

TAPU İPTAL DAVASI OLARAK YANLIŞ ADLANDIRMA İLE AÇILAN DAVALAR (TESCİLİ İSTEME DAVASI/ YOLSUZ TESCİLİN DÜZELTİLMESİ DAVASI)

Prof. Dr. Etem Sabâ ÖZMEN¹
Arş. Gör. Gülşah Sinem AYDIN²

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Uygulamada “*tapu iptal davası*” adı altında açılan davalar artık bu deyimle hiç yadırganmaksızın dillere yerleşmiş bulunmaktadır. Hatta bu davayı dilekçelerinde “*davalıya ait tapu kaydının iptali ile davacı adına hükmen tesciline*” şeklinde dile getirenlere de sıklıkla rastlanmaktadır. Ne hikmetse Türk Medenî Kanunu’nda³ tapunun iptaline ilişkin bu tabirle kaleme alınmış hiçbir hüküm bulunmaz iken bu adlandırmayı anlamak mümkün değildir. Hukuk disiplini içinde kanundan ayrı terminoloji oluşturmak gerek öğreti dilinde gerekse mahkeme kararlarında sakınca yaratacak boyutlara ulaşmaktadır. Oysa olması gereken hukuk (de lege feranda) açısından, öğreti dilinde kurumsal bir ayırıma gidilerek birbirine benzemeyen hukukî kurumlar aynı terimle adlandırılmamalıdır. Gelgelelim böyle bir sonuca hizmet etmeksizin pragmatik düşüncelerle, kanunî temeli olmayan terimlerin kullanılması, hele hele araştırma konumuz açısından gece ile gündüz - siyah ile beyaz arasındaki fark kadar birbirine benzemeyen iki davanın aynı terminoloji ile isimlendiriliyor olması, gerçekten de bu makalede yansıtılabileceğimiz sıkıntıları beraberinde getirecektir.

Konuya ilişkin öncelikle “*iptal davası*” teriminin kullanılması ile kastedilen sonuç göz önüne alınarak belli başlı saptamalar yapılmalıdır. İlkin araştırma konumuzun başlığı altında, tapu kaydının bütün sonuçları ile artık tapu sicili içeriğinde yer almaması olgusunu ele alalım. Belirtelim ki bu hususta kullanılması gereken terim “*iptal*” terimi değildir. “*Tapu sicili*” üst başlığı altında TMK m. 997/ II’ nin “*Tapu sicili, tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğü ile bunları tamamlayan yevmiye defteri ve belgeler*

1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

3 Türk Medenî Kanunu, Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22 Kasım 2001, Yürürlük Tarihi: 1 Ocak 2002, Resmî Gazete Tarihi: 8 Aralık 2001/ 24607.

ile planlardan oluşur.” şeklindeki ifadesinde, tapu sicili ve tapu kütüğü kavramlarının üst - alt başlık ayırımı ile birbirinden farklı kavramlar olduğu açıkça vurgulanmıştır. Kanunun devamında “*kayıt*” deyimini, tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğüne bir taşınmaz için sayfa açılması; “*tescil*” ise tapuya kayıtlı bir taşınmazdaki aynî hakların niteliğinin ve hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin ad, soyad veya unvanı ile yazılması şeklinde ifade edilmektedir⁴. İşte kendisine sayfa açılan taşınmazın bu özelliği ile tapuya kayıtlı taşınmaz halini almasından sonra⁵, bu kaydın sonlandırılarak taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasının ortadan kaldırılmasını sağlayan işlem iptal olarak adlandırılmamalıdır.

Bu konuda bize yol gösteren düzenleme TMK m. 999/ II hükmüdür. Söz konusu hükme göre “*Tapuya kayıtlı bir taşınmaz, kayda tâbi olmayan bir taşınmaza dönüşürse tapu sicilinden çıkarılır*”. Görüldüğü gibi burada da “*iptal*” değil, “*çıkarılma*” deyimini kullanılmıştır⁶. Bu hüküm taşınmazın özel mülkiyet konusu iken sonradan Kadastro Kanunu 16. madde hükmünce tapuya kaydı gerekmeyen yani kendisine sayfa açılması gerekmeyen taşınmaz niteliğine dönüşmesi halinde, tapuya kayıtlı olma özelliğinin sonlandırılması amacıyla düzenlenmiştir. Ancak hüküm özel mülkiyete elverişli olmayan taşınmazların her nasılsa tapuya kayıtlı özel mülkiyet konusu yapılması durumunda oluşan yolsuz kayıt ve tescillerin sonuçlarını bertaraf etmeye yönelik olarak da uygulanacaktır. Şöyle ki, düzenlemeye uygun bir örnek vermek gerekirse, özel hukuk kişisi tarafından bağışlanmış ve böylece özel mal niteliğini kazanmış bir taşınmazın Belediye tarafından hizmet malı (Kadastro Kanunu m.16) yapılmak amacıyla tahsisi halinde tapu kaydından çıkarılması özel mal niteliğinin kaybının doğal sonucudur. Diğer olasılığa bağlı örnek olarak da Kadastro Kanunu⁷ m. 16 ve TMK m. 715 hükmü gereği örneğin kıyıların, kültür ve tabiat varlıklarının ya da imar ihya koşulları oluşmadan sahipsiz ve yararı kamuya ait taşınmaz statüsünde olan taşınmazların tespit dışı bırakıl-

4 Belirtelim ki eski Medenî Kanunu'muz olan Türk Kanunu Medenisi'nde “*kayıt*” ve “*tescil*” tabirleri birbirine karışmış iken; Türk Medenî Kanunu büyük ölçüde titizlikle söz konusu ayırımı uymuştur.

5 Tapuya kayıt anlamında Medenî Kanun siciline kayıtlı taşınmazlar dışında, 4722 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 19. maddesi uyarınca, zabıt (kayıt) defterine konu taşınmazlar da tapuya kayıtlı taşınmaz olarak Medenî Kanun'un ilgili hükümlerine tâbi bulunmaktadır.

6 Eski Medenî Kanunu'muz olan Türk Kanunu Medenisi'nin TMK m. 1026 hükmünü karşılayan 934. maddesinde “*terkin*” tabiri kullanılmışken, bu sefer “*çıkarılma*” tabirinin kullanılması isabetli olmuştur. Çünkü artık yerleşmiş anlamı ile terkin, tüm tapu yazımlarının tapu kaydında üstünün kırmızı dolma kalemle çizilerek tapu sicilinin aleniyeti kapsamında sonlandırılmasını ifade etmektedir.

7 Kadastro Kanunu, Kanun No: 3402, Kabul Tarihi: 21 Haziran 1987, Yürürlük Tarihi: 9 Ekim 1987, Resmî Gazete Tarihi: 9 Temmuz 1987/ 19512.

ması gerekirken tapu kaydına kavuşmuş ve yolsuz da olsa özel mülkiyet konusu olmalarından sonra bu taşınmazları tekrar kamunun hüküm ve tasarrufuna döndürmenin öncelikli yolu yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının açılmasıdır. Fakat bu defa taşınmazın tescile tâbi olmayan taşınmaz olma niteliği (Kadastro Kanunu m.16)⁸, tapu kaydından çıkarılması işleminin idarece gerçekleştirilmesini gerektirecektir. Örneğin TMK m. 715 hükmü uyarınca özel mülkiyete elverişli olmayan bir kıyı için yolsuz kadastro işlemleri sonucunda imar ve ihya ile çilek tarlası olarak Kadastro Kanunu m. 14 ve 17 hükümleri uyarınca özel mülkiyet konusu olarak tarım arazisiymiş gibi özel hukuk kişisi adına tapu kaydı oluşturulmuşsa, bu durumda hazinenin açacağı dava sonucunda tescil düzeltilerek hazine adına aidiyet kesin hükümle ilama kavuşturulacak ve tapu kütüğünde yer alan “özel mal” niteliğinin tapu kaydından çıkarılması gerekecektir⁹. Zira mahkeme tarafından hazine lehine verilen kararlar aynı zamanda taşınmazın statüsü de belirlenmiş olacaktır. Buna göre taşınmaz özel mülkiyete elverişli olmayan (dolayısıyla hazine adına özel mal da olamayacak) sahipsiz ve yararı kamuya ait mal halini alacaktır (Kadastro Kanunu m. 16/ C). Sonuçta böyle bir taşınmaz tapu sicilinde yer bulamayacak, tapu sicili kapsamında yer almaması gereken taşınmaza ait tapu kaydı sayfasının TMK m. 999/ II hükmü uyarınca hazine yetkilileri tarafından tapuya yöneltilecek taleple artık hüküm ve sonuç doğurmaması sağlanmış olacaktır.

Yine TMK m. 999/ II hükmünün uzantısı olarak Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinin 12. fıkrasında “*Kamulaştırılması yapılan taşınmaz mal, tahsis edildiği kamu hizmeti itibariyle sicile kaydı gerekmeyen bir niteliğe dönüşmüş ise, istek halinde mahkemece sicil kaydının terkinine karar verilir.*” şeklinde yer bulan ifade ile kanunkoyucu bu defa kendisine yeni bir terminoloji seçmiş ve “*sicil kaydının terkinini*” deyimini kullanmıştır¹⁰. Bu olasılıkta da yukarıda andığımız örneğe paralel olarak söz konusu taşınmaz, daha önce özel hukuk kişilerine ait taşınmaz niteliğinde iken bu defa orta malı niteliğinde pazar yeri olarak Belediye tarafından kamulaştırılmakta ve bu taşınmaz hakkında mahkemece verilen tescil hükmü sonrasında ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın tescil hük-

8 Türk Hukukunda her ne hikmetse “*kamu taşınmazları kanunu*” diye bir mevzuata rastlanmıyor olması genç hukukçuları şaşırtmaktadır. Gerçekten de kamu envanteri olarak hatırı sayılır bir taşınmaz varlığı olan Türkiye Cumhuriyeti devletin taşınmazlarının sınıflandırılmasını Kadastro Kanunu'nda yer alan geçici bir hükümde görüyor olmamız kabul edilebilir bir sonuç değildir.

9 Bu saptamamıza bağlı olarak şu husus da belirtilmelidir ki, kadastro işlemi ile hazine adına özel mal yaratılması Kadastro Kanunu m. 18'de belirtilen istisnai hallere bağlıdır.

10 Söz konusu deyim aynı Kanun'un 18. maddesinde de yer verilmiştir.

münün yanında sicil kaydının terkinine hükmolunacağı düzenlenmektedir. Belirtelim ki burada geçen “*sicil kaydının terkinini*” deyimini doğru değildir ve kavram kargaşası yaratacaktır. Zira terkin aynı hakların sona ermesinin uzantısı niteliğinde bir işlem olarak yapılmaktadır.

“*Tapu iptal*” tabirine yer veren mevzuat örneği olarak Kamulaştırma Kanunu m. 36 düzenlemesine değinilebilir. Söz konusu hükme göre “*Kamulaştırma kanunları uyarınca gerekli işlemler tamamlanıp tapuda kayıtlı olanların idare adına intikallerinin yapılmasından, tapuda kayıtlı olmayanların tescillerinin sağlanmasından sonra, kamulaştırılan yer için herhangi bir nedenle gerçek ve tüzelkişiler adına yeniden tapu tesis edildiği takdirde, idarenin isteği üzerine hâkim, evrak üzerinde ve lüzum gördüğü takdirde mahallinde inceleme yaparak sonraki kaydın iptali hakkında bir karar verir.*” Hükümden yukarıda andığımız gibi yolsuz bir tescile hüküm bağlandığı ve açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025) sonucunda daha önce kamulaştırılmış olduğu için kamu taşınmazı başlığı altında orta malı ve hizmet malı niteliğindeki özel mülkiyete elverişli olmayan kaydın tapu sicilinden çıkarılmasına ilişkin kararın Kamulaştırma Kanunu m. 10 uyarınca yapılacak işlemlerle gerçekleştirileceği sonucuna varılmaktadır. Bu konuda Kamulaştırma Kanunu m. 10/XII hükmünde daha doğru bir şekilde “*sicil kaydının terkinine*” karar verilmesi tabiri kullanılmış iken, aynı kanun metni içinde m. 36 hükmünde hataya düşülerek çelişki yaratacak bir deyim yer verildiğini görmekteyiz.

Bir diğer örnek olarak Kat Mülkiyeti Kanunu’nda¹¹ 5711 sayılı Yasa ile değişmeden önce¹² yer alan m. 13/ II hükmünde kat mülkiyetine yönelik tescil bakımından “*Sözleşme düzenlenince, anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki (Mülkiyet) hanesine (Bu gayrimenkulün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir) ibaresi yazılarak sayfa kapatılır...*” ifadesine yer verilmişti. Görüldüğü üzere bu düzenlemede ise Türk Medenî Kanunu’nun “*çıkartılma*” deyimini yerine, “*kapatılma*” deyimini kullanılmıştır¹³.

11 Kat Mülkiyeti Kanunu, Kanun No: 634, Kabul Tarihi: 23 Haziran 1965, Yürürlük Tarihi: 2 Ocak 1966, Resmî Gazete Tarihi: 2 Temmuz 1965/ 12038.

12 Belirtilen fıkra 14.11.2007 kabul tarihli, 28.11.2007 tarih ve 26714 sayılı R.G’de yayımlanan 5711 Sayılı Kanun’un 6. maddesi uyarınca değiştirilmiştir.

13 Madde 13 eski metin: “(Değişik 1. fıkra: 2814-13.4.1983) *Tapu memuru kendisine verilen belgelerin tamam ve usulüne uygun ve dilekçeyi verenlerin veya istemde bulunanların yetkili olduklarına kanaat getirdikten sonra, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmi sözleşmeyi düzenler. Bu sözleşme aynı zamanda tescil istemi sayılır.*”

Sözleşme düzenlenince, anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki (Mülkiyet) hanesine (Bu gayrimenkulün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir) ibaresi

Konuya ilişkin düzenleme getiren başka bir mevzuat hükmü olarak Tapu Sicil Tüzüğü'nün "*Sayfa kapatılması ve yeni sayfa açılması*" başlıklı 67. maddesine rastlıyoruz. Söz konusu hükmün birinci fıkrasının birinci cümlesi aynen şu şekildedir: "*Bölünme, birleştirme, taşınmaz kaydının terkin ve aktarılması durumlarında kütük sayfası kapatılır.*" Görüldüğü gibi "*ve benzeri*" denmemiş, aksine tapu kaydının çıkartılması gereken haller "*ve*" bağlacı ile sınırlandırılarak hataya düşülmüştür. Bunun yanı sıra Kamulaştırma Kanunu hatası gibi "*kaydın terkin*" deyimini kullanılmış ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nun "*kapatılma*" tabiri yeğlenmiştir.

