

# ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ KONUSUNDA UYGULAMA HATALARI

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN<sup>1</sup> • Dr. Tuba Akçura KARAMAN<sup>2</sup>

Uygulamada yoğunluğu artmış ve 6306 sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun" başlıklı yasa ile daha da artacağı kuşkusuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri konusunda yaşanan ve tüm ilgililere yansıyan hatalar anlaşılır gibi değildir. Araştırmamızın amacı bilimsel gerçeklikler karşısında, bu hataların neredeyse "galat-ı meşhur" niteliği kazarak hukuki doğruyu söyleyenlerin küçümsendiği noktaya gelmeden bilimsel gerçekleri ortaya koymaktan ibarettir.

## I. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesiyle İlgili Genel Açıklamalar

### A. Tanımı ve Terim Sorunu

İnşaat ülkesi olan Türkiye'de yaygın olarak gelişen sözleşme tipi olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme tipidir. Aşağıda inceleneceği gibi bu sözleşmeye uygulamadan kaynaklı ihtiyaçlar sonucunda birçok kanun maddesinde (MK m. 1009, Tapu Kanunu m. 26, Tapu Sicil Tüzüğü m. 55/c gibi) sadece ismen yer verilmiştir. Diğer taraftan ne sözleşmenin unsurları, hükümleri ne de tanımı düzenlenmiştir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımını yapabilmek ve dolayısıyla unsurlarını belirleyebilmek için uygulamada yapılageldiği şekliyle tarafların karşılıklı edimlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Sözleşmenin tarafları iş sahibi (arsa sahibi) ve yüklenicidir (müteahhit). Arsa sahibinin borcu, üzerine inşaat yapılacak taşınmazın bir bölümünün mülkiyetini geçirmekken, müteahhidin borcu da inşaat yapmak ve yapılan bağımsız bölümleri devretmektir?. Dolayısıyla "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri", iş sahibinin arsanın belli bir payının devri karşılığında müteahhidin arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt ettiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Ancak, bu sözleşmenin yüklenici ve arsa sahibinin aynı arsada hak sahibi olacak şekilde yapılması gerekliliğinden söz edilmeyecektir. Bu sonuçla yüklenici kendine devredilecek başka bir arsa karşılığı, arsa sahibine ait arsadaki (bütünleyici parça olarak kalacak) tüm imalatları inşa etmeyi de üstlenebilir. Hatta aşağıda gelir pay-

1 Okan Üniversitesi Hukuk fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı

2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

3 Tanım için ayrıca bkz. Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 1; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009, s. 555; Bilal Kartal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 14, 15; Özgür Katip Kaya, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul 1993, s. 5; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, İstanbul 2010, s. 213; Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, 2. Cilt, Ankara 1998, s. 29.



laşımı sözleşmelerine dayalı anlatımlara esas olacak şekilde arsa sahibi tarafından devredilecek bağımsız bölümlere ilişkin olarak sözleşme süresince taşınmaza bağlı hak sahibi olması da beklenmemelidir. Yüklenici ani edimli nitelikli sözleşmede, arsada yapacağı inşaatlara bağlı olarak alacak hakkı sahibi olması yeterli olacaktır.

Ancak belirtelim ki bu tanım sadece uygulamada en çok rastlanılan türdeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımıdır. Bu sözleşmelere uygulamada getirilen farklı koşullar sonucu çok farklı içerikler kazandırılabilir<sup>4</sup>. Mesela arsada kat irtifakı kurulmuş ise yapılacak inşaata karşılık müteahhide kat irtifakı payı taahhüt edilmekte veya bazen de müteahhide baştan arsanın tamamının mülkiyeti geçirilip arsa sahibi lehine teminat ipoteği konulmaktadır.

Burada belirtelim ki "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" ile ilgili olarak uygulamada bir terim kargaşası yaşanmaktadır ve bu kargaşanın artık çözüme kavuşturulması zorunludur. Yargıtay'ın genellikle tercih ettiği "kat karşılığı inşaat"<sup>5</sup> veya "daire karşılığı inşaat" ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 55/c hükmünde kullanılan "kat karşılığı inşaat hakkı" gibi; hele hele Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün yayınlamış olduğu "Hizmet Standartları" isimli ve ilgililerin başvurusunda aranan belgeleri gösteren listenin 29 nolu bendinde yer alan "kat karşılığı temlik"<sup>6</sup> gibi tabirler terk edilmelidir. Zira artık sözleşmenin unsurları düzenlenmemiş olsa da Medeni Kanun m. 1009 ve Tapu Kanunu m. 26 hükümlerinde "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılması karşısında bu terimin tercih edilmesi doğru olacaktır. Yasal düzenleme ile ismi konmuş olan bir sözleşme hakkında farklı tabirlerin alışkanlığa dayalı kullanılması hukukçular arasında anlaşmayı güçleştirdiği gibi, noter ve tapuda sıkıntı yaşanmasına yol açabilmektedir.

Tam bu noktada yapılan başka bir hataya artık son verilmesi gerektiğine inanıyoruz. Şöyle ki aşağıda değineceğim Tapu Kanunu ve TST değişikliklerinden önce "Arsa payı karşılığı inşaat" niteliğinde olan sözleşmeler bu isim ile yapıldıklarında tapuya şerhleri mümkün olmadığından uygulamada "gayrimenkul satış vaadi şeklinde kat karşılığı inşaat" veya buna benzer ifadeler içinde tapuya şerhi mümkün olan "satış vaadi" tabiri kullanılarak yapılagelmiştir. Bu tür isimle yapılagelen sözleşmelerin, yapılma gerekçesinde yatan düşünce tamamen kaybolmasına rağmen halen bu isimle yapılmaya devam edildiğini ne yazık ki görmekteyiz. 1994 yılından bu yana artık bu başlığa gerek kalmamıştır. Şöyle ki, Bakanlar Kurulu Kararıyla 7.6.1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Tapu Sicil Tüzüğü'nün<sup>7</sup> 55/c maddesinde "kat karşılığı inşaat hakkı" ismi altında bu sözleşmelere şerh imkânı tanınmıştır. 1994 yılı öncesinde bu sözleşmelerin tapuya şerhinin sağlanabilmesi için uygulayıcılar tarafından

4 Bu türlerle ilgili daha fazla bilgi için bkz. Yavuz, s. 561-563; Gümüş, C.2, s. 214-218.

5 Yarg. İBK 30.9.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (www.kazanci.com.tr).

6 <http://web.tkgm.gov.tr/files/dosyalar/TKGMHIZMETSTANDARTLARI.doc>

7 Bakanlar Kurulu Kararı, 18.5.1994, 94/5623; RG 7.6.1994, 21953



pratik bir çözümle bu sözleşmelerin ismine şerhi mümkün olan “taşınmaz satış vaadi” ifadesini ekleyerek aslında “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” olan bu sözleşmelerin de şerhleri olanaklı kılınmaktaydı. Uygulamanın yaratmış olduğu bu “gayrimenkul satış vaadi şeklinde kat karşılığı inşaat” sözleşmeleri şu şekilde işlemekteydi: Sözleşme “satış vaadi” imiş gibi gösterilip bir taşınmaz satış bedeli belirleniyor ve böylece tapuya şerhi sağlanıyor, aynı sözleşmede ayrıca yüklenicinin kendisine bırakılan taşınmazın tamamı veya bir kısmı karşılığında ödemesi gereken bedel borcunu taşınmaz üzerinde bina yaparak ödeyeceğine ilişkin hüküm getiriliyordu. Yukarıda andığımız gibi 1994 yılında RG yayınlanan Tapu Sicil Tüzüğü'nün m. 55/c hükmü sonucu, arsa payı karşılığı sözleşmelerinin şerhi olanaklı hale gelmiştir. Hatta 2001 yılında kabul edilen yeni Medeni Kanun'un<sup>8</sup> 1009. hükmü<sup>9</sup> ve 2009 yılında Tapu Kanunu'nu 26 maddesine yapılan değişiklik<sup>10</sup> aracılığıyla ve yine aynı isimle MK m. 1009 değişikliği sonucu pekiştirilmekle “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin” tapuya şerh verilmesi kanun düzeyinde yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Söz konusu yasal düzenlemelerle artık “arsa payı karşılığı inşaat” sözleşmelerinin şerh verilebileceği açıkça düzenlenmiş olduğundan artık bu sözleşmelere “satış vaadi” türünde eklemeler yapmak amaçsız ve yararsız kalmıştır. Hatta böyle bir eklemenin yapılması mahkemelere yansıyan uyuşmazlıklarda kargaşaya yol açabilecektir. Zira “gayrimenkul satış vaadi şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi” ile esasen taşınmaz için bir bedel biçilip yüklenici ile bu bedelin ödenmesi karşılığında “taşınmaz satış vaadi” yapılmış gibi gözükmekte; ancak sözleşmeye konan bir hüküm ile müteahhide, taşınmaz satış karşılığındaki borcunu bedel olarak değil de inşa edilen binadaki bağımsız bölümlerin bir kısmının arsa sahiplerinin mülkiyetinde kalması şeklinde ifa edileceği yönünde bedel yerine “ifa yerini tutan eda/datio in solutum”<sup>11</sup> ile ödeme mecburiyeti getirilmektedir. Böyle müteahhide getirilen “ifa yerini tutan eda” ile ödeme imkânı taraflar açısından beklenmedik sonuçlar doğurabilecektir. Bu konuda en büyük handikap taraflar arasındaki sözleşme taşınmaz satışına yönelik kurgulandığından ihtilaf çıkması halinde bu sözleşmeler doğrudan satım sözleşmeleri olarak değerlendirilip satım hükümlerince yorum getirilmesi söz konusu olacaktır: Çünkü ifa yerini tutan edim yenileme (tecdit) niteliğinde bir sözleşme olmayıp; aksine tasarruf işleminin aynı sözleşmeye dayalı yeni

8 4721 Sayılı Kanun, RG 8.12.2001, 24607.

9 MK m. 1009/f.1: “Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir .”

10 Anılan değişiklik 5831 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle (RG, 15.1.2009, 27123) yapılmıştır. Değişiklik sonrası Tapu Kanunu m. 26/f.7 hükmü şu hale gelmiştir: “Noterlik Kanun'unun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.”

11 “İfa yerini tutan eda” ile borç derhal sona erer. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2011, s. 292; Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, §7, N. 26 vd.



bir edime vücut vermektedir. Oysa “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” nde borçlanılan edim eser sözleşmesinin esaslı noktasını oluşturmaktadır. Bu durum anlaşılacağı üzere müteahhidin ifada temerrüde düşmesi halinde uygulanacak hükümler anlamında da karışıklığa sebep olabilecektir.

