

**2014/12321 BAŞVURU NUMARALI FAİK TARI
VE SULTAN TARI BAŞVURUSUNA İLİŞKİN
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN FAHİŞ HATALI
KARARININ ELEŞTİRİSİ
(ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE DÖNME
HAKKINDA AYNI ETKİLİ DÖNME GÖRÜŞÜNE VE ÖZELLİKLE
YARGITAY 15. HD. NİN YERLEŞİK KARARLARINDAKİ "AVANS
TAPU" NİTELEMESİNE İLİŞKİN ELEŞTİRİLER)**

Saba ÖZMEN*

Anahtar kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Avans Tapu, Dönmede/Fesihte Aynı Netice, Ani/Süreklî Edim, Sebebin Gerçekleşmemiş Olması

I. ELEŞTİRİYE KONU ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Başvuru numarası 2014/12321, karar tarihi 20.07.2017 olan ve 27.09.2017 tarihli, 30193 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Faik Tari ve Sultan Tari başvurusunun konusu, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

İstanbul ili, Bakırköy ilçesi, Şenlik Mahallesi'nde bulunan 292 ada, 148 parselde kayıtlı taşınmaz, G.N.Y, G.T.Y., V.O. adına tescillidir. Arsa maliklerinin yüklenici E.A. ile 26.11.1985 yılında akdettikleri geçerli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa malikleri taşınmazın 56/104 payını yükleniciye devrini; yüklenici ise ikisi bodrum katta olmak üzere altı bağımsız bölümün yapımını borçlanmıştır. Taşınmaz üzerinde bir bodrum, bir zemin, iki normal ve bir çekme kat olmak üzere yedi bağımsız bölüm inşa edilmiştir. Bu bina için proje, inşaat ruhsatı ve yapı kullanım izin belgesi mevcut değildir.

* Prof. Dr.

Arsa malikleri borçlarını ifa etmiş, bunun sonucunda Faik Tari 16/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 6.2.1992 tarihinde, Sultan Tari ise 32/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 9.3.1998 tarihinde yükleniciden satın almıştır.

Arsa malikleri, yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmediği iddiası ile sözleşmenin feshine ve devrettikleri payın kendi adlarına tesciline yönelik 05.03.2009 tarihinde Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme gerekçeli kararında, davaya konu binanın yapı kullanma izin belgesi bulunmadığından, inşaatın gereği gibi tamamlanmadığından bahisle 818 sayılı BK m. 358 (6098 sayılı TBK m. 473)¹ hükmünce arsa maliklerinin sözleşmeyi feshettiğine hükmetmiştir. Kararda ayrıca, yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan Faik ve Sultan Tari'nin henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm almayı amaçlamaları karşısında arazinin "gerçekte" yükleniciye ait olmadığını bildiklerini, arsa paylarında hak doğmayacağını bildiklerini, payları kaybedecekleri riskini aldıklarını belirterek TMK m. 1023 hükmünce iyiniyete ilişkin kuralın olayda uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 15. HD: 03.10.2012T., 2011/6160E., 2012/5968K. sayılı kararlarla hüküm onanmış, karar düzeltme istemeleri de aynı dairenin 22.05.2014 tarihli kararıyla reddedilmiş, bunun üzerine başvuru Faik ve Sultan Tari, 18.07.2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuş, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararında ulusal hukukla ilgili kanun hükümlerini şöyle sıralamıştır: 818 sayılı BK m. 106, 107, 355, 358/I, 6098 sayılı TBK m. 647, 648, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1.

¹ Yerel mahkemenin gerekçeli kararına ulaşma imkânımız bulunmamakla birlikte, bu noktada sadece Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında yer verilen yerel mahkeme kararının özeti üzerinden anladığımız kadarıyla; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 26.11.1985 tarihinde kurulduğunu, Faik Tari'nin 16/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 6.2.1992 tarihinde, Sultan Tari'nin ise 32/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 9.3.1998 tarihinde yükleniciden satın aldığı, arsa maliklerinin yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmediği, yani binanın yapı kullanma izninin bulunmadığı, dolayısıyla arsa maliklerinin 05.03.2009 tarihinde Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde yükleniciye mülkiyetini devrettiği arsa paylarının kendi adına tescili için dava açtığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verdiği Yargıtay içtihatları ise şöyledir: 24.02.2016T., 2014/23-724E., 2016/168K., Yargıtay 23. HD. 31.03.2014T., 2013/8737E., 2014/2416K., Yargıtay 15. HD. 25.10.2007T., 2006/3246E., 2007/6600K., Yargıtay 23. HD. 31.03.2016T., 2014/10445E., 2016/2017K., Yargıtay 14. HD. 13.05.2010T., 2010/4902E., 2010/5603K.

Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası hukukta dayandığı hüküm ise AIHM Ek 1 No.lu Protokol m. 1 hükmüdür.

Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirme kısmında bu makale açısından dikkate alınması gereken boyutuyla şu sonuçlara varmıştır: *Başvuruya konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamındaki uyumsuzluğa ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir, öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik içtihatların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvuru sahiplerinin usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağladığı, kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır. Yükleniciye düşen arsa payını satın alan başvuru sahiplerinin, yüklenici tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tapu kaydının iptali suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia yönünden başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.*

Osman Alifeyyaz Paksüt ve Celal Mümtaz Akıncı ise bu görüşe katılmamış ve karşı oy gerekçesini özetle şu şekilde oluşturmuşlardır (sadece konumuzla ilgili gerekçelere yer vermeyi uygun görüyoruz): *Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden bulunmadığı anlaşılan malul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir. Somut olaydaki yaklaşık 5 yıl 2 aylık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varılmalı, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. Her ne kadar TMK m. 1024 hükmünde bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmişse bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin bu tescile dayanamayacağı öngörülmüş*

ise de söz konusu sözleşmenin yapımından ve binanın fiilen kullanıma başlamasından yıllar sonra başvurucuların tescilin yolsuz yapıp yapılmadığını bilmesi gerektiği söylenemez. Bu nedenle arsa malikleri ile başvurucuların çatışan menfaatlerinin hangi tarafın daha fazla iyiniyetli olduğuna bakılarak çözüme varılması gerekir. Arsa maliklerinin, binanın projesi bulunmadığını ve dolayısıyla yapı kullanım izni alamayacak durumda olduğunu bilmelerine rağmen yükleniciye pay devretmeleri, yüklenicinin başkalarına pay satışı yaptığını da tapu kayıtlarıyla ve fiilen bilmeleri, buna rağmen 24 yıl boyunca hiçbir yasal girişimde bulunmamaları, bina ekonomik ömrünü doldurmaya başladığı ve arsa olarak daha fazla kıymet kazandığı bir dönemde daha önce devredilmiş payların adlarına tescili istemiyle dava açmaları iyiniyetli olmadıklarını göstermektedir. TMK m. 2 hükmünde düzenlenen iyiniyet ilkesinin 743 sayılı TMK'da "sırf gayri izrar eden suiistimal" kavramından farklı olduğu, diğer bir ifadeyle, arsa maliklerinin başkasına zarar vermek değil, kazanç sağlamak amacıyla da olsa iyiniyetli olmadıkları sürece mevzuat ve Yargıtay içtihatlarındaki lehe hususlardan yararlanamayacaklardır. Öte yandan başvurucuların, uğradıkları zarardan dolayı taleplerini, hak kazanmadığı halde devraldığı kabul edilen arsa paylarını kendisine satan yükleniciye yöneltmeleri halinde de zamanaşımına ilişkin hükümler karşısından başarı şansları şüphelidir. Dolayısıyla başvurucuların mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekmektedir.