Biz tüm bu ve benzeri konularda terim birliği sağlanmasını önererek yasal deyim olan "*çıkarılma*" tabirini tercih etmekteyiz. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun ana bir Kanun olması bir yana, artık 5711 sayılı Yasa ile değişik 13. maddenin yeni metni uyarınca da anagayrimenkul tapu kaydı artık kapatılmamakta –yani tapu sicilinden çıkarılmamakta- sadece kat mülkiyetine çevrildiğine ilişkin açıklayıcı bir ibarenin yazılması ile yetinilmektedir¹⁴.

Anlaşılabacağı üzere taşınmaza yönelik sayfa açılması ile oluşan tapu kaydının hüküm ve sonuçlarının ortadan kaldırılması, üzerindeki tescillerin sonlanması ile değil, ancak taşınmazın tapuya kaydı gerekmeyen -yani özel mülkiyet konusu olamayacak- taşınmaz niteliğinde olmasına

yazılarak sayfa *kapatılır* ve kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmek suretiyle tescil edilir; anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütük sayfasına da, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki defter ve sayfa numaraları işlenmek suretiyle, kütükler arasında bağlantı sağlanır.

Anagayrimenkulün kapatılan sayfasında evvelce mevcut olan haklara ait sicil kaydı, Tapu Sicil Tüzüğü'nün (Taksim halinde kayıtların nakli) ne dair hükümlerine göre, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfasına geçilir.

Kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm ayrı bir gayrimenkul niteliğini kazanır ve kütükte o bölümün tasdikli plânındaki numarayı alır.

(Değişik 5.fıkra: 3814-13.4.1983) Kat malikine, anagayrimenkulün çaplı tasarruf belgesinden başka, istem halinde, 12nci maddenin (a) bendinde belirtilen projeden kendi bağımsız bölümüne ait olan kısmının tasdikli örneği de verilir.

14 634 Sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının konuya ilişkin değişik kısımları:

"Sözleşme düzenlenince kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesinde kat irtifakının kayıtlı olduğu kat mülkiyeti kütüğü sayfasındaki, doğrudan doğruya kat mülkiyetinin kurulmasını halinde ise anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki mülkiyet hanesine "*Bu gayrimenkulün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir.*" ibaresi yazılarak ... işlemlere kapatılır ve kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına ... tescil edilir; ... kütükler arasında bağlantı sağlanır..." Değişiklik hakkında detaylı bilgi için bkz. **ÖZMEN, E. Sabâ/KIR, Hafize:** Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/ 5912 Sayılı Kanunlar), İstanbul, 2010, s. 38 vd.

rağmen tapu sicilinde yer bulup ardından yolsuz tescile konu olması veya sonradan bu niteliğe kavuşması halinde gerçekleşebilmekte ve bu işlemin adı “*tapu kaydının iptali*” değil, “*tapu kaydının tapu sicilinden çıkarılması*” olmaktadır.

Buna karşılık araştırma başlığımız altında inceleyeceğimiz iki farklı dava aşağıda ele alacağımız sonuçları ile hükme bağlandığında, sözünü ettiğimiz çıkarılma işleminin gerçekleşmesi kural olarak gerekmemektedir. Her iki davada da tapu kaydında yer bulan davalıya ait aynî hakka veya şerhe ilişkin yazım düzeltilmektedir. Ancak hemen belirtelim anılan davalardan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında, davacı idare ise ve özel mülkiyete elverişsizlik sonucu tapu kaydının tapu sicilinden çıkarılması gerekiyorsa dikkat edilecek husus; bu durumda da öncelikle yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile hüküm verileceği, ancak sonrasında verilen kesin hüküm sonucunda TMK m. 705/ II uyarınca tescilsiz edinmenin sağlanması halinde davacı idarenin TMK m. 999/ II hükmünce ileri süreceği talep ile tapu kaydının sicilden çıkarılacağıdır.

Bu kapsamda çalışma konumuz açısından Türk Medenî Kanunu'nda, aynî neticeli talep ile -şimdilik kaba tabirle ifade edecek olursak- davalının hukuk sahasında yer alan bir taşınmazın, TMK m. 705/ II uyarınca davacı adına tesciline yol açabilecek davalar iki temel bariz ayırım altında düzenlenmiştir. Buna rağmen söz konusu davaların dava dilekçelerinde tek bir isimle adlandırılıyor olması ciddi hukukî hatalara götürebilmektedir. Zira bu konuda kesin hüküm sonucu hak kayıpları yaşanabilmektedir. Uygulamada “*muârazanın veya münazaanın giderilmesi*” adı altında asla tasvip etmeyeceğimiz terimlerle dava açıldığı sıklıkla görülmektedir. “*Çatışma*” ve “*uyuşmazlık*” kelimelerinin karşılığı olarak kullanılan bu iki farklı terim aslında hiçbir anlam ifade etmemektedir. Uyuşmazlık yaratarak davaya sebebiyet veren zaten tarafların menfaat çatışması olacaktır. Dolayısıyla bu tür deyimlerle açılan davalarda, davalılar derhal hâkimden bir müdahale ile HMK¹⁵ m. 31 ile 119 uyarınca dilekçenin aydınlatırılmasını ve açıklattırılmasını istemelidirler. Çünkü çalışmanın devamında anlatılacağı üzere bu hususta açılacak davalar birbirinden tamamen farklı davalardır. Bu sebeple davacının davasını doğru isimlendirmesi çok önemlidir. Alacak hakkına dayanan (örneğin sözleşme veya sebepsiz zenginleşme talepli) bir davada zamanaşımı definde bulunularak davanın reddi sağlanabilecek iken, aynî hakka dayanan bir davada bu yönde bir savunma mümkün olmayacaktır. Oysa andığımız şekilde hiçbir anlamı olmayan hatalı isimlerle açılan davalarda bu ayırım gözden kaçabilir.

15 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011/27836.

Bu doğrultuda çalışmanın amacı, hukukçulara andığımız bariz ayırma dayalı olarak, uygulamada neredeyse unutulmaya yüz tutacak iki farklı davanın teorik temellerine değinmek ve “*tapu iptal davaları*” terimini hukuk hayatından çıkarma yolunda öneri getirmektir.

II. TÜRK MEDENÎ KANUNU DÜZENLEMESİNE DAYALI OLARAK TAŞINMAZIN AYNINA YÖNELİK DAVALAR

A. GENEL OLARAK KANUNÎ DÜZENLEME

Türk Medenî Kanunu, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet ve diğer sınırlı aynı haklar konusunda, davacının adına tescile yol açacak kesinleşmiş hükme vücut veren ilam (TMK m. 705/ II) sonrasında bildirici tescilin (TMK m. 1013/ II ve III) yapılabilmesine olanak tanıyan iki tür davaya yer vermiştir. Bu davalarda kesinleşmiş hüküm sonrasında mülkiyet ve diğer sınırlı aynı haklar tescilsiz edinme veya tescilsiz düzeltmeye vücut vermektedir. Aşağıda alt başlıklar halinde öncelikle bu iki farklı davanın dayandığı Türk Medenî Kanunu’ndaki düzenlemelere değinilecek, devamında ise bu düzenlemelerin hüküm ve sonuçları irdelenecektir.

B. TAŞINMAZA YÖNELİK AYNÎ NETİCELİ TALEBE DAYALI DAVA TÜRLERİ

1. TESCİLİ İSTEME (TESCİLE ZORLAMA; FERAĞA İCBAR) DAVASI (TMK m. 716)

a. Dava Sebebi

İlk olarak inceleyeceğimiz hüküm Türk Medenî Kanunu’nun 716. maddesidir. Bu hükmün birinci fıkrası şu şekildedir: “*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.*”

Anlaşılabacağı üzere bu davada davacı, aynı neticeli talebe konu olan taşınmazda mülkiyet hakkına veya herhangi bir sınırlı aynı hakka sahip değildir. Burada davacı, borçlar öğretisi sahasındaki aynen ifa talepli davasında, temelde yatan bir kazandırıcı işleme dayalı olarak sahip olduğu alacak hakkından ötürü, davalıdan tescilin adına yapılmasını istemektedir. Dava davalı tarafından tescilin iradî olarak gerçekleştirilmemesi sonucu açılmaktadır. Eş deyişle borçlunun ifa etmemesine dayalı oluşan temerrüt (TBK¹⁶ m. 125/ I) sonucunda, TMK m. 716 uyarınca tescili is-

¹⁶ Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, Resmî Gazete Tarihi: 4.2.2011/27836, Yürürlük Tarihi: 1.7.2012.

teme davası açılmaktadır¹⁷. Bu şekilde Borçlar Hukuku genel öğretisine göre temerrüdün zorunlu sonucu olan aynen ifa istemi mahkeme önünde davaya dönüşmektedir.

Görüldüğü üzere davacı alacaklının malvarlığının aktifinde yer alan alacak hakkı, dava konusu taşınmaza yöneliktir. Söz konusu -irade öz-gürlüğüne dayalı olarak gerek isimli gerekse isimsiz sözleşmelerden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanundan doğabilecek- alacak hakkı, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanımı ya da adına bir sınırlı aynî hakkın kurulması talebinden oluşmaktadır. Buna karşılık kazandırma sebebini meydana getiren hukukî sebep olarak alacak hakkının borçlusunun malvarlığının pasifinde ise, taşınmaz mülkiyetinin veya sınırlı aynî hakkın davacı adına kazandırılması yer almaktadır.

b. Dava Sebeplerinin Özel Hukuk Teorisi Uyarınca Türleştirilmesi

Dava konusu alacak hakkı, Borçlar Hukuku teorisinin klasik ayrımı ile sözleşme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil veya kanundan doğan diğer borçlar kaynaklı olabilir.

aa. Sözleşmeden Doğan Alacak Hakkına Dayalı Tescile Zorlama Davaları

İlkin borç kaynağı olarak sözleşmeye dayalı tescili isteme davalarına değineceğiz. Bu konuda sözleşme tarafı alacaklının adına taşınmaz üzerinde aynî hak kurulmasını sağlayacak sözleşmeler isimli veya isimsiz (atipik) sözleşmeler olabilir. Bu başlık altında satış, bağışlama, mal değişimi (trampa), ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi mülkiyetin devrini hedefleyen sözleşmeler isimli sözleşme olarak ilgisine taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı sağlayacaktır. Bunun yanında taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik alacak hakkı yaratan sözleşmelerin özel borç ilişkilerince düzenleme konusu yapılmış bir sözleşme olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu açıdan karma veya bileşik sözleşmeler gereği taşınmaz mülkiyetinin devrinin alacak hakkına konu olması da mümkündür.

Örneğin bir isimli sözleşme olarak satış sözleşmesi, borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) niteliği ile özel borç ilişkileri öğretisi uyarınca rızâ sözleşmeye vücut vermektedir. Bu sözleşme ile satıcının malvarlığının pasifine, alıcıya taşınmazın mülkiyetini geçirme borcu yüklenmektedir. Takiben yapılması gereken ve borcun ifasını sağlayan tasarruf işlemi ise tescilin alıcı adına iradî olarak gerçekleştirilmesidir (eski deyişle ferağ verilmesidir). Ancak temerrüde düşen satıcı borcunu iradî olarak yerine getirmese alacaklı mahkemedен, taşınmazın kendi adına tescilini TMK m. 716 hükmüne dayalı olarak açacağı dava ile talep edecektir.

17 SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, Ankara, 2013, s. 372-373.

Ayrıca salt mülkiyet hakkının değil, taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hakkın kurulmasını hedefleyen borçlandırıcı işlem niteliğindeki rızaî sözleşmeler uyarınca yapılması gereken tasarruf işlemlerinin de iradî olarak gerçekleştirilmemesi durumunda yine malike karşı tescili isteme davası açılacaktır. Hatta taşınmaz malikinin şerh vermekle yükümlü olduğu halde bu şerhi vermekten kaçınan ve bu konuda temerrüde düşen taşınmaz maliki hakkında dahi bu başlık altındaki sonuçlar kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Bu açıdan sınırlı aynî hakların kurulmasını hedef tutan borçlandırıcı işlem niteliğindeki rızaî sözleşmelerin¹⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda isimlendirilmemiş olduğunu görüyoruz. Şöyle ki özel borç ilişkilerinde bu yönde bir hüküm bulunmadığı gibi Eşya Hukukuna ilişkin düzenlemelerde de herhangi bir sınırlı aynî hak türünün sözleşmesi tanımlayıcı bir hükümle isimlendirilmemiştir. Ancak bu sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu'nda isimlendirilmemiş olmasının hiçbir sakıncası yoktur. Zira TMK m. 781 hükmünde irtifaklar, TMK m. 840/ III hükmünde taşınmaz yükü ve TMK m. 856/ II hükmünde taşınmaz rehni hakkında getirilen hükümlerde açıkça bu hakların kurulmasına ilişkin sözleşmeden bahsedilmekte; böylece sınırlı aynî hakkın kurulmasına yönelik borçlandırıcı işlem olarak tescile vücut veren kazandırıcı işlemin varlığı tartışmasız hale gelmektedir. Bu nedenle isimlendirme yaparken her bir sınırlı aynî hak türünün kanunî tabirinin sonuna sözleşme tabiri eklenecektir. İşte bu sözleşmelerin ifasının gereği, iradî olarak yerine getirilmeyen sınırlı aynî hakkın tescili yükümlülüğünün ifasına dayalı tescili isteme davaları da böylelikle gündeme gelebilecektir.