### B. Hukuki Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yukarıda belirttiğimiz ve öğretilde tartışmasız olarak kabul edildiği gibi “isimsiz (atipik)”, diğer bir ifadeyle kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmedir<sup>12</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 2001 yılında kabulü ile yürürlüğe giren 1009. maddenin “Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, geriatım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir” şeklindeki ifadesi ile bu sözleşmenin adlandırılmış olması onu isimli sözleşme niteliğine sokmayacaktır. Bu durumda yasa metninde esaslı noktaları ortaya konularak isimlendirilmiş olan, mesela Borçlar Kanunu'nun 207 ve 209. maddelerdeki “satım sözleşmesi” ve “taşınır satımı”, 247. maddesindeki “örnek üzerine satım sözleşmesi”, 285. maddedeki “bağışlama sözleşmesi”, 299. maddedeki “kira sözleşmesi” gibi bir sözleşme karşısında olmadığımız açıktır. Türk Medeni Kanunu'nun 1009. maddesinde “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” adlandırılmasına yer verilmesinin sebebi, Türk uygulamasında sıkça görülen bu sözleşmelerin tapuya şerhini olanaklı kılmaktan ve buna bağlı olarak da, maddenin ikinci fıkrası ile şerhin eşyaya bağlı borç ve münzam etkileri ile donatmaktan ibarettir. Tapu siciline hâkim olan ilke olarak “numerus clausus”, yani sınırlı sayı kuralı uyarınca sadece kanunda açıkça şerh edilebileceği gösterilmiş olan haklar tapuya şerh edilebilmektedir. Daha önce aynı konudaki ihtiyacı gidermek amacı ile Tapu Sicil Tüzüğünde 1994 yılında yapılan değişiklikle 55/c bendi ile “kat karşılığı inşaat hakkı” tabiri kullanılarak “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin” şerhi olanaklı kılınmış olduğundan bahsetmiştik. 1994 yılında yayınlanan Tapu Sicil Tüzüğünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine tanınan şerh imkânıyla ilgili olarak doğabilecek tereddütleri tamamen ortadan kaldırmak amacıyla kanun koyucu 2001 tarihli Medeni Kanun'un 1009. maddesine ve 2009 yılında yapılan değişiklikle<sup>13</sup> de Tapu Kanunu'nun 26. maddesine bu konuda açık hüküm getirmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz (atipik) sözleşmelerden “karma sözleşme (karışık muhtevalı sözleşme)” olarak nitelendirilmektedir<sup>14</sup>. Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait edimlerin Kanun'un öngörmediği tarzda mübadele ilişkisi içerisinde konulmasıyla meydana gelen sözleşmelerdir<sup>15</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de sözleşme taraflarından arsa sahibinin borcu, taşınmaz satımının bir unsuru olan

12 Erman, s. 4; Yavuz, s. 558; Kartal, s. 25, 26; Kaya, s. 16, 17.

13 5831 Sayılı Kanun m. 1 (RG, 15.1.2009, 27123)

14 Yavuz, s. 558; Erman, s. 5; Kartal, s. 25, 26; Kaya, s. 16, 17; Gümüş, C.2, s. 213.

15 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008, s. 12; Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, 1971 Ankara, s. 102; Yavuz, s. 507; Erman, s. 5.



taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesidir ve diğer tarafın yüklenicinin istisna sözleşmesinin bir unsuru olan inşaat (eser) yapma ve yapılan bağımsız bölümü devretme borcu ile mübadele ilişkisi içinde bulunmasıdır; yani kanunla düzenlenmiş iki sözleşme tipine ait edimler, Kanun'un öngörmediği bir tarzda mübadele ilişkisi içinde olmaktadır. Yargıtay kararlarında bu sözleşme için "çift tipli karma sözleşme" deyimi kullanılmaktadır<sup>16</sup>.

Burada ayrıca uygulamada "hâsılât (gelir) paylaşımli inşaat sözleşmesi" adlandırılması ile yapılan sözleşmelerden de bahsetmek gerekmektedir. Bu isim altında yapılan sözleşmelerde genellikle, müteahhit sadece binayı inşa edip belli bağımsız bölümleri arsa sahibine bırakmamakta, müteahhidin bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak elde edilen gelirin tamamını veya bir kısmını arsa sahibine aktarması beklenmektedir. Böylece müteahhidin bağımsız bölümleri satıp elde edilen geliri (hasılât) arsa sahibine geçirmesi beklenen sözleşmelerin "arsa payı karşılığı inşaat" sözleşmesinden farklılıkları sorgulanmaya başlanmıştır. İNAL, "gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinin", eser sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi ve sui generis bir iş görme sözleşmesi unsurlarının kanunda öngörülmemiş bir şekilde bir araya getirilmesinden meydana gelmiş farklı bir tip sözleşme olduğu kanaatinde<sup>17</sup>. Görüşümüzce sözleşmelerde "gelir paylaşımli" türünden adlandırmalarda bulunulurken çok dikkatli davranılmalıdır. Aslında sözleşmenin hukuki niteliğinin ne olduğu belirlenirken BK m. 19 hükmünce<sup>18</sup> tarafların gerçek iradeleri araştırılır; ancak, tarafların "hâsılât (gelir) paylaşımı" şeklindeki isimlendirmesi, taraf iradeleri yorumlanırken istenmeyen sonuçlara gidilmesine sebep olabilir. "Gelir (hâsılât) paylaşımı" tabiri, içeriği yeterli özenle düzenlenmemiş olan bir sözleşme açısından ihtilaf halinde sözleşmenin tarafların hedeflemediği yönde nitelendirilmesine ve dolayısıyla da sözleşmeye bambaşka hükümlerin uygulanmasına yol açabilecektir. Şöyle ki; sözleşme bir uyuşmazlığa konu olduğu takdirde sözleşmede kullanılan ifadeler sonucu hâkim, taraflar arasında BK m. 620 vd. hükümleri kapsamında adi ortaklık kurulduğu sonucuna varabilecek ve tarafların hiç de arzu etmediği bir sonuçla söz konusu taşınmazın sermaye olarak konulduğu ve ortak olarak kabul edilen müteahhidin ve arsa sahibinin taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyetinin (MK m.701-703) doğmuş olduğu kabul edilebilecektir (BK m. 638/f.1; EBK m. 534)<sup>19</sup>. Ayrıca şerh verilebilecek sözleşmelerin kanunda sınırlı sayıda sayılmış olması ve bunlar arasında "gelir paylaşımli inşaat

16 Bu konuda bkz. Yavuz, s. 507. Y 15. HD 17.5.1982, 573/1184 (Yavuz, s. 507, dn. 16'dan naklen); Yarg 15 HD, 4.10.1974, E.670, K. 977 (Kaya, s. 17, dn. 44'den naklen)

17 Emrehan İnal, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 194.

18 BK m. 19/f.1: "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır."

19 BK m. 638/f.1 : « Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği ile bütün ortaklara ait olur. »

Adi ortaklıkla el birliği mülkiyeti hükümlerinin uygulandığı ile ilgili olarak bkz. Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 409; Yavuz, s. 917; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Safbe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2011, s. 285.



sözleşmesi”nin bulunmaması nedeniyle sözleşme tapuda şerh de verdirilemeyecektir. Tıpkı 1994 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü öncesi “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin” tapuya şerh edilebilmesi için isminin “gayrimenkul satış vaadi şeklinde” ibaresi içererek oluşturulması<sup>20</sup> örneğinde olduğu gibi bu defa da “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi” ismini takmak gerekecektir.

Burada ayrıca belirtelim ki, uygulamada “gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi” olarak adlandırılan birçok sözleşme aslında “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nden başka bir sözleşme değildir. Anılan sözleşmede tipi değiştirmeye sebep olacak başkaca baskın unsurlar bulunmadan, sadece müteahhide bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılarak elde edilen geliri arsa sahibine verme yetkisi ve borcu yükleniyorsa o zaman bu sözleşmede, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” tipinin dışına çıkılmadan tipin kendi içinde farklılaşması söz konusu olmaktadır. Bu durumda müteahhidin bağımsız bölümleri satarak bedelini arsa sahibine verme borcu, “arsa payı karşılığı inşaat” sözleşmesi kapsamında irade serbestisi prensibi uyarınca vekâlet sözleşmesine ilişkin bir iş görme borcu olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla, yüklenici (müteahhit) arsa sahibinin vekili olarak hareket ederek arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışını gerçekleştirir. Müteahhidin bu şekilde arsa sahibinin vekili olarak gerçekleştirdiği bağımsız bölüm satışlarından elde ettiği bedelleri BK m. 508 kapsamında arsa sahibine iade etmesi gerekmektedir. Vekilin elde ettiklerini müvekkiline tediye borcu bulunduğu BK m. 508 (EBK m. 392)’de açıkça dile getirilmiştir<sup>21</sup>. Bu doğrultuda müteahhidin arsa sahibinin vekili konumunda hareket ederek bağımsız dairelerinin satışından eline geçmiş olan parayı arsa sahibine teslim borcu bulunmaktadır<sup>22</sup>. Burada ayrıca belirtelim ki bu kapsamda sözleşmeler yaparken bağımsız bölümlerin satışlarının tamamlanamaması riski daima göz önünde tutulmalı ve arsa sahibine kalması gereken bağımsız bölümlerin hangileri olduğu sözleşmede, aynı haklara hakim belirlilik prensibince parça borcuna vücut vermekle, açıkça düzenleme konusu yapılmalıdır. Zira bir kriz ortamında satışların tamamlanamaması durumunda sözleşmenin tasfiyesinin nasıl yapılacağı ve bu bağlamda satılmamış bağımsız bölümlerden hangilerinin kimin mülkiyetinde kalacağı sorusu çözümsüz bırakılacak olursa, görüşümüzce yine adi ortaklık hükümleri ile tasfiyeye gitmekten başka çare kalmayacaktır; ki bu da çoğunlukla arzu edilmeyen bir sonuç olarak karşımıza çıkacaktır.

20 Bkz yukarıda dn. 8 vd ile ilgili metin.

21 Bu yönde bkz. Yavuz, s. 655.

BK m. 508: “Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.

Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür.”

22 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2010, s. 498; Yavuz, s. 656.



Savunduğumuz görüş uyarınca, İNAL'ın belirttiği gibi sözleşmedeki farklı hükümler dolayısıyla çeşitli mahiyetteki sözleşmelerin varlığını kabul etmekle beraber, zaten isimsiz bir sözleşme olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"nin mevcudiyetine rağmen bu defa farklı nitelikte yeni bir isimsiz sözleşme yaratarak "gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi" uygulama ismini takmanın yararı olmadığına inanıyoruz. Bu sonuçla da bu tür sözleşmeleri yapacak hukukçu meslektaşlarımıza, gerek lehlerine olan şerh olanağını kaybetmemek gerekse de bir kriz ortamında tasfiyenin aynı haklara bağlı malvarlığı değerlerine bağlı yapılmasına olanak sağlamak amacıyla, hele hele adi ortaklık yorumuna ve bu yorumla kriz ortamındaki müteahhidin borçlarından müteselsilen sorumlu olmaya meydan vermemek amacıyla önerimiz "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" ismini kullanmaktır. Ayrıca sözleşmede hangi bağımsız bölümlerin kime ait olacağı gösterilerek taraflara düşen edimler aynı nitelikli talep olarak bağlanmalı ve gelir paylaşımı yolunda nakdi edim ayrıca arzu ediliyorsa bunun yüklenici taahhüdü olarak ve yeni bir sözleşme tipi yaratmadan sadece "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırdığımız sözleşme tipinin kendi içinde farklılaşması yoluyla sağlanması uygun olacaktır. Diğer yönden vergi mevzuatında da "gelir paylaşımli sözleşme" isminin kullanılması riskli sonuçlar taşıması olasıdır ve bu tür faaliyetler 5 yıl sonra yapılsa bile vergiye tabi olabilme riski taşıyabileceği unutulmamalıdır. Çünkü gelir paylarına ilişkin 'elinde çekiç olan her şeyi çivi olarak görür' sözünü haklı çıkaracak biçimde kazanç elde etme yolunda ticari faaliyeti hatırlatması sonucu beş yıllık gelir vergisi istisnasının kaybına yol açabilen sorunlara gebe olacaktır.

## **II. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekliyle İlgili Olarak Uygulamada Yaşanan Sorunlar**

### **A. Sözleşmenin Geçerlilik Şeklinin Resmi Şekil Olması Hususu**

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesinin unsurlarını taşıyan karma nitelikte bir sözleşme olduğuna göre şekil sorununun da bu sözleşmeyi oluşturan edimler açısından incelenmesi gerekmektedir. Taşınmaz satımı resmi şekil şartına tabidir (MK m. 706, BK m. 237). İstisna sözleşmeleri açısından ise kanunumuzda hiçbir geçerlik şekli bulunmamaktadır. Arsa sahibinin edimi belirli bir arsa payının mülkiyetini müteahhide geçirmek olduğundan bunun "taşınmaz satışı" niteliğinde olarak resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Müteahhidin edimi, eser sözleşmesinin bir unsuru olan inşaat yaparak arsa sahibine kalması kararlaştırılan bağımsız bölümleri ona teslim etmektir ki bu edimin geçerliliği şekil şartına tabi değildir. Taraflardan birinin edimi resmi şekle bağlı olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gerekir<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Bu yönde olarak bkz. Yarg HGK 30.4.1997, 15-146/372 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 15.HD 17.2.1983, 206/269 (YKD 1983, C. IX, S. 5, s. 745); Yarg HGK 25.10.1985, 14-429/850 ((www.kazanci.com.tr). Bu yönde başka kararlar için bkz. ERMAN, s. 15, dn. 1.