II. MAKALEYİ KALEME ALMA AMACI

Anayasa Mahkemesi'nin anılan başvuru üzerine Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla vardığı sonuçla aynı yöndeki kararı karşısında tüm vatandaşların başına gelebilecek kan dondurucu kararı hakkında uyarıda bulunmak amacıyla bu makaleyi kaleme alıyoruz.² Bu ve benzer somut uyuşmazlıkta kurgu en basit anlatımıyla aynen şöyle gelişmektedir: Tedbirli bir alıcı olarak bir bağımsız bölümü satın alma yolunda avukatınızla tapu dairesinde araştırmanızı yapıyorsunuz; ardından tapu senedinde malik hanesinde satıcının adını görerek tapu dairesinde yapılan resmi senetle (*satış sözleşmesinin tapu müdürlüğüne*

² Artık rahatsız edici boyutuyla yol açtığı korkunç sonuçlar günlük gazetelere haber olur hale gelmiştir. Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/cok-tartisilacak-karar-tapulu-eviniz-elden-gidebilir-40615001>

tanzimi ile) adınıza tescili sağlıyorsunuz. Bu durumda henüz yapı kullanma izin belgesi alınmamış olduğu için tescili adınıza yapılacak veya yapılmış tapu, kat irtifakı tapusudur. Bu işlem, malikin tescil talebi ile yapıldığı sırada hiçbir geçersizlik sorunu taşımamaktadır. **ANCAK SİZİN İÇİN TEHLİKENİN KAYNAĞI, ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ UYARINCA ARSA MALİKİNİN YÜKLENİCİYE DEVRETTİĞİ ARSA PAYINA BAĞLI OLARAK YÜKLENİCİNİN EDİNDİĞİ KAT İRTİFAKI KURULMUŞ BAĞIMSIZ BÖLÜM ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKINI ÜÇÜNCÜ KİŞİ OLARAK EDİNİMİŞ OLMANIZDIR. GEÇERLİ SATIM SÖZLEŞMESİ İLE DEVRALMIŞ OLSANIZ DA SONRASINDA ARSA MALİKİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA ORTAYA ÇIKAN UYUŞMAZLIK ÜZERİNE TARAFI OLMADIĞINIZ SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ HALİNDE ARSA MALİKİNE EDİNİMİŞ OLDUĞUNUZ TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİ İADE ZORUNDA KALACAKSINIZ. BU YOLDA HİÇBİR İTİRAZINIZ MAHKEMECE DİKKATE ALINMAYACAKTIR. ASLA İYİNİYETLİ OLDUĞUNUZU İLERİ SÜREMEYECEKSİNİZ.**

Uygulamada artık sayısı yüzler olarak ifade edilen bu yönde üçüncü kişilere açılmış davaların gittikçe artmasının nedeni, anlaşılacağı üzere arsa sahiplerinin bu yönde hukuki temelden yoksun kozlarını öne sürme arzularıdır. Anılan tehlike göz önüne alınmadan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarafı yükleniciden bağımsız bölümünün mülkiyetini devralan dönülen sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin, yüklenicinin gerçekleştirdiği imalatların %90 ve zaman zaman %95 tamamlama oranına kavuşmamasına dayalı olarak (*bu oran, Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında belirlenmiştir*³) ve Anayasa Mahke-

³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin "prensip kararı" olarak nitelendirilen içtihatlarında eserin büyük kısmının tamamlanmış olması ve fakat yüklenicinin temerrüde düşmesi dolayısıyla iş sahibinin sözleşmeden "dönemeyeceği", bu beyanın sözleşmeyi "feshetme" sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir. Yargıtay uygulaması incelendiğinde sözleşmeye son vermenin fesih sonucunu doğurduğunu kabul eden kararlarda son yıllarda eserin tamamlanma oranı en az %90 olarak kabul edilmektedir. %90'ın altındaki tamamlanma oranı ise, sözleşmeden dönen taraf açıkça sözleşmeyi fesih iradesinde olduğunu bildirmedikçe, sözleşmeden dönme sonucunu doğuracaktır; başka bir deyişle, eserin tamamlama oranının %89 ve daha aşağısı olması halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi, sözleşmeden dönme sonucunu doğurmaktadır.

Yargıtay'ın tamamlanma oranına ilişkin olarak sözleşmenin ileriye etkili biçimde

mesi kararına konu olarak yapı kullanma izin belgesi alınmamasına dahi aynı yönde bağlanan sonuçla arsa malikinin, yüklenicinin temerrüdüne dayalı olarak sözleşmeden dönmesi sonucu andığımız tehlikeyi “*hayatın olağan akışına uygun olarak*” düşünmesi beklenmemesi gerekirken, verilen kararların yarattığı sancuları irdelemek istiyoruz. Bu durumda sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin Yargıtay kararları ile getirilen özen yükümlülüğü ile edindikleri kat irtifakı tapusunu yükleniciden edinmekle arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesi uyarınca inşa edilen binanın Yargıtay tarafından kabul edilen yukarıda andığımız tamamlama niceliğine ulaşamama riskini üstlendikleri kabul edilmektedir.

Bu sonuç çok hatalıdır. Yargıtay’ın andığımız yerleşik içtihadıyla ülkemizde bu “sözde” riske katlanmak zorunda bırakılmış binlerce kişi bulunmaktadır. Makalemizin konusunu oluşturan Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen somut olayda Faik Tari 16/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 6.2.1992 tarihinde, Sultan Tari ise 32/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 9.3.1998 tarihinde yükleniciden edinmiştir. Bağımsız bölümlerde yapı kullanma izin belgesi olmasa da 1983 yılında 2814 sayılı Kanun ile değişik Kat Mülkiyeti Kanunu m. 17/son hükmünün “*Kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi ana gayrimenkulün yönetiminde kat mülki-*

sona ermesi yönündeki kararlarından bazıları şöyledir: “İnşaatın %92 seviyesinde bulunması ileriye etkili feshi gerektirir.”, Yargıtay 15. HD. E. 2009/1031, K. 2009/4125, T. 1.4.2009; “İnşaatın büyük oranda tamamlanması (%90’ın üzerinde) durumunda Medeni Kanununun 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir.”, Yargıtay 15. HD. E. 2003/3057, K. 2004/88, T. 14.1.2004; “Akdin ifa ile sonuçlandırılmadığı gibi akdin büyük oranda (%95) oranında ifa edilmiş değildir... kabule göre de %75 seviyenin feshedilemeyecek aşama olarak kabulüyle, hükme varılması da usul ve yasaya aykırıdır.”, Yargıtay 15. HD. E. 2014/5121, K. 2015/286, T. 21.1.2015; “Somut olayda, mahkemece inşaatın tamamlandığı %96 oranına göre, ileriye etkili feshi karar verilmesi yerindedir.”, Yargıtay 15. HD. E. 1996/6770, K. 1997/1356, T. 13.3.1997; “...inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine...” , Yargıtay 15. HD. E. 2004/7507, K. 2005/505, T. 4.2.2005; “...inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalıdır.”, Yargıtay 23. HD. E. 2014/432, K. 2014/4157, T. 29.5.2014.

yeti hükümleri olarak uygulanır.” şeklindeki kuralı gereği anılan çoğunluğun ikameti yasal olarak sürdürülmekte iken karara konu Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında 24 yıl sonra taşınmazın mülkiyetinin iade zorunda kalınması gerçekten kan dondurucu nitelikte olup dayandığı temeller itibariyle tamamen hukuka aykırıdır.⁴

Kararla varılan bu noktada inşaatın tamamlanma niceliği olan %90-95 seviyeleri aşarak yapı kullanma izin belgesi alınmamasına dayalı ileriye etkili olmaksızın sözleşmeden dönme sonucu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz hale geldiğinin kabulüyle bu yöndeki kararların verilmesi, **bu kararın duyulmasıyla birlikte üzücü sonuçlara yol açacak niteliktedir.** Şöyle ki, yukarıda andığımız KMK m. 17/son hükmündeki değişiklik ile yapı kullanma izin belgesi olmasa da bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa kat mülkiyeti hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Ülkemizde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sonucu yapılan inşaatlarda yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olması adeta kural halini bu hüküm sayesinde almıştır. Hal böyle olmakla, bu tür bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapusu ile defalarca el değiştirmiş olması gerçeği karşısında bu kararı emsal alan davaların açılmaya başlanması halinde yaratacağı olumsuz sonuçların tehlikesine işaret etmek istiyoruz.

Bu yönde eleştirilerimize muhteşem zekâ ürünü Roma hukukundan gelen ilkelere ve TMK ve TBK hükümlerine değinerek fahiş hatalı sonuçlarıyla Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararının bu ilkelere ne denli ters düştüğünü vurgulayarak değineceğiz.