Belirtelim ki uygulamada taşınmaz mülkiyetinin devrini veya bir sınırlı aynî hak kurulmasını hedefleyen sözleşmelerin düzenlenmesinde resmî şekle vücut verecek makamlar tapu sicili müdürlükleri olmasına rağmen, bu doğrultuda tapu sicil müdürlüğünde düzenlenmiş bir sözleşmeye dayalı tescile zorlama davasına rastlanmamaktadır. Sebebi ise tapu dairelerinin tamamen kanuna aykırı olarak süre gelen fiilî (de facto) uygulamalarıdır. Zira tapu sicil müdürlüklerinde vade ve koşula bağlı taşınmaz mülkiyetinin devrini ya da diğer bir sınırlı aynî hak kurulmasını hedefleyen borçlandırıcı işlemlerin yapılabilmesine olanak tanınmamakta, matbuu akit tablosu (resmi senet) uygulamalarıyla, tescili talep beyanları aynı

18 "Mülkiyete, mülkiyetin gayrı ayni haklaraveya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir." şeklinde hüküm getiren Tapu Kanunu 26. Madde, sınırlı aynî hakların kurulmasına yönelik borçlandırıcı işlemlerin şekli hakkında TMK m. 706 hükmüne yapılan yollamaların (TMK m. 780/ II, m. 840/ III, m. 856/ II) gereğini yerine getirmektedir.

anda alınmaktadır. Oysa bu tür taleplerin karşılanmaması tamamen ilgili memurların görevi ihmal sonucu cezaî sorumluluğuna yol açacak nitelikte iken, artık kanıksanmış bu uygulamaya karşı aksi uygulamanın yasallığı tamamen unutulmuş olarak doğru olanın bu olduğu inancı yerleşmiştir¹⁹.

Bu uygulamanın yansıması olarak pratikte doğan ihtiyaç nedeniyle taşınmaz satış vaadi veya irtifak kurma vaatleri (Tapu Kanunu²⁰ m. 26) noterde yapılmaktadır (TBK m. 237/ II, Noterlik Kanunu²¹ m. 60/ m. 89). Bu nedenle noter satış ve irtifak kurma önsözleşmelerinden (TBK m. 29) doğan borcun malik tarafından iradî olarak yerine getirilmemesi üzerine mahkemeler asıl sözleşmelerin yapılmış sayılmasına yönelik hüküm vermeyip doğrudan tescili alıcı davacı adına yapmaktadırlar. Buna bağlı olarak *SUNGURBEY* tarafından haklı şekilde yapılan tespite göre; vaat Türk Borçlar Kanunu tabiriyle önsözleşme başlığı taşısa da, bu tür sözleşmeler aslında önsözleşme olmayıp borçlandırıcı işlem niteliğinde asıl sözleşmelerdir. Şu durumda vade ve koşula bağlı sözleşmelerin resmî senetleri tapuda düzenlenmediği için, taşınmaz satış önsözleşmesi veya irtifak kurma önsözleşmesi (eski adlandırma ile vaatleri) isminde yer alan “önsözleşme (akit yapma vaadi)” deyimine bakılmamalı ve tapu daireleri uygulamalarına dair bir reaksiyon olarak bu durum yadırınmamalıdır²².

Bu açıdan olması lazım gelen (de lege feranda) öneri olarak savunduğumuz görüşle, artık tapu dairelerinin tüm taşınmazlara ilişkin sözleşme yapma yükünden kurtarılmalı ve sadece tescil ile diğer tapu işlemlerinin yapılma makamı haline getirilmeleridir. Çünkü anayasal güvence altında olan sözleşme özgürlüğü (Anayasa²³ madde 48) ile sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğüne rağmen, bırakınız isimsiz sözleşmeleri bazı isimli sözleşmeleri bile (örneğin -karşı edimin bir taşınır olsa da- mal değişimi sözleşmesi) tapu dairelerinde yapabilmek olanaklı değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nda “Satış İlişkisi Doğuran Haklar” başlığı altında düzenlenmiş alım (iştirah), geri alım (vefa) ve önalım (şufa) sözleşmeleri

19 Bu konuda uygulamanın ayrıntılı eleştirisi için bkz. **ÖZMEN, E. Sabâ/ AKÇURA KARAMAN, Tuba:** “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 2013/ I, İstanbul, Ocak-Şubat 2013, s. 47-75.

20 Tapu Kanunu, Kanun No: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, Resmi Gazete Tarihi: 29.12.1934/2892.

21 Noterlik Kanunu, Kanun No: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972, Resmi Gazete Tarihi: 05.02.1972/14090.

22 **SUNGURBEY, İsmet:** “Modern Hukukta taraflar arasında ön sözleşmeye yer yoktur”, Medenî Hukuk Sorunları, IV, İstanbul 1980, s. 391 vd.

23 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, Resmi Gazete Tarihi: 09.11.1982/ 17863.

kendine özgü özellikleri haiz olmakla beraber, yine TMK m. 716 hükmüne dayalı tescile zorlama davalarına vücut verebilmektedir²⁴. Geçerlilik şekline tâbi ve ivazlı olarak yapılan borçlandırıcı işlem niteliğindeki bu tür sözleşmeler, söz konusu özelliği dolayısıyla “*satış ilişkisi doğuran hak*” deyimi ile ifade edilmiştir. Gerçekten de kurucu yenilik doğuran nitelikteki söz konusu hakların kullanılması ile karşılıklı irade beyanı (öneri ve kabul) yapılmaksızın satış sözleşmesi esaslı noktaları ile kendiliğinden kurulmakta ve taraflar iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) edim yükümlülüğü altına girmektedir.

Böylece örneğin alım hakkı sözleşmesi yapmış olan taşınmaz malikinin, yaptığı borçlandırıcı işlem sonucunda malvarlığının pasifinde henüz sadece alım hakkının kullanılmasına katlanma borcu yer alır iken, alım hakkının kurucu yenilik doğuran hak sahibi tarafından kullanılması ile artık malvarlığının pasifinde taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğmaktadır. İşte alım hakkının kullanılması ile satış ilişkisi doğurma özelliği sonucunda iradî olarak yapılmayan tescillere yönelik olarak da konu başlığımız altında yer alan TMK m. 716 hükmüne dayalı tescile zorlama davasının açılması gündeme gelecektir.

Aynı şekilde önalım ve geri alım haklarının kullanılması hallerinde de, taşınmaz malikinin mülkiyeti hak sahibine tapuda yapacağı tescille geçirmesi gerekmektedir. İradî olarak gerçekleşmeyen tescillerde ise yine TMK m. 716 hükmüne dayalı tescile zorlama davasını açmak gerekecektir. Ancak gerek 2001 yılı değişikliği sonrası Türk Medenî Kanunu (TMK m. 734) gerekse 2012 yılı değişikliği sonrası Türk Borçlar Kanunu (m. 242) önalım hakkının ancak dava açılarak kullanılabileceğini emredici olarak düzenlemiştir. Böylece alım ve geri alım hakkı için andığımız sonuçlara tâbi olma bakımından önalım hakkı farklılaşmaktadır. Bir defa TBK m. 237/ III uyarınca önalım sözleşmesinin geçerliliği, adi yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Ancak yükümlü taşınmaz malikinin taşınmazını üçüncü kişiye satması halinde, önalım hakkı sahibi hakkını bu kişiye ancak dava açarak kullanabilmektedir. Hatta bu hakkın şerh edilmemiş olması halinde borç ilişkisinin nisbîliği ilkesi gereğince önalım hakkı üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecek²⁵, bu halde yalnızca TBK m. 112 hükmü uyarınca önalım sözleşmesinin kusurlu ifa imkânsızlığına dayanılarak taşınmaz malikine tazminat davası açılabilecektir. Oysa şerh

24 **SİRMEN**, s. 372.

25 **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**: Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2012, s. 544; **SİRMEN**, s. 450; **KIRCA, Çiğdem**: “*Önalım Hakkı Konusunda Medenî Kanundaki Değişiklikler*”, Ömer TEOMAN’a Armağan, İstanbul, 2002, s. 1180.

verilmesi halinde, bu defa eşyaya bağlı borç etkisi²⁶ ile cüz'i halefe, TBK m. 242 hükmünde anılan hak düşürücü süreler içinde tescile zorlama davası yöneltebilecektir. Yine bu özelliğin yansımaları olarak alım ve geri alım haklarında, hakkın kullanıldığı sırada hala taşınmaz mülkiyeti alım veya geri alım hakkının borçlusunun mülkiyetinde ise bu kişiye, yok eğer hakkın kullanıldığı sırada taşınmaz mülkiyeti üçüncü kişiye devredilmişse, hakkın öncesinde şerh edilmiş olması koşuluyla cüz'î halefe karşı TMK m. 716 hükmüne dayalı tescile zorlama davası açılabilecektir.

Son olarak paralel sonuçla, malik tarafından tanınan boşalan dereceye ilerleme hakkının şerh verilmiş olduğu ihtimalde, sonradan taşınmazın mülkiyetinin üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda, söz konusu yeni malikin boşalan dereceye ilerleme hakkı sahibi alacaklının bu yöndeki talebini reddetmesi üzerine, talebin tescile zorlama davası ile ileri sürüleceğini belirtelim.

ab. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacak Hakkına Dayalı Tescile Zorlama Davaları

Bir diğer borç kaynağı TMK m. 716 hükmüne tâbi olarak tescile zorlama davası başlığı altında açılan sebepsiz zenginleşme davalarıdır. Buna göre davalı aslında haklı bir sebep olmadan davacının malvarlığında yer alması gereken bir taşınmazın mülkiyetine kavuşur veya o taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hakka sahip olursa, bu takdirde açılması gereken dava yine TMK m. 716 hükmüne dayalı tescile zorlama davasıdır. Çünkü sebepsiz zenginleşme davası nisbî (kişisel) niteliği ile alacak hakkına dayanmaktadır²⁷.

Aslında Türk uygulamasında taşınmazlara ilişkin sebepsiz zenginleşme davaları “*tapu iptal davası*” adı altında kaybolmakta ve aşağıda inceleyeceğimiz Medenî Hukuk ilkesine dayalı olarak çok sık görülmemektedir. Bunun sebebi taşınmaz mülkiyetinin geçişinde Türk Medenî Kanunu'nda açıkça ifadesini bulan nedensellik (illilik) prensibidir²⁸ (TMK m. 1024/ II). Zira nedensellik ilkesine göre kazandırıcı işlem olarak örneğin borçlandırıcı işlemin (taahhüt muamelesi) geçersiz olması, buna dayalı olarak yapılan tasarruf işleminin de geçersiz olmasına yol açmaktadır. Bu durumda

26 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 253.

27 OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, İstanbul, 2012, s. 303; ÖZ, M. Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990, s. 16-17; ANTALYA, Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 2. baskı, İstanbul, 2013, s. 822; EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 842-843.

28 GÜRİSOY, Kemal/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 15-16, s. 245; SİRMEN, s. 136; ANTALYA, s. 88; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014, s. 69, s. 164.

açılacak dava ise istihkak talepli olmaktadır. Böyle bir talebe dayanan dava da bir alt başlığın konusu olan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına vücut verecektir.

Buna karşılık iadenin istihkak davası yoluyla yapılmayacağı hallerde sebepsiz zenginleşme talepli tescili zorlama davalarının açılması gündeme gelmektedir. Bu noktada öncelikle uygulamada taşınmaza yönelik açılan sebepsiz zenginleşme davalarında nitelendirmenin “*tapu iptal ve muarazanın men’i*” ismi altında yapıldığını ve bu sebeple söz konusu gerçek sebebin gözden kaçırıldığını belirtelim.

Nitelendirme doğru yapıldığında sebepsiz zenginleşme talepli açılan tescili zorlama davalarına yönelik ise şunlar söylenebilir: Taşınmaz mülkiyetinin tasarruf işlemi olarak malike kazandırdığı aynı hakkın temelinde yatan borçlandırıcı işlem yapıldığı zaman geçerli olmakla birlikte, sonradan ortadan kalkan bir sebeple borçlandırıcı işlem tasarruf işleminin altından çekilebilir. Bu durumda artık istihkak değil, sebepsiz zenginleşme davasının açılması gerekecektir. Çünkü borçlandırıcı işlemin başlangıçta geçerli olup sonradan geçersiz hale gelmesi durumunda (örneğin sözleşmeden dönme sonucu), yapıldığı sırada geçerli olan tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin geçersizliğine bağlı olarak kendiliğinden geçersiz hale gelmemektedir. Bu halde hukukî sebebin sonradan ortadan kalkması (condictio causa ob finitam) sonucu sebepsiz zenginleşme davası söz konusu olmaktadır (TBK m. 77)²⁹.

Bu görüşümüze karşılık sözleşmeden dönmeye aynı netice bağlayıp andığımız kurguda istihkak davasının açılması gerektiğini savunan görüşler³⁰ de bulunmakta ve yarattıkları sakıncalar ile ciddi sorunlara yol

29 **HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, içinde: **HATEMİ**, s. 567; Dönme bildirimimin borçlanma işlemi doğrudan ve geçmişe etkili olarak bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırdığını, ancak dönülen sözleşmenin ifası amacıyla yapılan tasarruf işleminin geçerliliğinin dönmeden etkilenmeyeceğini esas alan bu görüş doktrinde “*klasik dönme teorisi*” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul, 1976, s. 621; **FEYZİOĞLU, Feyzi:** Borçlar Hukuku, Kısım II, Akdın Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1980; **TANDOĞAN, Haluk:** Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul, 2010, s. 504; **OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul, 2011, s. 507; **KILIÇOĞLU, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s. 732; **ULUSAN, İlhan:** İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Kapsamı, İstanbul, 1934, s. 74 vd.; **REİSOĞLU, Seza:** Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, 1961, s. 35 vd.

30 **ÖZ, (Sebepsiz Zenginleşme),** s. 104; **ÖZ, M. Turgut:** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 40 vd.; **ÖZ, M. Turgut:** “*Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Eleştirisi*”, MHAD, Y. 1979, S. 80-81, s. 131-172; **BUZ, Vedat:** Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 134 vd.; **AYAN, Serkan:** İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

açmaktadır. Belirtelim ki bu tür görüşler Borçlar Hukuku öğretisinin sonuçlarının, Eşya Hukuku ve taşınmaz mülkiyetinin tapu siciline dayalı özelliği karşısında yeterli analiz edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Zira söz konusu görüşler tescil işleminin koşula (şarta) bağlı olmaması, tapu sicilinin aleniyeti, cüz'i haleflerin borçla sorumlu olmaması şeklinde sıralayacağımız Özel Hukukun temel ilkelerini temelden sarsmaktadır. Oysa sebepsiz zenginleşmeye vücut veren ve temelini Roma Hukuku'ndan alan *condictio causa ob finitama* dayalı dava çok mantıklıdır. Roma Hukuku temelli bu kural uyarınca iadenin istihkak değil sebepsiz zenginleşmeye dayalı tutulmasının altında yatan düşünce, seleflerinin kendisi ile işlem yaptığı sırada tasarruf yetkisine sahip olmasına dayanarak geçerli bir işlem yaptığını kabul eden cüz'i haleflerin, sözleşmeden dönülme halinde herhangi bir nedenle iade yükümlülüklerinin doğabileceği endişesine kapılmamalarıdır.

