özellikleri vurgulamak gerekirse⁴⁴;

- Davacı, alacak hakkına dayanır. Alacak hakkı uyarınca borçlu bağışlananın mirasçılarından, adına yapılacak tescille payın iadesi borcunu ifa etmelerini ister.
- Davalı taşınmaza ilişkin aynî hakkı devir/kurma yükümlülüğü altındadır.
- Zamanaşımına tabidir⁴⁵.
- Şerhi TMK m. 1010/1 hükmüncü çekişmeli hakların korunması “*niteliğinde yapılır*”.
- HMK m. 125 hükmüne göre davacı, dava aşamasında dava konusunu devredebilir.

Sonuç olarak söylenebilir ki, tescili isteme davasında (TMK m. 716) davayı davacı lehine sonuçlandıran hüküm “*taşınmaz mülkiyetinin davacıya aidiyetine ve talebi halinde bildirici tescilin adına yapılmasına*” şeklinde olmalıdır. Buna karşılık yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında ise hüküm “*davacı adına yolsuz tescilin düzeltilmesine ve talebi halinde bildirici tescilin adına yapılmasına*” şeklinde yazılmalıdır.

C. Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Sözleşmesinin Bağışlananın Tasarruf Yetkisine İlişkin Etkileri

Bozucu koşula bağlı sözleşmelerin bir tasarruf işlemi ile ifasında alacaklı taraf mutlak niteliğiyle malik olur ve mülkiyet karinesi hiçbir sakatlık barındırmaksızın karşı tarafının lehine işler. Böylece bağışlanan, bağışlama sözleşmesinin geçerli ifası sonucu kazandığı mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkiyle bağışlanan eşya üzerinde tam bir tasarruf yetkisi sahibidir.

⁴² ÖZMEN, E. Sabâ/AYDIN, Gülşah Sinem, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, İstanbul, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 2014/6, s. 179-215.

⁴³ ÖZMEN/AYDIN, s. 179-215.

⁴⁴ Ayrıntı için bkz. ÖZMEN/AYDIN, s. 197 vd.

⁴⁵ Yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir.

Bozucu koşul, hiçbir şekilde tasarruf yetkisi kısıtlaması oluşturmaz. Taşınmazlar açısından bağışlanan, bağışlayanla yaptığı resmi senet ve birlikte yapılan tescil talebi sonucu taşınmaz mülkiyetini yevmiye defterine yapılan gün, saat ve dakika itibariyle kazanır ve TMK m. 992 hükmünün kendisine bahsettiği mülkiyet karinesine sahip olmakla taşınmaz üzerinde tam bir tasarruf yetkisine kavuşur. Böylece bağışlanan, kimsenin muvafakati aranmaksızın mülkiyeti devredebileceği gibi taşınmaz üzerinde sınırlı aynî haklar da kurabilir. Bozucu koşulun gerçekleşmesine bağlı olarak üçüncü kişilerin (*bağışlanan halefi olarak taşınmazda aynî hak sahibi olan kişilerin*) bağışlayanın hukuki yararını ihlal ettikleri iddia edilemez. Bu konuda iyiniyetli olmama olgusu iddiasına da yer olmaz. Çünkü bağışlanan halefi olan üçüncü kişiler, hiçbir sakatlık olmaksızın, mülkiyet karinesi uyarınca taşınmazın malikinden aynî hak edinmiş olmakla bozucu koşula dayalı olarak bağışlayan selefin hiçbir hakkını ihlal konumunda olamaz. Şöyle ki, sözleşme tarafları arasında borç doğurur; borç ilişkisinden doğan alacak hakkı nisbiliği niteliği gereği ancak borçlusuna karşı ileri sürülebilir. Yukarıda vardığımız sonuçla bozucu koşulla başlangıçta geçerli olarak yapılan borçlandırıcı işlemin sonradan ortadan kalkması, sözleşmeden doğan alacak hakkı ile iade talebine yer vermeyip, başka bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcuna vücut verir.

