

TAŞINMAZ SATIŞ VAADLERİNDE TARİH ÖNCELİĞİNE ÜSTÜNLÜK TANIYAN YARGITAY KARARLARINA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

PROF. DR. SABA ÖZMEN *

ARAŞ. GÖR. MELEK BİLGİN YÜCE **

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan bütün özel hukuk sistemlerinde, borçlandırma (taahhüt) ve tasarruf işlemleri ayrımı Roma Hukukundan bu yana gelen ve nisbî hak-aynî hak ayrımına şekil veren temel bir kriter olarak konumuzu oluşturmaktadır. Hatta biraz daha ileri giderek, Borçlar Hukukunun bu temel ilkedен oluştuğunu söylemek abartı olmayacaktır. Borçlanma-harcama (iltizam-tasarruf) ayrımı, bizim özel hukuk yapımızın temelidir.

Ancak, 80’li ve 90’lı yıllara yansıyan ve Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararına dahi mesnet oluşturan bir yaklaşımla Yargıtay tarafından bu ayrımın tamamen ortadan kaldırılarak ve doğal olarak daha vahim bir biçimde, nisbî hak-aynî hak ayrımının ortadan kaldırıldığına tanık olmaktadır.

Yargıtay kararlarına konu uyumsuzluk, taşınmaz satış vaadleri ile ilgili ortaya çıkmıştır. Bilindiği üzere, tapudaki uygulama ile bugün hukuka aykırı olarak resmi senetlerle taşınmaza ilişkin borçlandırma işlemleri (satış, trampa, bağışlama gibi mülkiyeti devre yönelik veya irtifak kurma karşısında yapılan borçlandırma işlemleri) ile tescil arasında za-

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

man girmemektedir. Bu da, taşınmaz satış vaadlerinin (doğal olarak irtifak kurma vaadlerinin) uygulamasını inanılmaz hacimde artırmıştır. Koşula veya vadeye bağlı işlemleri tapuda yapamayan, yani taşınmaz devrini tapuda borçlanamayan kişiler bu isteklerini akit yapma vaadleri ile karşılamaktadırlar. Bu konuda uygulamaya bağlı olarak satış vaadlerinin akit yapma vaadi olmasına rağmen, bunu yapan kişiler artık akit niteliğinde bir işlemle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu temel yargıya mahkemelerin satış vaadine bağlı olarak tescilsiz iktisap yaratan kararları etkili olmaktadır.

İşte bu noktada, Yargıtay özetle, satış vaadlerinin resmi şekilde yapılmasından hareketle ve tarihlerinin de MK m.7 anlamında aksi ispat edilinceye kadar geçerlilik taşımasından hareketle bu resmiyete, misyonunu aşan bir anlam yükleyerek; inanılmaz hatalı olarak değerlendirilebileceğimiz şekilde, kendisinden sonra yapılmış tapu tescillerine tapu iptal davaları¹ açma imkanı getirmektedir.

Gördüğümüz kadarı ile durumun vahameti hala anlaşılmalı değildir. Yargıtayımızın bir türlü kanıksayamadığımız formül kararları bir yana, özel hukukun temelini sarsan bir yaklaşımla verdiği bu kararları eleştirmek bu araştırmanın başlıca amacını oluşturacaktır. Bugün “müstakar içtihatlar” Türk hukukunun bozulmasında rol oynamaktadır. Bu arada, doğruluğu olan ve öğreti ile desteklenmiş kararlara söylenecek söz yoktur. Ancak, Yargıtayın araştırma konumuzu oluşturan kararlarında, “müstakar” olma özelliği “tahripkar” olma özelliğini de beraberinde getirecektir.

Bilimsel çalışmalara dayanma özelliğinden yoksun olduğunu gördüğümüz ve formül şeklinde çıkan Yargıtay kararlarının hukukun gelişmesine hizmet etmesi düşünülemez. Hele hele bu tür, hukukun temelini sarsacak nitelikte, fahiş hatalara dayanan saptamaların başka kararlara dayanak oluşturması asla kabul edilemeyecek bir sonuçtur.

Bu doğrultuda karar incelemesine geçmeden önce, ilk başlık olan ka-

¹ “Tapu iptal davaları”, uygulamadan gelen bir terimdir. Bu terim uygulamada, Medeni Kanunda yer alan yolsuz tescilin düzeltilmesi ve ferağa icbar davası ile 3072 sayılı Kadastro Kanununa dayalı taleplerle açılan davaların üst başlığı şeklinde kullanıldığı görülmektedir.

zandırıcı işlemler başlığı altında borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri incelenecek, daha sonra ikinci başlık altında taşınmaz satış vaa­dinin hukukî niteliği ve şerhine bağlı sonuçlar irdelenecektir. Üçüncü başlık altında ise, taşınmaz satış vaa­dinden doğan borçların ifasına bağlı sonuçlara değinilecek, son olarak da Yargıtayın konuyla ilgili dört kararı eleştirilecektir.

II. GENEL OLARAK KAZANDIRICI İŞLEMLER BAŞLIĞI ALTINDA SATIŞ VAADLERİ

A. MALVARLIĞI KAVRAMI

Bir kimsenin para ile ifade edilebilen bütün hak ve borçları, o kimse­nin malvarlığını (mamelekini) oluşturur². Hukukî soyutlama ile malvarlığı, aktif ve pasif kısımlardan oluşur. Kişinin borçları pasif kısım­da, alacak ve mülkiyet gibi hakları aktif kısımda yer alır.

Malvarlığını etkileyen işlemler başlığı altında incelenen kazandırıcı işlemler, kazandırma kavramı içinde yer almaktadır³. Kazandırma, bir kimseye malvarlığına ilişkin menfaat sağlanmasıdır⁴. Bu menfaat, malvarlığının aktifinin artması veya pasifin azalması şeklinde olabileceği gibi, aktifin azalmasına engel olma şeklinde de gerçekleşebilir. Kazandırma ya bir hukukî işlemle ya da bir fiille olabilir⁵.