Nitekim dönmeye aynî netice bağlayan görüşlerin yarattığı sıkıntılar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri alanında yaşanmaktadır. Buna göre Yargıtay aslında ani edimli eser sözleşmesinde inşaatın niceliğine bağlı belirli bir yüzdeye (önceleri %60 ve 70 iken şimdi 90 oranında) ulaşmaması halinde sözleşmeden dönülebileceği sonucuna varmıştır. Eser sözleşmesinde varılan bu sonucun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine yansımaları ise şu şekilde olmaktadır: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin karma niteliğine bağlı olarak, eğer yüklenici eser imal borcu bakımından belirtilen yüzdeye ulaşılmadan temerrüde düşerse, arsa malikleri sözleşmeden dönebilmektedir. Böylece arsa maliklerinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince peşinen yükleniciye ait pay oranında taşınmaz mülkiyeti veya kat irtifakı tapularını tescil ile yüklenicinin adına geçirmeleri halinde, arsa maliklerin sonradan sözleşmeden dönmeleleri yükleniciye yönelik iade talebinin sebepsiz zenginleşme kaynaklı değil, illilik prensibinin işletilmesi sonucunda istihkak talepli nitelendirilmiştir. Ayrıca bu sonuçla, sözleşmeden dönülmesinden önce yüklenicinin kendi adına geçirilen taşınmazları üçüncü kişilere sahip olduğu tasarruf yetkisi ile devretmiş olduğu durumda, bu kişilerin de istihkak talebinin davalısı haline gelmesine neden olmuştur. Zira bu konumdaki üçüncü kişilerin, aldıkları taşınmazın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile edinilmiş taşınmaz olduğunu bildikleri veya TMK m. 3/ II hükmüne dayalı bilmeleri gerektiği için iyiniyet kuralına dayalı herhangi bir savunma getirmeleri kabul görmemiştir. Eş deyişle, bu kurgudaki üçüncü kişinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sonradan arsa maliklerince dönmeye konu edilebileceğini her zaman öngörmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Sonuçta varılan bu noktada, sözleşmeden dönmeye aynî netice bağlayan gö-

rüş doğrultusunda Yargıtay'ın söz konusu hatalı görüşü ile üçüncü kişiler arsa malikinin söz konusu tapuların yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile iadesine yönelik istemi ile karşılaşmaktadırlar³¹.

Oysa bilindiği üzere taşınmazlarda aynı hak kazanımına yol açan tasarruf işlemleri koşula (şarta) bağlanamaz (TBK m. 243). Bu ilkenin temelinde son derece mantıklı bir düşünce yatmaktadır. Buna göre TMK m. 1020 uyarınca tapu sicilinin açıklığı (aleniyeti) ilkesi gereğince, aynı hak karinesine dayalı olarak tasarruf yetkisiyle işlem yapan ve aynı hak sahibinden bir hak edinen kişinin, bundan sonra ve bunun devamında işlem yaptığı kişinin tasarruf yetkisinin ortadan kalkabileceğini öngörmesi beklenmemelidir.

Bizim savunduğumuz görüş uyarınca ise dönme, temelinde yatan borçlandırıcı işlemi baştan itibaren hiç yapılmamış hale sokar; ancak borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu süreçte buna bağlı yapılan tasarruf işlemi

31 "...Fesih koşullarının oluştuğu belirlendiği takdirde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacağından adlarına kayıtlı olan tapuların iptali ile payları oranında arsa sahiplerine tesciline karar verilmesi gerekirken tüm yönler gözetilmeksizin yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde davacıların fesih ve tapu iptal tescil taleplerinin reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir...", Yarg. 15. HD. 16.04.2012, E. 2012/ 2647, K. 2012/ 4512, www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.07.2014; "Somut olayda, davacılar yükleniciyi temsilen ona isabet eden bölümlü bağlantılı olarak dava dışı Ayşe K. isimli kişiye pay satmış, davalı da bu kişinin devrettiği Nusret Y'den payı satın almıştır. .. Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı bunun için de bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Topraktan satış, temelinde satış şeklinde isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlere ve arsa paylarında hakkın doğmama-ya-çağını bilmekte ve dolayısıyla arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda MK m. 931'in maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz.", Yarg. 1. HD. 2000/ 26.10.2000, E. 2000/ 12433, K. 2000/ 13094, www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.07.2014. Bu konudaki kararlar ve bunların eleştirileri için bkz. **KIRCA, Çiğdem**: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Söleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler – Tartışmalar, XXII, 15 Aralık 2006, Ankara, 2007, s. 87 vd.; Yargıtay ile aksi görüşte **SİRMEN**, s. 362; **ERMAN, H.**: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s. 176 vd. Yazar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış üçüncü kişilere karşı herhangi bir hak ileri süremeyeceğini belirtmektedir. Aynı yönde **COŞKUN, Gürkan**: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010, s. 142 vd.; Ayrıca bkz. **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 156 vd. Son yazar Yargıtay'ın söz konusu kararlarını özellikle kararlarda iyiniyet kurumunun hatalı yorumlanmış olması bakımından eleştirmektedir. Yazara göre, aslında aynı etkili dönme teorisini savunan görüş, dönmeden önce iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunacağı temeline dayanmakta iken, Yargıtay dönme öncesinde yükleniciden hak kazanan üçüncü kişilerin hiçbir zaman iyiniyetli olmayacağını oldukça hatalı olarak kabul etmektedir.

olan tescil, sonradan geçersiz hale gelen borçlandırıcı işlem dolayısıyla geçersiz hale gelmez. Bu sonuçla da açılacak dava sebepsiz zenginleşme davası olacaktır. Temelini Roma Hukukunda bulan bu sonucun (*condictio causa ob finitam*) kabulü ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaşanan andığımız sancıkların önüne geçileceği kanısındayız.

Tekrar belirtmek gerekirse, sebebin baştan geçersiz olduğu ancak aynen iadenin olanaklı olmadığı durumlarda da karşımıza, nedensellik (illilik) prensibinin varlığına rağmen kaçınılmaz biçimde sebepsiz zenginleşme davası çıkmaktadır (*condictio sine causa*). Bir diğer sebepsiz zenginleşme türü ise sebebin gerçekleşmemiş olması halinde, açılacak sebepsiz zenginleşme davasıdır (*condictio causa ob securutam*). Bu iki farklı sebepsiz zenginleşme türünü örneklandırmek gerekirse; akıl hastasının yaptığı bağış sonucu taşınmaz mülkiyeti adına tescil edilen kimse, ehliyet eksikliği sebebi ile gerek borçlandırıcı işlemin gerekse tasarruf işleminin geçersiz olması sonucunda taşınmaz mülkiyetini kazanamamışsa da, zenginleşmiş sayılmaz. Zira mülkiyet hakkı ona geçmemiştir. Bu kişiye karşı yöneltilen dava ise yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıdır (TMK m. 1025). Ancak bu kimse kendisine yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılmadan önce iyiniyetle, akıl hastası olduğunu bilmediği kişinin bağışladığı bu taşınmazı imar planında yer alan tevhit zorunluluğu (TMK m. 1000 hükmünce birleştirme) sonucunda kendi küçük parseli ile birleştirir ve neticede tek parsel haline geldiği için taşınmazın artık bölünmesi (TMK m. 731/ I hükmünce) mümkün olmazsa, bu defa artık karışma sonucunda istihkak davasına dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası değil, sebepsiz zenginleşmeye dayalı İmar Kanunu m. 18 hükmünden ilhamla paylı mülkiyetin adına tescilinin gerçekleştirilmesi bakımından tescile zorlama davası açılabilir (TMK. m. 716). Sebebin gerçekleşmemesi olasılığına ilişkin örnek verecek olursak; baba, çok ünlü bir üniversiteye hazırlık hocasını oğluna ders vermek konusunda ikna etmek ister. Hocanın konut ihtiyacı olduğunu bilen baba hocayı ders vermeye ikna ederek ivaz olarak peşinen bir konutun mülkiyetini tescille onun adına geçirir. Ama sonrasında oğlu dersler başlamadan ölür. İşte bu durumda sebebin gerçekleşmemesi sonucu (*condictio causa ob securutam*) sebepsiz zenginleşme kaynaklı tescile zorlama davası ile baba tescilin tekrardan kendi adına yapılmasını sağlayabilecektir.

Bir diğer örnekle pekiştirmek gerekirse, mal değişimi (trampa) sözleşmesinin ifası sonucunda kendi taşınmazının mülkiyetini karşı tarafa geçiren kimse, sözleşme yaptığı kişiyle karşı tarafın mülkiyetine geçen arsada, imar hakkının elde edilmesi sonucu kendisine projeden konut niteliğinde bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep etme yönünde alacak hakkı veren noter satış vaadi sözleşmesi yapmıştır. Ancak sonradan karşı

tarafın arsasında imar planlarının iptal edilmesi sonucu bu arsa yalnızca depo alanı olarak kullanılabilir niteliğe bürünmüştür. Bunun üzerine konut alacak hakkı ortadan kalkmıştır. İşte bu durumda karşı tarafın imar planları iptal edilir ve yeni imar planında yalnızca depo alanı söz konusu olur. Oysa bu sözleşme ile amaçlanan kira geliri sağlayacak konuta kavuşmaktır. Son imar planı ile artık bu yolda sebebin gerçekleşmesi olanaklı olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla bu kişinin önceden devrettiği taşınmazı karşı tarafın malvarlığında sebepsiz zenginleşme yaratacak ve tescili isteme (zorlama) davası ile iadeye konu olacaktır.

Sonuçta gözlemleneceği üzere zenginleşmeyi doğuran olgu, dava konusu taşınmazın mülkiyetinin veya üzerindeki sınırlı aynî hakkın, davalının malvarlığına ona ait bir hakka vücut vererek girmiş olmasıdır. Aşağıda inceleyeceğimiz yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına konu istihkaktan farklı olarak sebepsiz zenginleşmeye dayalı tescili isteme davasında davalı, davaya konu taşınmazın üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynî hakkı kesin olarak kazanmıştır. Ancak bu kazanımın temelinde haklı bir sebep bulunmamakta ve bu olgu onu davacıya iadeyle yükümlü kılmaktadır. Bu halde eğer taşınmaz hâlâ davacının malvarlığında bulunmaktaysa, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade yükümlülüğü kapsamında aynen iade, konu başlığımız altında TMK m. 716 hükmüne tâbi tescili isteme davası ile olacaktır. Buradaki sebepsiz zenginleşme kaynaklı dava, nishî (kişisel) karakterli bir dava olarak davacının malvarlığının aktifine tescilin kendi adına gerçekleştirilmesini konu alan bir alacak hakkı dâhil ederken; zenginleşenin malvarlığının pasifine, aynen iade yükümü ile tescili davacı adına yapma borcu yüklemektedir. Ancak bu dava açılmadan veya açılmasını takiben aşağıda inceleyeceğimiz davacının menfaatini koruyan şerhler verilmeden, davalı taşınmazı devredecek veya mülkiyetini sınırlı aynî haklarla sınırlandıracak olursa üçüncü kişilere hiçbir şekilde sebepsiz zenginleşme davası açılması mümkün olmayacaktır.

ac. Haksız Fiilden Doğan Alacak Hakkına Dayalı Tescile Zorlama Davaları

Haksız fiiller bakımından TMK m. 716 hükmüne dayalı tescile zorlama davasına sıklıkla rastlanamamaktadır. Ancak teorik olarak imkânsız olmadığı için, bu davanın açılabilmesi olasılıklarını da belirtmekte yarar görüyoruz. Ahlâk kurallarının hukuk normu oluşturmasına örnek teşkil eden TBK m. 49/ II hükmü, “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde getirdiği kural gereğince, Taşınmaz Hukuku açısından tescile zorlama davasına da vücut verebilecektir. Şöyle ki; Türk Borçlar Kanunu’nun 51. maddesinin I.

fıkrasına göre “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.” Bu hüküm gereğince hâkim sahip olduğu takdir hakkına bağlı olarak zararın aynen tazminine hükmedecek olursa, bu takdirde -tıpkı sebepsiz zenginleşmedeki aynen iadeye yönelik verdiğimiz bilgiler doğrultusunda- TMK m. 716’ ya dayalı tescile zorlama davası açılabilir.