Bir yönde açıklamalarımıza geçmeden “önce” ilginç bir saptama ile başlamak istiyoruz. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi’nde verilen kararın iki muhalif üyeye karşılık üç üyenin aynı yöndeki görüşü ile verildiğini; üyelerin uzmanlık alanlarını incelediğimizde iki muhalif üyenin lisansını hukuk (*muhalefet gerekçeleri de tamamen bilimsel temelden yoksun ve fakat sonucu itibariyle doğru karar olmakla*) ve fakat üç üyeden bir üyenin iktisat, ikinci üyenin de maliye alanında aldığını görmekteyiz. Araştırma derinleştikçe anlaşılacağı üzere ancak eşya ve borçlar

⁴ Yıllar önce Yeditepe Üniversitesi’nde konuk olarak katıldığım bir sempozyumda konuk olan rahmetli Prof. Dr. Mustafa Dural’ın Yargıtay’ın kararlarını eleştirirken “Hatalı kararlar kanımı donduruyor” şeklinde bir beyanda bulunmuştu. Kendisini anarak bu tabirle kararları eleştirmek istiyorum.

hukuku öğretisine hâkim hukukçuların doğru gerekçelere dayanan saptamalarla bu iki öğreti arasında birbiriyle bağlantı kurması sonucunda hukuka uygun bir karar verilebilir. Dolayısıyla pek çok hukuki kurumu birlikte değerlendirerek sonuca varılması gereken böylesine teknik bir durumda gerekçelerin yetersiz olması karşısında ülkemiz açısından üzüntü taşıdığımızı ifade etmek isteriz.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ATLADIĞI ROMA HUKUKU İLKELERİNE DAYALI TMK'NİN VE TBK'NİN İLKELERİ

Roma hukukunda istihkak (*rei vindicatio*) ile sebepsiz zenginleşme (*conductio*) davasının günümüze de yansıyan sonucu itibariyle asla yarışamayacağı kabul edilmiş bulunmaktadır ve bu kabulün son derece mantıklı bir gerekçeye dayandığını görüyoruz.

Araştırma konumuz olan hatalı içtihadı yol açan görüşün borçlar ve eşya öğretisi açısından ne denli hatalı bir sonuca vücut verdiğini ilk olarak taşınır mülkiyeti açısından hissettirmeye çalışalım: Örneğin, ikinci el bir telefon alındığında asla kanunun ruhuna uygun olarak şu endişeye kapılmayız: Telefonu aldığım ve bana mülkiyeti devredecek satıcı şu an maliktir.⁵ Ancak satıcı malik, telefonu aldığı operatörle taksitli satım sözleşmesi yapmış ve taksit bedellerinin ödenmemesi üzerine operatörün sözleşmeden dönmesi halinde (*TBK m. 235 hükmünce veresiye satımda ancak kararlaştırılması halinde bedelin ödenmemesine dayalı dönme hakkı tanınmıştır*) savunduğumuz kanuni borç ilişkisi görüşünce kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümlerince telefonun alıcı tarafından satıcıya iadesi yapılması gerekecektir. Böylece operatör kanuni borç ilişkisi görüşünce ancak telefonun mülkiyetinin hala kendi alıcısında (*benim satıcımda*) bulunması halinde açacağı dava ile aynen iadeyi sağlayabilecektir. Oysa somut olayımızda telefonun artık üçüncü kişi halef olarak benim mülkiyetime geçmesi söz konusudur. Taksitli satış yapmış operatörün sebepsiz zenginleşme hükümlerince iadeye dayalı nisbi alacak hakkını bana karşı ileri sürmesi mümkün olmaz. Çünkü telefon mülkiyetini tasar-

⁵ Satıcı malik değilse ve satılan, asıl hak sahibinin elinden rızası dışında çıkan bir telefon ise, çalınmış ve kaybedilmiş ise iyiniyete dayalı aynı hak edinmek de söz konusu olmayacaktır; emin sıfatı ile zilyet ise iyiniyeti ile aynı hak kazanabilecektir.

ruf işlemi ile yapıldığı anda henüz satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmadığı süreçte alıcı malikten geçerli bir tasarruf işlemi ile edinmiş bulunmaktayım. Bu nedenle telefonu aldığım sırada anılan kurgu gereği ileride gerçekleşerek telefonu iade zorunda kalabileceğimi düşünmemeliyim. Hukuki ilişkilerde güven ilkesi bunu gerektirir. Oysa sözleşmeden dönmeye aynı netice bağlayıp borçlandırıcı işlemin sonradan geçersiz hale gelse de nedensellik (*illilik*) prensibi sonucu mülkiyetin kendiliğinden satıcıya döneceğinin kabulü güveni ortadan kaldırmaktadır. Roma hukukundan gelen muhteşem temelle hiç kimse böyle bir endişeye maruz bırakılmamıştır. Bu noktada istihkak (*rei vindicatio*) davasına değil, sona ermiş bir sebebe (*condictio ob causam finitam*) dayalı sebepsiz zenginleşme (TBK 77/son) davasına vücut verilmiştir.

Araştırma konumuz olan hatalı içtihatlarla dayalı sonuç ancak nedensellik (*illilik*) prensibi gereğince hukuki sebebin baştan geçersiz olmasına dayalı olarak geçerlidir. Böylece borçlandırıcı işlem (*taahhüt muamelesi*) geçersiz ise, tasarruf işlemi kendiliğinden geçersiz olacak ve bu durumda istihkak davası söz konusu olacaktır. Bu kurguda, sebepsiz zenginleşme hükümleri, ancak karışma ve birleşme halinde söz konusu olur (*condictio sine causa*).

Buna karşılık somut olayımızda söz konusu olan borçlandırıcı işlem “yapıldığı esnada” geçerli iken yapılan geçerli tasarruf işleminin varlığı karşısında sözleşmeden dönme, geri alma, iptal, sona erme gibi sebeplerle borçlandırıcı işlem “sonradan” geçersiz hale gelirse tasarruf işlemi bundan etkilenmeyecektir. Genel bir ilke kanunlarımızda bu yönde bir kural bulunmadığı ileri sürülse de gerekçemiz TBK’da yer almaktadır. İsviçre Medeni Kanunu’ndan aynen alınmış kural ile TBK m. 136⁶ hükmü gereğince sebepsiz zenginleşme davasına yapılan atıf bu konuda tereddüte yer bırakmaz. Buna göre mal değişimi (*trampa*) sözleşmesi uyarınca taraflardan birinin önceden ifa edilmiş edimi kar-

⁶ TBK m. 136/I ve II hükmü şöyledir:

“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.”

şılığında diğer tarafın parça borcu eşya devir borcu sonradan oluşan kusursuz ifa imkânsızlığı ile sona erecek olursa artık diğer tarafın önceden yerine getirdiği ifaya ilişkin iade hakkı sebepsiz zenginleşme hükümlerince gerçekleşecektir. Roma hukuku temelli bu kuralı yukarıda andığımız istikrara dayalı güven oluşturma amacıyla oluşturmuştur. Diğer yönden belirtmek gerekir ki, mülkiyet karinesi (TMK m. 985) geçerli bir tasarruf işlemi sonucu halefin şahsında doğmakla asla bozucu koşul niteliği taşıyan sonradan kuşkulu olayın başlangıçta belirsiz olmakla kuşkulu olay dönmenin gerçekleşmesi ile mülkiyet hakkını tekrar selefte geçmesinden söz edilemez. Konu başlığımız altında taşınmazlarda da bu sonuç değişmez. Aşağıda araştırma konumuz kapsamında hatalı içtihatlar, taşınmaz konulu olmakla aynı gerekçe ve ilkelere dayalı sonuçlarını irdeleyeceğiz.