B. MALVARLIĞINI ETKİLEYEN İŞLEMLER

Malvarlığında kazandırma yaratan bu hukukî işlemler, borçlandırıcı (taahhüt)⁶ işlemler ve tasarruf işlemleri olmak üzere, iki başlık altında

² Oğuzman, M.Kemal/ Barlas, Nami; Medenî Hukuk Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar, B.8, İstanbul 2000, s. 96 (Temel Kavramlar).

³ Oğuzman/Barlas, Temel Kavramlar, s. 126.

⁴ Oğuzman/Barlas, Temel Kavramlar, s. 126.

⁵ Oğuzman/Barlas, Temel Kavramlar, s. 126.

⁶ Doktrinde, iltizami muamele, borçlanma muameleleri, borç doğurucu işlemler olarak çeşitli terimler kullanılmaktadır. Biz, genel kabul gördüğünü düşündüğümüz borçlandırıcı işlem terimini uygun görmekteyiz.

toplanmaktadır.

1. Borçlandırıcı İşlemler

Bunlar, yapan kişiyi borç altına sokarak, malvarlığının pasif kısmını artıran işlemlerdir⁷. Yalnızca borç altına sokma özelliği sonucu⁸, borçlandırıcı işlemi yapan kişinin taahhüt konusu şeyde hak sahibi olması gerekmediği gibi; aynı konuda birbiriyle çelişen borçlandırıcı işlemlerin yapılması halinde, bu işlemler ayrı ayrı geçerli olmaktadır⁹. Belirtmek gerekirse, bu niteliği gereği tasarruf işlemlerinde zorunlu unsur olan tasarruf yetkisi karşılığı, “borçlanma yetkisi” diye bir kavram bulunmamaktadır. Fiil ehliyeti olan her kişi, BK m.19, m.20 ve diğer geçerlilik sınırları içinde, başkaca bir yetkiye gerek olmadan borçlanabilir. Ayrıca, “Borçlu tarafından yapılan taahhüt kendi mameleki üzerindeki tasarruf salâhiyetini tadil etmez. Bilhassa, borçlu aynı muhtevada olan ikinci bir akit ve taahhüt yapmaktan hukuken menedilmiş değildir. Bir hak sahibine terettüp eden bütün borçlar taahhüt edildikleri sıraya bakılmaksızın aynı dereceye girerler”¹⁰.

Borçlar hukukunca yapılan akitler, borçlandırıcı işlemlerdir. Örneğin, satım akdi bir borçlandırıcı işlemdir. Satıcıyı karşı tarafa malın mülkiyetini geçirme, alıcıyı da karşılığında para ödeme borcu altına sokar. Bu işlem yapılmakla iki tarafa borç yükleyen akit uyarınca, tarafların malvarlığı şu şekilde etkilenir:

| Satıcı | | Alıcı | |
|---------------------------------|--------------------|--|--------------|
| A | P | A | P |
| -(Mal) | -Malı teslim borcu | -(Para) | -Semen ödeme |
| -Alıcıdan semen alacak hakkı | | -Satıcıdan mal borcu teslim alacağı hakkı | |

⁷ Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku 1-2, Ankara 1983, Gözden geçirilmiş B.2 (çev. Cevat Edege), s. 190.

⁸ Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, Medenî Hukuk Dersleri, C.1, B.3, İstanbul 1976, s. 38.

⁹ von Tuhr, s. 190.

¹⁰ von Tuhr, s. 190.

Görüldüğü gibi, satım akdi yapan tarafların malvarlıklarının aktif kısmı, olumsuz yönde etkilenmemiştir. Her birinin borcu diğerinin aktifinde alacak hakkı olarak yer alır¹¹. Bu örnek üzerinden açıklamalarımıza devam ettiğimizde, satıcının, satım akdini yaptığı sırada malın mülkiyetine sahip olması gerekmez. Bu anlamda, bir hırsızın çaldığı malı satması işlemi geçerlidir. Ayrıca satıcının aynı malı birden fazla kişiye satmasına, güncel ve konumuzla ilgili bir örnek vermek mümkündür. Şöyle ki, bir inşaat müteahhidinin taahhüt işlemi olan noterde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi ile aynı daireyi 5-6 kişiye satması halinde, resmi şekilde yapılan bu akitlerin hepsi geçerlidir. Bu noktada, kişilerin iyiniyetli veya kötünüyetli olması sonuca etkili değildir. Çünkü, bir hakkın kullanılmasında veya aynî bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin varlığına bir sonuç bağlanmıştır. Bir sözleşmenin kurulması ve bununla bağlantılı olarak borçlanması aşamasında iyiniyet kavramı dikkate alınmaz¹². Yani, taraflar kötünüyetli olsa bile, satıcı bilerek 5 kişiye satsa veya alıcılardan biri malın daha önce başka kişiye bir satım akdi uyarınca borçlandığını bilse bile durum değişmez; bu iki kişi arasında da satım akdi diğer koşulları taşımak kaydıyla geçerli olur.

Belirtmek gerekirse, hukukçu olmayan birine bu konularda anlatım gücü güçlü çekişmesi doğaldır. Ancak, bilinmelidir ki, bir kimsenin sahip olmadığı malı satım akdi ile borçlanması ya da aynı malı birden fazla kişiye borçlanması maddi vakasında, ortada verilmiş bir söz (taahhüt) vardır. Gönül isterdi ki hiç kimse yerine getiremeyeceği taahhütlerde bulunmasın ya da hak sahibi olmadığı yanılıcı taahhütlerde bulunmasın. Ama bu tür taahhütler vakıa olarak gerçekleştiğine göre sorun, bu tür durumlarda hukuk düzeninin kimi koruması gerektiğidir. Aynı konuda birbiri ile çelişen birden fazla yapılmış olan borçlandırıcı işlemler geçersiz sayıldığı takdirde, söz konusu borçlandırıcı işlem hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı için, bu tür işlemlerin alıcısı tazminattan mahrum kalacaktır. Alıcının satım akdinin konusu mala kavu-

¹¹ Bu sonuç ile BK m.162'de yer alan alacağın temlik sözleşmesi, bir tasarruf işlemidir. Verdiğimiz örnekte, satıcı aktifinde yer alan para alacağı hakkını yazılı temlik sözleşmesi ile devrettiğinde, artık devreden aktifinde bu alacak hakkı yer almaz; devralan kişinin aktifine geçer.