Bir örnek üzerinde hareket edecek olursak; bir taşınmaz borçlandırıcı işlem niteliğinde satış vaadi sözleşmesi konusu yapılarak bir kimseye satılır ve fakat tescil yapılmazsa, ardından taşınmaz malikinin üçüncü bir kimseye daha satış sözleşmesi yapması, üstelik taşınmazın üçüncü kişi adına tescil edilmesi halinde kural olarak üçüncü kişi, öncesinde yapılan satış vaadi sözleşmesini ihlâl etmiş olmaz³². Çünkü borç ilişkisinin

32 Bu konuda Yargıtay’ın kanımızı donduran içtihadı uyarınca şerh edilmemiş noter satış vaatlerinin tarihinin resmi olması gerekçesi ile taşınmaz maliki satış vaadi alacaklısının alacak hakkını ihlâl ederek taşınmazın mülkiyetini üçüncü bir kişiye geçirirse taşınmaz satış vaadi alacaklısına tapu iptal davası açma olanağı tanınmaktadır. Yargıtay’ın 14. Hukuk Dairesinin 13.10.1988 tarihli bu husustaki kararı şu şekildedir. “Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesi hale gelmedikçe, ilk defa yapılan sözleşme-ye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medenî Kanun’un 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyer 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 ait ve 1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İbrahim’e yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile Süleyman’ın davasının kabulü isabetli görülmemiştir. Temyiz itirazlarının yukarıda gösterilen nedenlerle kabulü ile hükmün Bozulmasına ...” (Yarg. 14. HD, 13.10.1988, E.1987/4244, K.1988/6494, [WWW.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)). Yargıtay’ın bu kararı sehven verilmiş tek bir karar da değildir. Zira bu yönde birçok başka karar bulunmaktadır. 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 (**REİSOĞLU, Safa**: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 97, dn.4’den naklen). Belirtelim ki söz konusu kararlar bir hukukî garabettir. Bu sebeple her çalışmamızda ifade ederek bu hatalı içtihattan kurtulunmasını sağlamaya çalışmaktayız. Bu yönde içtihatları eleştiri olarak yazmış olduğumuz “*Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler*” başlıklı makalemizde de ifade ettiğimiz üzere, söz konusu içtihat borç ilişkisinin nisbîliği temel hukuk kuralını ihlâl etmektedir. Bu durumda Türkiye’de 1642 adet noter bulunduğu göre Türk halkının güvenli bir tapu edinebilmesi için bu noterleri tek tek dolaşarak, bütün işlemlerini yevmiye defterinden tek tek incelenip (hatta ilgili belgelerin “cibent” 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. Bkz. **ÖZMEN, Saba/ YÜCE, Melek**: “*Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş günü Armağanı, İstanbul 2001, C. II, s. 952- 998.

nisbiliğine dayalı temel prensip böyle bir ihlâli hukukî mesnetten yoksun kılar. Ama örnek şu şekilde olursa varılan bu sonuç değişebilir: Kişisel antipatisi nedeniyle yıllar önce kasabadan göç etmiş bir kimsenin komşu parseli taşınmaz satış vaadiyle aldığı gören kasaba yerlisi, sözleşmenin varlığını bildiği halde malikine daha fazla bedel vererek ve üstelik TBK m. 128 anlamında önceki satıştan doğan bütün zararları tazmin edeceğini garanti ederek taşınmazın mülkiyetini edinecek olursa salt bu fiili TBK m. 49/ II anlamında haksız fiil oluşturacak ve sonuçta zararı tazmin borcu söz konusu olacaktır.

Oysa olması lazım gelen boyutu ile bir kimsenin borçlandırıcı işlem olan satış vaadi sözleşmesi ile malikinden taşınmaz mülkiyetinin adına tescilini isteme hakkını elde etmişken, taşınmaz maliki tarafından daha yüksek satış bedeli öneren başka bir kişiye daha satılmış ve tescil bu kişinin adına yapılmışsa, mağdur hiçbir şekilde borç ilişkisinden doğan nisbî alacak hakkını söz konusu üçüncü kişiye ileri sürerek, malikle yapmış olduğu satış sözleşmesi gereğince tescilin kendi adına yapılmasını isteye-meyecek, kural olarak yalnızca borç ilişkisinin ihlâli ile TBK m. 112 (BK m.96) hükmünce uğradığı parasal kaybının tazminini talep edebilecektir. Ama TBK m. 49/ II uyarınca üçüncü kişinin, sırf subjektif nedenlerle mağdur o taşınmaza kavuşmasın diye kendi ihtiyacı olmaksızın ahlâka aykırı bir fiille taşınmazı edindiği durumlarda artık mağdur tescile zorlama davasını haksız fiil faili olarak üçüncü kişiye karşı yöneltebilecektir. Bunun üzerine hâkimin TBK m. 51 uyarınca aynen tazmine karar vermesi ihtimalinde ise mağdur taşınmaza kavuşabilecektir. İşte böyle bir olasılıkla haksız fiil mağduru davacı taleplerini HMK m. 111 hükmünce terditli olarak ileri sürebilecek ve aynen tazmin yolundaki talebini TMK m. 716 hükmüne dayandırarak taşınmazın adına tescilini talep edebilecektir.

ad.Kanundan Doğan Diğer Borçlara Dayalı Tescile Zorlama Davaları

Son borç kaynağı olarak “kanundan doğan diğer borçlar” kapsamında da davacı bir taşınmazın adına tescilini talep hakkına sahip olabilir. Örneğin edinilmiş mallara katılma rejiminde eşin ölümü durumunda sağ kalan eş, TMK m. 240’a göre katılma alacağına karşılık aile konutu üzerinde mülkiyet tanınması veya intifa hakkı kurulmasını isteyecekse, bu talebini TMK m. 716 hükmünce ileri sürebilecektir³³.

c. Davaya Konu Alacak Hakkına Bağlı Karakteristik Özellikler

Bu konuda temelde yatan aynı neticeli talebe vücut veren alacak hakkı

33 TMK m. 240 hükmünce edinilmiş mallara katılma alacağına mahsuben sağ kalan eşe aynı neticeli taleple intifa veya oturma hakkının ya da taşınmaz mülkiyetinin adına tescilini talep hakkı verilmiş bulunmaktadır.

olduğu için, alacak hakkına özgü tüm özellikler bu davanın da koşullarını oluşturmaktadır.

aa. Talep Nisbî Niteliktedir

Alacak hakları onu mutlak haklardan ayıran temel karakteristik özelliği ile nisbî niteliktedir. Buna göre alacak hakkı yalnızca borçlusuna karşı ileri sürülebilir. Bu konuda taşınmazlara ilişkin olarak tescili isteme (zorlama) davasının üçüncü kişilere karşı açılabilmesi olasılığı, yukarıdaki haksız fiilde aynen tazmin örneğinde olduğu gibi çok istisnai bir dava dışında, şerhe konu kişisel taleplerin varlığına dayalıdır. Bu konuda kişisel hakların şerhi Türk Medenî Kanunu m. 1009'da düzenlendiği üzere, maddede sayılanlarla sınırlı olmamakta ancak kanunda açıkça öngörül-müş olma özelliğine bağlı olarak sınırlı sayıda (numerus clausus; kapalı adet ilkesi) gerçekleştirilebilmektedir³⁴.

Örnek olarak taşınmaz satış vaadinden doğan tescili talep hakkı bu sözleşmenin şerhi halinde TMK m. 1009/ II hükmünün *“Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir”* kuralı sonucu taşınmaz mülkiyetini edinen cüzi haleflere karşı da ileri sürülebilmektedir. Bu takdirde normalde borç ilişkisinin nisbîliği gereği taşınmaz mülkiyetinin devir borçlusu olmaması gereken cüz'i halef, taşınmaz mülkiyetinin devrini hedefleyen sözleşmenin şerhinin sağladığı eşyaya bağlı borç (realobligationen) niteliği sonucunda, devraldığı taşınmaz mülkiyeti ile birlikte selefi önceki malikin taşınmazın mülkiyetini devir borcunun da borçlusu haline gelmektedir. Bu nedenle de aleyhine açılacak dava tescili isteme (zorlama) davası olmaktadır³⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 521. maddesinin 1. fıkra hükmü uyarınca *“Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmırasçıya devretmekle yükümlü kılabilir.”* Bu şekilde söz konusu kural ile art mirasçı atama olanağı tanınmıştır. Bu hüküm kapsamında belirli mal bırakma vasiyeti (muayyen mal musalehi) konusu olarak bir taşınmaza ilişkin alacak hakkı kazandırılan vasiyetname lehtarları için bu defa, önmirasçıya karşı öne sürülebilecek bir tescili talep hakkı doğmaktadır. Bu hükümde tasarrufun geçiş anı önmirasçının ölümüne bağlanmış olduğu için, bu andan itibaren tescili talep hakkı da doğmaktadır. İşte bu konuda art mirasçının hakkının güvenceye kavuşturulması yolunda TMK m. 523/ II hükmünce *“Mirasbırakan açıkça bağlılık tutmadıkça, mirasın önmirasçıya teslimi onun güvence göstermesine bağlıdır. Ta-*

34 SİRMEN, s. 229 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 216.

35 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borçlar, Ankara, 1982, s. 205 vd.

şınmazlarda bu güvence, yeterli görüldüğü takdirde mirası geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesiyle de sağlanabilir.” kuralı getirilmiştir. Verilen şerh kural olarak önmirasçının tasarrufta bulunmasını engellemeyip, yalnızca artmirasçının hak sahibi olduğu anda hakkına kavuşmasını sağlamak amaçlıdır³⁶. Yani tıpkı taşınmaz satış vaadinde belirttiğimiz eşyaya bağlı borç etkisi gibi burada da üçüncü kişi, art mirasçının açacağı tescile zorlama davasına muhatap olmaktadır. Oysa bu şekilde verilmiş bir şerh olmasaydı, önmirasçının taşınmaz üzerindeki tasarruflarına karşı art (namzet) mirasçının yalnızca TMK m. 5 hükmünde yapılan yollama gereğince TBK m. 112 hükmüne dayalı olumlu zararının tazminini konu alan bir nishî hakkı olacak idi.

bb. Talep Zamanaşımına Tâbidir

Kural olarak her alacak hakkının zamanaşımına tâbi olma ilkesi TMK m. 716 hükmünce açılacak tescile zorlama davalarında da kendini gösterecektir. Örneğin taşınmaz satış vaadinden doğan alacak hakkı sonucu açılacak davanın taşınmazın mülkiyetini devir borcunun muaccel olmasından on yıl sonra açılması durumunda, davalı zamanaşımı definde bulunma hakkına sahip olacaktır. Sebepsiz zenginleşme kaynaklı olarak aynen tazmine dayalı açılacak tescili isteme davası ise TBK m. 82 hükmünce iki yıllık ve on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır. Aynı şekilde haksız fiillerdeki istisnaî aynen tazmine dayalı açılacak tescili isteme davası da TBK m. 72 hükmünce iki yıllık ve on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır.

cc. Alacak Hakkı Devredilebilir

Tescile zorlama davasının temelinde yatan alacak hakkının davacı tarafından öne sürülmesi yükümlülüğü söz konusu değildir. Alacak hakkının devri kanunen yasak edilmiş veya işin niteliği engel olmadıkça olanaklıdır (TBK m. 183/I)³⁷. Dolayısıyla TMK m. 716'ya dayalı tescile zorlama davası davacısı gerek dava açılmadan önce gerekse dava açıldıktan sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yeni hükmü olan m. 125'e dayanarak dava konusu taşınmaza yönelik aynı neticeli talebinin konusu olan alacak hakkını devredebilir. Örneğin taşınmaz satış vaatleri uyarınca konusu taşınmaza ilişkin mülkiyeti devir alacağı³⁸ hiçbir engel olmaksızın devredilebilecektir.

36 Aynı görüşte **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s. 560; **HATEMİ, Hüseyin**: Miras Hukuku, İstanbul, 2004, § 9, N. 11; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 197.

37 Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin I. fıkrası ile getirilen kural şu şekildedir: “Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını armaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.”

38 “... Satış vaadi sözleşmeleri BK.nun 22. maddesi hükmü kapsamında olarak şahsi hak doğuran akitlerdendir. Böyle bir sözleşme ile alacaklı durumuna gelen kimsenin hakkını üçüncü bir kişiye devir ve temlik edip edemeyeceği söz konusudur. Sözü edilen kanunun

Bu konuda her ne kadar taşınmaz satış vaatlerinin TBK m. 12 uyarınca bir geçerlilik şekli olarak noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılması zorunluluğu bulunsa da, TBK m. 183 hükmünün gereği olarak alacağın devri sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılabileceği tartışmasızdır.

Gelgelelim uygulamada devrin temelinde yatan alacak hakkının resmî şekle bağlı olması nedeniyle devrin de resmî şekilde yapılması gerektiğini öne süren hatalı görüşler olduğu gibi, ayrıca böyle bir devrin olanaklı olmadığını söyleyen ve bu ikinci olasılıkta devrin yapılamamasının sebebini vergi kaçakçılığına bağlayan yanlış uygulayıcı görüşlerine de rastlanmaktadır. Bununla beraber alacağın devri yoluyla alacağı devreden kişinin kendi adına tapu kaydını geçirmeden doğrudan temlik alanın adına tescil işleminin gerçekleştirildiği durumlarda devletin tapu harçları bakımından kayba uğradığını öne süren bu uygulayıcı görüşlerin hukukî bir değeri olmadığını bilmekteyiz. Söz konusu görüşlerin hukukçu olmayan mali müşavirler tarafından ileri sürüldüğünde aklımıza hemen *“elinde çekiç olan her şeyi çivi olarak görür”* deyişinin geldiğini söylemeden geçemeyeceğiz. Kaldı ki böyle bir devir olanağının bir alt paragrafta inceleyeceğimiz davanın açılmasından sonra dava konusunun devrinin temelini oluşturduğunu da belirtelim.

Ancak alım ve geri alım haklarının devri açısından Türk Borçlar Kanunu önceden mevcut olmayan bir hükme vücut vererek bu hakların devrini (temlikini) emredici şekilde yasal geçerlilik şekline bağlı kılmıştır (TBK m. 239/ II). Hüküm şu şekildedir: *“Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.”* Görüldüğü üzere sözleşmesel önalım hakkı konusunda işlemin niteliği gereği TBK m. 183/ I hükmündeki kural değişmediği halde³⁹, alım ve geri alım haklarının kurulmasında getirilen noter senedine bağlanmış geçerlilik şekli, devri için de aranacak ve devir noterde yapılmış olmak kaydıyla geçerlilik kazanacaktır. Ancak

162. maddesi hükmüne göre kanun veya akid ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir. Satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın üçüncü bir kişiye temlik edilemeyeceğine dair bir kanun hükmü bulunmadığı gibi bu akit ile de önlenmiş değildir. Bu durumda alacağı temellük eden kimse, temlik edenin yerine geçerek onun haklarını kullanabilir...”, Yarg. 14. HD. 30.02.1975, E. 1974/ 5833, K. 1975/ 671, www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.07.2014.

39 Sözleşmesel önalım hakkı mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun çok mantıklı bir hükmü (OR. Art. 216) ile kira sözleşmelerine kiracı lehine önalım (şufa hakkı) tanımak amacıyla adi yazılı şekle bağlanmıştır. Bu gerekçe ile yeni TBK m. 237/ son fıkrası hükmü de *“Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır”* şeklinde aynen korunmuştur. Ancak uygulamada getirilen bu şekil kolaylığına rağmen kiracılar lehine dahi sözleşmesel önalım hakkının pek uygulanmadığını görmekteyiz.

bu noktada alım ve geri alım haklarının devrine izin veren sözleşme ile devir hakkının kullanıldığı sözleşme asla birbiriyle karıştırılmamalıdır. Şöyle ki; TBK m. 239/ I hükmü uyarınca alım ve geri alım haklarının buna ilişkin noter senedinde devrine izin verilmiş olmadıkça, -yani devredilebileceği hüküm altına alınmış olmadıkça- devredilmeleri zaten mümkün değildir. İşte devir konusunda böyle bir iznin verildiği durumdadır ki ancak, alacağın devrine yönelik tasarruf işlemi de aynı şekilde noter senedine bağlanarak gerçekleştirilebilecektir.