IV. YARGITAY KARARLARINDA BENİMSENEN AYNİ ETKİLİ DÖNME GÖRÜŞÜ

Yargıtay'ın neredeyse son 15 yıldır vermiş olduğu ve yerleşik (*müstekar*) özellik arzeden kararlarında sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından aynî etkili dönme (*istihkak*) görüşü⁷ ile benzer sonuçlara vardığını görmekteyiz. Vardığı sonuç itibarıyla bu görüş şu şekilde özetlenebilir: Sözleşmeden dönme ile tasarruf işlemi geçmişe etkili biçimde hükümsüz hale gelir ve ifa edilmiş edimlerin iadesi aynî hakka

⁷ Bu görüşü savunan yazarlar: Markus Knellwolf, 'Zur Wirkung des Rücktritts', Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 109 (1990) I, s. 389-413, s. 409 vd.; Max Keller/ Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1988, s. 277, 278; Felix R. Ehrat, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Schulthess, Zürich, 1990, N. 480; M. Turgut Öz, 'İsviçre Federal Mahkemesi'nin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Taniyan İçtihadı Üzerine', MHAD, C. 20, s. 48-57, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1996, s. 52, 53; M. Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap, İstanbul, 1989, s. 39 vd., 240 vd.; M. Turgut Öz, 'Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi', MHAD, Yıl 13, No 16, 1979-80-81, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 131-172, s. 141, 162 vd.; Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998'den Tıpkı Basım, 2014, s. 121, 134 vd.; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 269; Turan Şahin, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 282. Buz, s. 134 vd.'da bu görüşe neden üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin uzun bir gerekçe sunmuştur.

dayanır. Sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa varmasıyla hukuki sebep, hem ifa edilmemiş edim yükümlülükleri hem de ifa edilmiş olanlar bakımından geçmişe etkili biçimde (*ex tunc*) sona erdiğinden dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı hakların nedensellik (*illilik*) sonucu devralana geçmediği kabul edilir.

Bu görüş uyarınca sebebe bağlı taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren sözleşmeden dönüldüğünde artık mülkiyetin, mülkiyet karinesinden yararlanan sözleşme tarafına ait olması düşünülemeyeceğinden taşınmazlarda TMK m. 1025 hükmü gereğince sebebe bağlı tasarruf işlemi olan tescil yolsuz hale gelecektir. Böylece temelinde yatan istihkak iddiasıyla⁸ (TMK m. 683) davacı, herhangi bir süreye tâbi olmaksızın tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilecektir.⁹

V. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SONUÇLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Katıldığımız kanunî borç ilişkisi görüşü¹⁰ (*Vertragstheorie- LegalesseculAdverhältnisstheorie*) uyarınca ise sözleşmenin doğrudan ve geçmişe etkili biçimde (*ex tunc*) ortadan kalktığı, dönülen sözleşme uyarınca önceden yapılan kazandırmalar sebebe bağlı tasarruf işlemiyle yapılmış olsa dahi, devredilmiş hakkın kendiliğinden hak sahibine dönmeyeceği ve sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemi üzerinde etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu görüş savunucularına göre, sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili biçimde sona erse

⁸ Sözleşmeden dönme halinde doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmanın sebebi, olumsuz zararın da talebine yer olmakla, bu konuda sebepsiz zenginleşme zamaşımına tabi olmamak için kanuni borç ilişkisi görüşünün savunmaktayız.

⁹ Buz, s. 140, 172, 173.

¹⁰ Bu görüşü savunan yazarlar: Paul Piotet, 'Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi', Çev. İlhan Helvacı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 917-924, s. 923; Hermann Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Art. 1-183, Verlag von Staemp i, Bern, 1941, Art. 109, N. 4, 5; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 968; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 78, 79; Alman hukukunda BGB §346 hükmü sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenlemektedir ve düzenleme sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade borcundan farklıdır. Bkz. Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen, 1958, s. 165 vd.

de bu, ifa edilmiş edimlerin yapıldığı süreçte geçerliliğine dayalı olarak sebepten yoksun hale geldiği savunulamayacaktır.

Sözleşmeden dönme sonucu asla istihkak talebiyle yarışmayan boyutuyla, yüklenicinin malvarlığında oluşan artışın artık haklı bir kazandırma sebebi kalmamakla, kanuni borç ilişkisine dayalı alacak hakkı doğuran iade talebi, borç ilişkisinin nisbiliği gereği, zenginleşene karşı ileri sürülebilir. Bu konuda üçüncü kişilerin fakirleşen ile zenginleşen arasındaki kanundan doğan borç ilişkisinin tarafı olmaları borçlar öğretisinin nisbik kuralına aykırıdır. Böylece yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş kişilerin yüklenicinin bu ediniminin ileride sözleşmeden dönme sonucu **iyiniyetli olmasa dahi iade ile yükümlü olmayacakları açıktır**. Meğerki TBK m. 49/II hükmünce bu edinimleri yolsuz tescil veya kasten ahlâka aykırı bir fiille edinme sonucu gerçekleşsin. Örneğin, yüklenicinin malvarlığı ile sorumluluğu gereği sözleşmeden dönme sonucu iade borcundan kurtulmak amacıyla taşınmazı yakını üçüncü kişiye muvazaa ile çok düşük bedelle satın veya geçimini temin yolunda aydan aya bedelini tahsil etmek üzere çok uzun vadeli bir ödeme takvimi yapması halinde haksız fiilden aynen tazmin yoluyla taşınmazın iadesi üçüncü kişilerden istenebilecektir. Bu durumda hâkimin takdir hakkıyla zararın tazmininde aynen giderime karar verilecek olursa, üçüncü kişilerin arsa sahibine taşınmazın iadesi ile yükümlü olması istisnaî olarak ancak bu halde mümkün olacaktır. Uygulamada istisnaî bu kurgu dışında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme halinde arsa sahibi, ancak zenginleşene karşı kanundan doğan borç ilişkisinin tasfiyeye yönelik sağladığı alacak hakkıyla TMK m. 716 hükmünce tescili isteme davası açabilecek, üçüncü kişilerin bu borç ilişkisini ihlâl edememeleri sonucu hiçbir şekilde iyiniyet araştırmasına ise gerek olmayacaktır.

VI. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARI ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKINI YÜKLENİCİYE DEVRETMEŞİ ASLA “AVANS TAPU” OLARAK DEĞERLENDİRİLEMEZ

Avans, sözlük anlamıyla “Alacağına sayılmak üzere önceden yapılan ödeme” demektir.¹¹ Avans, para borçlarının ileride asıl borçtan mahsup edilmek üzere önceden ödenmesi olup, arsa payı karşılığı inşaat

¹¹ <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/avans>

sözleşmelerinde arsa sahibinin aslî borcunu ifasının “*avans*” olarak “*finans temini amacıyla olduğu*”nun kabulü mümkün değildir. Öğretide, arsa sahibinin arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının tapu sicilinde yüklenici adına tescilinin para borcunun ifası gibi nitelendirilmesinin tapu sicilinin açıklık ilkesine, tapu siciline güven ilkesine aykırı sonuçlara yol açacağı şeklinde görüş belirtilmiştir.¹²

Türk özel hukukunda olmayan “*avans tapu*” tabiri yukarıda incelediğimiz aynı etkili dönme görüşüyle aynı sonucu ile ciddi mağduriyetlere yol açmaktadır. Şöyle ki, andığımız Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere *avans tapu* kavramını yaratması hukuki garantinin zirvesini oluşturmuştur. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde “*avans*” tabirinin olmaması, buna karşılık TBK m. 84 hükmü gereğince “*kısmen ifa*” tabirinin ancak bölünebilir edimlerde ve cins borcu için geçerli oluşu atlanarak anılan kavrama vücut verilmiş bulunmaktadır. **Bu sonuçla** ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse de miktarı belirsiz bir alacak hakkının bu olasılığa dayalı olarak sözleşme özgürlüğünce saptanması niteliği ile *avans*, **belirli miktarda ödenmesi gereken bir borcun kısmen ifasından tamamen ayrılmaktadır**. Roma hukukunun klasik öğretisinden kaynaklı ilkelerden sapılarak verilmiş Yargıtay kararlarından kötünietli kimselerin yararlanmaya kalkışması karşısında varılan sonuçların bilimsel bir süzgeçten geçirilmesi gerekecektir. Varılan hatalı sonuçların böyle mesnetsizce kabul edilmesi haksız uygulamaların yaşanacak mağduriyetlerde korunması gereken çıkara değil, tam aksi çıkarlara hizmet edeceği açıktır.¹³

Ancak bu araştırma kapsamında unutulmaması gereken nokta, TBK’da “*avans*” ifadesi m. 406/IV, 416/II, 425/I, 443/II, 510/I, 604/II, 627/II ve 643 hükümlerinde zikredilmiş olup, her seferinde yaptığımız tanıma bağlı olarak para borcu karşılığı kullanılmıştır. Hemen belirtelim, *avans* ile TBK m. 177 hükmünde düzenlenen bağlanma parası da asla karıştırılmamalıdır.