Taşınmazın mülkiyeti hala bağışlananda ve de taşınmaza ilişkin sınırlı aynî hak kurulması veya şerhe bağlı bir hak tanınması söz konusu olmadığında taşınmazın iadesinde sorun yaşanmayacaktır. Buna karşılık zenginleşme konusunun aynen iadesi mümkün olmadığında mirasçılarının, mirasbırakanın bozucu koşulla yapılmış sözleşmesinin tarafı olmakla, iyiniyetle zenginleşen olamayacaklarından TBK m. 79/II hükmü uyarınca iade ile yükümlü olacaklardır. Buna göre “*zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür*” hükmü gereğince zenginleşmenin tamamı, likit olmamakla hâkim kararıyla hesaplanacak değere ilişkin olacaktır.

Bağışlanan, mülkiyeti devretmemiş ve fakat sahip olduğu mülkiyet karinesi uyarınca sınırlı aynî hak ve şerhe konu işlemler yapmış ise bu durumda da muhataplarının, iyiniyete bakılmaksızın, taşınmazın mülkiyetinin aynen iadesi ile birlikte bu kayıtlamalara katlanmakla yükümlü olması gerekir. Alt başlıkta inceleyeceğimiz şerh, taşınmazlara ve konu başlığımız altında taşınmaz gibi işlem gören paya bağlı olarak anılan sakıncaların doğmaması için kanun koyucu tarafından düzenleme konusu yapılmıştır.

Aşağıda ayrıca varlığına değineceğimiz Yargıtay 6. HD.’nin “*Bu nedenle mahkemenin rücu şartlı payların satış bedelinin bankaya yatırılmasına ve paranın semeresinin pay sahibine*

ödenmesine ve bağışlayan öldükte ana paranın bağışlanana verilmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” şeklinde verilen karar doğru değildir. Bu yönde bir karar, ancak payda intifa hakkı olması halinde mümkündür. Bankada yatan paranın faizinin hukuki ürün (semere) niteliğiyle intifa hakkı sahibine verilmesinde doğru olan sonuç, bağışlayana dönme koşullu bağışlamada kabul edilemez. Yukarıda verdiğimiz gerekçeler doğrultusunda lehtar bağışlananın yalnızca faize hak kazanacağı yolunda gerekçe oluşturulamaz. Bağışlanan, paya ikame değer paranın hak sahibi olup bankada hukuki ürün elde edecek şekilde değerlendirilmesi yolunda yükümlü olamaz. Onun yükümlülüğü, yalnızca bozucu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte malvarlığında sebepsiz zenginleşme oluşturulan bedeli iyiniyetli olmama haline bağlı olarak koşulun gerçekleştiği andan itibaren TBK m. 117 hükmü gereğince kanuni faiziyle iade etmekten ibarettir. Bozucu koşulun hükümlerinin ileriye etkili olması sonucu bağışlananın bankada hukuki ürün faiziyle değerlendirme kararı almış olduğu varsayımında, bozucu koşulun gerçekleştiği ana kadar elde etmiş olduğu faizleri de iade etme yükümlülüğü altında olmayacaktır.

D. Paya Bağlı Dönme Koşullu Bağışlama Sözleşmesi Yapılmış Olması Ve Bunun Şerh Edilmesi Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi Davası Açılmasına Engel Oluşturmaz

Taşınmazın bütününde sınırlı aynî hak ve şerhe bağlı hakkın varlığının, paylı mülkiyetin sona ermesi davasına engel olmadığını yukarıda belirttik. Böyle bir hukuki işlemi TMK m. 692 hükmünce oybirliği ile yapmak durumunda olan paydaşlar, sonrasında açılan paylı mülkiyetin sona ermesi davasında bu sınırlı aynî hak ve şerhin, taşınmazın değerine olan olumsuz etkisini davaya engel olarak ileri süremezler. Aynı şekilde paylardan birinde mevcut sınırlı aynî hak ve şerhe bağlı hakkın varlığı da paylı mülkiyetin sona ermesi davasının açılmasına engel olamaz. Bu durumda TMK m. 731/I hükmünün yüklü pay dışında diğer paydaşların haklarını olumsuz etkilememesi sonucuna bağlı olarak ikame değer ilkesinin geçerliliğinde duraksama olamaz.