Bu şekilde tescili isteme talepli taşınmaz davalarının temelinde yatan alacak hakkının dava açılmadan önce devredilebilmesinin esaslarını belirtmiş bulunmaktayız. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte gelen bir yenilik olarak dava konusunun (müddeabihin) devrine olanak tanınmış bulunması karşısında artık tescile zorlama davasının açılmasından sonra da, yani görülmekte olan (derdest) dava sırasında da dava konusu taşınmaza ilişkin talebin de devredilmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, bu konuda devir mahkeme kararının kesinleşmesi anına kadar (TMK m. 705/ II) mümkün olabilecektir. Çünkü bu andan itibaren kesinleşmiş ilam, davacısına taşınmaz mülkiyetini tescilsiz kazandırmaktadır ve artık biliyoruz ki mülkiyet hakkının taşınmazlarda devredilmesi yolu bellidir. Buna göre HMK m. 125/ II hükmünün “*Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.*” şeklindeki ifadesiyle, bu yasa değişikliği öncesi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda bulunmayan bir olanağa yer verilmiş, davanın açılmasından sonra dava konusunu davacı tarafın devretmesine imkân tanınmıştır. Böylelikle artık TMK m. 716 hükmünce açılmış tescile zorlama davaları görülmekte iken davacı, dava konusu taşınmazı veya taşınmaz üzerinde kavuşacağı sınırlı aynî hakkını devredebilecektir.

Öte yandan TBK m. 183/ I hükmünce devrin hukuken yasaklanmış veya işin niteliğinin engel olduğu durumlarda taşınmaza yönelik aynî neticeli talep hakkında HMK m. 125/ II’ nin uygulanması yoluna gidilemez. Dolayısıyla bu ihtimalde dava açılıp sürmekte iken davacı dava konusunu devredemez. Örnek vermek gerekirse yukarıda da andığımız TBK m. 239/ I hükmü uyarınca “*Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer.*” Buna göre taşınmazlara yönelik alım, önalım ve geri alım haklarının, bu haklara vücut veren borçlandırıcı işlem olan sözleşmede, sübjektif esaslı unsur olarak söz konusu hakkın devredilebileceği yolunda bir hüküm yer almıyorsa, m. 239/ I yedek hukuk kuralında söz konusu hakların

devrine izin verilmediği için, bu ihtimalde tescili talep hakkı gerek dava açılmadan önce gerekse TMK m. 716' ya dayalı olarak tescile zorlama davası açıldıktan sonra HMK m. 125/ II uyarınca devredilemez.

İşin niteliğinin engel olmasına örnek vermek gerekirse; TMK m. 240 hükmüne göre edinilmiş mallara katılma rejiminde ölüm halinde sağ kalan eş, katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Ancak hükmün ratio legisi uyarınca sağ kalan eşe tanınan bu hak, eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesi amacına dayalıdır. Dolayısıyla bu halde açılacak olan tescile zorlama davasına konu taşınmazın kendi adına tescilini talep hakkının devri TBK m. 183/ I hükmünce işin niteliğine aykırılık sebebiyle mümkün değildir. Çünkü bu durum davacının dava konusu olan aile konutu niteliğindeki taşınmazı, artık yaşamını sürdürebileceği bir konut olarak istemediğinin apaçık göstergesi ve sonuçta dava açılma sebebinin bulunmadığının davacı tarafından ikrar edilmesi anlamına gelecektir. Bu durumda ise HMK m. 125/ II hükmü Medenî Hukukun sonuçlarına tâbi olacak ve (ölen eşin) mirasçılarının itirazı sonucu dava esastan reddedilecektir.

Diğer boyutu ile davalının dava konusunu (müddeabih) devri ise aynı maddenin birinci fıkrasında hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla tescile zorlama davası sürerken davaya bakmakta olan hâkimin TMK m. 1010/ b.1 uyarınca şerh vermemesi ve davalı tarafından dava konusu taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişilere devredilmesi halinde sorunun çözümünün ne olacağının da ele alınması gerekir. Bu durumda borç ilişkisinin nisbîliği uyarınca HMK m. 125 hükmünün gereği olarak davacı bu kişiye davasını yöneltemeyecektir. Bununla beraber yasanın ifadesi bu durumda davacının “*isterse devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder*” (HMK m. 125/ I, a) şeklindedir ve bu ifade yanılıcı olabilir. Şöyle ki; HMK m. 125'in varlığı, Özel Hukukun hüküm ve sonuç bağladığı olguları ve bu olgulara bağlı hak kazanımlarını ortadan kaldıramaz. Bu gerekçe ile örneğin bir taşınmaz hakkında açılmış tescile zorlama davasında hâkimin takdir hakkı ile henüz TMK m. 1010 b. 1 hükmünce çekişmeli hakkın korunması yolunda şerh vermediği süreçte, davalı malik sıfatı ile tasarruf yetkisine sahip olmaktadır. İşte davalı söz konusu süreçte sahip olduğu bu tasarruf yetkisi uyarınca üçüncü kişiye taşınmaz üzerinde mülkiyet veya aynî hak kazandıracak olursa HMK m. 125 hükmünün uygulanmasından söz edilemez. Çünkü borç ilişkisinin nisbîliği gereği üçüncü kişi borç ilişkisine taraf değildir ve bu ilişkiyi ihlâl edemez. Dolayısıyla uyuşmazlık bakımından da gerek davalının taraf olarak ihlâl ettiği sözleşmeden doğan alacak

hakkı gerekse bu alacak hakkını konu alan TMK m. 716 hükmüne dayalı tescile zorlama davası üçüncü kişiye yöneltilemeyecektir⁴⁰. Buna karşılık şerh verilmesi halinde, artık eşyaya bağlı borç etkisi ile (realobligationen) bu defa davalının borcun yükümlüsü olması sonucu onun halefi, yeni edinenidir. Bu halde ise HMK 125/ I'nin uygulanması sonucu davalı sıfatı (pasif husumet) artık eşyaya bağlı borç yükümlüsü yeni edinen haleftedir⁴¹.

dd. Görülmekte Olan Davada Davacının Menfaatinin Korunmasına Dayalı Özellik

Aynî neticeli talebi konu alan bir davada, dava görülmekte iken davalının sahip olduğu tasarruf yetkisi ile taşınmazı üçüncü kişilere devri veya üzerinde herhangi bir aynî hak ya da kısıtlama oluşturmasına bağlı olarak davacının göreceği zararı hukuken himaye görmüştür. Bu noktada HUMK m. 101 hükmünce alışıık olduğumuz deyimle ihtiyati tedbir kararı verilmesi, HMK m. 389/ I'de *“Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.”* şeklinde aynen korunmuştur.

Bu şekilde verilen ihtiyati tedbir kararlarının özelliği uygulamada kullanılagelen deyimle tapu kütüğünü kilitlemeleridir. Yani hâkimin ihtiyati tedbir kararının konusunun yasaklayıcı içerikle belirlenmesi sonrasında tapuda idari işlemle gereği yapılarak şerhin verilmesinden sonra taşınmaz yönelik kamudan gelen talepler dışında tüm özel hukuk işlemlerine engel olunmaktaydı. Eleştireceğimiz bu tutum sonucunda mahkeme kararının tapu kütüğüne şerh edilmesi ile davalı hiçbir şekilde taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kullanamamaktadır. Oysa TMK m. 1010 hükmünde sayılan tasarruf yetkisi kısıtlamalarından birinci bentte çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının şerh verilebileceği düzenlenmiştir. Bu konuda şerhin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen son fıkrasının *“tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”* ifadesi ile getirilen bu kural, ihtiyati tedbir kararlarından tamamen farklı bir sonuçla tasarruf yetkisini kısıtlamamaktadır. Aksine şerh buna geçit vermektedir. Zira tapu sicili alenidir. Şerh verildikten sonra söz konusu

40 Yukarıda ilgili başlıkta bu edinimin haksız fiil oluşturan ahlâka aykırı bir fiile dayanması halinde taşıdığı özelliği istisna olarak belirtilmiştir.

41 Uygulamada bu hüküm gereği şerh verilmeyip HMK m. 389 hükmünce tapu kütüğünü kilitleyen ihtiyati tedbir kararları verilmekte olup bu takdirde zaten tasarruf yetkisi kısıtlanmış olmakla maddenin uygulanmasını gerektiren olasılık söz konusu olmamaktadır.

taşınmaz üzerinde mülkiyet veya bir sınırlı aynı hak kazanan kimsenin bu kazanımı tapu sicilinin açıklığı prensibi karşısında TMK m. 1023 uyarınca korunmayacaktır. Çünkü TMK m. 1020 hükmünce üçüncü kişinin şerhi bildiği kabul edilecek ve iyiniyetinden söz edilemeyecektir.

Gerçekten de tescile zorlama davasında mahkemelerin vermesi gereken karar ihtiyati tedbir kararı değil, TMK m. 1010 hükmünce çekişmeli hakların korunması şerhi ara kararı olmalıdır. Uygulamada yeni yeni ihtiyati tedbir alışkanlığından kurtulunarak bu yolda hükümler verilmeye başlandığını görüyoruz. Ancak bu konuda seçilen terminolojiyle tapuya “*davalıdır şerhi*” konulmaktadır. Bu araştırmanın yazılış amacını oluşturan karışıklığa meydan vermeme düşüncesi sonucu, şerh konulması gerekirken ihtiyati tedbir kararının verildiği dava bir tescile zorlama davası değil de, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası da olabilecektir. Aşağıda inceleyeceğimiz yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında da TMK m. 1011/ I b. 1’e dayalı şerh imkânı bulunmakta ve hatta bu şerh de “*davalıdır şerhi*” ifadesi ile tapu yazımına konu edilmektedir. Böyle bir ifadenin araştırma konumuzun temel yazılış sebebini oluşturan iki farklı davanın birbirinden ayırt edilmesini engelleyecek olmasından ötürü kabul görmesi düşünülemez. Olması gereken farklı hükümlere tâbi olan ve hukukî sebebi tamamen ayrı bu iki davanın şerhinin de kendine özgü ifadelerle şerh yazımına konu edilmesidir. Bu konudaki hassasiyetimiz TMK m. 1020 hükmünce tapu sicilinin açıklığı ilkesince ilgisini inanılır kılan herkesin tapu kaydını incelediğinde taşınmaza ilişkin açılan davanın niteliğini ve sonuçlarını anlayabilmesinin sağlanmasına yöneliktir. Oysa TMK m. 716 hükmüne tâbi tescile zorlama davalarında hâkimin takdir hakkı dolayısıyla verilen ara kararı ile tapuya yazılacak şerh müzekkeresinde “*çekişmeli hakkın korunması şerhi (TMK m. 1010/ b. I)*” yazıldığında hem şerhin niteliği hem şerhe konu davanın türü ve de kanunun ilgili maddesinin tapu sicilinin açıklığı ilkesince de bilinmesi tam anlamıyla sağlanmış olacaktır.

2. YOLSUZ TESCİLİN DÜZELTİLMESİ (TAPU SİCİLİNİN TASHİHİ) DAVASI (TMK m. 1025)

a. Dava Sebebi

Temelini TMK m. 1025 hükmünde bulan bu davada, aynı neticeli talebini mahkeme karşısında öne süren davacı, dava konusu taşınmazda aynı hak sahibidir. Yukarıdaki başlıkta incelediğimiz tescile zorlama davasında olduğu gibi davacının dava konusu taşınmaza ilişkin bir alacak hakkı söz konusu değildir. Malvarlığı teorisi uyarınca açıklayacak olursak, davacının malvarlığının aktifinden dava konusu taşınmaza ilişkin aynı hak çıkmış değildir. Bu tür davalarda davacı taşınmazın hala maliki

durumundadır ve TMK m. 992'ye dayalı aynı hak karinesinden yararlanıyor olmasının yarattığı sakınca giderilmelidir⁴². Sınırlı aynı haklar için uyarlamak gerekirse, bu defa tescilde davalı davaya konu taşınmazda sınırlı aynı hak sahibi gözükmektedir. Tescil devam ettiği sürece de, davacının pasifinde söz konusu sınırlı aynı haktan doğan bir katlanma ve kaçınma yükümlülüğü bulunmaya devam edecektir. Böylece yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına niçin ihtiyaç duyulduğu sorusunu da bir bakıma cevaplandırmış olmaktadır. Türk Medenî Kanunu m. 992 hükmünün 1. fıkrasının “*Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır.*” ifadesi gereği, davalı adına yapılan tescil sonucunda, mülkiyet veya sınırlı aynı haklarda karinenin davacı lehine işleminin neden olacağı sakıncalar ortadadır. Bir diğer sakınca TMK m. 1023 hükmünce tapu siciline güven ilkesine dayalı iyiniyetle aynı hak iktisap edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu halde artık davacının aktifinde yer alan taşınmaz onun mülkiyetinden çıkarak iyiniyetli üçüncü kişinin malvarlığına dâhil olmakta ya da yolsuz tescile konu taşınmaz üzerinde iyiniyetli üçüncü kişi lehine gerçekleşen sınırlı aynı hak tesisi sonucunda davacı malikin pasifine söz konusu sınırlı aynı hakka katlanma ve ihlâlden kaçınma borcu yüklenmektedir. Aşağıda dava sebeplerinin türlendirilmesi başlığı altında inceleyeceğimiz örneklere bağlı olarak, davacı mülkiyet ve sınırlı aynı hak karinesini lehine işletemeyecek olursa, belirttiğimiz bu sakıncalar hep gündemde kalacaktır.

İşte açıkladığımız bu nedenlerledir ki kanunkoyucu TMK m. 1025 hükmünde yolsuz tescilin düzeltilmesi (tapu sicilinin tashihi) davasına vücut vermiştir. Hükmün birinci fıkrası şu şekildedir: “*Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir.*”

Dikkat edilecek olursa TMK m. 716 uyarınca açılan tescile zorlama davasında süje, “*mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse*” iken; TMK m. 1025 uyarınca açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasındaki süje “*bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse*”dir. Bu fark iki düzenleme arasındaki bariz ayrımı şekillendirmektedir.