¹² Kurca, s. 97; Zafer Kahraman, ‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu’, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 425- 458, s. 445 vd.

¹³ Bu konuda ele aldığımız ilk makalemizi 2016 yılında yayımlamış bulunuyoruz. Bkz. E. Saba Özmen/ Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 13.

Taşınmazın yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle misli olmayan mal olarak kat irtifakına konu bağımsız bölümleri sözleşmeye yansıyan iradesi ile “cins borcu” olarak taahhüt etmesi halinde, vadelere bağlı olarak kısmen ifası mümkün olabilecektir. Ancak bu araştırma sonuçları bakımından özlüce belirtmek istersek, **bu halde bile mahsubu gereken bir edim yükümlülüğü karşısında olmadığımız açık olmakla avans tapu kavramına yer bulunmamaktadır.**

VII. YÜKLENİCİNİN İŞSAHİBİNDEN DEVRALDIĞI BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ İADE BORCUNUN KAPSAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin eser sözleşmesine ilişkin edimleri tamamen ifa etmeden kendisine yapılan arsa payı devrine ilişkin tescilin (*tescil*, “*tasarruf işlemi*” niteliğindedir) yapıldığı sırada araştırma başlığımız altında incelediğimiz olasılıkla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin “geçerli” olduğu unutulmamalıdır. **Arsa payının** yükleniciye devrine yönelik tasarruf işlemi, yani mülkiyet **hakkının alıcıya devri, mutlaktır.** Geçerli sebebe dayanan bozucu yenilik doğuran hakkın (*sözleşmeden dönme hakkının*) kullanımıyla ortadan kalkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren ortadan kalkması halinde borçların sebepten yoksun hale gelmesi nedeniyle aşağıda niteleyeceğimiz boyutuyla karşı tarafın malvarlığında “*sebepsiz zenginleşme*”ye vücut verilmiş olacaktır.

A. SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ HALİNDE İADEDE KIYASEN SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI BULMASI

Roma hukukundan gelen klasik niteliğiyle, “*borçlandırıcı işlem*” ile “*tasarruf işlemi*” ayrımı önemle anlaşılmalıdır. Borçlandırıcı işlem geçerli iken yapılmış geçerli tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin “*sonradan*” ortadan kalkmasıyla “*geçersiz hale gelmez*”.¹⁴ Dolayısıyla hukuki

¹⁴ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 952; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 91; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, §17, N. 50. Borçlandırıcı işleminden dönmeyen tasarruf işlemine etkisi hakkında ayrıntı için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 142 vd.

sebebin sonradan ortadan kalması sonucu karşı tarafın malvarlığında sebepsiz zenginleşme olduğu kabul edilmektedir (*condictio ob causam finitam*).

Hukuk sistemimizin bu sonucu benimsediğine ilişkin örneğe yukarıda aktardığımız TBK m. 136/II hükmünde rastlanır. Hükmün hiçbir yoruma ihtiyaç barındırmayan açık ifadesi gözden kaçırılmamalıdır. Aynı şekilde **sözleşmeden dönme halinde de karşı tarafın malvarlığında bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımıyla (sözleşmeden dönme ile) ortadan kalkan borçlandırıcı işlem, beraberinde tasarruf işleminin geçersizliğini doğurmaz.**

Sözleşmeden dönme halinde kusursuz ifa imkânsızlığından farklı sonuç bağlanması malvarlığında oluşan haklı bir sebepten yoksun sebepsiz zenginleşmenin yanında ayrıca olumsuz zararın varlığından doğmaktadır. Çünkü böylece zamanaşımı sorunu ile ilgili olarak iki yıl değil (*TBK m. 82*), kanuni borç ilişkisi gereği olumsuz zararın sözleşmeden doğan tazminat kapsamı ile birlikte sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır.

Böylece savunduğumuz kanuni borç ilişkisi görüşünün gereği iadesi istenen taşınmaz bir eşya ise dava, TMK m. 716/I hükmü¹⁵ gereğince tescili isteme davası olacaktır. Bu talep, hiçbir şekilde TMK m. 683 hükmünce istihkak niteliğinde yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına (*TMK m. 1025*) konu olmaz. Oysa Yargıtay kararları uyarınca aynı kurguda arsa sahibinden başlangıçta geçerli sözleşmeye dayalı edinimiyle taşınmaz mülkiyetini bağımsız bölümler üzerinde edinmiş yüklenicinin mülkiyet hakkını sözleşmeden dönme ile kaybettiği sonucuna varılmaktadır. Doğal olarak yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin, geçerli şekilde devraldığı arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını yitirdiği sonucuna varılmaktadır. Kararlarda buna gerekçe olarak “Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, **ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilir-**

¹⁵ “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”.

ler. Başka bir anlatımla, **yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar.**" ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere, yükleniciden TMK m. 992 hükmünce geçerli mülkiyet karinesine dayalı olarak bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin, selefi olan yüklenici gibi, adına tapu siciline tescil yapılmış olsa bile arsa sahibine istihkak iddiası ile açılan davada üçüncü kişilere iade yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır.

Öğretide de kanuni borç ilişkisi ve yeni dönme görüşünün oluşturduğu baskın sonuca göre **kazandırıcı işlemlerin birbiri ile ilintisi hakkında şu saptama yapılmaktadır: Tasarruf işlemi yapılmış ve mülkiyetin devri gerçekleşmişse, yenilik doğurucu hakkın (dönme hakkının) kullanılmasıyla hak, selefte geri dönmez**¹⁶. Mülkiyet kazandıktan sonra **"Sözleşmeden döndüm!"** büyümlü formülü ile geçerli olarak kazanılmış mülkiyet hakkının devralanın malvarlığından devreden malvarlığına "ışınlanmasına" **imkân yoktur**.¹⁷ Roma hukuku temelli klasik öğretinin çözümlerinden uzaklaşıncaya andığımız türdeki mağduriyetlerin yaşanması kaçınılmaz olmaktadır.

Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemi oluşturulan tescil ta- lebinin koşula bağlanamayacağı ilkesi gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciden arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanımı, yüklenicinin üstlendiği edimi ifası koşuluna bağlanamaz.¹⁸

B. TESCİL ASLA BOZUCU KOŞULLA YAPILAMAZ

Yukarıda vardığımız sonuçların irdelenmesi sonucu hatanın kaynağını şu şekilde saptayabiliriz. Yargıtay tarafından avans tapu kavramı, öğretide de aynı neticeli dönme görüşü savunulurken, borçlar öğretisi kalıpları içinde varılan bu sonucun eşya hukuku öğretisi açır-

¹⁶ Hüseyin Hatemi/K.Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 262.

¹⁷ Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 159.

¹⁸ Erman, s. 176, 177; Ayan, s. 270, 301; Gümüş, s. 231; Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 332. Bu yönde ayrıca bkz. Andreas Von Tuhr/ Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement), Schulthess, Zurich, 1984, s. 155.

sından yarattığı etkinin gözlenmemesi, hatalı sonuçlara ulaşılmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Eşya hukuku öğretisinde tescilin ASLA geciktirici veya bozucu koşula tâbi olması mümkün değilken, varılan dönmeye aynı netice bağlayan görüşler tescili bozucu koşula bağlanmış olmaktadır. Aynı şekilde, taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemi olan tescilin koşula (*şarta*) bağlanmış olduğunu atlayan Yargıtay anılan mağduriyetlere yol açan kararlara vücut vermektedir. Koşul kurumunu hatalı görüş ve içtihatlarla uygulayarak belirtecek olursak: TBK m. 170 hükmü gereğince geciktirici koşul (*infisahi şart*) ile başlangıçta geçerli sözleşmeye dayalı yapılan tescil, TMK m. 992 hükmünce mülkiyet karinesini tescil sahibi adına oluşturmaktayken, gelecekteki (*atiye matuf*) kuşkulu (*meşkûk*) olgu ile ortadan kalkmakla bu defa mülkiyet karinesi TMK m. 1024 hükmünce yolsuz tescile vücut vererek TMK m. 1025 hükmünce yolsuz tescili düzeltme davası ile düzeltilebilecek boyut kazanmaktadır. Anılan görüşlerin hukuki garabet oluşturan dayanağı buradadır. Bu konuda ileri sürülen savlar borçlar hukuku öğretisi alanında sınırlı kalmakla eşya hukuku öğretisinde yarattığı sonuçlar irdelenmeden oluşmakla andığımız hatalara sebep olmaktadır. Oysa TMK m. 1020/I hükmü ile mutlak karine oluşturan tapu sicilinin açıklığı ilkesi karşısında tescilin bozucu koşula bağlanmış olmasına yol açan bu sonuç asla kabul edilemez.