Belirtmek gerekir ki, paya bağlı sınırlı aynî hak ve şerhin varlığı halinde paylı mülkiyetin sona ermesi davasının davacısının kim olduğunun bir önemi bulunmaz. Eş deyişle, paya bağlı sınırlı aynî hak veya şerh oluşturmuş paydaş da paylı mülkiyetin sona ermesi davası açabilir. Ancak andığımız rahatsızlıkları muvazaalı işlemiyle yaratan paydaşın açtığı davanın dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle reddedilmesi gerekeceği görüşünderiz.

Diğer paydaşların mağduriyetine yol açacak şekilde gerçekleştirdiği muvazaalı bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesi ile ucuza edinmek arzusu ile paylı mülkiyetin sona ermesi davasını açmak, dürüstlük kuralı ihlalidir. Muvazaalı işlem, paylı mülkiyetin sona ermesi değildir; muvazaa, bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesinde gerçekleştirilmektedir.

Hâkimin vicdani kanaatiyle altsoya yapılan bağışlayana dönme koşullu bağışlamalar ve şerhi muvazaa içermektedir. Ölümü üzerine zaten mirasçısı olacak kişiler lehine yapılan bağışlayana dönme koşullu bağışlamalar, zaten denkleştirmeye tabi olmakla ve de TBK m. 127 hükmünce alacaklı ve borçlu sıfatının borcu sona erdirecek paylaşım sorunları açısından muvazaanın başka bir delil gerektirmeksizin kabulü sonucunu doğurmalıdır. Bağışlamanın ivazsız olmakla bağışlama sebepli (*causa donandi*) yapılmasında bağışlanan şeyin, bağışlanana dönmesinde özel saiklerin varlığını araştırmak gerekir. Örneğin, bağışlanana karşı minnet duygusu ve fakat kendisinden önce ölümü üzerine mirasçılarının terekeden ayırarak buna kavuşamaması amacıyla bu saikin muvazaa iddialarının varlığı karşısında önemle irdelenmesi gerekir. Muvazaa iddiasını ön sorun olarak inceleyecek hâkimin, bağışlayana dönme koşullu bağışlamadaki samimiyeti konusunda titiz bir inceleme yapması gerektiği açıktır.

Diğer yönden, muvazaalı olmayan bağışlayana dönme koşullu bağışlamalarda paylı mülkiyetin sona ermesi davasının reddini cevap dilekçesindeki itirazla savunmak mümkün olmayacaktır. Diğer bir paylı mülkiyetin sona ermesi davası engeli söz konusu olmadıkça tarafların paylı mülkiyetin sona ermesi davasına katlanma yükümlülüğü, sadece paylı mülkiyet ilişkisinin sonlanması açısından olup tüm bu makalemizde ortaya koyduğumuz üzere payda mevcut bağışlayana dönme koşullu bağışlama şerhinin yarattığı sonuçla bu şerhle yüklü ihaleye katlanmaları da gerekmez.

E. Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlamanın Şerhine Bağlı Sonuçlar

1. Kanuni Düzenleme

Kişisel hakların şerhine ilişkin TMK m. 1009/I hükmü ile getirilen düzenleme şu şekildedir: “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.*”. Hükümde kapalı adet ilkesi (*numerus clausus*) ile sınırlı sayıda sayım yapılmamış, “*gibi*” ifadesiyle şerhlerin bu kanun başlığı altında ayrıca

düzenlenebileceğine hükmedilmiştir. Hükümün düzenlenme amacı, kişisel hakların şerhinin ancak kanunla yaratılabileceği hususudur.

TMK m. 1009/I hükmündeki “... ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar” ifadesinden kişisel hakların düzenlendiği maddelerin de şerh edilebileceği anlaşılmaktadır. Hükümde açıkça sayılmamakla birlikte ilgili kanun maddesinde düzenlenen şerhlerden birisi de TBK m. 292 hükmünde düzenlenen bağışlayana dönme koşullu bağışlamadır. TMK m. 292/II hükmünde gereğince ise “Bağışlama konusu, taşınmaza veya taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin ise, bağışlayana dönme koşulu tapu siciline şerh verilebilir”. Burada nisbi hakkın güçlendirilmesi etkisi görülür⁴⁶.