Aşağıda detaylı olarak inceleneceği gibi taşınmaz mülkiyetiyle ilgili sözleşmeleri yapmaya yetkili makam tapu daireleri olmasına rağmen yaratılan fiili durum sonucunda uygulamada bu sözleşmeler her zaman noterler aracılığıyla yapılmak zorunda bırakılmaktadırlar.

### **B. Tapu Dairelerinin Yarattığı Fiili Durum Sonucunda Bu Sözleşmelerin Noterler Tarafından Yapılıyor Olması Sorunu**

Medeni Kanun m. 706'de "taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olmasının resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı" olduğu belirtilmiş ancak bu resmi şekle kimin vücut vereceğine ilişkin hüküm getirilememiştir. Bunun sebebi, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nda ülkedeki federatif devlet sistemi dolayısıyla resmi şeklin kimin tarafından düzenleneceğinin Federe devletlerin iç mevzuatına bırakılmış olmasıdır. 1926 tarihli Eski Medeni Kanun'da İsviçre Medeni Kanunu'ndaki boşluk aynen iktibas sonucunda doldurulmadan o şekilde bırakılmıştır. Bunun sonucu olarak da resmi şekil şartını yerine getirecek makamın neresi olduğu konusu tartışmalara sebep olmuştur. Ancak 10.6.1931 tarihli ve 2/40 sayılı Yargıtay İBK<sup>24</sup> ile bu sözleşmeye ait resmi senedin noterler tarafından değil tapu sicil müdürü ve memurları tarafından düzenleneceği belirlenmiştir. Daha sonra da 1934 tarihli Tapu Kanunu'nun<sup>25</sup> 26. maddesiyle<sup>26</sup> bu durum açıkça düzenlenmiş ve böylece Medeni Kanun'daki boşluk ayrı bir kanuni düzenlemeye vücut verilerek giderilmeye çalışılmıştır. Bugün hâlâ yürürlükte bulunan Tapu Kanunu hükümlerinin eski Türkçe ve zaman zaman yapılan değişikliklerle yeni Türkçe ifadelerin yarattığı garip çelişki kolaylıkla fark edilebilecektir. Oysa 2001 tarihli Medeni Kanun'un değişikliği sırasında artık Tapu Kanunu'nun ilga edilerek anılan hükümlerin Yeni Medeni Kanunumuza alınmamış olması büyük eksikliklerdir.

Tapu Kanunu'nun yukarıda andığımız m. 26/f. 1 hükmünde belirtilen taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran tüm sözleşmeler ile sınırlı aynı haklara yönelik sözleşmelerde tapu müdürlükleri yetkili kılınmıştır. Bu noktada özellikle dikkat edilmesi gereken husus, Türk Özel Hukuku'nda illilik prensibi ile birbirine hukuki kaderi açısından bağlanmış "borçlandırıcı" ve "tasarrufları" olarak adlandırılan iki tür kazandırıcı işlemin dikkatle ayırt edilmesidir. Zira mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler "borçlandırıcı işlem"lerdir; diğer taraftan aynı hakkın kazanılması sonucunu doğuran işlemler (ki bu taşınmaz mülkiyeti açısından tapuya tescilidir) ise "tasarrufları işlem"lerdir. Tapu

24 Kararın metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

25 RG 29.12.1934, sayı 2892

26 Tapu Kanunu m. 26/f.1: "Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı 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 münhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanun'un 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir."



müdürlüklerinin “tasarrufi işlem niteliğindeki” tapuda tescili yapmaya yetkili makam oldukları şüphesizdir; bu müdürlüklere Tapu Kanunu'nun 26. maddesiyle borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmeleri de yapma yetkisi verilmiş olmaktadır. Tapu müdürlerinin ve yetkililerin taşınmaz mülkiyetiyle ilgili olarak hem borçlandırıcı (taahhüt) hem de tasarruf işlemini birlikte ve ayrı ayrı yapmaya yetkili oldukları tartışmasızdır. İşte tam bu noktada bu iki tür kazandırıcı işlemin birbirine illilik<sup>27</sup> sonucu bağlı olan fakat birbirinden bariz bir biçimde ayrılan iki farklı ve bağımsız hukuki işleme vücut verdikleri neredeyse tamamen unutulmuştur. Çünkü taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak kurulması sonucunu doğuran “borçlandırıcı işlemler” borçlar hukukunun; bunlara ilişkin gerekli tescilin ayni hakkın kazanılması sonucunu doğurduğundan eşya hukukunu ilgilendirdiği açıktır. Dolayısıyla, taşınmaz mülkiyeti veya üzerinde ayni hak kurulmasına yönelik isimli veya isimsiz (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi) “borçlandırıcı işlem” niteliğindeki sözleşmelerin konusu ve koşulları, borçlar hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde belirlenebilecek ve dolayısıyla geciktirici şarta ve vadeye bağlı yapılması mümkün olacaktır. Hal böyle olmakla beraber, tapu dairelerinin uygulamaları bambaşka bir yol izlemekte ve “borçlandırıcı işlem” ile “tasarruf işlem”ini aynı belgede birleştirerek, borçlandırıcı sözleşmeye bu tür hükümlerin konulmasına izin verilmemektedir. Şöyle ki, **de facto** uygulamaları ile tapu daireleri bu konuda kullandıkları resmi senet (akit tablosu) adı altında matbu belgelerle birlikte, hemen akabinde tarafların metne tescili talep beyanlarını da alarak taşınmaza ilişkin ayni hak kurulmasına yönelik sözleşmelerin (taahhüt/borçlandırıcı işlem), vadeye veya koşula (şarta) bağlı sözleşme yapılmasına olanak tanımamaktadırlar. Bu sonuç ile vade ve koşula bağlı sözleşmeleri taşınmaza ilişkin olarak yapmak isteyen vatandaşlar, tapu dairelerinin yaratmış olduğu bu durumu aşmak amacıyla mülkiyeti devir taahhütlerini irade serbestisi uyarınca istedikleri koşulları içeren “ön sözleşme”<sup>28</sup> niteliğinde bir “gayrimenkul satış vaadi” şeklinde yapmak zorunda bırakılmışlardır. Bu noktada karşılaşılan diğer bir sorun ise, “gayrimenkul satış vaadi” sözleşmelerini tapu görevlilerinin yapmayı kabul etmemesidir. Bu uygulama Noterlik Kanunu m. 60/b.3'e göre taşınmaz satış vaadlerinin noter tarafından yapılabileceği hükmüne dayandırılmaktadır<sup>29</sup>. Her ne kadar Noterlik Kanunu

27 Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında illilik prensibi benimsenmiştir. Buna göre borçlandırıcı işlem olan satım sözleşmesinin geçerli olmaması halinde bu işleme dayanarak yapılan tescil (tasarrufi işlem) de mülkiyeti kazandırmaz. Bu husus Medeni Kanun'un 1024/f.II'de açıkça belirtilmiştir. (MK m. 1024/f. II: “Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.”)

28 Türk ve İsviçre hukuk doktrini ve yargı kararlarında hakim görüşün “gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin” “ön sözleşme” olduğu yönünde bkz. Gül Doğan, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006, s. 47.

29 Noterlik Kanunu m. 89 uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin düzenleme şeklinde tanzim olunması gerekmektedir. Noterden sadece imza tasdiki yaptırılmış sözleşmelerin geçerli olmadığı yönünde bkz. Yarg. HGK 9.6.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565; Yarg. 15. HD, 21.1.1981, E. 1981/2789, K. 1981/59 (kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr).



60/b.üçüncü madde noterlerin görevleri başlığı altında “gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmak” ifadesi ile taşınmaz satış vaadlerini tanzim yetkisi noterlere verilmişse de bu konuda öncelikli yetkinin tapu sicil müdürlüklerinde olduğu unutulmamalıdır. Zira ön sözleşme niteliğindeki “satış vaadi sözleşmesi”nin geçerliliği, ön sözleşmeyle ilgili BK m. 29 hükmünde<sup>30</sup> açıkça belirtildiği gibi asıl sözleşme olan satım sözleşmesinin şekline uygun kurulmasına bağlıdır. Taşınmaz satışının da tapudan yapılacağı Tapu Kanunu’nun 26/f. 1 hükmüyle belirlenmiş olduğuna göre artık taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin de talep halinde tapu dairelerince yapılması gerekmektedir. Noterlik Kanunu m. 60/b.3’ün mevcudiyeti de dikkate alınacak olursa “gayrimenkul satış vaadi sözleşmesini” hem tapu daireleri hem de noterlerin yapmaya yetkili olduğu tamamen unutulmuştur<sup>31</sup>.

“Ön sözleşme” kurumu Roma Hukuku’ndan alınmıştır. Bu hukuk sisteminde asıl sözleşmenin bir şeyin teslimi (“rıza + malın teslimi”) şartıyla kurulmuş sayıldığı “real akit (contractus realis)” olarak nitelendiren sözleşmelerin varlığı dolayısıyla “ön sözleşme” kurumunu getirmiştir<sup>32</sup>. Roma hukukunda “ön sözleşmeye” özellikle de karz, ariyet ve vedia sözleşmelerinde borçlandırıcı işleme yönelik ihtiyacı karşılamak için başvurulmaktaydı. Zira bu sözleşmelerde borç ilişkisinin doğması için malın teslim edilmesi gerekiyordu. Bugün artık hukukumuzda sözleşmeler şeyin karşı tarafa teslimine gerek olmaksızın tarafların anlaşmasıyla kurulduğundan, Türk Özel Hukukunda “ön sözleşme (akit yapma vaadi)” kurumuna ihtiyaç olup olmadığı haklı olarak sorulabilir<sup>33</sup>. Tapu dairelerinin yukarıda anlatılan borçlandırıcı işlemle tasarrufi işlemi birleştiren fiili uygulaması sonucu taşınmaza ilişkin aynı hak kurulmasına yönelik sözleşmeler “real akit” niteliğine bürünmüştür. Bunun sonucu da “ön

30 BK m. 29 : Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, ön sözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.

Eski BK m. 22: Bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir. Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tabi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur.

31 Bu görüşten olarak bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Türk Medeni Hukukunda gayrimenkul satış vaadi, İstanbul 1959, s. 118; Doğan, s. 48; Tandoğan, I/I, s. 243; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 690; Kemal Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 520; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s. 175.

32 Oğuzman/Öz, C.1, s. 200, dn. 516. JdT 1983 I 544; JdT 1993 I 387.

33 Bu görüşten olarak bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölümü, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, İstanbul 2010, s. 101. Modern hukukta ön sözleşme kavramının gereksiz olduğu yönünde bkz. İsmet Sungurbey, “Modern Hukukta taraflar arasında ön sözleşmeye yer yok”, Medeni Hukuk Sorunları, IV, İstanbul 1980, s. 391 vd.

Hukukumuzda sadece Eski TK m. 768/I, c.2’de düzenlenmiş olan eşya taşıma sözleşmesi “real akit” örneği teşkil etmekteydi. Bu hüküm uyarınca taşıma sözleşmesinin tamam olması için eşya taşıyıcıya teslim edilmiş olması gerekmektedir. Ancak taşıma sözleşmesinin “real akit” özelliği 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6102 sayılı Ticaret Kanunu m. 856/f.2 ile kaldırılmış ve taşıma sözleşmesinin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurulacağı düzenlenmiştir. Böylece hukukumuzda “real akit” niteliğinde bir tek sözleşme bile kalmamıştır.



sözleşme (akit yapma vadeleri)" taşınmaz hakkında aslında sadece borçlandırıcı işlem yapabilmek amacıyla hortlatılmıştır. Artık bu fiili durum o kadar kanıksanmıştır ki tapu dairelerinin koşula (şart) ve tescili vadeye bağlayan sözleşme yapma yükümlülükleri olduğu hatıra dahi gelmeyecek; bu yolda talepte bulunan kişiler eminim cahillikle suçlanarak talepleri reddedilecektir. Hâlbuki sözleşme yapma özgürlüğünce sözleşmenin konusunu diledikleri gibi düzenleme haklarına sahip olan kişiler, taşınmazda aynı hak kurulmasına ilişkin sözleşmelerde de tescili vadeye veya koşula bağlı kılan hükümler getirmelerine kanuni bir engel bulunmamaktadır. BK 243 üncü maddesinin "Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz."<sup>34</sup> şeklindeki hükmü karşısında zaten taşınmaz satım sözleşmesinin şarta bağlı yapılamayacağı iddia bile edilemez. Hal böyle olmakla beraber, tapu dairelerinin keyfi uygulamalarıyla bu konuda oluşturulmuş olan fiili engeli aşmak amacıyla, vadeye ve koşula bağlı aynı hak kazanılmasına yönelik borçlandırıcı işlemler yapabilmek için noterlerde düzenlenen "taşınmaza yönelik akit yapma vadelerine (EBK m. 22)" yeni tabirle "ön sözleşmelere (BK 29)" başvurulmuştur. Bu anlatılanların ışığında, taşınmaz mülkiyetini devri yönünde taahhüt içeren "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" de vade ve koşula bağlı yapılabilmesi için tapu dairelerinin yarattığı hukuk prensipleriyle bağdaşmaz fiili uygulama sonucu noterden ve ancak "ön sözleşme" şeklinde yapılabilir.