Öğretide hukuk mantığıyla bağdaşmayan, işlem güvenliğini tehlikeye sokan Yargıtay kararlarıyla varılan hatalı sonucun eleştirisiyle, haklı olarak "*askıda mülkiyet*" yaratıldığını iddia ederek böyle bir sonucun Medeni hukuk öğretimizde yeri olmayacağı öne sürülmüştür.¹⁹

TBK m. 243/I hükmü gereğince "*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.*". Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu hüküm hatalı birçok uygulamaya engel olacak niteliktedir. Ancak konumuz bakımından koşulun tescille bağdaşmayacağına ilişkin sonucu önemlidir. Bu açıdan açık kurala Türk Sicili Tüzüğü'nde rastlamaktayız. Şöyle ki, bu tüzüğün m. 16/II hükmü gereğince de "*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz.*". Taşınmaz satım sözleşmesinde tasarruf işlemi

¹⁹ Gümüş, s. 231.

olan tapu sicilinde tescilin yapılması için koşulun gerçekleşmesinin arandığı sözleşmelerde koşulun gerçekleşmemesi halinde tescilin yapılamayacağı ve de TMK'da açıkça yer almayan boyutuyla başlangıçta geçerli tescilin sonradan bozucu koşulla yolsuz tescile dönüşümüne olanak tanıyan hükümlerin resmi senette yer almayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur:

Taşınmaz satış sözleşmesinin veya mülkiyeti devir borcu doğuran başka bir sözleşmenin (örneğin *bağış sözleşmesi*) tapuda resmi şekilde (TMK m. 706/Tapu Kanunu m. 26) yapılmakla, geçerli borçlandırıcı işlem sözleşmenin bozucu koşula bağlanamayacağı söylenemez. Bu konuda gerekçe bizzat TBK'da yer almaktadır. Yukarıda aynen aktardığımız TBK m. 243/I hükmü bu yönde kuşkuya yer bırakmaz. Kanunun açık hükmünden doğan temelle irade özgürlüğüne dayalı isimli ve isimsiz taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemlerin bozucu koşula bağlanabileceğinde tereddüt yoktur. TBK'da bu yönde salt bozucu koşula bağlı kılınmış bir kurumdan söz etmek gerekirse, karşımıza dönme koşullu bağışlama türü olarak bağışlananın bağışlayandan önce ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesi çıkacaktır (m. 292).

Ancak karıştırılmaması gereken boyutuyla, taşınmazlara yönelik borçlandırıcı işlemin bozucu koşula bağlı olması geçerli, ancak bu koşulun tasarruf işlemine etkisi ise geçersiz olacaktır. Bu bilgiler doğrultusunda sonuç olarak denebilir ki, *sözleşme uyarınca tescille mülkiyeti edinmiş alıcı, malikin bozucu koşulla malik olmaktan çıkıp mülkiyetin selef malike döneceği yolunda hükümler* tapu sicil müdürlüğü yetkililerince resmi senede eklenemeyecektir. Ancak borçlar ve medeni hukuk öğretisinin ayrılamaz birlikteliğine uygun bu temel ilkelerin yerle bir edildiğine tanık olmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın kabul ettiği avans tapu kavramı ve aynı etkili dönme görüşü uyarınca, tescilin bozucu koşula bağlanmasına dayalı olarak selef arsa malikine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen borcu ifa için yükleniciye devrettiği bağımsız bölüm mülkiyet hakkının istihkak iddiasıyla dönmesi sağlanmaktadır. Buna göre arsa sahibi tarafından yükleniciye arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkı devredilmiş ve yüklenici de bunu bir başkasına devretmişse, taşınmazları devretmiş arsa sahibi eser teslim edilene kadar mülkiyet hakkına mutlak olmayan sonucuyla sözleşmeden dönme koşuluna bağlı hakkıyla *başkası adına yapılan geçerli tescile rağmen* sahip olmaktadır.

Öğretide savunulduğu üzere, inançlı devirde²⁰ bile geçerli mülkiyet karinesine dayalı hakkın kazanılmasında koşul barındırmadığı göz önüne alınacak olursa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici adına tapu kütündeki geçerli tescile rağmen mülkiyet hakkının kazanılmadığını kabul etmek, hukuki temelden yoksundur.²¹

Sonuç olarak, **andığımız somut olayda yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına yer olmamakla, karşımızda TMK m. 716 hükmüne tâbi tescili isteme davası söz konusudur.** Hal böyle olmakla, kıyasen sebepsiz zenginleşme davasının nitelikli iade kişisel (*nisbi*) niteliği ile yarattığı kanundan doğan borç ilişkisi, üçüncü kişiler tarafından asla ihlal edilemeyecektir. Bu sonucun gereği olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi karşısında yüklenici, zenginleşme konusunu oluşturan taşınmazın TBK'nın bu kuruma ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucu dönme halinde taşınmaz hala zenginleşen karşı tarafın malvarlığında ise aynen iade ile yok eğer üçüncü kişilere daha önce devretmişse bu defa ikâme değer olarak bedelini iade ile yükümlü olacaktır.²² Bu sonuçta zenginleşenin mutlak mülkiyet hakkına dayalı tasarruf yetkisiyle kendisine tapu devri yapılan üçüncü kişilerin hiçbir şekilde sebepsiz zenginleşme davasının nisbi nitelikte boyutu ile yükümlüsü olmayacakları açıktır.

VII. YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM EDİNİMİŞ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN İYİNİYETLERİNİN ARAŞTIRILMASINA DAYALI HUKUKİ SONUÇLAR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde, yukarıda andığımız kararlarda yer alan ifa-

²⁰ Bir hakkı devren kazanan kişinin (inanılan), bu hakkı devredenle aralarında kararlaştırdıkları amaca uygun olarak kullanmaya ve gerektiğinde bu hakkı kendisine devretmiş olana (inanılan) ya da üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesi, diğer tarafın da bu taahhüde güvenerek hakkı devretmiş olması inançlı devirdir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 423; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 575 vd.; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitapçılık, İstanbul, 2015, N. 1447.

²¹ Gümüş, s. 231, 232.

²² Bu konuda sebepsiz zenginleşmede “geri vermenin kapsamı” başlığı altında yer alan hükümlere başvuru kaçınılmaz olacaktır. Çünkü iadeye dayalı taleplerin olumsuz zarar tanımı içinde erimesi söz konusu olmayacaktır.

delerde üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığı peşinen kabul edilmiştir. Dikkat edilirse, geline bu noktada iyiniyetin tartışılması dönmeye aynı netice bağlanmasına dayalı tescilin yolsuzluğu varsayımına dayanmaktadır. Hal böyle olunca, TMK m. 1023 hükmünce dönme sonucu nedensellik (*illilik*) etkisi kabul edilmekle artık yolsuz tescilin bilinip veya bilinmesinin gerekip gerekmediğinin araştırılması gerekmektedir. Özellikle karardan aktararak sonuç bağlamak gerekirse; *“inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez; yükleniciden pay satın alan kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenemez. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu’nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun’un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir”*²³ yolunda gerekçe oluşturduğunu görmekteyiz.