2. Şerhin Etkisi

a. Şerhin Konusu Kişisel Hak

Şerhin konusu kişisel hak, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebine dayalı alacak hakkıdır. Kanun koyucu, şerh ile sebepsiz zenginleşmeye ilişkin alacak hakkı bakımından taşınmazın aynen iadesine olanak tanımak istemiştir. Alacak hakkının nisbiliği uyarınca alacak hakkı yalnızca borçlusuna karşı ileri sürülebilir. Dolayısıyla TBK m. 292/II ve TMK m. 1009/I hükmü gereğince şerh edilmemiş bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmelerinden doğan aynen iadeye yönelik alacak hakkının nisbiliği ilkesince sadece bağışlananın mirasçılarına karşı ileri sürülebilir. Bağışlananın mirasçıları, şerh mevcut olmasa da külli halef olarak mirasbırakana ait iade borcundan sorumludur. Ancak şerh, bağışlananın bozucu koşula bağlı iade borcu ile çelişen tasarruf işlemlerine karşı hukuki koruma sağlama işlevini görür. Doğal olarak şerhin, bağışlanan malikin üçüncü kişilere tanıdığı aynî haklara karşı (*paya bağlı mülkiyet devri, intifa, ipotek, taşınmaz yükü*) koruma sağlar. Bir başka deyişle, bağışlananın sağlığında külli halef mirasçılarının kazandırdığı aynî haklara karşı mirasçıların, şerhin varlığı sonucu iade ile yükümlü olacakları açıktır. Böylece bağışlananın, şerhe rağmen sahip olduğu mutlak tasarruf yetkisiyle bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesinden doğan iade borcu ile çelişen tüm tasarruf işlemlerine bağlı olumsuzluklara karşı bağışlayanın korunması sağlanmıştır.

⁴⁶ HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 428.

b. Şerhin Etkileri

Şerhin etkileri öğretide iki başlık altında değerlendirilmektedir. Eşyaya bağlı borç etkisi⁴⁷ ve munzam etki⁴⁸ olarak adlandırılan bu etkiler için yine araştırmanın hacmi karşısında ayrıntılı açıklama yapmayarak genel eserlere yollama yapmaktayız⁴⁹.

Bağışlayana dönme koşullu bağışlamalarda hem bağışlanan hem de bağışlananın ölümü üzerine tescilsiz edinme-miras yolu ile mülkiyetini edindikleri payın adlarına bildirici tescille intikalini yaptıran mirasçılarının TMK m. 992 hükmüne dayalı aynî hak karinesinden yararlanmaları sonucu (*yolsuz tescile vücut vermediğini belirtmiş*) yaptıkları tasarruf işlemlerine karşı koruma sağlamıştır.

Koruma etkisini şu şekilde gösterir: Paya bağlı olarak yapılabilecek tasarruf işlemleri işlemleri sınırlar. Çünkü Roma hukuku temelli “*Hiç kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez.*” ilkesi aksine imkân vermez. Satış, bağışlama, mal değişimi gibi işlemlerle payın devri dışında sınırlı aynî hak olarak ancak intifa, taşınmaz yükü ve ipotek kurulabilir.

Eşyaya bağlı borç etkisi, temelde yatan bozucu koşulun varlığına dayalı olarak bağışlananın sağlığında taşınmazla ilgili tasarruf işlemi yapması halinde etkisini göstermez. Tapu kütüğünde şerhe rağmen payı (*eşya olarak*) devralan, eşya ile birlikte sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcuna katlanma yükümlülüğünü de edinmiş olur. Talih ve tesadüfe bağlı boyutla, bağışlayan bağışlanandan önce ölmesi halinde şerh, hukuki değerini kaybeder (*TMK m. 1026 kıyasen*); bozucu koşul etkisini bağışlananın bağışlayandan önce ölümü üzerine gösterir ve böylece bağışlayana payı sebepsiz zenginleşme hükümlerince aynen iade ile yükümlü olur. Buna karşılık bağışlanan veya onun mirasçıları, bağışlananın bağışlayandan önce ölümü halinde intifa, taşınmaz yükü ve ipotek işlemlerini paya bağlı olarak gerçekleştirmiş olmaları durumunda aynen iade borcunu munzam etki ile takyidatsız gerçekleştirme yükümlülüğü uyarınca bağışlananın mirasçılarına karşı yürütülecek olan dava ile aynî hakların terkinini sağlayabilir.