¹² Sungurbey, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 2 (dn.5).

şamamakla birlikte, bu yüzden uğradığı zararları satım akdine dayanarak talep etmesi tercih edildiği takdirde ise, borçlandırıcı işlem geçerli kabul edilmelidir. Türk borçlar hukuku sistemi, işte BK m.96 hükmüne dayanan teorik kılıfı ile, bu tür işlemleri geçerli saymaktadır. BK'da aynen ifa davasını düzenleyen açık bir hüküm bulunmaması karşısında¹³ hukukçu olmayanların bu yoruma kolayca varabilmeleri mümkün değildir. Ancak, hukukçuların da kendine özgü bir öğretisinin olması doğaldır. Bu konuda, aşağıda ifa davası başlığı altında açıklamalar yapılacaktır.

Bu işlemlerin birinin geçerliliğinin diğerini etkilememesi yanında ve bunun doğal bir sonucu olarak, borçlandırıcı işlemler ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer önemli nokta ise, bunlar arasında bir tarih sıralamasının yapılamayacağıdır¹⁴. Yapılan her bir borçlandırıcı işlem, her işlem için gerekli olan geçerlilik koşullarını taşımak kaydıyla, hüküm ifade eder. Aynı konulu olması, konuda hak sahibi olunmaması bu noktada etkili değildir. Durum böyle olduğu içindir ki, bunlar arasında bir tarih önceliği yaratmak, birini diğerine tarih önceliği nedeniyle üstün tutmak, diğerlerine ifa için talep hakkı vermemek sonucunu doğurur. Bu sonuç ise, hepsinin ayrı ayrı geçerli olması ile bağdaşmaz.

Yukarıdaki şemamızı bu anlatımlara dayanarak yeniden şekillendirdiğimizde durum daha da açığa çıkmaktadır. İlk olarak, sahip olmadığı malı satan kişi açısından, şema şu şekilde olacaktır:

| Satıcı | | Alıcı | |
|------------------------------|--------------------|---|--------------|
| A | P | A | P |
| -Alıcıdan semen alacak hakkı | -Malı teslim borcu | -(Para) | -Semen ödeme |
| | | -Satıcıdan mal borcu teslim alacağı hakkı | |

¹³ “İfa talebine, Borçlar Kanununda sadece iki tarafa borç yükleyen akıterlerde borçlu temerrüdü dolayısıyla temas edilmişse de, alacaklının ifayı talep ve dâva hakkının, mümkün olan her ifa bakımından mevcut olduğunda tereddüt edilmemelidir.” **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 313.

¹⁴ “Borçlunun müteaddit alacaklıları bulunduğu takdirde, prensip itibarıyla, alacaklar, doğum zamanları nazara alınmaksızın aynı kuvveti haizdirler”. **von Tuhr**, s. 20.

Görüldüğü üzere, satıcının aktifinde mal görünmemektedir. Çünkü, mülkiyet hakkı bulunmadığı için aktifte yer almaz. Bu açıdan, hırsızın malı elinde bulundurması halinde aktifte yine mülkiyet hakkı olarak mal gözükmaz. Hırsız, haksız zilyet olarak malı elinde bulundurmaktadır. Ancak mülkiyet hakkına sahip olmayan kişilerin yaptığı borçlandırıcı işlemler, bu kişilerin malik olup olmamasından bağımsız olarak, geçerlidirler.

İkinci olarak, bir kişinin maliki olduğu veya olmadığı bir malı, birden fazla satım akdine konu yapması halinde ise, şema şu hale gelmektedir:

| Satıcı | | Alıcı (1) | |
|---------------|----------------------------|----------------------|--------------|
| A | P | A | P |
| -(Mal) | -A1'e malı teslim borcu | -(Para) | -Semen ödeme |
| -A1'den semen | - A2'ye malı teslim borcu | -Saticıdan mal borcu | |
| alacak hakkı | - A...'e malı teslim borcu | teslim alacağı hakkı | |
| -A2'den semen | | | |
| alacak hakkı | | | |

Açıkça anlaşılacağı gibi, borçlandırıcı işlem, taraflara borç yüklemekten öte bir anlam taşımaz. Bu borcun ifası, borçlandırıcı işlemden farklı bir işlemi gerektirir. İşte borçlandırıcı işlem ile yüklenilen borç, satım akdinden doğan bir malın mülkiyetinin devri gibi malvarlığından bir değer ile yerine getirilecekse¹⁵, farklı nitelikte bir işleme daha ihtiyaç vardır. Bu işlemler de tasarruf işlemleridir.

2. Tasarruf İşlemleri

Tasarruf işlemleri, yapan kişinin malvarlığının aktifini etkileyen işlemlerdir. "Tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına nakleden veya sınırlandıran, külfet yükleyen veya değiştiren veya sona erdiren hukukî muamelelerdir. Mül-

¹⁵ Şahıs varlığı ile yerine getirilen şahsî edimler, örneğin hizmet akdinden doğan işçinin emeği, tasarruf işlemlerini gerektirmez. Şahsî ve maddî edimler için bkz. **von Tuhr**, s. 45 vd.

kiyetin nakli, alacağın temliki, hakkı nakleden; bir gayrimenkul üzerinde bir irtifak hakkı tesisi, mülkiyet hakkını sınırlayan; bir borç ilişkisinde borçluya mehil verilmesi, alacağı değiştiren; bir haktan feragat, hakkı sona erdiren tasarruf muamelelerine örnek olarak gösterilebilir¹⁶.