Bu sonuç ile vade ve koşula bağlı sözleşmeleri taşınmaza ilişkin olarak yapmak isteyen vatandaşlar gereksiz yere noterlere sürüklenmektedirler. Bu konuda noter harçları ve değerli taşınmazlarda milyonlara varan damga vergisi ödenmektedir. Ayrıca, sonradan tapuda satım sözleşmesi yapılırken tekrar harç ödemek zorunda kalınmaktadır. Olması lazım gelen (de lege feranda) açısından önerimiz taşınmaza ilişkin aynı hakların kurulmasına yönelik borçlandırıcı işlemlerin yapılması konusunda tapu sicil müdürlüklerinin görevi kaldırılmalı bu görev tamamen noterlere bırakılmalı ve hatta bu sözleşmeler iki tarafın avukatının hazır bulunması halinde adi yazılı şekilde veya belki de ilaveten yalnızca noter onaması ile geçerli hale getirilmelidir. Böylelikle, tapu dairelerince hazırlanmış matbu taşınmaz satımı belgesindeki ifadelere katılması sorunu bitecek hem de çift harç (noterde ve tapuda ayrı ayrı) ödemek zorunda kalınmayacaktır. Zira, tapu daireleri söz konusu matbu satım belgelerini kullanmayı sürdürmekte ve sözleşme serbestisi ilkesinin hakim olmasına rağmen tarafların istedikleri hükümlerin dercedilmesine izin verilmemektedir<sup>35</sup>.

34 Eski Borçlar Kanunu. m. 214 hükmün "Bir gayrimenkulün şartla bey'i halinde şart tahakkuk etmedikçe beyi, tapu siciline kaydedilmez" şeklindeki hükmü yeni BK'nun 243. maddesinin "Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz." hükmüyle de dili sadeleştirilerek aynen korunmuştur.

35 Aynı sıkıntı, noterler tarafından yapılacağı Trafik Kanunu'nun 19. hükmü ile belirlenmiş olan trafik siciline kaydedilmiş araçların satışıyla ilgili sözleşmelerde de yaşanmaktadır.



### C. Noterlerin Sözleşme Düzenlemek İçin Satıcıdan Tapu İbrahimini Talep Etmesi Sorunu

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ve vadeye ve koşula bağlı sözleşmelerin tapu dairelerinin yaptığı yanlış fiili uygulama sonucu sadece noterlerden ve "taşınmaz satış vaadi" niteliğinde düzenlenebildiğine yukarıda değindik. Kısaca hatırlatacak olursak taraflar tapu dairelerinde istedikleri koşulları haiz satım sözleşmeleri yapamadıklarından dolayı bu yöndeki ihtiyacı gidermek amacıyla noterlerden "taşınmaz satış vaadi" sözleşmesi yapma yoluna gidilmiştir. İsteddiği koşullardaki satım sözleşmesini tapuda yaptıramayan vatandaş bu konuda noterden medet umarken bu sefer de noterlerin başkaca hukuka uygun olmayan uygulamalarına muhatap olmuştur. Mesela noterler sıklıkla taşınmaz "satış vaadi sözleşmelerinde" (6098 sayılı yeni BK m. 29 ile "satış vaadi" tabiri "ön sözleşme" olarak adlandırılmıştır) taşınmaz devir borçlusundan tapu resmi senedinin ibrazını istemektedir. Noterlerin bu tutumu, "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"nin bir "borçlandırıcı işlem" yani "taahhüt muamelesi" olduğu hatırlanacak olursa sadece abesle iştigal olarak açıklanabilir. **Roma hukukundan beri özel hukukun temeli olan "borçlandırıcı işlem/taahhüt muamelesi" ve "tasarrufi işlem" ayırımının farkında olan hukukçu sayısının azlığı ürkütücü boyutlara ulaşmıştır.**

"Borçlandırıcı işlemi" "tasarruf işlemi"nden ayıran özellik; "borçlandırıcı işlemin" geçerli bir şekilde kurulması ve hükümlerini doğurması için borç altına giren kişinin taahhüt yetkisinin bulunmasının aranmamasıdır<sup>36</sup>. Bu nedenle taşınmaz satımında bir hırsızın yaptığı satım sözleşmesi geçerli olur. Keza, taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini yapabilmek için tasarruf yetkisine sahip olmak yani malik olmak gerekmediği hukuk fakültesinde öğretilen temel bilgilerdendir. Bu konuda, sınav kâğıtlarında aksini beyan fahiş hata olarak kabul edilir. Bu nedenle, satış vaadi veya kanun başlığının altında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taşınmaz devir borçlusunun malik olması koşulu ile tapu belgesi arayan noterleri esefle kınıyor, Noterler Birliği'nin artık kabul edilemeyecek bu tür hatalar için bilimsel genelgeler yayınlaması gerektiğine inanıyoruz.

Şöyle ki; noterde araç bedelinin nakden ve peşinen alındığına dair kayıt matbu resmi satış senedine dayalı olarak taraflarca imzalanması istenmekte; bu ibarenin çıkarılması talebi reddedilmektedir. Özmen'in yeni yaptığı bir araç satışında yetkili noter Adalet Bakanlığı'nın uygulaması sonucu matbu resmi satış senedinin bu şekilde hazırlanması gerektiğini ifade etmiştir. Hem tapu hem de noterlerde görülen bu saçmalığa bir an önce son verilmesi gereği açıktır.

36 Borçlandırıcı işlemin geçerliliği için sadece "hukuki işlem ehliyeti"nin bulunması aranmaktayken, "tasarruf işlemi"nin geçerliliği için kişinin hukuki işlem ehliyetinin yanında "tasarruf yetkisi"ne de sahip olması gerekmektedir. Bu yönde bkz. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2007, s. 155-157, 159; Kudret Ayiter, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 93, 118, 119 vd; Andreas von.Tuhr, Borçlar Hukuku 1-2, Ankara 1983, özellikle s. 210 ve 190; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.57-60.

Kira sözleşmesinde kiralayanın malik olmak zorunda olmadığı yönünde bkz. Yarg. HGK 13.10.2004, 13-461/532.



### III. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Nispi Bağlayıcılığı ile İlgili Uygulamada Yapılan Cahillikler

#### A. Birden Çok Borçlandırıcı Sözleşmeden Önceki Tarihli Olana İtibar Edilmesi Yönündeki Yargıtay Uygulaması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taraflar arasında borç ilişkisi doğuran borçlandırıcı bir işlemdir. Borç ilişkileri sadece tarafı olan kişileri bağlamakla birlikte **üçüncü kişilere etki etmezler. Bu "borç ilişkisinin nispiyeti"**nin en önemli sonuçlarından. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, alacaklı olan tarafa nispi alacak hakkı kazandırır. Borç ilişkisinin diğer önemli sonucu da, bir kişinin alacak hakkının **üçüncü kişilerce ihlal edilemeyeceği** olup; ancak borçlu borca aykırı davranabilir. **Üçüncü kişiler ahlaka aykırı bir fiille yani; alacak hakkını kazanmak için değil alacaklıya kasten zarar vermek amacı ile dahi hareket etmiş olsa bile**, BK m. 49/II<sup>37</sup> (EBK m. 41/II) uyarınca alacaklı borç ilişkisini ihlal eden üçüncü kişilerden alacak hakkının ifasını değil, haksız fiil hükümleri çerçevesinde zararını talep edebilecektir. Ayrıca "borçlandırıcı işlem", "tasarruf işleminin" aksine malvarlığının aktifini değil pasifini etkilemektedir. Bu nedendir ki, birbiriyle çelişen her borçlandırıcı işlem onu yapan kişiye geçerli bir ifa yükümlülüğü yükler. Mesela, bir taşınmazın birçok kez farklı satım sözleşmelerine (yukarıda verdiğimiz bilgiler doğrultusunda farklı uygulama sonucu taşınmaz satış vaadine) konu olması mümkündür ve bu yönde her bir sözleşme geçerli olmakla birlikte, satıcı kaç tane sözleşme **yapılmış olursa olsun tüm sözleşmeler** ile aynı şekilde bağlıdır. Bu sözleşmeler arasında tarih önceliği yoktur ve satıcı sözleşmeden doğan borcunu isterse en son yaptığı sözleşmenin alıcısına ifa etmekte serbesttir. Roma Hukukundan beri süregelen bu prensiple özel hukukumuzda birden fazla borçlandırıcı işlemin mevcut olması halinde hiçbir sözleşmenin tarih önceliği dikkate alınarak **üstün** olduğu sonucuna ulaşamaz.

Değerli hukukçular bu bilgileri hukuk fakültesi ikinci sınıf bilgisi olarak hatırlayacaklardır.

Hukukun bu kadar temel prensiplerinde dahi **Yargıtay'ın fahiş hatalı kararlarının bulunduğu gözlemlenmiştir. Yargıtay'ın "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine" dayalı olarak verilmiş hatalı içtihatlarına ilham veren hatalı** kararları ilk olarak "taşınmaz satış vaadleri" konusunda olmuştur. İçtihatlardaki bu hata "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine" de yansımış bulunmaktadır.

Yargıtay'ın "taşınmaz satış vaadi" konusunda insan kanını donduracak nitelikteki 14. HD'nin 13.10.1988 tarihli kararı<sup>38</sup> şu şekildedir:

37 BK m. 49/II: "Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

38 Yarg. 14. HD, 13.10.1988, E.1987/4244, K.1988/6494 (www.kazanci.com.tr)



“Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesi hale gelmedikçe, ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medeni Kanun’un 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilir. Olayda böyle bir durum bulunmamaktadır. Davacı Süleyman’a yapılan sözleşme tarihi 28.11.1978 olup asli müdahil ve davacı durumunda olan İbrahim’e yapılan satış ise bundan daha öncesine aیل ve 1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İbrahim’e yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile Süleyman’ın davasının kabulü isabelli görülmemiştir. Temyiz itirazlarının yukarıda gösterilen nedenlerle kabulü ile hükmün Bozulmasına ...”

Görüldüğü gibi Yargıtay aynı taşınmazla ilgili olarak birden çok “taşınmaz satış vaadi” yapılmış olması halinde ilk yapılan sözleşmeye değer verileceği yönünde karar vermiştir. **Yargıtay’ın bu ve benzeri yöndeki kararları aşağıda görüleceği gibi** hukukçuların kanını donduracak sonuçlara ulaşmıştır. Yargıtay’ın bu kararı sehven verilmiş tek bir karar değildir. Zira bu yönde birçok başka karar<sup>39</sup> da bulunmaktadır. Bu durum Özmen’in Yüce ile birlikte kaleme aldığı “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler” başlıklı makalesinde<sup>40</sup> **kıyasıya eleştirilmiştir.**

Yargıtay “taşınmaz satış vaadleri” nin noterden yapılan sözleşmeler olarak resmi **şekilde yapılmasından hareketle, aynı taşınmazla ilgili olarak geçerli olarak yapılmış birden fazla borçlandırıcı işlemlerde önceki tarihli olana üstünlük tanımakta ve sonradan edinenlere Yargıtay ifadesiyle “tapu iptal davası”; hukukî ifadesiyle, tescile zorlama davası (MK 716) davası açma hakkı tanımaktadır**<sup>41</sup>. Bu kararlar Roma hukuku kökenli özel hukukumuz açısından kara leke niteliğindedir.