⁴⁷ Kişisel hakkın kaynaklandığı borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün taşınmazın mülkiyetine bağlanması, böylelikle kişisel hakla ilgili borç ilişkisinin eşyaya bağlı borç haline gelir. Şerhten sonra taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti döneminde doğacak borçtan sorumludur.

⁴⁸ Şerhin ikinci etkisi, şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamasıdır. Bu etki, TMK m. 1009/II hükmünde düzenlenmiştir.

⁴⁹ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 384 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1037 vd.; SİRMEN, s. 202 vd.; eşyaya bağlı borç için bkz. EREL, Şafak, *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fak. Yayınları, 1982, s. 37 vd.

Bu noktada dikkat çekmek istediğimiz husus, paya bağlı olarak şerhin varlığına rağmen kurulan sınırlı aynî haklar hiçbir şekilde geçersizlikle sakat değildir. Munzam etki ile anılan sınırlı aynî hakların terkinini talep, kişisel hak olarak kullanılma yönünde zorunluluk yaratmaz. Eşyaya bağlı borç etkisi ile payın adına tescilini TMK m. 716 hükmünce şerhin etkisi ile bağışlananın cüzi haleflerine karşı açılan dava sonucunda adına tescilini sağlayan bağışlayan, bu hakka saygı ile terkinini talep etmeyebilir. Örneğin, bağışlanan adına payın tescil edilmesinden sonra intifa hakkının ve irat şeklindeki taşınmaz yükünün ya da ipotegin -ipotek lehtarına karşı ivazla borcu üstlenmekle- terkinini munzam etkiyle talep etme arzusu duymayabilir. Eşyaya bağlı borç etkisi ile payın mülkiyetinin adına tescilini sağlayan bağışlanan, bildirici tescili adına yaptırarak mülkiyet karinesini adına işletir. Bundan sonra TMK m. 992 hükmü uyarınca mülkiyet karinesi ile munzam etkiye dayalı hakkını kullanabilir. Böyle bir sonucu arzu etmediği takdirde pay sahibi olarak intifa hakkına, taşınmaz yüküne katlanma yükümlülüğü altında olarak eğer varsa bu sınırlı aynî hakların iradına (*hukuki ürüne*) kavuşacak; ipotek konusunda ise borcun teminatına katlanabilecektir.

F. Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Şerhinden Sonra Açılan Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi (İzale-i Şuyu) Davasına Bağlı Sonuçlar

1. Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi Davası Sonucu TMK m. 731/I Hükmüne Tabi Olma

İntifa hakkının paya bağlı kurulmasında da temel gerekçemizi oluşturan TMK m. 731/I hükmü gereğince “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.*”. Bu kural taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan özel hukuk kısıtlamasıdır⁵⁰. Bu konuda tapu kütüğüne beyan veya düşünceler sütununa yazım gibi uyarı olmaksızın her paydaş, paylı mülkiyetin sona ermesi davası açılabileceğini bilmesede bunun sonuçlarına; paydaşla tasarruf işlemi gerçekleştiren üçüncü kişiler de (*üçüncü kişi ile paylı mülkiyet birliği dışındaki tüm kişiler kastediliyor*) mülkiyetini devralma, paya bağlı intifa, taşınmaz yükü, ipotek ve konu başlığı altında şerh lehtarı olma sıfatıyla paylı mülkiyetin sona ermesi davasına katlanmak durumundadır.

⁵⁰ Kanundan doğan kamu hukuku kısıtlamaları kişilerin aralarında yaptıkları sözleşmelerle bertaraf edilemezken, TMK m. 731/II hükmü gereğince kanundan doğan özel hukuk kısıtlamalarının kişilerin resmi şekilde düzenletecekleri sözleşme ve bunun tapu kütüğüne şerh verilmesiyle ortadan kaldırılması ya da değiştirilmesi mümkündür. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1937. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay İBK E. 1949/6-19, K. 1951/3, T. 16.5.1951, www.kazanci.com, 01.10.2016.