Borçlandırıcı işlemlerin aksine, tasarruf işlemleri ile hakkın özü etkilendiği için tasarruf konusu şeyde tasarruf yetkisinin, yani hakka doğrudan doğruya etki yapma gücü olması gerekir¹⁷. Bu yetkinin temelinde, Roma hukukundan bu yana gelen “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” ilkesi yatar. İyiniyetle hak iktisabının konduğu hallerin¹⁸ varlığı kuralın değiştiği anlamına gelmez.

Buna göre, tasarruf işlemleri üç türdür:

- a) Gayrimenkullerle ilgili yapılacak tasarruf işlemi, satım, irtifak veya ipotek gibi aynî bir hak ile ilgili ise tescille olur¹⁹; kira, ariyet gibi şahsî bir hak temelli ise, zilyetliğin devri ile gerçekleşir²⁰.
- b) Menkullerde zilyetliğin nakli, yani malın teslimi suretiyle mülkiyetin karşı tarafa geçirilmesi²¹ ile olur.
- c) Alacak ve diğer haklar da temlik ile olur.

Yukarıdaki örneklere bağlı olarak mülkiyeti devir borcu altında olan satıcı, sattığı menkul malın mülkiyetini karşı tarafa geçirmek amacıyla zilyetliği devretmekle borcunu ifa etmiş olur²². Taşınmaz satış vaa-

¹⁶ Oğuzman/Barlas, Temel Kavramlar, s. 124; ayrıca bkz. Von Tuhr, s. 189; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, s. 38.

¹⁷ Oğuzman/Barlas, Temel Kavramlar, s. 140.

¹⁸ Menkullerde emin sıfatıyla zilyetten iktisap ile tapu siciline güven ilkesi sonucu iktisap halleri bu kuralın istisnalarıdır.

¹⁹ Şerh verilmesi de tasarruf işlemi niteliği taşımaktadır.

²⁰ MK m.633'te belirtilmiş olan tescilsiz iktisap halleri, bu durumun istisnasıdır.

²¹ Bunun istisnası ise, teslimsiz mülkiyetin geçirilmesi durumlarında, mülkiyetin geçişine dair anlaşma ile tasarruf işlemi gerçekleştirilir. Hükmen teslim veya kısa elden teslimde olduğu gibi.

²² Tasarruf işleminin geçerliliğinin buna temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmaması, tasarruf işleminin illi (sebebe bağlı) veya mücerret (sebepten soyut) sayılıp sayılmamasına bağlıdır. Fransız hukukundan etkilenen bu sonuca, illilik (se-

dinde ise, tapuda mülkiyeti devir amaçlı tescil talebi ile borcunu ifa etmiş olacaktır. Buna karşılık satıcının aynı malı birden fazla kişiye satması olayında, ifa yükümlülüğünü yerine getiremediği alacaklılara karşı tazminatla yükümlü olacaktır. Çünkü, malik menkul malda mülkiyeti geçiren teslim işlemini ve tapuda başkası adına tescil işlemini ancak bir kez gerçekleştirebilir. İkinci bir işlemi yapabilmesi mümkün değildir. Bu durumda tasarruf işlemini bir kez geçerli olarak yapmış olan malikin tasarruf yetkisi ortadan kalkacaktır²³. Hırsızın çaldığı malı teslim etmesi olayında ise, tasarruf işlemi yapılmış gözükse de, geçerli olan satım akdinden doğan borcunu, bu sefer geçerli olarak ifa edememiş olacaktır. Hırsız tasarruf yetkisine sahip olmadığı için malın mülkiyetini karşı tarafa geçiremez. Malın hırsızda bulunması, yani zilyetliğinin onda olması, haklı bir sebebe dayanmamaktadır. Bu nedenle de hırsız, haksız zilyet konumundadır.

Bir kimse henüz ortada olmayan, kendisine ait bulunmayan bir malı geçerli bir şekilde borçlandırıcı işleme konu yapabilirken, hatta tek bir malla ilgili olarak, aynı konulu, birbiriyle çelişen birden fazla borçlandırıcı işlemi gerçekleştirebilirken, tasarruf işleminde durum farklı olmaktadır. Bu nedenlerle, tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem arasında derin farklılıklar bulunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, tasarruf işleminin geçerli olarak ifa edilebilmesi, öncelikle, kişinin tasarruf yetkisinin varlığına bağlıdır. İkinci husus, aynı konuda birbiri ile çelişkili olarak iki tasarruf işleminin geçerli olarak yapılamaması;

bebe bağlılık) prensibi diyoruz. Eğer söz konusu işlem sebebe bağlı bir işlem ise, tasarruf işleminin sebebi olan borçlandırıcı işlem geçersizse, tasarruf işlemi de hiçbir ek koşula bağlı olmadan geçersiz olmaktadır. Örneğin, Türk hukukunda gayrimenkule ilişkin tasarruf işlemlerinin illi (sebebe bağlı) olduğu (MK m.932) tartışmasıdır. Bu nedenle örneğin, geçersiz bir satış vaadini ifa için yapılan mülkiyet devri de geçerli olmayacak, yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına konu olabilecektir. Öte yandan, eğer tasarruf işlemi mücerret kabul edilirse, bu durumda tasarruf işlemi ilişkin olduğu borçlandırıcı işlemden bağımsız olarak geçerli olacaktır. Türk hukukunda menkullere ilişkin işlemlerin sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde çoğunlukta olan görüş, burada da sebebe bağlılıktan yanadır. Alacağın temliki de tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıktaki görüş mücerret olduğu yolundadır. Zilyetliğin geçişinin de mücerret olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle hırsız, malın zilyedi olmaktadır. Tasarruf işlemi geçersizse, buna sebep oluşturan borçlandırıcı işlem bundan etkilenmez. İllilik prensibi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Barlas**, Temel Kavramlar, s. 125 vd.