Andığımız **Özmen/Yüce tarafından kaleme alınmış** makalede<sup>42</sup> de belirtilmiş olan Yargıtay kararlarıyla yaratılmış olan durumun vahametini tekrar etmek gerekirse, Türkiye’de 1642 adet noter<sup>43</sup> bulunduğuna göre Türk halkının **güvenli bir tapu edinebilmesi için** bu noterleri tek tek dolaşarak, bütün işlemlerini yevmiye defterinden tek tek incelenip (hatta ilgili belgelerin “cibent”

39 Bu yönde bkz. Yarg. 14 HD. 13.4.2000, 2066/2448 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 14. HD. 1.3.2004, 2003/8604, 2004/1301 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 2. HD, 7.2.1989, E. 1988/8129, K. 1989/1227 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 14. HD. 21.9.2006, 9207/9484 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 14 HD., 13.10.1998, K. 88/6494 (Safa Reisoğlu, Borçlar Genel, İstanbul 2011, s. 97, dn.4’den naklen)

40 Saba Özmen/Melek Yüce, “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

41 Bu konuda ayrıca bkz. Özmen/Yüce, s. 952.

42 Özmen/Yüce, s. 992

43 Bilgi için bkz. Türkiye Noterler Birliği’nin resmi sayfası: www.tnb.org.tr/ACIK/NoterBul.aspx (çevrim içi: 14.08.2012)



adı verilen klasörlerden bulunarak) **söz konusu taşınmazla ilgili bir satış vaadi sözleşmesi yapıp yapılmadığının** araştırması gerekecektir. Hatta genel sözleşme ile zamanaşımının 10 yıl (BK m. 146) olduğu hatırlanacak olursa, bu araştırmanın geriye doğru 10 yıla yayılması hatta zamanaşımının durma ve kesilmesi gibi haller göz önüne alınarak Türkiye'deki tüm noterlerin kuruluşundan bu yana işlemlerinin incelenmesi gerekecektir.

**İşte** görüldüğü gibi Yargıtay Roma Hukukundan gelen temelleri değiştirmeye yönelik içtihatlarını oluşturmaya devam etmektedir. Hatta bu içtihatlar Hukuk Genel Kurullarında da aynen kabul edilerek onanmaktadır. Yukarıda aktardığımız birden fazla satış vaadi sözleşmesi yapılan hallerde tarihte önce olana geçerlilik tanıyan Yargıtay **İçtihatlarından 1989 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında**<sup>44</sup> şu şekilde hüküm verilmiştir:

*“Taraflar arasındaki “tapu iptali tescil davasından dolayı” yapılan yargılama sonunda; Ceyhan 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 12.12.1988 gün ve 583-732 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 6.4.1996 gün ve 3620-3468 sayılı ilâmı ile; (...Taşınmaz maliki önce davalıya 11.4.1985 günlü sözleşme ile ve daha sonra davacıya 28.1.1986 tarihli sözleşme ile satış vaadinde bulunmuştur. **Davalının satış vaadi sözleşmesi öncelik taşıdığı için iki sözleşmeden öncelik taşıyan davalı sözleşmesine itibar gerekir.** Davacının kendi sözleşmesini tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak olanlara uyarıya yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce şahsi hak elde eden davalıyı etkilemez. Davalının daha sonra kendi sözleşmesi doğrultusunda taşınmazı tapuda iktisap etmesi durumu değiştirmez. O halde bu hususlar göz önünde tutularak, davanın reddi gerekirken davacının dayandığı sözleşmenin tapuya şerhine bakılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir... ) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.*

*Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:*

*Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, **Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.***

*Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire Bozma Kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA, oybirliği ile karar verildi.”*

44 Yarg. HGK, 6.2.1991, E. 1990/14-632, K. 1991/41 (www.kazanci.com.tr)



Yukarıda aktarılan hüküm çerçevesinde, borçlandırıcı sözleşmede tarih önceliğine itibar edilmesi kabul edilebilir gibi değildir. Kararda ayrıca sonraki tarihli sözleşmenin şerh edilmiş olmasının etkisiyle ilgili olarak da yaptığı hatalı yorumlara da dikkat çekmek gerekmektedir. Kararda “... bu şerh daha önce şahsı hak elde eden davalıyı etkilemez. Davalının daha sonra kendi sözleşmesi doğrultusunda taşınmazı tapuda iktisap etmesi durumu değiştirmez.” denilmektedir. Alıntıda ilk cümlede, sonraki tarihli sözleşmenin şerh edilmiş olmasının önceki sözleşmenin alacaklısının hakkını etkilemeyeceği belirtilmiştir. Bu cümle prensipte doğrudur. Zira MK m. 1009/ f.2’de de belirtildiği gibi şerh “sonradan kazanılan aynı hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir” diğer bir ifade ile şerhten doğan öncelik hakkı o taşınmaz üzerinde daha sonraki tarihte bir aynı hak elde etmiş kişiye karşı ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla kararda tesbit edildiği gibi sonraki tarihli şerh edilmiş sözleşmenin alacaklısı bu hakkını önceki tarihli bir sözleşme alacaklısına (nispi hak alacaklısına) (A)’ya karşı ileri süremeyecektir. Ancak (A) kişisi şerhin konulmasından sonra taşınmazın mülkiyetini kazanırsa artık MK m. 1009/f.2’nin kapsamına girecek ve taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak elde eden kişi konumuna geçtiğinden şerhin muhatabı olacaktır. Bu yüzden kararda “Davalının daha sonra kendi sözleşmesi doğrultusunda taşınmazı tapuda iktisap etmesi durumu değiştirmez” değerlendirmesi kabul edilemez niteliktedir. Sonuç olarak somut uyuşmazlığa şerhin karıştığı durumlarda eşyaya bağlı borç etkisinden yararlanarak tapuda şerhten sonra edinilen tescile dayalı hak kazanmış muhatalara, illilik prensibine bağlı borçlandırıcı işlem ve bu bağlamda noter ön sözleşmelerinde tarih bakımından önce yapılmış olan nispi haklara dayalı hiçbir hak kazandırmayacaktır.

### **B. Sözleşmenin Geçerliliği İçin Tasarruf Yetkisinin Mevcudiyetini Arayan Yargıtay İçtihatları**

Bu konuda inanılmaz fahiş hatalı bir kararla paylı mülkiyet konusu arazilerde paydaşlardan birinin veya bir kaçının, fakat oybirliği bulunmaksızın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapması durumunda Yargıtay paylı mülkiyet birliğinde yapılan kira sözleşmeleri ile ilgili taşınmazın tamamının zilyetliğini sağlama yolunda MK m. 691/I fıkrada yer alan çoğunluk kararı olmadan yapılan kira sözleşmesini kesin hükümsüz saymış ve bu sözleşmelerin hukuki imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuç paylı mülkiyette, yararlanma ve yönetimin bir hukuki işlem türü olan “karar”larla yürütülmesine ilişkin getirilen kanuni düzenlemenin inanılmaz hatalı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bu yöndeki içtihatların dayanağı 1946 tarihli bir İBK’dir<sup>45</sup>. Kararda paylı mülkiyet konusu olan taşınmazın kiraya verilmek suretiyle kirasından yararlanılmasında, kira akdinin geçerli

45 27.11.1946 tarih, 28/15 sayılı İBK (www.kazanci.com.tr), müşterek mülkiyet konusu olan taşınmazın kiraya verilmek suretiyle kirasından yararlanılmasında, kira akdinin geçerli olması için pay ve paydaş çoğunluğu ile kiralanması gerektiği, kabul edilmiştir.



olması için MK m. 961/f.1 hükmünce aranan pay ve paydaş çoğunluğu ile kiralanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu karar sonraki birçok Yargıtay kararına dayanak olan bu karar, geçerli olarak ifa edilebilmesi için şeklinde anlaşılacak olursa sorun ortadan kalkacaktır<sup>46</sup>. Gerçekten de yukarıda belirttiğimiz gibi, hukukçular arasında “borçlandırıcı işlem” “tasarruf işlemi” ayrımını bilen hukukçu sayısının azaldığı yolunda dile getirilen söylemler galiba ciddiye alınmak gerekecektir.

Şimdi bu konuda hırsızın yaptığı satım sözleşmesinin geçerli olduğunu bir kez daha vurgulayarak tüm bu olgularda yukarıdaki geçersiz kabul edilen sözleşmelerde paydaşın borçlandırıcı işlem yaptığı neredeyse unutulmuştur. Medeni Kanun 691. maddesi paylı mülkiyete ilişkin önemli yönetim işlerindeki karar nisabını pay ve paydaş çoğunluğu (nitelikli çoğunluk) olarak belirlemekle, tasarruf işleminin icrasındaki karar nisabını düzenlemektedir. Bu maddelerdeki karar nisapları düzenlemelerinin amacı borçlandırıcı işlem yapma yolunda irade beyanlarının çoğunluğunu düzenlemek değildir. Buna göre paylı mülkiyette kira sözleşmesinin geçerli bir ifaya vücut vererek borcun sona erebilmesi, yani icrası yolunda kiracıya kullanım amaçlı feri dolaysız zilyetliğin sağlanabilmesi, anılan çoğunlukla yapıldığı takdirde söz konusu olacaktır. Doğal olarak bu tasarruf işleminin bağlandığı geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığı mutlaka gereklidir.

Ancak, borçlandırıcı kira sözleşmesini temsilci sıfatıyla imzalamamış paydaş, anılan çoğunluğun sağlanamaması sonucu yapılmış olan kira sözleşmesi nedeniyle sonradan bu paydaşın icazet vermeyerek kira sözleşmesinin icrasını ifa edemeyecek olması durumunda BK m. 112 (EBK m. 96) hükmünce tazminat ödemekle yükümlü olmaktan başka sonuç bağlanamayacaktır. Hırsızın yaptığı satım sözleşmesine geçerlilik sonucu bağlayan Roma Hukuku temelli hukuk bilimi, bu sonucu hırsızın korumak için değil; ifa edemeyeceği bir borcu yükümlenmesi sonucu alıcıya tazminat talep etme imkânı tanıyarak, alıcının hukuki menfaatini korumayı amaçlamaktadır. Bu durumda; hırsızla borçlandırıcı sözleşme yapmış olan alıcı, ifa yapılmış olması ihtimalinde malvarlığının geleceği durumu sağlamayı hedefleyen müspet zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Hatalı Yargıtay kararına dayalı aynı sonucu paylı mülkiyete ilişkin geçerli karar nisabına dayanmayan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uyarlamak gerekecektir”. Paylı mülkiyete tabi bir araziyle ilgili olarak “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” yapılırken müteahhidin arazinin paydaşlarını tek tek veya grup halinde toplayarak noterde imzalarını alması ve işin doğal niteliği sonucu geciktirici koşul ile paydaşların sözleşmeyi MK m. 692/I. fıkra hük-

46 27.11.1946 tarih, 28/15 sayılı İBK ile aynı doğrultuda olan diğer kararlar: Yarg. HGK 13.6.2007, 1-349/349; Yarg. 3. HD, 19.10.2010, 1575/16868; Yarg. 1. HD, 9.3.2011, 527/2697; Yarg. 14. HD, 28.3.2008, 2641/4238; Yarg. 1 HD, 24.3.2004, 2636/3322; Yarg. 1. HD, 14.2.2005, 1110/1249. Burada geçen kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr



münce oybirliğiyle kabul etmelerini sağlaması gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşmenin tasarruf yetkisi bağlamında arazinin tapuda yüklenici lehine tescil edilmesi halinde sözleşmenin ifası mümkün olmayacaktır. Tam bu noktada Yargıtay'ın 15. Hukuk Dairesinin bir kararında<sup>47</sup> söz edilen 'Akdin İfasında İmkânsızlık' ifadesiyle, her ne kadar borçlandırıcı işlemin yukarıda kira sözleşmelerinde hatalı sonucu veren 15. Hukuk Dairesi'nin içtihadında olduğu gibi geçersiz olduğundan söz edilmese de icrasının imkânsız olduğu saptaması (BK m.20; YBK m.27) yine de hatalıdır. Şöyle ki borçlandırıcı işlem niteliğindeki her bir paydaşın yaptığı arsa payı inşaat sözleşmesi ayrı ayrı geçerlidir. Henüz borçlandırıcı işlem aşamasında ifanın imkansızlığından bahsedilerek, bu işlemler geçersiz sayılmaz. Sadece her sözleşmenin oy birliği ile kabul edilinceye kadar geciktirici (taliki) koşulunun askıda belirsizliği sonucu doğmaktadır.