Bu sonucun aksini kabul etmek mümkün olmamalıdır. Şöyle ki, intifa hakkında yukarıda andığımız hatalı sonucuyla bağışlayana dönme koşullu bağışlama şerhine ilişkin olarak da paylı mülkiyetin sona ermesi davası sonunda cebri arttırma sonucu yapılan ihalede bu şerhin etkisini sürdüreceği sonucuna varılırsa alıcı satışa çıkan şerhli payın bozucu koşuluna niçin katlansın ve tesadüfe bağlı boyutta maceraya atılsın? Unutulmamalıdır ki, Roma hukukunun tecrübesi ile gelen TMK m. 731/III hükmü bu yöndeki rahatsızlıklara imkân tanımaz. Rahatsızlığı yaratan bu ilkeyi göz ardı ederek hatalı sonuca yol açan Yargıtay'dır.

Bağışlayana dönme koşullu bağışlamada şerhten sonra açılan paylı mülkiyetin sona ermesi davasında da şerh, TMK m. 731/I hükmünce hukuki değerini kaybeder. Ancak bu noktada dikkat edilirse bağışlayan alacak hakkını kaybetmez. Şöyle ki, paylı mülkiyetin sona ermesi davası açıldığı sırada bağışlanan, henüz bağışlayandan önce ölmemiş bulunmakla paylı mülkiyetin sona ermesi davası sonucunda ihale bedelinden payına düşen bedeli iktisap eder. Ancak ikâme değere kavuşmakla bozucu koşulun etkisi altında bağışlayandan önce ölmesi olasılığı karşısında sebepsiz zenginleşme davasının davalısı olduğu konusunda iyiniyetli zenginleşen konumunda olmaz. Sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince şerhin güvence altına aldığı TMK m. 716 hükmüne tescili isteme davası, artık paylı mülkiyetin sona ermesi davasıyla temelinde pay kalmamakla konusuz kalır. Diğer yönden, alacağın aynen iadesinin mümkün olmaması üzerine yerine geçen ikâme değere ve hatta burada iyiniyetli zenginleşmeden söz edilemeyeceği için de TBK m. 117 hükmünce iade kapsamının genişlemesi sonucu temerrüt faizi ikâme değer bedelin elde edildiği tarihten başlayarak tahakkuk eder.

Yargıtay'ın fahiş hatalı olarak taşınmaz satış vaadi şerhi ile ilgili verdiği kararların yansıması sonucu⁵¹ bağışlayana dönme koşullu bağışlama şerhinin paylı mülkiyetin sona ermesi davasından önce veya sonra açılmasının vardığımız sonuç açısından hiçbir farklılık taşımayacağı açıktır. Şerhin etkisini kurulduğu tarihten sonra göstereceği yolunda savlar geçerli olamaz. Şöyle ki, söz konusu hatalı kararlardan kurtulunmasını sağlamak için önceden

⁵¹ “Taşınmaz birden çok satış vaadine konu olmuşsa, geçerliliğini korumak şartıyla ilk yapılan sözleşme geçerlidir, sözleşmenin tarafı hak sahibidir, tapuya şerh verilmesi sonucu etkilemez. Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesih hale gelmedikçe ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medeni Kanununun 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyeran olunabilir.”, Yargıtay 14. HD. E. 1987/4244, K. 1988/6494, T. 13.10.1988; “Noterlerin şekline uygun olarak düzenledikleri bu tür sözleşmelerin taraflardan birinin talep etmesi üzerine ilgili taşınmazın siciline şerh olanağı vardır. Sözleşmenin tapu siciline şerh edilmiş olması vaad alacaklısına aynı bir hak sağlamaz ise de bu şerh kendisine taşınmazda sonradan hak sahibi olanlara karşı kişisel hakkını ileri sürme olanağı verir.”, Yargıtay 14. HD. E. 2006/9207, K. 2006/9484, T. 21.9.2006. Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 14 HD. 13.4.2000, E. 2000/2066, K. 2000/2448, T. 13.4.2000; Yargıtay 14. HD. 1.3.2004, E. 2003/8604, K. 2004/1301, T. 1.3.2004; Yargıtay 2. HD. E. 1988/8129, K. 1989/1227, T. 7.2.1989, www.kazanci.com, 01.10.2016.