Bu başlık altında bir an için iyiniyetin korunmasına dayalı sonuç bağlamamız gereken boyutuyla dönmeye aynı netice bağlayarak ka-

²³ Yeri gelmişken eleştirmek gerekirse Yargıtay’ın yarattığı bir kavram olarak “tapu iptali” davası tabiri fahiş hatalıdır. Gece ile gündüz kadar iki farklı nitelik arzeden taşınmazla yönelik aynı neticeli talep içeren davaların bu tür ortak bir tabir altında üst başlık olarak kullanılmaksızın tek bir davayı ifade etmek için kullanılıyor olması kabul edilemez. Bu nedenle malik davalıya karşı aktifindeki alacak hakkı ile aynı hakka vücut verecek bildirici tescilin kendi adına yapılmasına yol açacak dava TMK m. 716 hükmüne dayanacaktır. Buna göre tescili isteme talebi ile (tescile zorlama; ferağa icbar) açılan bu dava TMK m. 1025 hükmünce göre açılacak yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile karıştırılmamalıdır. Çünkü yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında davacı TMK m. 1026 hükmünce geçerli bir sebebe dayanmaksızın TMK m. 992 hükmüne dayalı mülkiyet karinesini adına oluşturmuş davalıya karşı hala aktifinde yer alan mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. E.Saba Özmen/G.Sinem Aydın, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası), *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 6, 2014, s. 179 vd.

zandırma sebebi borçlandırıcı işlemin sonradan geçersiz hale gelerek tasarruf işlemini geçersiz kıldığı yolundaki hatalı sonuca bağlı olarak üçüncü kişi haleflerin hiçbir şekilde iyiniyetli kabul edilmemesine dayalı sonuçları irdeleyeceğiz.

Savunduğumuz sonuçla TMK m. 1023 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir boyut mevcut değildir. Oysa yukarıda andığımız bilimden temelden yoksun içtihatlar karşı çıkanlarca ileri sürülen sav uyarınca iyiniyetin korunmadığı öne sürülmektedir. Biliyoruz ki, iyiniyetin TMK m. 1023 hükmünce korunmasına dayalı aynı hak edinimi, sefelin TMK m. 992 hükmünce nedensellik (*illilik*) prensibi gereğince geçersiz edinimine dayalı yolsuz tescile dayalı olarak tapu siciline güven ilkesinin bir sonucudur. Böylece **TMK m. 992 hükmünce arsa sahibinin bozucu yenilik doğuran hakla sözleşmeden dönme anına kadar mülkiyet hakkına ve “tasarruf yetkisine sahip”** yüklenicinin tapu devrinde hiçbir hukuki sakatlık bulunmamaktadır. İşte bu noktada, iyiniyetli sayılmayan üçüncü kişilerin külfeti, yükleniciden tapu edindikleri anda yüklenicinin selefi arsa malikinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi sonucu kendi edinimlerinin de geçersizlik müeyyidesine tabi olacağını gerekli dikkat ve itina göstererek bilmeleri gerektiği kabul edilmektedir. Eş deyişle, her kat irtifakına ve kat mülkiyetine ilişkin tapuda mülkiyet hakkı edinecek kişilerin anılan kararlar uyarınca satıcılarının bu taşınmazı nasıl edindiğini araştırmaları gerekecek ve bu konuda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığına rastlamaları halinde teknik hukuk bilgisiyle kanundan doğan borç ilişkisinin veya yeni dönme görüşünün değil, dönmeye aynı netice bağlanmakla ya da Yargıtay’ın yerleşik “avans tapu” kararlarının bilinci ile yüklenici ile beraber kendilerinin de edinmiş olduğu aynı hakkın TMK m. 1024 hükmünce yolsuz tescile dönüşebileceğini öngörmeleri gerekecektir. Bu ifademizin bilgili hukukçuların gülümsemesine yol açtığını tahmin etmekteyiz.

Yargıtay kararlarında ve hatta Anayasa Mahkemesi’ne muhalefet serhi yazarların da muhalefetine konu iyiniyetin aranmasının gerektiğine dair sonuçlara bağlı olarak **Yargıtay’ın yarattığı “mutlak kötüniyet” karinesini kabul etmek mümkün değildir.** Her ne kadar mutlak kötüniyet karinesi yaratılmadığı yolunda savunma yapılacaksa da

yukarıda irdelediğimiz kararlardan andığımız saptamanın yapılmasında hatalı olmadığını düşünmekteyiz. Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme halinde selef yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş halef alıcıların bu nitelikteki sözleşmelerde bu riskli durumu "inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez" şeklindeki ifadesiyle içtihat oluşturulmaktadır. Oysa tam aksi görüşte hayatın olağan akışına uygun olarak tapudan tapu sicil müdürlüğünde re'sen düzenlenen resmi senette yer alan borçlandırıcı işlem sözleşmeyi yapan alıcıların ayrıca tescili talebinde (TMK m. 1013/I) buldukları sırada yüklenicinin diğer nedensellik (illilik) prensibi örneklerinde olduğu gibi yolsuz tescil sahibi seleflerinden taşınmaz mülkiyeti veya diğer bir aynı hakkı edinirken haleflerinin TMK m. 992 hükmünce mülkiyet karinesi bile sakat bulunmamaktadır. TMK m. 3/I hükmünün getirdiği kuralla iyiniyetin varlığı asıl olmakla sonradan arsa sahiplerinin sözleşmeden dönebilecekleri yönünde kuşku taşınmaları yolunda Yargıtay kararınca ifade edildiği üzere riski üstlenmeleri gerektiği yolunda oluşturulan gerekçe asla kabul edilemeyecektir.

Bu yönde daha ayrıntılı bir gerekçe ile izah etmek gerekirse: Bir an için haklılığı savunulmakla, Yargıtay'ın kararlarında olduğu gibi tescil, andığımız hukuki kurguya dayalı olarak bozucu koşul niteliğiyle son bulması sonucu yolsuz hale gelmekle arsa sahibine yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açma hakkı (TMK m. 1025/I) tanınacak olursa, TMK m. 1023 hükmünce tescilin olumlu etkisine dayalı olarak aynı hak edinmiş kişilerin iyiniyet iddialarına dayalı kazanımlarına yer olacaktır. Ancak görmekteyiz ki, yadırgatıcı sonucu ile Yargıtay, hâkimin önsorun olarak davalı yolsuz tescil sahibinin iyiniyetinin olup olmadığı yolunda araştırmasına yer vermemektedir. Eş deyişle, Yargıtay hiçbir şekilde hukuki temeli olmayan kararlarıyla kötüniyetle edinim yolunda mutlak karine yaratmış bulunmaktadır. Bu sonucun varlığı bile genel hukuk ilkelerine ne denli ters düştüğü yolunda açıklamaları gereksiz kılmaktadır.²⁴

²⁴ Makalemizin başlığına dayalı olarak Tari Davası olarak adlandıracağımız somut uyuşmazlıkta TMK m. 1/son hükmüne göre bilimsel görüş niteliğinde Prof. Dr. Nami Barlas tarafından verilen 26.11.2012 tarihli hukuki mütalaada iyiniyete sonuç bağlanmaması haklı gerekçelerle yerinde görülmemiştir. Anılan hukuki mütalaanın 14. sayfası ve devamında bu husus irdelenmiştir.

Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlar hiç bir surette katılmadığımızı söylemekle birlikte, “*olması gereken tutarlı sonucu*” olarak arsa sahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde tescil yolsuz hale gelmiş olsa bile arsa sahibi TMK m. 1025 hükmü uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmadan önce ya da TMK m. 1011 hükmü uyarınca geçici tescil şerhi talep edilmeksizin dava açtıktan sonra söz konusu yolsuz tescile dayalı olarak üçüncü kişiden aynı hak kazanan diğer üçüncü kişilerin TMK m. 1023 hükmü uyarınca korunması gerekirken, olumsuz sonuca varılarak hayatın olağan akışı ile bağdaşmayan bir tutarsızlığa vücut verilmektedir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararına göre bu konuda taşınmazı iade etmek durumunda kalmamak için bu araştırmaya yansıyan bilgilere sahip bir hukukçu niteliği taşımak ya da alımlarında böyle bir hukukçudan hukuki yardım almak gerekeceği sonucuna varılmaktadır. İşte bu sonucun günlük yaşam tecrübeleriyle ne kadar bağdaştığı konusunda daha fazla ayrıntıya girmeyi abesle iştigal olarak kabul etmekteyiz.