Bu konuda önümüzde inanılmaz yoğunlukla yaşanacak bir uygulama ile ilgili olarak önemle vurgulamak gerekirse, afet riski altındaki yapıların dönüştürülmesinde anılan hukuki gerçekler unutulmamalıdır. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun<sup>48</sup>'ün 6. maddesi, ile 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanun'un<sup>49</sup> Ek 4. maddesidir. 6036 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde<sup>50</sup> yasa kapsamına giren arazi söz konusu olduğundan bu arazi

47 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 13.09.1999 tarihli 1999/1573 E. ve 1999/3113 K.

48 31.5.2012 tarihli ve 28309 sayılı RG

49 2.7.1965 tarihli 12038 sayılı RG

50 6306 s. Kanun,

"Uygulama işlemleri" MADDE 6- (1) Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlendirilerek bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir. Bu taşınmazların sicilinde bulunan taşınmazın niteliği, aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam eder. Bu şekilde belirlenen uygulama alanında cins değişikliği, tevhit ve ifraz işlemleri Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından resen yapılır veya yaptırılır. Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır. Bu çerçevede, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karara katılmayanların bağımsız bölümlerine ilişkin arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu paylar, Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir. Bu durumda, paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılır.

(2) Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir. Bu Kanun uyarınca yapılacak olan kamulaşturmalar, 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanun'unun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılır ve ilk taksit ödemesi, mezkûr fıkraya göre belirlenen tutarların beşte biri oranında yapılır. Tapuda



üzerinde bina yapılabilmesi için en az 2/3 çoğunlukla karar verilmesi aranmıştır. KMK m. Ek 4'de<sup>51</sup> ise paylı mülkiyete konu arazide bina inşa edilmesi için en az 4/5 çoğunluk kararı aranmıştır. Burada ayrıca belirtelim ki her ne kadar bu iki yasa ile klasik paylı mülkiyette "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" gibi olağanüstü yönetim işlerinin konusunu oluşturan hukuki işlerde aranan oybirliği şartı (MK m. 961) yumuşatılmış gibi gözükse de, aslında kanun koyucu "oybirliği" nden vazgeçmiş değildir. Düzenlemeler daha yakından incelendiğinde görülmektedir ki, her iki maddede aranılan (2/3 ve 4/5) oranlar aslında oybirliğinin sağlanabilmesi amacıyla olumsuz oy kullananları devre dışı bırakmak için kullanılmaktadır. Şöyle ki, anılan oranların sağlanması halinde bu oranı oluşturanlar, olumsuz oy kullanan diğerler paydaşları KMK m. Ek 4 ile paydaşlıktan çıkarıp, 6306 Sayılı Kanun m. 6 ile de paylarının umuma açık arttırmayla satılmasını sağlayarak yola oybirliğiyle devam edilme imkânını kazanmaktadırlar. Bu düzenlemeler açısından da Yargıtay'ın anılan hatalı içtihatları engeller çıkarabilecektir. Bu konuda görüşümüzce anılan yasa maddeleri de söz konusu hatalı içtihatlar çerçevesinde değerlendirilirse getirilen düzenlemenin gücünün zayıflayacağını söylemek abartı olmayacaktır. Şöyle ki, anılan mevzuatta arzulan yönüyle KMK Ek 4 kapsamına giren hallerde paydaşların 4/5 çoğunluğuyla, 6306 Sayılı Kanun m. 6 kapsamına giren hallerde paydaşların 2/3 çoğunlukla noterden "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" yapması halinde, Yargıtay bu sözleşmeleri oybirliğiyle yapılmadığından ve ifasındaki hukuki imkânsızlık dolayısıyla geçersiz kabul etmesi olasıdır. Oysa anılan çoğunlukla yapılan borçlandırıcı işlem niteliğinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli olarak, sözleşmeyi imzalayanlar aleyhine müeyyide olarak paydaşlıktan çıkarılma sonucunun uygulanmasını gerektirecektir. Böylece, tasarruf işleminin yapılmasını da oybirliği sağlanmış olacaktır.

mülkiyet hanesi açık olan taşınmazlar ile mirasçısı belirli olmayan, kayyım tayin edilmiş, ihtilafı veya üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmiş olan taşınmazların kamulaştırma işlemleri aynı madde hükümlerine tabidir. Bakanlık, TOKİ veya İdare; kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesi için mirasçılık belgesi çıkartmaya, kayyım tayin ettirmeye veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkilidir. Tapuda kayıtlı malikin ölmüş olması hâlinde Bakanlık, TOKİ veya İdare, kamulaştırma işlemi için mirasçılık belgesi çıkartabileceği gibi, gerekiyorsa tapu siciline idari müracaat veya dava yolu ile kayıt düzeltine de isteyebilir. Kamulaştırma için anlaşma sağlanması hâlinde, Bakanlık, TOKİ veya İdare ile ilgililer arasında taşınmazın tescil veya terkinine ilişkin ferağ ve muvafakati de ihtiva eden sözleşme ve uzlaşma tutanağı tanzim edilir ve ilgili tapu müdürlüğüne gönderilerek kamulaştırmanın resen tapu siciline işlenmesi sağlanır.

51 KMK m. Ek 4: (Ek: 13/4/1983 - 2814/15 md.)

Beş veya daha fazla kişi tarafından üzerinde bir veya birden çok yapı yaptırılmak amacıyla birlikte bir arsa edinilmiş olması ve pay sahiplerinden en az beşte dördünün kat irtifakına geçiş konusunda aldığı karara uyulmaması halinde, karara uymayan pay sahiplerinin gayrimenkuldeki paylarının iptaline ve bu payların, isteyen diğer pay sahipleri adına tesciline sulh mahkemesi tarafından aşağıdaki şartlarla karar verilir:

- Müşterek gayrimenkulün yukarıda belirtilen amaçla edinildiğinin ispat edilmiş olması,
- Müşterek maliklerin yukarıda açıklanan çoğunluğunun kat irtifakına geçiş kararına veya bununla ilgili yükümlülüklerine noterlikçe yapılan tebligata rağmen iki ay içinde uyulmamış olması,
- Karara uymayan müşterek maliklerin paylarının mahkemece tespit edilen rayiç bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi



### C. Sözleşmeden Doğan Nispi Alacak Hakkına Mutlak Hak Niteliği Tanıyan Hatalı Yargıtay İçtihatları

Burada ayrıca bir taşınmazın mülkiyetinin devri konusunda bir alacak hakkına sahip olan kimsenin bu hakkına aynı hak niteliği tanımış olan Yargıtay kararlarına da değinmeden geçemeyeceğiz. Bu sorun özellikle de mülkiyetin devrini talep hakkı veren özellikle inançlı temlik (fiducare) niteliğindeki işlemlerde karşımıza çıkacaktır. "İnançlı temlik", bir taşınmazın mülkiyetini güven ilişkisi çerçevesinde kazanmış olan kişinin (inanılan) bu mülkiyeti aradaki sözleşmeye göre kullanacağını ve gerektiğinde de iade edeceğini taahhüt etmesi ve bu çerçevede taraflar (inanan ve inanılan) arasında mülkiyetin devrinin yapılması işlemidir<sup>52</sup>. Bu ilişki çerçevesinde inanılan kişi taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını sözleşmeye aykırı kullanır ve taşınmazı bir üçüncü kişiye devrederse, **üçüncü kişi iyiniyetli olmasa yani inançlı temlik ilişkisini biliyor olsa dahi taşınmazı malik konumunda olan inanılan** kişiden almış olmasından dolayı devir geçerlidir ve üçüncü kişi mülkiyeti kesin olarak kazanır, yeter ki bu devir muvazaalı olmasın. Böyle bir durumda artık inançlı temlik ilişkisinin diğer tarafı olan inanan kişi **üçüncü kişiye karşı taşınmazın kendisine iadesi talebini yöneltemez**, o ancak BK m. 112 uyarınca inanılan kişiden tazminat talep edebilecektir. Hukuk fakültesinin III. Sınıf Eşya Hukuku dersinde taşınmazın inançlı temlikinde (fiducare) inanılanın tasarruf yetkisi ile inançlı sözleşmeye aykırı davranışta bulunması inanan kişinin BK m. 112 hükümü uyarınca akde aykırılıktan tazminat talep etmekten başka hukuki yolu bulunmadığı anlatılır.

Bu kadar temel bir prensip Yargıtay'ın içtihatlarıyla görmezden gelinmekte ve sadece mülkiyetinin devredilmesi yönünde nispinispi bir alacak hakkı sahibi olan kişiye, **üçüncü** kişilere karşı ileri sürülebilecek aynı hak sahibi gibi davranılmaktadır. Mesela, Yargıtay'ın 2005 tarihli içtihadına<sup>53</sup> konu olmuş olayda, arsa sahibi bir bina inşa edilmesi için anlaştığı müteahhide bu borcu karşılığında arsanın mülkiyetinin bir kısmını devretmiştir. Müteahhit borcunu yerine getirmemiş ve temerrüde düşmüştür. Arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirerek müteahhide devredilmiş olan arsanın iadesini istemiştir. Ancak müteahhit bu arada arsa üzerindeki bazı payları **üçüncü** kişilere devretmiştir. Yargıtay arsa sahibi ile müteahhit arasındaki mülkiyetin devri ilişkisinde "inançlı temlik" niteliğinde bir ilişki bulunduğundan hareketle, müteahhidin borcunu yerine getirmemesi halinde arsanın da iade edilmesi gerektiği ve bu iade talebinin müteahhitten aynı hak elde etmiş **üçüncü** kişilere dahi ileri sürülebileceği gibi fahiş hatalı bir sonuca varmıştır. Yargıtay'ın söz konusu kararı şu şekildedir:

52 İnançlı temlik hk. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 313; Ergun Özsunay, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 85 vd; Saibe Oktay Özdemir, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999-2000, İstanbul 2001, s. 657 vd.

53 Yarg. 15. HD., 4.3.2005, E. 2004/3299, K. 2005/1234



"Taraflar arasındaki uyuşmazlık 19.6.1995 tarihli arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır.

Davacı arsa sahibi tapunun bir kısmını davalı yükleniciye devretmesine rağmen kararlaştırılan tarihte inşaatın bitirilmeyip terk edilmesi yüzünden akdin feshini ve tapu kayıtlarının iptalini istemiştir. Mahkemece akdin feshine, tapu iptal ve davacı adına tescil talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamına göre işin zamanında bitirmediği ve yüklenicinin temerrüdünün gerçekleşmiş olması nedeniyle akdin feshi şartlarının oluştuğu anlaşılmaktadır. Esasen akdin feshiyle ilgili hüküm yüklenicinin temyiz etmemesi nedeniyle kesinleşmiştir.

Tapu iptali istemine gelince; yükleniciden pay satın alan kişilerin adına oluşturulan tapu kayıtlarının iptali istemi reddedilmiş ise de, arsa payı karşılığındaki eser sözleşmeleri nedeniyle yüklenicinin tapuya hak kazanabilmesi, inşaatın sözleşme, imar mevzuatı ve projelerine uygun biçimde yapılıp arsa sahibine teslim edilmesi şartına bağlıdır. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların da yüklenicinin edimini yerine getirip tapuya hak kazanması halinde hak sahibi olacakları ortadadır. İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur. Bu nedenle dava konusu olayda inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı gibi esasen mahkemece akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilip bu husus kesinleştiğinden yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkındaki tapu iptal ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir kısım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi HUMK 186. madde gereğince değerlendirilip dava sonuçlandırılmalıdır."