yayımlanmış bir makalede⁵² de ifade ettiğimiz üzere, söz konusu içtihat borç ilişkisinin nisbîliği temel hukuk kuralını ihlâl etmektedir. Türkiye’de yaklaşık 1700 adet noter bulunduğuna göre bir kimsenin güvenli şekilde tapu edinebilmesi için tüm noterleri tek tek dolaşarak, bütün işlemlerini yevmiye defterinden tek tek inceleyerek (*hatta ilgili belgelerin “cilbent” adı verilen klasörlerden bulunarak*) söz konusu taşınmazla ilgili bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapıp yapılmadığının araştırılması gerekir. Kaldı ki, TBK m. 146 hükmü uyarınca zamanaşımı süresinin on yıl olduğu göz önüne alınacak olursa, noterlerde yapılacak bu araştırmanın son on yıla yayılması ve zamanaşımının durma ve kesilmesi gibi haller de dikkate alındığında Türkiye’deki tüm noterlerin kuruluşundan bu yana işlemlerinin incelenmesi gerekecektir⁵³.

2. Yargıtay Kararları İle Dayandığı Gerekçe

Yargıtay 6. HD. 1980 tarihli bir kararında⁵⁴ “**Taşınmazın bağışlama şartı ile yükümlü olarak satılması mümkün değildir.** ... Paylarda rücu şartı ile hibe olması ortaklığın giderilmesini önleyen ve ortaklığın idamesini gerektiren bir hal değildir. ... intifa haklarında olduğu gibi, taşınmazın hibe şartı ile yükümlü olarak satılması da mümkün değildir. Zira satışla üçüncü şahsa geçen taşınmaz mülkiyetinde evvelki maliklerin kendi aralarında yaptıkları rücu şartı ile hibe mülkiyetin kanuni takyitlerinden olmadığından aynen intikal ettirilemez.” karar vermişken, Yargıtay 6. HD. 1999 tarihli bir kararında⁵⁵ “**Satış suretiyle ortaklığın giderilmesi istenen taşınmazda, davalının payının önceki malikten rücu şartıyla bağış suretiyle iktisap edilmiş olduğu anlaşıldığına göre; satışın “rücu şartıyla yükümlü olarak” yapılmasına karar vermek gerekir.**” yönünde karar verilmesi, yukarıda vardığımız tüm hukuki sonuçlara aykırı olarak intifa hakkında olduğu gibi hatalı bir İBK vücut vermekte, bunun yaratacağı huzursuzluğu TMK m. 700 hükmünde olduğu gibi hatalı bir hükümlerle giderme yolunda çözüm arayışlarına gitmeksizin karardan dönülmesi yolundaki tavsiyemizle makalemizi sonuçlandırıyoruz.

⁵² ÖZMEN, Saba/YÜCE, Melek, “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş günü Armağanı*, İstanbul, 2001, C. II, s. 952-998. Ayrıca bkz. ÖZ, Turgut, “Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Satış Vaadinin Önceliği ve Bu Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 727 vd.

⁵³ ÖZMEN/YÜCE, s. 955 vd.

⁵⁴ E. 1980/1883, K. 1980/6550, T. 23.6.1980, www.kazanci.com, 01.10.2016.

⁵⁵ E. 1999/3321, K. 1999/3918, T. 29.4.1999, www.kazanci.com, 01.10.2016.

KAYNAKÇA

- ARPACI, Abdülkadir, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, İstanbul, Kazancı Kitapçılık, 1990.
- AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- ERDOĞMUŞ Belgin, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- EREL, Şafak, *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fak. Yayınları, 1982.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- ERMAN, Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2012.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- HATEMİ, Hüseyin, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.
- ÖZ, Turgut, “Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Satış Vaadinin Önceliği ve Bu Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 727 vd.
- ÖZMEN, Saba/YÜCE, Melek, “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş gününü Armağanı*, İstanbul, 2001, C. II, s. 952- 998.
- ÖZMEN, E. Sabâ/BİLGİN YÜCE, Melek, “Kırk Akıllının Kuyudan Çıkaramadığı Taş: MK “Madde 700” Hükmünce Pay üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçlar”, *İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi*, 2007/3, s. 949-970.
- ÖZMEN, E. Sabâ/AYDIN, Gülşah Sinem, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, İstanbul, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 2014/6, s. 179-215.
- SİRMEN, Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, *Tekinay Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

- TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- www.kazanci.com