23 **Von Tuhr**, s. 192.

buna bağılı olarak aynı konulu tasarruf işleminin, hakkın özünün etkilenmesi sonucu, sadece bir defa geçerli olarak yapılabilmesidir. Örneğin, bir taşınmaz satış vaadine bağılı olarak tapuda mülkiyeti devreden malik, diğere satış vaadlerinden doğan mülkiyeti devretme borcunu yerine getiremez hale gelmektedir. Çünkü, satım akdi sonucu mülkiyeti devreden malik hakkın özünü tamamen tüketmektedir. Sınırlı aynî hak kurulması halinde hakkın özü, sınırlı aynî hakka konu olacak şekilde sınırlandırılmaktadır. Buna bağılı olarak, gayrimenkulün bir kısmında üst hakkı kuran ve tasarruf işlemini gereği gibi yerine getiren malik, üst hakkının kullanılmasını engellemeyecek şekilde aynı gayrimenkul üzerinde bir geçit hakkı veya kaynak irtifakı kurabilecektir. Bu eşya hukukundaki kıdeme itibar ilkesinin doğal sonucudur²⁴. Fakat, gayrimenkulde bir kişiye intifa hakkı tanıdıktan sonra, aynı gayrimenkulde üst hakkı kurması düşünülemez. İntifa hakkı sahibinin kendi haklarını bertaraf eden üst hakkını terkin ettirme imkanı bulunmaktadır.

Sonuç olarak, borçlandırıcı işlemde farklı olarak, tasarruf işlemlerinde bir kişi, maliki olmadığı bir malın mülkiyetinin devrini veya aynı malın birden fazla kişiye aynı anda mülkiyetinin nakli işlemlerini geçerli olarak yapamaz. Bu noktada, tasarruf işlemlerinde tarih, borçlandırıcı işlemlerdeki tarihten farklı olarak çok büyük bir öneme sahiptir²⁵. Konunun önemini açıklamak açısından, menkul malın aynının teslim edilmediği ama mülkiyet devrinin gerçekleştiği durumlar örnek olarak verilebilir. Bir menkul malın mülkiyetinin (ya da nısbî bir hakka dayanan zilyetliğinin) devrini, hükmen teslim, anahtarların teslimi veya havale yoluyla²⁶ gerçekleştiren borçlu, tasarruf işlemini geçerli olarak yerine getirmiş, karşı taraf ise mülkiyeti kazanmış olacaktır. Ancak bu durumlarda mal, henüz yeni malikin eline geçmemiş ve eski malikin (ya da üçüncü bir kişinin) elinde bulunuyor olacaktır. Eski malik, bundan sonra üçüncü bir kişiye geçerli bir devir işlemi yapamayacaktır. Çünkü, önceki tarihli tasarruf işlemi dolayısıyla mülkiyet hakkını ve tasarruf yetkisini kaybetmiş, yeni malik de mülkiyet hakkı

²⁴ Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul 1997, B.7, s. 579 vd.

²⁵ von Tuhr, s. 190.

²⁶ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s. 67 vd.

kazanmıştır. İlk tarihli ve bu nedenle geçerli olan tasarruf işlemine dayanarak mülkiyeti kazanan yeni malik istihkak davası açarak, malı haksız zilyet konumundaki üçüncü kişiden alabilecektir. Elbette, emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle hak iktisap eden kişilerin durumu göz ardı edilmeyecektir. Ancak, farklı amaçlarla getirilmiş olan bu istisnai durumların²⁷ varlığı, hiçbir şekilde, tasarruf işlemlerinde tarih önceliğini bertaraf etmeyecektir. Bu konularda hemen akla gelebilecek olan ispat sorunu, BK'nın sorunu olmayıp, usul hukukunu ilgilendirmektedir.

İşte, aynı konulu veya bir diğeriyle çelişen tasarruf işleminin bir kere geçerli olarak ifa edilebilmesinin sonucunda, diğer borç ilişkileri açısından subjektif bir ifa imkansızlığı doğmaktadır. Bu da, borçlunun kusuru ile ortaya çıktığı için, BK m.96 vd. uyarınca tazminat yükümlülüğüne yol açmaktadır²⁸.

Bütün bunlardan ortaya çıkan sonuç ise, tasarruf işlemleri açısından tarih önceliğinin önemli olduğudur. Tasarruf işlemi, örneğin mülkiyet hakkının devrine ilişkin tasarruf işleminde olduğu gibi, bir kez geçerli olarak yapıldığı takdirde, artık aynı konulu ikinci bir tasarruf işlemi gerçekleştirilemeyecektir; çünkü, hakkını devreden kişinin, tasarruf yetkisi ortadan kalkacaktır.

3. Borçlandırıcı İşlemlerin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Karşısında Yeri ve İfayı Tasarruf İşlemleri ile Gerçekleştirmede Borçlunun Durumu

Borçlandırıcı işlemler BK'da düzenlenmiştir. BK'da düzenlenmiş olup da, tasarruf işlemi niteliği taşıyan alacağın temliki, takas, ibra²⁹ gibi işlemlerin ortak özelliği ise, eşya ile ilgili olmayışlarıdır. Bütün bu tasarruf işlemlerinin konusu, borçlandırıcı işlem ile malvarlığına giren değerlerdir. Yukarıda verdiğimiz örnekte görüleceği üzere, alacaklı bir borçlandırıcı işlem sonucu aktifine giren alacak hakkını dev-

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi**, Eşya Hukuku, s. 97 vd.

²⁸ **Von Tuhr**, s. 20.

²⁹ BK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, bu alanda dar anlamda borçların sona ermesi ile ilgili kısımda ele alınmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 410 vd.

retmekte veya bundan vazgeçmektedir. Oysa tasarruf işlemleri ifa ile ilgili olup³⁰, eşya hukukunun konusunu oluştururlar. Gayrimenkul veya menkul (hatta MK m.686 ile doğal kuvvetler) ile ilgili borç ilişkilerinin ifası söz konusu olduğunda, artık eşya hukukunu ilgilendiren bir hukukî olay var demektir. Yukarıda belirtilen istisnalar dışında, doğrudan bir eşya ile ilgilidirler. Özetle, bu iki işlem farklı hukuk dallarının konusunu oluşturmaktadırlar.