Buna göre yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında mülkiyet veya sınırlı aynı hakları zedelenen kimseler, yolsuz tescil sebebiyle yoksun kaldıkları mülkiyet karinesine tekrar adlarına yapılacak tescil sonucunda kavuşma-

42 GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 308; SİRMEN, s. 249 vd.

ya çalışmaktadırlar. Belirtelim ki adı her ne kadar yolsuz tescilin düzeltilmesi davası olsa da bu davada, yolsuz tescilin terkinin yani yeni bir tescile vücut verilmeyecek hallerde gündeme gelebilir. Türk Medenî Kanunu'nun 1026. maddesinin I. fıkrasında “*Bir aynı hakkın sona ermesiyle tescil her türlü hukuki değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki terkinin isteyebilir.*” şeklinde getirilen kural ile yolsuz tescilin düzeltilmesi davasındaki düzeltme talebi, davacı adına yeniden tescil istemi veya davacı lehine terkin olasılıklarını kapsamaktadır.

Yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarında, davanın bu isimle adlandırılmasına rağmen temelde yatan hakkın –yani hukukî sebebin- nitelendirilmesi tescile zorlama davasında olduğu gibi büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla tescilin düzeltilmesi işlevi gören bu davada aynı neticeli talebin konusu hakkın ne olduğu sorusunu cevaplandırmak gerekir. Bu durumda ise karşımıza TMK m. 683/ II çıkacaktır. Buna göre “*Malik malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.*” Böylece anılan iki farklı talebin yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının hukukî temelini oluşturduğunu gözlemlemekteyiz. Buna göre yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını açan davacı aşağıda örneklerini vererek türlemleneceğimiz farklı olasılıklara dayalı olarak ya *istihkak* ya da *haksız el atmanın önlenmesi* talebi ile tescilin düzeltilmesini dava edebilecektir. Davacı davalıya mülkiyet iddiası ile açacağı davada istihkak; buna karşılık mülkiyet hakkı elinde bulunmakla beraber aleyhine oluşan mülkiyet dışında herhangi bir aynı hakkın tescili sonucunda bu hakkını geçerli sebebe dayanmadan sınırlandıran bir yükümlülük altına girdiği durumda (geçerli bir sebebi bulunmayan tescile konu sınırlı aynı haklar veya şerhe konu kişisel haklar) haksız el atmanın önlenmesi talebine dayalı olarak tescilin düzeltilmesini dava edecektir.

b. Dava Sebeplerinin Özel Hukuka Göre Türlemlenmesi

aa. İstihkak Talebine Dayalı Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davaları

Yukarıda verdiğimiz bilgiler doğrultusunda ayırım kendini belli etmiştir. Buna göre istihkak talepli yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarında davacı, geçerli bir kazandırma sebebi olmaksızın davalının adına ve kendi aleyhine oluşan mülkiyet karinesinin düzeltilmesini istemektedir. Buna göre temelinde geçerli bir borçlandırıcı işlem olmadan bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devrini hedefleyen tasarruf işlemi olarak tescil gerçekleştirilmişse, mülkiyetin geçişinde illilik prensibi uyarınca davalı mülkiyet hakkını kazanamamıştır ve fakat tescille mülkiyet karinesinin

karine sahibinin lehine işlediği durumlara karşı TMK m. 1025' e dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının açılması gerekir. Bu konuda illilik prensibi gereği temelde geçerli olarak yer alması gereken kazandırıcı işlem, iki taraflı hukukî işlem (sözleşme) veya çok taraflı hukukî işlem (karar) olabileceği gibi, tek taraflı bir hukukî işlem de olabilir.

İlk olarak en çok uygulamasına rastladığımız borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmelerin geçersiz olmasına dayalı olarak, kendisine bağlı tasarruf işlemi geçerli olsa bile, illilik prensibi uyarınca tescilin yolsuz olduğu örneklere sıklıkla rastlanmaktadır. Bu konuda borçlandırıcı işlemin taraflarının ehliyete ilişkin noksanlıkları sözleşmenin tüm unsurları geçerli olsa bile, sözleşmeyi kesin hükümsüz kılarak yolsuz tescile vücut verebilir. Öte yandan tüm kurucu unsurları geçerli olsa bile şekil konusundaki hukuka aykırılıklar (TBK m. 12 hükmü sonucu olduğu gibi) da tescilin yolsuzluğuna neden olabilir. Yine bu tür ehliyet ve şekil noksanlıkları olmasa da, her bir sözleşmenin kendine özgü sakatlıkları yanında Medenî ve Borçlar öğretisinin tüm sözleşmeler için geçerli olan hükümlerine aykırılık halinde de yolsuz tesciller oluşabilir. Örnek olarak akıl hastası veya ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizin velisinin iznini almadan yaptığı taşınmaz satış sözleşmeleri yanında, geçersiz miras sözleşmesinin ifası sonucu yapılan taşınmaz mülkiyeti devirlerinde açılacak olan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında durum böyledir.

Buna karşılık karar örneği vermek gerekirse yapı kooperatiflerinde genel kurulun aldığı ferdileşme kararı Kooperatifler Kanunu m. 53 hükmünce iptal edilirse bu karar uyarınca kooperatif tüzel kişiliğinin taşınmazına yönelik yapılan yolsuz tescilin düzeltilmesi gerekecektir. Yine Kat Mülkiyeti Kanunu m. 45 hükmünce kat malikleri birliğinin oybirliği ile verdiği kararın bulunmamasına veya oybirliğini oluşturan iradelerde sakatlık olmasına rağmen kat mülkiyeti birliğinin taşınmazını konu alan tesciller ortaya çıkmışsa, bu yolsuz tescillerin de düzeltilmesi gerekecektir.

Tek taraflı hukukî işlemlerin sakatlığı da yolsuz tescile vücut verebilir. Örneğin akıl hastası tarafından geçersiz olarak yapılan tek taraflı tasarruf işlemi niteliğinde olan ve temelinde aynî haktan feragat işlemi barındıran terk sonrası⁴³ sahipsiz olduğu iddia edilen taşınmazda işgal fiili ile kurulan tescil (TMK m. 717) yolsuz olacaktır. Bu örneğimizde de akıl hastasının vasisi TMK m. 1025 hükmünce yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını açmakla yükümlü olacaktır.

Tekrar etmek gerekirse bu davalarda davacı, davalı adına oluşan tescille mülkiyet hakkını kaybetmiş değildir. Ancak TMK m. 992/ I hükmününün

43 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 464.

“Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır.” şeklindeki ifadesi ile davalı lehine oluşan mülkiyet karinesi sonucunda, davacı mülkiyet hakkından doğan yetkileri (TMK m. 683/ I) kullanamamaktadır. Bu durumda davalı TMK m. 683/ II uyarınca davacının malını haksız olarak elinde bulunduran kimse konumuna gelmektedir. Bu sonuca bağlanınca da davalıya karşı öne sürülecek olan talep artık belirmiş olmakta ve istihkak davasına vücut vermektedir. Zira TMK m. 683/ II hükmüne göre “Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”

bb. Haksız Elatmanın Önlenmesi Talebine Dayalı Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davaları

Bu taleple açılan davalarda davalı, davacının mülkiyet hakkını yolsuz tescile konu olarak edinmiş değildir. İstihkak davasında davacının mutlaka malik olması zorunluluğuna karşılık bu başlık altında davayı sınırlı aynî hak sahibi de açabilecektir. Zira yolsuz tescilin düzeltilmesi taleplerinin mutlaka mülkiyet hakkına dayanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Davacı malik olabileceği gibi, taşınmazda mevcut bir sınırlı aynî hak sahibi olarak hakkının yolsuz tescille mağdur olması halinde de bu davayı açıyor olabilir.

Farkını ortaya koymak üzere örneklendirecek olursak; taşınmaz malikin sahte vekâleti ile bir taşınmazda irtifak hakkı kurulacak olursa, taşınmaz maliki tapu kütüğünde mülkiyet sütununda malik olarak adına mevcut tescili koruyor olacaktır. Ancak böyle bir durumda irtifak hakkını konu alan yolsuz tescilin sahibi lehine aynî hak karinesi oluşur ve mülkiyet hakkı haksız elatma fiiline konu olur. Bu durumun tehlikeleri ise ortadadır. İlk olarak Türk Medenî Kanunu'nun 973. maddesinin 2. fıkrası hükmünün sağladığı zilyetlikle, iyiniyetle, davasız, aralıksız on yıl boyunca yolsuz tescile dayalı fiili hâkimiyet olağan kazandırıcı zamanaşımı ile irtifak hakkının kazanılmasına yol açabilir. Bu tehlikenin yanı sıra, malik TMK m. 1023 hükmüne dayalı olarak devredilebilir nitelikteki bir irtifak hakkını, iyiniyetli üçüncü kişiye devrederse, artık bu durum haksız elatma niteliğinden çıkacak, üçüncü kişi irtifak hakkını geçerli bir şekilde kazanacak ve malik bu irtifak hakkına katlanmakla yükümlü olacaktır. İşte bu tehlikelerle karşı karşıya kalmak istemeyen malik, açacağı bir yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile temelinde yatan haksız elatmaya dayalı olarak söz konusu irtifak hakkının tescilinin terkinini isteyebilecektir.

Bu başlık altında davanın malik dışında kişilerce açılmasına örnek

olarak davacı taşınmazın maliki değil de taşınmazda mevcut geçerli bir sınırlı aynî hakkın sahibi de olabilecektir. Örneğin taşınmazda mevcut intifa hakkı var iken malikin sahte vekâletnamesi ile taşınmazda üst hakkı kurulacak olursa, bu takdirde yaşı çok geçmiş olan malik intifa hakkının varlığı nedeni ile bu davanın masraflarına katılmak istemediği şeklindeki sübjektif düşüncesi ile bu davayı açmıyor veya açamayacak durumda ise (örneğin vasi tayinin gerekmesi durumunda), intifa hakkı sahibi kendi aynî hakkı ile çatışan üst hakkına ilişkin tescilin yolsuzluğunu, bu defa TMK m. 983 hükmü gereğince zilyetliğe saldırı sebebine dayalı olarak dava edebilecektir.

Bu başlık altında yolsuz tescil edilen aynî haklar yanında yolsuz terkin edilen aynî hakların hukukî kaderinin ne olacağını da irdelemek gerekir. Buna göre TMK m. 1026 aynî hakların sona ermesi başlığı altında, birinci fıkrasında “*Bir aynî hakkın sona ermesiyle tescil her türlü hukukî değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki, terkinini isteyebilir*” şeklinde getirdiği hükümlerle yasal terkinine vücut vermiş bulunmaktadır. Buna karşılık aynî hakkın hukukî kıymetini kaybetmemesine rağmen tescil yolsuz olarak terkin edilmiş ise, bu takdirde yolsuz tescilin düzeltilmesi ile bir aynî hakka son verilmesini sağlayan mahkeme ilamının yerini, yolsuz terkin edilmiş aynî hakkın yeniden yazımını sağlayan mahkeme ilamı alacaktır. Örneğin intifa hakkı sürmekte iken malikin acil para ihtiyacı nedeniyle taşınmazını satmak istemesi halinde, intifa hakkı sahibinin ölümüne dair alınan sahte ölüm belgesi ile malik intifa hakkını TMK m. 1026/1’e dayalı talep ile terkin ettirecek olursa, malik olmamasına rağmen bunu öğrenen intifa hakkı sahibinin açacağı dava yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının bütün hükümlerinin kıyasen uygulanacağı bir dava olarak karşımıza çıkacaktır. Bir diğer örnekle tapu sicil müdürlüğünde yanlışlıkla terkin edilen bir ipotek hakkının yeniden yazımının yine TMK m. 1025’e dayalı olarak dava edilebileceğini belirtelim⁴⁴.

c. Davaya Konu Aynî Hakka Bağlı Karakteristik Özellikler

aa. Talep Aynî Hakka Dayanmaktadır

Tescile zorlama davasından bariz ayırım ile yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, davacısının aynî hak sahibi olmasına dayanır. Bu nedenle üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi özelliği mevcuttur. Nisbî neticeli taleplerden

⁴⁴ Bu iki örnekte de yolsuz terkin edilen aynî haklar hiçbir şekilde varlığını yitirmemektedir. Bununla beraber yolsuz terkin sonrasında taşınmaz mülkiyetinin maliki tarafından iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmesi veya söz konusu taşınmazın üzerinde üçüncü kişi lehine başka sınırlı aynî haklar kurulması halinde tapu sicilinin olumlu etkisi sonucu hak kaybı doğabileceği konusunda örnekler için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 236 vd.

farklı olarak üçüncü kişilerin iyiniyetli aynî hak kazanımına vücut veren kanun hükümleri uyarınca, üçüncü kişilerin aynî hakkı kazanması söz konusu değilse, yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını davacı aynî hak sahibi üçüncü kişilere de yöneltebilecektir. Şöyle ki; muvazaa nedeniyle geçersiz olan bir borçlandırıcı işlemi temel alan taşınmaz devri illilik prensibi sonucunda yolsuz tescile vücut verecek, tescilde adı geçen kişi mülkiyet hakkını geçerli olarak kazanamayacaktır. Bu kişinin taşınmazı iade yükümünden kurtulmak için TMK m. 3 hükmünce bu durumu bilen veya bilmesi gereken kişilere devretmesi halinde ise davacı bu olguyu ispat ederek, üçüncü kişilere de yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını yöneltebilecektir.

Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 1023. hükmünün “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*” şeklinde getirdiği kural asla hatırdan çıkarılmamalıdır. Üçüncü kişilerin yaptıkları borçlandırıcı işleme karşı açılabilen yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, TMK m. 1023 hükmünün uygulanma şartlarının ortaya çıkması durumunda artık üçüncü kişilere karşı yöneltilmeyecektir. Örneğin hakkında kısıtlama kararı bulunmayan akıl hastasına ait ya da malikin haberi olmadan sahte vekâletname çıkartılarak taşınmazın satın alınması halinde tescil sahibi ehliyete veya vekâlete güvenle iyiniyetle aynî hak kazanamayacaktır. Ancak taşınmaz bu kişiler tarafından bu durumu bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan yani iyiniyetli olan üçüncü bir kişiye satılır ve üçüncü kişi adına tescil gerçekleşir ise, üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Meğerki üçüncü kişinin taşınmazı devraldığı sırada taşınmaza ait sayfada yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına ilişkin bir şerh bulunsun. Zira söz konusu şerh üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldıracaktır.

bb. Talep Zamanaşımına/ Hak düşürücü Süreye Tâbi Değildir

Yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarının temelinde yatan hakkın aynî hak niteliğinde olmasına dayalı olarak, aynî haklara hâkim prensipler uyarınca, talebin ileri sürülmesinin zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olması mümkün değildir. Bu noktada yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılması olasılığını ortadan kaldıran taşınmaz mülkiyetinin olağan kazandırıcı zamanaşımı ile TMK m. 712 hükmünce kazanılmasının, aynî taleplerin ileri sürülmesinin bir zamanla sınırlanamayacağı kuralına istisna getirmeyeceğini hatırlatalım. Zira olağan kazandırıcı zamanaşımı ile kazanma halinde, taşınmaz mülkiyetinin bu yolla kaybını ve kazanımını sağlayan yalnızca zamanın geçmesi değildir. Bu takdirde TMK m. 712 hükmünde yer verilen sürenin geçmesine ek olarak, kazandırıcı zamana-

şımı ile kazanmanın diğer bazı koşullarının da gerçekleşmiş bulunması gerekir ki, zamanaşımıyla aynı hak elde edilebilsin⁴⁵.

cc. Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davasının Temelinde Yatan Hakkın Devri (Temlik) Mümkün Değildir

Tescile zorlama davasından bariz biçimde ayrılarak, yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının temelinde yatan hakların devri (temlik) asla mümkün değildir. Çünkü artık bildiğimiz gibi bu davanın temelinde istihkak ve haksız elatmanın önlenmesi talebi yatmaktadır. Taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanmanın veya sınırlı aynı hak kurmanın hukukî yolu ise bellidir. Söz konusu edinim ancak (tescilsiz edinmeye ilişkin istisna dışında – ki, hak temlik tescilsiz edinme sebebi olarak sayılmamıştır) tescil ile olur. Bu sonuç HMK m. 125/ II hükmünün yeni düzenlemesi sonucu ile de değişmez. Bu düzenleme davanın açılmasından sonra dava konusunun davacı tarafından bir kimseye devredilmesi halinde, bu kimşenin görülmekte olan davada davacı yerine geçeceğini ve davanın kaldığı yerden devam edeceğini söylese de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde hukukun sonuçlarını değiştiren bir özelliğe sahip değildir. Bu sonuçla HMK m. 125 hükmüne dayanılarak yolsuz tescilin düzeltilmesi davası henüz sonuçlanmadan, bu davanın temelinde yatan taşınmaz üzerindeki istihkak talebinin devredilmesi (temlik edilmesi) yoluyla kazanılması asla söz konusu olamaz.

Somut bir örnek vermek gerekirse tescilsiz edinme hallerinden biri olarak kesinleşmiş mahkeme ilamı ile TMK m. 705/ II hükmünce taşınmaz mülkiyetini bildirici tescile gerek olmaksızın kazanmış olan kimse, adına bildirici tescili yapmadan önce ilam belgesinin altına bu ilama dayalı hakkımı temlik ettim şeklinde bir imzalı beyan sonucunda, tescilsiz edinme ile sahip olduğu taşınmaz mülkiyetini halefine asla devretmiş olmaz. Bu halde karşı taraf da anılan temlikname ile tapuda yapacağı bildirici tescil talebi sonucunda tescilin adına yapılmasını asla sağlayamayacaktır. Aynı şekilde yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının davacısı, dava sürmekte iken HMK m. 125/ II hükmünün deyimsel (lafzî) yorumuna bağlı olarak mahkeme tutanağına geçireceği imzalı beyanı ile dava konusunu temlik ederek mahkeme ilamının bu kişi adına verilmesini de sağlayamaz.

Konu başlığımız altında HMK m. 125 ile ilgili olarak davalının dava konusu taşınmazı devri halinde ne yapılacağı sorusunu da cevaplamak gerekir. Yukarıda vardığımız sonucu tekrarlırsak, şekli hukuka ilişkin

45 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 29; SİRMEN, s. 41; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir, 2012, s. 20-21; ERMAN, H.: Eşya Hukuku Dersleri, 2. Basım, İstanbul, 2012, s. 7.

hüküm getiren usul kuralları maddî hukukun sonuçlarını değiştirmeyecektir. Daha önce taşınırlar bakımından sonuçlarına değindiğimiz bu esasın Taşınmaz Hukuku bakımından götürdüğü sonuçlar ise şu şekilde açıklanabilir: Türk Medenî Kanunu m. 1011 hükmü uyarınca ileri sürülen aynı hakkın güvenceye alınması amacıyla geçici tescil şerhi verilmiş ve davalı mülkiyet karinesi ile sahibi olduğu tasarruf yetkisine dayalı olarak taşınmazı dava sürerken devretmişse, HMK m.125/ I hükmü uygulanır. Yani davacı isterse devreden tarafla olan davasından vazgeçerek dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam edebilir. Ancak bunun için maddî hukuka yönelik olarak TMK m. 1023 hükmüne dayalı iyiniyetle hak kazanımının söz konusu olmaması gerekir⁴⁶.

dd. Görülmekte Olan Davada Davacının Menfaatinin Korunmasına Dayalı Özellik

Yukarıda tescile zorlama davası bakımından aynı başlık ismi ile konu hakkında açıklamalara yer verilmiştir. Orada belirttiğimiz hususları yolsuz tescilin düzeltilmesi davası bakımından ele aldığımızda şunları söyleyebiliriz. Yolsuz tescilin düzeltilmesi davası görülmekte iken bu defa malik olmayan ve fakat TMK m. 992 hükmünce mülkiyet karinesinden yararlanan davalı, bu sıfatla sahip olduğu tasarruf yetkisine dayalı olarak taşınmazı üçüncü kişilere devreder veya taşınmazın üzerinde sınırlı aynı hak ile takyidat oluşturursa, davacının bu halde göreceği zarar burada da hukuken himaye görmüştür.

Davalının sahip olduğu söz konusu tasarruf yetkisine karşı davacının menfaatinin korunması çoğunlukla yukarıda verdiğimiz uygulama alışkanlığına bağlı olarak Usul Hukukuna ilişkin özellikle ihtiyati tedbir kararı ile sağlanmaya çalışılmaktadır (HMK m. 389). Oysa bu konuda başvurulması gereken imkân kaynağını Türk Medenî Kanunu'nun 1011' inci maddesinde bulan geçici tescil şerhinin konması yoludur. Zira TMK m. 1011/ I, 1 hükmünde getirilen kuralla "*iddia edilen bir aynı hakkın güvence altına alınması gerekiyorsa*" şerh konulması olanağı bulunmaktadır. Hükmün devamında, "*Geçici tescil şerhi, bütün ilgililerin razı olmasına veya hâkimin karar vermesine bağlıdır. Şerhin konusu olan hak sonradan gerçekleşirse, şerh tarihinden başlayarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (f.2)*" şeklindeki düzenleme ile de şerhin etkisi açıklanmıştır. İşte yukarıda tescile zorlama davasına ilişkin olarak TMK m. 1010/ I, 1' de yer verilen çekişmeli hakkın korunması gerekçesi, bu defa burada iddia edilen aynı hakka bağlı kılınmıştır.

46 Uygulamada bu hüküm gereği şerh verilmeyip HMK m. 389 hükmünce tapu kütüğünü kilitleyen ihtiyati tedbir kararlarının verildiğini, böylece zaten tasarruf yetkisini kısıtlamış olarak TMK m. 1011/ I, 1 maddesinin uygulanmasının olasılığına gerek bırakılmadığını eleştirel boyutu ile tekrardan belirtmek isteriz.

Gelgelelim tescile zorlama davaları bakımından daha önce belirttiğimiz uygulamaya dayalı sıkıntı burada da karşımıza çıkmaktadır. Bu ihtimalde verilen ihtiyati tedbir kararlarının tapu kütüğüne şerh verilmesi sonucunda davalının hiçbir surette taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kullanmasına izin verilmemektedir. Oysa m. 1011'e göre verilen şerh kararları tapu kütüğünü kilitlememektedir. TMK m. 1011 hükmünün ikinci fıkrası ile getirilen kuralda da belirtildiği üzere şerh, ihtiyati tedbir kararlarından tamamen farklı bir sonuçla tasarruf yetkisini kısıtlamamakta, aksine buna olanak tanımaktadır. Çünkü tapu sicili açıktır. Şerh verildikten sonra söz konusu taşınmaz üzerinde mülkiyet veya bir sınırlı aynı hak kazanan kimsenin bu kazanımı tapu sicilinin aleniyeti prensibi karşısında TMK m. 1023 uyarınca artık korunmayacaktır. Çünkü TMK m. 1020 hükmünce üçüncü kişinin şerhi bildiği kabul edilecek ve iyiniyetinden söz edilemeyecektir.

Bu sebeptir ki yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında mahkemeler tarafından verilmesi gereken karar ihtiyati tedbir kararı değil, TMK m. 1011 hükmüne dayalı olarak geçici tescil şerhi ara karardır. Yukarıda tescile zorlama davasında da belirttiğimiz üzere yeni yeni ihtiyati tedbir alışkanlığından kurtulularak bu yolda hükümler verilmeye başlanmasını doğru bulmaktayız. Ancak bu konuda seçilen terminoloji ile tapuya “*davalıdır şerhi*” konulması yukarıda TMK m. 1009 hükmü ile ilgili olarak tescile zorlama davası bakımından belirttiğimiz aynı gerekçelerle tarafımızca eleştiri konusudur. Olması gereken farklı hükümlere tâbi olan ve hukukî sebebi tamamen ayrı bu iki davanın şerhinin de kendine özgü ifadelerle şerh yazımına konu edilmesidir. Buna göre TMK m. 1025 hükmüne tâbi olarak açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında hâkimin takdir hakkı dolayısıyla verdiği ara kararında tapuya yazılacak şerh müzekkeresi “*geçici tescil şerhi (TMK m. 1011/ b. I)*” ifadesine yer vermelidir. Böylelikle TMK m. 1020 hükmünce tapu sicilinin açıklığı ilkesinde ilgisini inanılır kılan herkes tapu kaydını incelediğinde gerek şerhin niteliğini gerekse şerhe konu davanın türünü ve de kanunun ilgili maddesi konusunda tam anlamıyla bilgiye ulaşmış olacaktır.

SONUÇ

Hukuk disiplini içinde birbirinden tamamen farklı hukukî kurumların aynı terimle adlandırılması hukukî bir garabettir. Olması gereken hukuk (de lege feranda) açısından konuya bakıldığında, birbiri ile benzer hiçbir yanı olmayan hukukî kurumlar arasında kurumsal ayırma gidilmesi ve öğreti dilinde ayrı terminolojinin oluşturulması gerekmektedir. Gelgelelim uygulamada farklı davalar olmalarına rağmen yolsuz tescilin düzeltilmesi

ile tescili isteme davaları, “*tapu iptal davası*” adı altında açılmaktadır. Bu yerleşmiş uygulama beraberinde çalışmada değinilen birçok sıkıntıyı getirmektedir. Oysa Türk Medenî Kanunu’nda tapunun iptaline ilişkin bu tabirle kaleme alınmış hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Çalışmada belirtildiği gibi söz konusu davalar özellikle davaya temel olan hukukî sebep noktasında birbirinden tamamen farklılaşmaktadır. Bu şekilde pragmatik düşüncelerle kanunî hiçbir temeli olmaksızın ayrı terminoloji yaratılması isabetli değildir. Dolayısıyla “*tapu iptal davaları*” teriminin hukuk yaşamından derhal çıkarılmasını bir zorunluluk olarak görüyoruz.

Kaynakça

- ANTALYA, Gökhan:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 2. baskı, İstanbul, 2013.
- AYAN, Serkan:** İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.
- BUZ, Vedat:** Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.
- COŞKUN, Gürkan:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu, Ankara, 2010.
- EREL, Şafak:** Eşyaya Bağlı Borçlar, Ankara, 1982.
- EREN, Fikret:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012.
- ERMAN, H.:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010.
- ERMAN, H.:** Eşya Hukuku Dersleri, 2. Basım, İstanbul, 2012.
- ERTAŞ, Şeref:** Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir, 2012.
- FEYZİOĞLU, Feyzi:** Borçlar Hukuku, Kısım II, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1980.
- GÜRSOY, Kemal/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol:** Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984.
- HATEMİ, Hüseyin:** Miras Hukuku, İstanbul, 2004, § 9, N. 11.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.
- KILIÇOĞLU, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013.
- KIRCA, Çiğdem:** “Önalım Hakkı Konusunda Medenî Kanundaki Değişiklikler”, Ömer TEOMAN’a Armağan, İstanbul, 2002.
- KIRCA, Çiğdem:** “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler – Tartışmalar, XXII, 15 Aralık 2006, Ankara, 2007.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe:** Eşya Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul, 2011.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, İstanbul, 2012.
- ÖZ, M. Turgut:** “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayrı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Eleştirisi”, MHAD, Y. 1979, S. 80-81.
- ÖZ, M. Turgut:** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989.

ÖZ, M. Turgut: Öğreti ve uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990.

ÖZMEN, Saba/ YÜCE, Melek: "Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı, C. II, İstanbul 2001.

ÖZMEN, E. Sabâ/ KIR, Hafize: Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar), İstanbul, 2010.

ÖZMEN, E. Sabâ/ AKÇURA KARAMAN, Tuba:"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 2013/ I, İstanbul, Ocak-Şubat 2013.

REİSOĞLU, Seza: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, 1961.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011.

SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, Ankara, 2013, s. 372-373.

SUNGURBEY, İsmet: "Modern Hukukta taraflar arasında ön sözleşmeye yer yoktur", Medenî Hukuk Sorunları, IV, İstanbul 1980.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul, 1976.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul, 2010.

ULUSAN, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Kapsamı, İstanbul, 1934.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014.

Kazancı İçtihat Bankası:

www.kazanci.com