Yukarıdaki Yargıtay içtihadındaki hukuki sorunu yine Borçlar Hukuku III. sınıf bilgisi ile cevaplayalım. Bir borçlandırıcı işlem (yani olayımızdaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi) başlangıçta geçerli iken sonradan ortaya çıkan bir sebeple (kararda müteahhidin temerrüdü) sözleşmeden dönme/fesih ile ortadan kalkacak olursa tarafların verdiklerini sebepsiz zenginleşme (condictio causa ob finitam) hükümleri çerçevesinde iade etmeleri gerekir<sup>54</sup>. Bu iade ilişkisi içerisinde sözleşme hükümlerince karşı tarafa devredilmiş olan taşınmaz mülkiyetine yönelik iade talebi de dikkatle irdelenmelidir. Unutulmamalıdır ki

54 Sözleşmeden dönme üzerine doğacak hukuki sonuçlar doktrinde tartışmalıdır ancak İsviçre ve Türk Hukuklarında baskın görüş olan klasik teori uyarınca sözleşmeden dönülmesi üzerine tarafların aldıklarını iade yükümlülüğü sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak yapılır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, C.1, s.548 vd.



istihkak ile sebepsiz zenginleşme davası asla birbirine eklenmez, yani hatalı tabirle yarışmaz<sup>55</sup> (birbirine “eklenmesi/telahük etmesi” tabiri kullanılmalıdır). Bir malın iade talebi için istihkak davasının açılabilir olması, kişinin eşya üzerindeki aynı hakkını kaybetmemiş olduğunu gösterir ki bu durumda da karşı tarafın malvarlığında bir zenginleşme (malikin zilyetliğine sahip olması aktifinde mülkiyet hakkı olmasına dayanmaz) olmamıştır. Dolayısıyla da sebepsiz zenginleşme davası açılamaz. Somut olayda taşınmazın mülkiyeti selef malikin tamamen özgür iradesine uygun olarak müteahhide geçmiştir. Bu nedenle artık taşınmazın iadesi istihkak davasıyla değil, sebepsiz zenginleşme davasıyla talep edilebilecektir. Olayda sebebin sonradan ortadan kalkması (condictio ob causam finitam) sonucu sebepsiz zenginleşme<sup>56</sup> söz konusu olmuştur. Sebepsiz zenginleşme davaları Roma hukukundan beri davacıya nispi (kişisel) bir alacak hakkı tanır ve üçüncü kişiler kötü niyetli olsalar dahi bu talebin muhatabı olamazlar<sup>57</sup>.

Diğer taraftan eşya hukukunun temel ilkeleri gereğince akıl hastasının yaptığı veya sahte vekâlet ile yapılan bir taşınmaz satımında illilik prensibi gereğince alıcının iyi niyetli olsa dahi malik olamadığını hatırlayalım. Böyle bir satım sonucunda taşınmazın mesela alıcı (A) adına tescil edilmiş olması ihtimalinde (yolsuz tescil) (A) malik olamayacak, ancak (A)'dan taşınmazı satın alan iyiniyetli kişilerin kazanımları MK m. 1023 uyarınca korunacaktır. Görüldüğü gibi hukukumuz belirli şartlar altında (MK m. 1023) malik olmayan kişiden dahi satın alan üçüncü kişinin iyiniyetle mülkiyete sahip olduğunu kabul etmekteyken, yukarıda belirtilen Yargıtay kararındaki malik olandan taşınmazı yolsuz tescil niteliği bulunmaksızın satın almış olan kişiye taşınmazda alacak hakkına sahip kişilerin açtığı davada, (tapu iptal davaları adı altında) davanın kabulüne dair nispi niteliği hiç göz önüne alınmadan verilen kararlar şok edicidir. Bu yöndeki içtihatlar sonucunda, müteahhitten bağımsız bölüm satın alan alıcılarının bu tür sözleşmeleri yapmaları esnasında yaşadıkları güvensizlik ve kuşku ortamı çok doğaldır. Ayrıca kararda HUMK m. 186 hükmüne dayalı gerekçe oluşturabilmesi tamamen hatalıdır. Şöyle ki; HUMK 186. maddenin '*Dava ikame edildikten sonra iki taraftan biri müddeabihi ahara temlik ederse diğer taraf muhayyerdir. Dilerse temlik eden taraf ile olan davadan sarfınazar ederek müddeabihe temlik eden kimseye karşı dava eder*' lafzındaki ifade ile, Yargıtay'ın içtihadındaki hükmü<sup>58</sup> hiçbir şekilde özel hukuk kuralları sonucu üçüncü kişinin yani; anılan hükümde müddeabihi üstün hak sahibinin aleyhine edinmiş olan kişinin anılan devirle hakkı iyiniyetle (MK m. 988,999; MK m.1023) veya zamanaşımı ile kazanmışsa iadeye

55 Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, İstanbul 2012, s. 326.

56 Oğuzman/Öz, C.2, s. 347.

57 Sebepsiz zenginleşmeden doğan talebin nispi karakterli olması ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi ile ilgili olarak bkz. Oğuzman/Öz, C.2, s. 304

58 HMK m. 125: "Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir:

a) İsterse, devreden tarafla olan davadan vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder.' şeklindeki hükmüyle ifade edilir."



zorlanamayacağı (MKm.985/I) ve HUMK 186. maddesinde anılan hükümleri bertaraf eden bir hakkı davanın üçüncü kişiye yöneltilebileceği iddia edilemez. Unutulmamalıdır ki usul yasalarınca mevcut hakka yargı yönü ile kavuşulması sağlanmaktadır. Özel hukuka tabi bir kuralın usul yasası ile değiştiği öne sürülemez.

#### IV. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapuya Şerh Edilmesiyle İlgili Olarak Uygulamada Karşılaşılan Yanlışlıklar

##### A. Genel Olarak Tapuya Şerhin Ne Olduğu

Yukarıda belirtildiği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçlar ve haklar "borç ilişkisinin nispiyeti" prensibi sonucu sadece sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilir. Borçlar hukukumuzda genel kural böyle olmakla beraber, böyle nispinispi bir ilişkiden doğan şahsi hakkın tapuya şerh verilmesiyle, hakkın etki alanı genişletilmiş olur. Şahsi hakkın tapuya şerhi ile eşyaya bağlı bir borç ilişkisinin kurulduğu ve iki etkisinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>59</sup>. İlk etkisi, tapuya şerh verilmesinden sonra mülkiyetin başkasına geçmesi halinde yeni malikin borç ilişkisine girmiş olacağını ve ilişkiyi kuran ilk malikin yerine geçmiş olacağını ifade eder. Şerhin bu etkisine eşyaya bağlı borç etkisi denilmektedir<sup>60</sup>.

**İkinci etkisi ise** munzam etki<sup>61</sup> olarak adlandırılır ve şerhle kuvvetlendirilmiş aynı hakkın, taşınmaz üzerinde sonradan kurulacak aynı haklara tercih edileceğini belirtir. **Şerh edilmiş şahsi hak sahibi, kendisinden sonra gelen ve şerhle korunan hakkı zedeleyen diğer bir aynı hakka karşı ileri sürebilir.** Bu sonuçlar MK m. 1009/f.2'de **şu şekilde** ifade edilmiştir: "*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.*"

Burada ayrıca belirtelim ki, her şahsi hak şerh verilemez, hakkın şerh verilebileceğinin açıkça kanunda belirtilmiş olması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şahsi hakkın şerh verilebileceği MK m. 1009/f.1'da açıkça belirtilmiştir<sup>62</sup>. Yukarıda aktarılanların ışığında özetle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şerh edilmeden önce bu sözleşmeden doğan haklar ve borçlar sadece sözleşmenin taraflarını bağlamaktayken sözleşmenin şerh edilmesiyle (ve şerhin eşyaya bağlı borç etkisi sonucu) sözleşmeye konu arsanın yeni malikine ve bu defa munzam etki ile de şerhe konu olacak haklarla bağdaşmayan sınırlı aynı hak sahiplerini de bağlar hale gelmektedir.

59 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi, Oktay Özdemir, 2006, s. 209; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Tekinay Eşya Hukuku, s. 385, 386; Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 317, 318; Özmen/Yüce, s. 972-976.

60 Oğuzman/Öz, C. 1, s. 29, 30.

61 Oğuzman/Öz, C.1, s. 30

62 MK m. 1009/f.1: "Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir."



### **a. Noterin Şerh Edilmeyen Sözleşmenin Nispi Bağlayıcılığı Olmadığı Yönündeki Hatalı Beyanı**

Hukukun bu açık hükümleri ve prensipleri karşısında da noterlerin dehşetengiz şekilde şahsi hakkı şerh edilmeyen borçlu açısından sözleşmenin bağlayıcılığı olmadığı yönünde görüşler beyan ettiklerini belirtmek zorundayız. Somut bir taleple ilgili olarak bir noter beyanını aktaracak olursak; kat irtifakının henüz kurulmamış olduğu dönemde kat irtifakına ilişkin bir satış vaadi talebi karşısında noterimiz satış vaadi sözleşmesinin şerhinin henüz mümkün olmayacağını ve sözleşme şerh edilemediği için de arsa sahibinin dilediği zaman tek taraflı olarak sözleşmeden dönebileceği yönünde cahilce bir beyanında bulunmuştur. Bu konuda resmi görevli bu kişiye "satış vaadi" ile "tescil" in birbirinden farklı müesseseler olduğunu, MK m. 716<sup>63</sup> kapsamında borçlandırıcı işlem niteliğinde olan satış vaaadinin, Roma Hukukundan beri bilinen ve hukukun temel prensipleri arasında sayılan "*pacta sunt servanda*", Osmanlıca da "*ahde vefa*" 9 (söze sadakat) karşısında hiçbir sözleşmeden ifa olmaksızın kanunda yer almayan keyfi bir nedenle dönülemeyeceği hatırlatmasını yapmak isteriz.

### **b. Tapu Kanunu m. 26/f.7'deki Açık Hükme Rağmen Tapunun Taraflardan Birinin Sözleşmenin Şerh Edilmesi Yönündeki Talebini Kabul Etmemesi**

Tapuda yaşanan diğer bir cahillik, görevi ihmal suçunu oluşturma yolunda hiç bir kuşku bırakmayacak niteliktedir. Tapu Kanunu'nun 26/f. 7 hükmü uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerh edilmesi için taraflardan birinin başvurması yeterli kabul edilmiş olmasına rağmen bazı tapu daireleri bu hükmü uygulamamaktadırlar.

Medeni Kanun ve Borçlar Kanun'un da öngörülen sözleşmelerin tapuya şerh verilebilmesi için kural olarak şerh talebinin malik tarafından yapılması ve şerhin hukuki sebebini oluşturan taraflar arasında şerh anlaşması<sup>64</sup> yapılmış olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Buna karşılık Tapu Kanunu m. 26 ile kanun koyucu bu esastan ayrılarak "taşınmaz satış vaadi ve konu başlığımız altındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri"nde taraflardan birinin şerhi talep edebileceğini belirtmiştir. Tapu Kanunu m. 26'nın kapsamı 15.1.2009 tarihli 27123 sayılı RG'de yayınlanmış olan 5831 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılan değişiklikle genişletilerek "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" de eklenmiştir. Bu değişiklik sonrası Tapu Kanunu m. 26/f. 7'nin metni şu şekilde olmuştur:

63 Tescili isteme hakkı, MK m. 716- 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.

64 Şerh anlaşmasının, şerh verilecek kişisel hakkın doğumunu sağlayan borç sözleşmesinin şekline tabi olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD, 25.2.1974, E. 1972/14636, K. 1974/894 (www.kazanci.com.tr); Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 186, dn. 609.



“Noterlik Kanunu'nun 44. maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen **gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde** taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.

Tapu Kanunu m. 26/f. 7'nin metninden de açıkça görüldüğü gibi, satış vadi sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine dayalı şerh talebini taşınamazın maliki olmayan taraf da yapabilmektedir.