Borçlandırıcı işlemlerde, yani içinde yer aldıkları hukuk dalı olan borçlar hukukunda sınır, sözleşme özgürlüğü kavramı ve onun sınırları ile açıklanmaktadır. Kişiler, sözleşme yapıp yapmamakta, sözleşmenin tarafını belirlemede, hükümlerini ve konusunu seçmede, değiştirmekte ve sona erdirmekte özgürdürler. Bu özgürlüğün sınırlarını ise emredici hükümler, kamu düzeni, kişilik hakları ve genel ahlak³¹ çizmektedir³². Oysa tasarruf işlemlerini konu alan Eşya Hukuku alanında böyle bir özgürlük söz konusu değildir; bilindiği üzere, bu alanda sınırlı sayıda olma (numerus clausus) ilkesi esastır.

İkinci büyük fark, borçlandırıcı işlemler açısından sadece sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürülebilme (nisbîlik, şahsîlik) söz konusu iken, tasarruf işlemleri açısından herkese ileri sürülebilme (mutlaklık) söz konusudur. Buna bağlı olarak, borçlandırıcı işlem ile hak sahibi olan kişinin hakimiyeti, dolaylı (vasıtalı) olmaktadır. Hak sahibi sıfatı ile korunan ve iradesine tabi çıkarı, karşı tarafın vasıtası ile gerçekleşmektedir. O, hakkını ancak karşı taraftan talep sonucu elde edebilecektir³³. Borçlu borçlandırıcı işlemdeki iradesine uygun bir şekilde karşı tarafın talebini gerçekleştirirse borç ifa ile sona erecek; aksi takdirde, cebrî icra ile borçlunun tasarruf açısından iradesi hiçe sayılarak,

³⁰ Oğuzman/Barlas, Temel Kavramlar, s. 124.

³¹ Bu açıdan, kişinin aynı malı birden fazla kişiye satması, yerine getirip getiremeyeceği bir taahhüt altına girmesi, geniş anlamda ahlaka aykırı sayılabilir. Fakat hukuk düzeni açısından bir ahlaka aykırılık durumu olmaz. Sözleşme hukuku açısından, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ahde vefa ilkesince geçerli olurlar. İfa edilmemesinden dolayı da tazminatla müeyyelendirilirler. Ayrıca, ahlaka aykırılığı nedeni ile haksız fiil oluşturduğu, bu nedenle ayrıca tazminat borcu doğduğu ve durumun ağırlaştığı ileri sürülemez.

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 70 vd.

³³ Alacak hakkından doğan taleplerle aynı haklardan doğan taleplerin karşılaştırılması için bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 11 vd.; von Tuhr, s. 14 vd.

ifa gerçekleştirilecektir. Oysa, tasarruf işlemi ile hak elde eden kişinin hakkına tüm diğer şahıslar riayet etmekle yükümlüdür. O bu hakkı kullanabilmek için kimseden talep etme durumunda olmayacak, hakkını doğrudan (vasitasız) kullanabilecektir. Bu nedenle, borçlandırıcı işlem, BK m.41/2 istisnası dışında³⁴, sadece muhatabı tarafından ihlal edilebilecekken, tasarruf işlemi ile elde edilen hak herkes tarafından ihlal edilebilir.

Sonuç olarak, bilindiği gibi, borç ilişkilerinde borçlanma aşaması ve ifa aşaması olmak üzere iki aşama söz konusudur. Borçlandırıcı işlem, sözleşmenin yapılması, borç ilişkisinin kurulmasıdır. Alacaklının malvarlığının aktifinde alacak hakkı, borçlunun pasifinde ise borç olarak görünür. Oysa, tasarruf işlemi, ifanın gerçekleştirildiği işlem olduğu için, malvarlığında bir eksilme yaratır. Örneğin, bir menkul satımı söz konusu olduğunda, ortada mal yokken, hatta satıcının maliki olmadığı bir malı satması halinde dahi, alıcı ve satıcı tarafların anlaşması ile satım sözleşmesi geçerli olarak kurulmakta ve tarafları bağlamaktadır. Tarafların sözleşmenin gereklerini yerine getirememeleri ise, ifa ile ilgili olup, tasarruf yetkilerinin olup olmadığı, tasarruf işlemi gerçekleştirip gerçekleştirilememeleri ile ilgilidir. Bunların gerçekleştirilmemesi, hiçbir şekilde borçlandırıcı işlemin geçerliliğini etkilemeyecek, sadece bir borca aykırılık durumu yaratacaktır. Ayrıca çalışmamızın temelini oluşturan kararlar nedeniyle, borçlandırıcı işlemler arasında bir tarih önceliğinin söz konusu olamayacağını, ancak tasarruf işlemleri açısından, hakkın özü etkilendiği için, tarih sırasının önemli olduğunu tekrar belirtmekte fayda görmekteyiz.

III. TAŞINMAZ SATIŞ VAADI

A. GENEL OLARAK AKİT YAPMA VAADI

“Akit yapmak vaadi” başlıklı BK m.22’de “bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir” ifadesi yer almaktadır.

³⁴ Kaldı ki, burada üçüncü kişi sözleşmeye aykırılıktan değil, haksız fiilden sorumlu olmaktadır. Bu nedenle ona karşı açılacak olan davada, aynen ifayı istemek mümkün değildir; ancak tazminat istenebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 17, 511 vd.

Akit yapma vaadi için von Tuhr'un verdiği tanım şu şekildedir: “Akit yapma vaadi (vorvertrag; pactum de contrahendo) bir akittir, ki onunla taraflardan biri veya her ikisi diğer bir akdi ‘yani esas akdi’ yapmayı taahhüt ederler”³⁵. Bir akit yapma vaaditen bahsedebilmek için, ileride yapılması taahhüt edilen akdin borç doğuran bir akit olması, yani yine bir borçlandırıcı işlem olması gerekmektedir. Adı akit yapma vaadi olsa bile, ileride yapılması borçlanılan işlem bir tasarruf işlemi ise, bu artık bir akit yapma vaadi değil, asıl akittir³⁶. Alacağın temliki bir tasarruf işlemi olduğu için, alacağın temliki vaadi bir akit yapma vaadi değil, asıl akittir.