Hatta eleştiri konumuz Anayasa Mahkemesi'nin kararında o kadar ifrata gidilmiştir ki, defalarca el değiştiren taşınmazda kat mülkiyetine geçmiş bağımsız bölümlerin son halef maliklerine karşı dönme ve fesih ayırımına vücut veren %90-95 seviyesindeki tamamlama niceliği yanında yapı kullanma izin belgesi aranarak artık sürekli edim olarak nitelemeden ayrılıp, ani edimli niteleme ile dönmeye bağlı olarak sözleşme dışı üçüncü kişilerin dahi iade ile yükümlü kılınması bir çok haksızca dava açılmasına vücut vermektedir. Özellikle Çorlu, Konya, Mersin, Kayseri gibi illerimizden gelen haberler bu hatalı içtihadın haksız menfaat elde etmek isteyen kişilere ne tür imkânlar sunduğunu ortaya koymaktadır. Şöyle ki, zamanında tüm bağımsız bölümler satılmış, arsa sahipleri alacaklarına kavuşmuş ve bağımsız bölümlerden kira geliri elde etmekteyken, salt bu içtihadın varlığıyla yüklenicinin imalatının %90 seviyesindeki tamamlama oranını geçmediği iddiasıyla sözleşmeden dönmekte ve bu yola yüklenici ile anlaşarak başvurmakta, hatta mahkeme heyeti keşfe geldiğinde %90 seviyesindeki tamamlama oranını geçme riskini taşımamak için yüklenici tarafından yapılan bazı imalatların söküldüğü ve yıkıldığı gözlenmiştir. Arsa sahibi ile yüklenicilerin bu içtihadı sığınan haksız kazanç elde etmeye dayalı ortaklıkları, “*Adalet arkasında asla müstehzi (alaycı)*”

bir gülüş bırakmamalıdır." sözünün ne denli haklı olduğunu ilgili içtihadı bağli olarak kahkaha ile gülüşler görmekteyiz. Bir içtihat bu tür davranışlara gerekçe oluşturmakta ise üzerinde düşünmekte yarar bulunduğu da açıktır. Şöyle ki, iyiniyetli olmayan davranışlarla bazı arsa sahipleri kendisine kalan bağımsız bölümlerin ufak eksiklikleriyle çevre düzenine ilişkin eksiklikleri bahane ederek anılan orana ulaşmadığı savı ile sözleşmeden dönmesiyle tüm bağımsız bölümlerin adına tescili için açacağı hatalı tabiriyle "tapu iptal davası" ile talep edebilmektedir.

Görüldüğü üzere olayda sözleşmeden dönmeye dayalı kanuni borç ilişkisi görüşüne ve aynı etkili sonucu reddeden yeni dönme görüşüne²⁵ göre nisbi borç ilişkisine dayanan iade talebinin üçüncü kişi cüz'i haleflere ileri sürülemeyeceği görüşü bir yana bırakılarak bir an için aynı netice ile tescilin yolsuz hale geldiği kabul edilse bile, Yargıtay'ın TMK m. 3 hükmüne iyiniyetin olmadığı karinesini yaratan andığımız içtihatları günümüz alışveriş ilke ve düşüncelerine uymamaktadır. TMK m. 1023 hükmüne dayanan ilke sonucu TMK m. 1020 hükmüne mutlak karine oluşturan açıklık ilkesine ve TMK m. 992 hükmüne dayalı mülkiyet karinesine dayalı olarak bilemeyeceği konularda iyiniyetli kişilere aynı hak kazandırılma kuralı dönme konusunda uygulanmamaktadır. Böylece tapu sicilinde aynı hak edindiği sırada arsa sahibi ile yüklenici arasında çıkacak uyuşmazlıktan dolayı edindiği aynı hakkın ileride geçersiz hale dönüşeceğini "bilmek gerektiği" konusunda oluşturulan içtihat hiçbir şekilde günün gerekliliklerine uymamaktadır.

VIII. SONUÇ

Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü uyarınca arsa sahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönmesi halinde "önceden"

²⁵ Bu görüşe göre sözleşmeden dönme ile dönülen sözleşmeden doğmuş ve ifa edilmemiş borçlar sona ererken (kurtarıcı etki), ifa edilmiş sözleşme edimleri açısından ise geri verme borcu meydana gelir (kurucu etki). Bu görüşün savunularından bazıları şöyledir: Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 74 vd.; Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 271; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul, Oniki Levha Ya-yıncılık, 2014, s: 156 vd.

yapılan tasarruf işlemiyle arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının yüklenici adına tescili, **yolsuz tescil haline dönüşmez**. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından “önce” yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişilerin sonradan sözleşmeden dönme hakkına yönelik irade beyanının yükleniciye varmasıyla **yolsuz tescile dayanarak hak kazanmamış olduğu kabul edilemez**. Bu konudaki görüşümüzün aksine dönmeye aynı netice bağlansa bile TMK m. 1023 hükmü gereğince tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet hakkı kazanılmasına imkân veren TMK m. 3 hükmüne dayalı kazanımlarının korunması gerekirken, **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARIYLA VE YARGITAY İÇTİHATLARIYLA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MUTLAK KÖTÜNİYET KARİNESİ YARATILARAK HİÇBİR ŞEKİLDE İYİNİYETLİ SAYILMAMALARI YOLUNDA KARARLAR BENİMSENEMEZ**.

Anılan görüş, Anayasa Mahkemesi'nin andığımız kararı ve Yargıtay'ın haksız uygulamaları gereğince tapu siciline güvenerek yükleniciden mülkiyet hakkını kazanan üçüncü kişiler, arsa sahibinin gelecekte sözleşmeden dönmeleri ile sözleşmeyi geriye etkili sonlandırabileceklerini bilmek zorunda bırakılmakta ve tescilin sözleşmeden dönme ile yolsuz hale geleceğinin kabulü ile mağdur edilmektedir.

Makalenin sonuna eklediğimiz fotoğrafta pankartta yer alan “*Kamuoyunun Dikkatine! Bedeli Karşılığın Satın Aldığımız Dairelerimizin Tapularının Mahkeme Kararı ve Yargıtay'ın Onayı ile Arsa Sahiplerine Devrine Karar Verilmiştir. Bu Haksız ve Adaletsiz Kararı Kınıyoruz.*” ifadesindeki mağduriyetler karşısında, **YARGITAY'IN HATALI YERLEŞİK KARARINDAN DÖNMEMEKLE ISRARI KARŞISINDA HİÇ OLMAZSA BENZER BİR BAŞKA OLAY GELDİĞİNDE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MÜLKİYET İHLALİNİN VARLIĞI YÖNÜNDE İŞARET ETTİĞİMİZ GEREKÇELERLE KABULE VARMAZINI VE YILLARDIR ELEŞTİRDİĞİMİZ YARGITAY İÇTİHATINDAN VAZGEÇİLMESİNİ UMUT EDİYORUZ**. Bu konuda kendisine görev düşen kişiler, bu haksız kararın bilincinde olmakla birlikte Yargıtay kararlarına direnme konusunda isteksiz hâkimlerdir. Böyle bir dava önlerine geldiğinde savunduğumuz bilimsel görüşlere dayalı olarak Yargıtay 15. HD'nin yerleşik içtihatlarına aykırı karar vererek bozma kararına dayalı olarak bu konuyu Yargıtay HGK kararının önüne ve

daha sonrasında da çelişik kararlara dayalı olarak içtihadı birleştirme kararına konu yapılması gerektiğini savunmaktayız. Kanun koyucunun her hatalı içtihadı kanun hükmü olarak düzenlemesi yolunda öneri getirmeyi pek benimsemesek de, anılan içtihatların yarattığı toplumdaki rahatsızlık sonucu geçerli borçlandırıcı işlemin “sonradan” ortadan kalktığı hallerde kendisine dayalı olarak yapılmış tasarruf işleminin “sonradan” geçersiz hale “gelmeyeceğine” ilişkin sonuca yol açan TBK m. 136/II hükmüne benzer kuralın, TBK m. 125/son hükmüne eklenmesi önerisinde bulunmaktayız.