Ancak belirtelim ki Tapu Kanunu m. 26/f.7'de taraflardan birinin talebinin yeterli olduğu açıkça belirtilmiş olsa da maddede şerh anlaşmasının sözleşmenin içinde yer alması gerekip gerekmediği yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda öğretilerde tartışmalar yaşanmış ve bazı hukukçular özellikle “taşınmaz satış vadi sözleşmeleri” açısından bu anlaşmaların şerh talebinin kabul edilebilmesi için ayrıca şerh anlaşmasının da mevcudiyetini aramışlardır<sup>65</sup>. Öğretilerde çoğunlukla savunulan ve bizce de daha uygun olan diğer bir görüş uyarınca ise, Tapu Kanunu m. 26/f.7 kapsamında şerh talebinde bulunabilmek için geçerli bir sözleşmenin mevcudiyeti yeterli olmakta, ayrıca bir şerh anlaşması aranmamaktadır<sup>66</sup>.

Görüşümüzce, şerhlerin ülkemizde gördüğü teminat işlevi yolunda amaçsal yorum ilkelerince şerhi olanaklı olan kişisel hakların yer aldığı sözleşmenin geçerli biçimde yapılması (BK m. 11 hükmünce aykırı hükümsüzlük ile sakat olmaması) koşuluyla taraflardan birinin istemi halinde şerh verilebilmelidir. Tapu Sicil Tüzüğü 55. maddesinin<sup>67</sup> lâfzî yorumunun da buna engel olmadığı tezini savunuyoruz. Bu görüşümüz özellikle, yukarıda incelediğimiz hatalı Yargıtay İçtihatları karşısında noter senetlerinde yer alan tarihin resmi tarih olmasına dayalı üstünlüğüne dayalı yasanın, olumsuzluklar karşısında hiç olmazsa bu tür kararların mağdur vatandaş sayısının azaltılması yolunda anlamı olacaktır.

### c. Şerhin Etkisinin 5 Yılla Sınırlanmış Olmasının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Açısından Uygun Olmaması

Tapu Kanunu madde 26 hükmünün 8. fıkrası ile “**Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunur.**” şeklindeki ifade ile şerhin etkisinin beş yıllık çerçeve süre ile sınırlandırılmış olmasına ilişkin hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yansımaları ne olacaktır? Kural olarak 2009 tarihinde 5831 Sayılı

65 İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 47; Kocayusufoğlu, Gayrimenkul Satış Vaadi, s. 191.

66 Bu yönde olarak Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 186; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya Hukuku, s. 380.

67 Tapu Sicil Tüzüğü m. 55: “Kişisel hakların, kütük sayfasının şerhler sütununa kaydı için; Alım (iştirâ), sözleşmeden doğan ön alım (şufa), satış vadi, bağışlama vadi ve kat karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenmiş sözleşme aranır”.



Kanun'la yapılan değişiklik<sup>68</sup> öncesi Tapu Kanunu m. 26'da "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine" yer verilmemekteydi ve şerhin 5 yıl sonra terkin edilmesi kuralı aslen "satış vaadi" sözleşmesindeki taşınmaz mülkiyeti devir taahhütleriyle ilgili olarak getirilmişti. Ancak 2009 tarihli değişiklik sonucu 26. madde kapsamına "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri"nin de alınmasıyla şerhin 5 yıl sonra re'sen terkin hükmü "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" için de uygulanır hale geldiği kabul edilebilecektir ki Tapu Kanunu'nun 26. maddesine 2009 yılında yapılan değişiklikle aynı esaslara bağlı olacağı savunması olasıdır.

Görüşümüzce "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri"nde 5 yılın bitmesiyle tapudaki şerhin re'sen terkinine izin verilmemesi gerekir. **Çünkü, tamamen amaçsal** (gai, teolojik) yorum esaslarına bağlı olarak, "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde" **mülkiyetin bedel karşılığı geçişine kıyasla** inşaat yapım sürecinin **çok farklı esaslı noktalara ve** İmar Kanunu'na tabi özellik arz eden prosedüre tabi olması beş yıllık süreyi anlamsız kılacaktır. İnşaat ruhsatının alınması süreci sözleşmenin koşullarına uygun olarak devam etmekte iken yani hiçbir hukuka aykırılık taşımadığı halde ve ifa sürecinde iken 5 yıllık şerh süresinin bitmesiyle sözleşme tapudan re'sen terkin edilebilecektir.

Bu noktada özellikle, "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde" inşaatın kayda değer nitelikte **önemli bir oranının**<sup>69</sup> tamamlanması halinde sözleşmenin geriye değil, ileri etkili olarak sona erdirilebileceği yönündeki Yargıtay içtihatlarına dikkati çekmek gerekmektedir. Yargıtay inşaatın dürüstlük kuralınınca haklı gösterir oranda tamamlanmış olması halinde sözleşmenin geriye değil ileri etkili olarak sona erdirilebileceğini (fesih) ve dolayısıyla da müteahhidin o ana kadar yapılmış olan inşaatın bedelini talep edebileceğini kabul etmektedir. Sözleşmede binanın inşası karşılığında müteahhide bedel ödenmesi değil de belli bağımsız bölümlerin veya arazi payının mülkiyetinin geçirilmesi taahhüt edilmiş olduğundan, müteahhit tamamlamış olduğu inşaatla karşılık düşen oranda mülkiyetin verilmesini talep edebilecektir. Böyle bir durumda "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin" tapuda şerhinin devam ediyor olması halinde müteahhidin "mülkiyetin kendisine geçirilmesi" yönündeki talebinin **çok daha güçlenmiş olacağı açıktır. Diğer taraftan "arsa payı karşı-**

68 Anılan değişiklik 5831 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle (RG, 15.1.2009, 27123) yapılmıştır. Değişiklik sonrası Tapu Kanunu m. 26/f.7 hükmü şu hale gelmiştir: "Noterlik Kanunu'nun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir."

69 1980'li yıllardaki Yargıtay içtihatlarında inşaatın %65'inin tamamlanmış olması yeterli görülürken 1990'lı yılların ortalarından itibaren ileri etkili sona erdirmenin talep edilebilmesi için yapının en az %90'ının tamamlanması gerekli sayılmıştır. Ayrıca Yargıtay daha yakın tarihli kararlarında, inşaatın %90'ı tamamlanmamış olsa dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin feshini talep etmesi halinde de ileri etkili feshe karar verdiği görülmektedir. Bu bilgiler ve ilgili Yargıtay kararları için bkz. Gümüş, C.2, s. 88, özellikle de dn. 464, 465, 466'daki Yargıtay kararları ve ilgili metin.



**ğı inşaat sözleşmesi" uyarınca**, inşaat karşılığı olan arsa payının mülkiyeti müteahhide önceden devredilmiş ise müteahhidin inşaatın yarısına dahi gelmeden sözleşmeye son verilmesi halinde tapuda bulunan sözleşme şerhi bu sefer arsa sahibine, **müteahhide önceden devredilmiş mülkiyet üzerinde etkili bir talep** hakkı sağlayacaktır. Görüldüğü gibi "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"nin ifası sürecinde çıkabilecek ihtilaflarda adaletin yerini bulması açısından şerhin etkisinin devam ediyor olması önemlidir, her iki tarafın hakları en iyi şerhin mevcudiyetiyle korunabilmektedir.

#### d. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Temerrüde Dayalı Hakların Seçimi ve Cezai Şart Saptanmasında Yapılan Hatalar

Özellikle yine hukukçuların düştüğü hatalar sorumlulukları altındaki dosyalarda vahim sonuçlar doğurabilmektedir. Genellikle temerrüt halinde yükleniciye karşı daima ilk akla gelen 'fesih' ya da dönme seçeneği olmaktadır. Oysa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü karşısında aynen ifade ısrar etmek istemeyen arsa sahibinin genellikle aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar istemesi gerekmektedir. Çünkü, fesih ile talep edebileceği sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenden doğan zarar, kaçırılan sözleşme fırsatının sunduğu elverişli oran – ki ispatı çok güçtür ve sözleşmenin noterlik harç ve vergi masrafları olacak iken (menfi zarar); aynen ifadan vazgeçme sonucu müspet zarar sözleşme aynen ifa edilse idi uğranılmayacak olan zararlar olarak **çok daha kolay ispat edilebilir zengin zarar kalemleri sunulabilecektir. Bu nedenler bozucu yenilik doğuran hakların karşı tarafa varması sonucu kullanmakla, rücu edilemez niteliğe kavuşması özelliği karşısında hatadan dönüş yoktur.**

Tam bu noktada temerrüde dayalı seçeneklerin cezai şart ile hukuki bağı göz önüne alınmadan çok hatalı sözleşme hükmü tercihleri yapılabilmektedir. Şöyle ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle teslim edilecek her bir bağımsız bölüm için gecikmeye dayalı para cezası aylık olarak konabilmektedir. Bu takdirde temerrüt durumunda ancak aynen ifadan vazgeçme halinde cezai şart talebine yer olmakla diğer seçenekler de cezai şart kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Oysa temerrüdün bu seçenekleri de olası kullanmakla yüklenicinin hukuka aykırı temerrüt oluşturan davranışına bağlı olarak sözleşmeye konmalıdır.

Hatta bu durumda rayiç kira bedeli **ödesin denmesi götürü bedel saptanmamakla cezai şartın varlığını** ortadan kaldırmakta yalnızca tazminat endeksi hükmü haline gelmektedir.

#### e. Değerlendirme

Yukarıda aktarılan bilgilerin ışığında "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"yle ilgili olarak kuruluşundaki şekil sorunu, tasarruf yetkisinin mevcudiyetinin



aranması, tarafların taleplerinin niteliği, **sözleşmenin şerhi** gibi pek çok konuda hukukun temel prensiplerinin hatalı olarak uygulandığına tanık olmaktadır. Hukuk prensiplerimizce açık sorunsuz olan konuların hatta kemikleşmiş olan ilkelerin yanlış uygulama sonucu deforme edilmesi en başta vatandaşların hukuka olan güvenlerini sarsan hızla düzeltilmesi gereken bir defodur. Hukuk fakültelerinde öğretmeye çalıştığımız hukukun en temel prensiplerinin hukuk uygulayıcıları tarafından uygulanmamasının altında yatan en önemli sebep yetersiz hukuk bilgisi olsa gerek. Bu durumda ne yazık ki hukukun hukuk bilmeyenler tarafından uygulandığı sonucuna götürmektedir. Zaten **sözleşme ilişkisinin** nispi bağlayıcı nitelikte olduğu ve taraflara sadece alacak hakkı verdiği kuralının dahi hatalı uygulandığının görülmesi hatta böyle bir alacak hakkının herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak haklardan olarak değerlendirilmesini yine geçerli bir sözleşme yapılabilmesi için tarafta tasarruf yetkisi bulunmasının aranmasını da başka türlü açıklamak mümkün değildir.

**Bu çalışmada biz Yargıtay'ın, Tapu dairelerinin ve noterlerin uygulamalarındaki hatalara dikkat çekmiş olmakla bu kurumların her zaman hatalı karar verdiklerini asla iddia etmemekteyiz.** Özellikle Yargıtay'ın burada eleştirdiğimiz kararlarının aksini söyleyen yani hukukun temel prensiplerini olması gerektiği gibi yorumlayan **takdire şayan** kararları çoğunluktadır. Ancak biz hukuk uygulamamızdaki hataların, özellikle de fahiş hata niteliğindeki hukuki yanlışlıkların düzeltilebilmesi amacıyla bu çalışmamızda yapılmış hatalara dikkat çekmek istedik.

Bilimsel veriler tüm köklü yapıları ile insanlık tarihinin bize verdiği değerlerdir. Bu ilkelerin tümü, kişiler arası uyumsuzluklarda adaleti gerçekleştirme yolunda insanlık tarihinin tecrübelerine dayanmaktadır. Ne yazık ki bu gerçeğin farkında olunmadan tarihsel tecrübeler dayanan hukuk prensiplerinden uzaklaşılması halinde araştırmamız kapsamında da ortaya koymaya çalıştığımız birçok olumsuz sonucun ortaya çıkacağı açıktır.