Bugün “akit yapma vaadi” veya “ön sözleşme” kavramına başvurulmamaktadır³⁷. Bugünkü hukuk sistemimizde, bir sözleşmenin kurulması için bütün unsurların açıkça belirtilmesine gerek duyulmamakta, akdin konusunun belirlenebilir olması yeterli olmakta veya şarta ve vadeye bağlı olarak sözleşme kurulabilmektedir. Bu husus akit yapma vaadi için de aynıdır; aksi halde akit yapma vaadi de bağlayıcı olmaz. Bu takdirde, aynı esaslarla asıl akdi yapabilecek olan kişinin bir akit yapma vaadi yapmasını düşünmek mümkün değildir. Kişiler borçlandırıcı işlem ile vade ve koşula bağlı olarak ifayı borçlanabilmektedir. Bu durumda, alacaklının asıl akde dayalı olarak aynen ifayı talep etme imkanı varken, akit yapma vaadine dayalı olarak neden önce asıl sözleşmenin yapılması için ifa davası, daha sonra da borçlanılan edim için ifa davası açsın? Bu nedenle, von Tuhr'un haklı olarak belirttiği üzere, “aynî akitleri kabul etmeyen Borçlar Kanununda bu vaadi kabul etmek faydasızdır”³⁸ ve akit yapma vaadi kavramı tarihi bir kurum olarak kalmaktadır.

Bununla birlikte bugün doktrinde, taşınmaz satış vaadinin ön sözleşme olduğu genelde kabul edilmektedir. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak

³⁵ von Tuhr, s. 261.

³⁶ Bu tür bir adlandırma ile borçlandırıcı işlem yapılması halinde, ön akit (akit yapma vaadi) terimine itibar etmeyip, asıl akdin borçlandırıcı işlem olarak yapıldığı kabul edilmelidir. BK m.18, bu hükmü amirdir.

³⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Sungurbey**, s. 8 vd.

³⁸ Müellif, ancak bazı durumlarda ön akdin görülebileceğini belirtmektedir. **von Tuhr**, s. 262.

açıklanacağı üzere, ön sözleşmenin taşınmazlarda uygulama bulmasının nedeni, tapu dairelerinin roma hukukundaki real akitleri (contractus realis'i)³⁹ hortlatan uygulaması ile taşınmaz satışını ve tescilli talep beyanını aynı imza ile resmi senet altında yapmaları olmuştur. Bunun sonucunda ise, aşağıda anlatacağımız ifa etmemeye bağlı olarak açılacak ferağa icbar (tescile zorlama) kararları ile tescilsiz iktisap hali yaratılmıştır.

Bu fiili uygulamaya bağlı olarak ortaya çıkan hüküm ve sonuçlar, aşağıda taşınmaz satış vadinin hukukî niteliği başlığı altında irdelenecektir.

B. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Noterlik Kanununun 60/3 maddesi ile noterlere düzenleme yetkisinin verildiği taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz satımında yetkili olan tapu dairelerinde yapılan satım işlemlerinde borçlandırıcı (satım) işlem ile tasarruf (tescil) işleminin bir arada yapılması, bu iki işlem arasında zaman girememesi nedeniyle, uygulamada önem kazanmış bir işlemdir. Gürsoy'un, haklı olarak ifade ettiği gibi⁴⁰, "bizim tapu sicil muhafızlıkları nezdinde yapılan uygulamalarda, tescil istemi (talebi), bağımsız bir hukukî işlem olarak göze çarpmamaktadır. Zira, 2644 numaralı Tapu Kanununun 26 ıncı maddesi gereğince, tapu sicili muhafızlarınca düzenlenen sözleşmelerde (buna akit tablosu adı verilmektedir) kullanılan evvelce düzenlenmiş olan matbu formüller içerisinde, ayrıca tapu memurundan yapılan hukukî işlemin kütüğe tescili isteğini de tapu memurundan isteyen bir pasaj mevcuttur. Bu sözleşmeyi imza eden, aynı imza ile hem iktisap için gerekli olan hukukî muameleyi (sözleşmeyi) tekemmül ettirmekte hem de MK 922 gereğince onun kütüğe tescil istemini (talebini) yapmış olmaktadır. Nizamnamenin 14. maddesi⁴¹ bu uygulamaya imkan vermektedir". Bu nedenle, sözleşmenin bu niteliğine dayanarak yevmiye defterine kayıt

³⁹ Real akit ile aynı akit ayrımı için bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 42 (dn.34); ayrıca **von Tuhr**, s. 137 ve 141 vd.

⁴⁰ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 247.

⁴¹ Bugünkü Tapu Sicil Tüzüğü'nün 11. maddesi.

gün, saat, dakika belirtilerek yapılmaktadır. Bilindiği üzere, kıdeme itibar ilkesinin uygulanmasında hukuken kazanma anı, tescilden geriye doğru yevmiye defterine kayıt anıdır⁴².

Özellikle, taşınmazın taksitlere bağlı olarak⁴³ veya belli bir şartın gerçekleşmesine bağlı olarak satılmasında, tapuda bu işlemin gösterilememesi ve tapu devrinin bunları kayıt altına almadan gerçekleştirilmesi nedenleriyle, kişinin aynî güvencesi kalmamaktadır⁴⁴. Sonuç olarak, satıcının ancak nisbî bir talep hakkı söz konusu olmaktadır. Aksi düşünüldüğünde ise, satıcı tapu devrini gerçekleştirilmemesinde, bu sefer de alıcı için aynı tehlike söz konusu olmakta; onun da sadece bir nisbî talep hakkı olmaktadır.

Taşınmaz satış vaadinin hukukî niteliği konusunda, doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Doktrindeki yazarların büyük bir çoğunluğu satış vaadinin bir ön sözleşme olduğunu savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre, satış vaadi ile satım akdinin yapılması borçlanılmaktadır.

Satış vaadinin asıl satım sözleşmesi olduğunu ileri süren ikinci görüş, doktrinde Sungurbey tarafından savunulmaktadır. Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi adlı eserinde açıkladığı üzere Sungurbey'e göre⁴⁵, "(Kocayusufpaşaoğlu'nun) İsviçre-Türk YY.larının yalnız taşınmaz satımında Fransız YY.na (gerekse Mecelle'ye) yaklaşarak borçlanma işlemi ile (kütüğe yazımla bütünlenecek) harcama (tasarruf) işleminin, yani mülkiyeti geçirme, kazanma isteklerinin birlikte bulunduğunu kabul ettiği görüşü, İsviçre-Türk hukuk sisteminin temeline aykırı bir görüş olduğundan asla kabul edilemez. (...) Gerçekten, von Tuhr'un kendisi, gerek 'Alman Yurttaşlar Yasasının (Medeni Kanununun) Ge-

⁴² Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s. 579 (dn.29).

⁴³ Bu şekilde ifade etmekle birlikte, menkullerde söz konusu olan "taksitli satım"a dair hükümlerin gayrimenkuller için uygulanmayacağını bilmekte ve bu ifade ile, gayrimenkul satımında semenin tamamının bir seferde ödenmediği satımları kasdetmekteyiz.

⁴⁴ Bu konuda hemen akla gelebilecek ve MK m.807'de düzenlenmiş olan satıcının tescile tabi kanuni ipotek hakkı, satıcıya kurucu yenilik doğuran bir hak ile tek taraflı olarak ipotek kurması imkanını vererek bir güvence sağlamakla birlikte, semeni teminat altına alma amacını taşımaktadır. Yoksa, gayrimenkulün mülkiyetini elde etmesini sağlayamamaktadır. Bkz. Oğuzman/ Seliçi, Eşya Hukuku, s. 683.

⁴⁵ Sungurbey, s. 20.

nel Bölümü' adlı yapısında (eserinde), gerekse 'İsviçre Yurttaşlar Yasasının Genel Bölümü' adlı yapısında aynen şöyle demektedir: 'Borçlanma-harcama (iltizam-tasarruf) ayrımı, bizim özel hukuk yapımızın temelidir'. Kaldı ki, 'harcama' kavramı, başlıca, Roma hukuku ile Pandekt hukukundaki geçirim'in (ferag'ın, alienatio'nun) genişletilmesiyle, genelleştirilmesiyle ortaya konmuştur. Öyleyken, üstelik en önemli bir işlem de olan tam da bu taşınmaz satımında borçlanma işlemiyle harcama işleminin birlikte bulunduğunu ileri süren bu görüşün doğru sayılamayacağı açıktır! (...) Gerçekte ise, Roma hukukunun traditio'suna uygun olarak Alman, İsviçre-Türk hukuk sistemleri, tam bir hukukî çözümlemeyle, mülkiyeti geçirmeyi borçlanma isteği (işlemi) ile mülkiyeti geçirme isteğini (işlemini) birbirinden ayırt etmişlerdir ki, bu ayrım özellikle çabucak yerine getirilmeyen satım sözleşmelerinde açıkça göze çarpmaktadır".

Bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi aslında bir ön sözleşme olmayıp, satım sözleşmesidir. Diğer tüm sözleşme ilişkilerinde, yukarıda açıklandığı üzere, borçlandırıcı ve tasarruf işlemini, yani borçlanma ve ifa kısmını ayırabiliyorken, taşınmaz satımında, fiilî durum nedeniyle, bunu yapamamaktayız. Söz konusu iki işlemin tapu dairelerinde ayrı yapılmaması; tapu dairesine girildiğinde, sadece satım (borçlandırıcı) işlemini yapıp çıkmak mümkün olmadığı, bununla birlikte, (akit tablosu veya resmi senet adı verilen matbu belgelerle) fiilî bir zorunluluk olarak, mutlaka devir (tasarruf) işleminin de gerçekleşmesi gerektiği için, ortaya çıkan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, aslında satım sözleşmesidir. Yani, taşınmaz satımında borçlandırıcı işlem, taşınmaz satış vaadi ile de yapılabilmektedir. Ancak adının bu şekilde ifade edilmiş olması, işlemin hukukî niteliği etkilememekte; ortada bir satım sözleşmesinin olduğu gerçeğini değiştirmemektedir⁴⁶.

Taşınmaz satımında da borçlandırıcı ve tasarruf olmak üzere iki ayrı aşama söz konusu olup, ikisinde de tarafların anlaşması gereklidir. İlkinde, bir taraf taşınmazı devir borcu altına girerken, diğer taraf semeni ödeme borcu altına girmektedir. Tescil, yani tasarruf aşamasında

⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sungurbey**, s. 8 vd.

ise, tarafların bu satım akdinden doğan borca ilişkin olarak, mülkiyeti devretme konusunda anlaşmaları (tasarruf sözleşmesi) ile hüküm ifade edecektir. Bu, taşınmazların geçişinde illilik prensibinin sonucudur.

Tapu Kanunu m.26'dan, gayrimenkul satımı ile tasarruf işlemi olan tescil işleminin birlikte yapılması zorunlu olduğu sonucu çıkmaz. Olması gereken uygulama, tarafların m.26 uyarınca vadeye veya koşula bağlı taşınmaz satımı ya da irtifak hakkı kurmaya yönelik resmi senet talebinde, tapu dairesinden karşı taraf adına tescili gerçekleştirilmeden ayrılabilmesidir. Örneğin, bir kooperatifle tapuda resmi şekilde satım akdini yapan taşınmaz malikinin, kooperatifin taksitlerini ödendiğinde tescili borçlanması geçerlidir. Gürsoy'un verdiği akit tablosu örneği⁴⁷ de şu şekildedir: "Aşağıda yazılı hususlar hakkında mutabık kalmışlardır: Cevat Aydın vasıfları bu resmi senedin özel sütunlarında yazılı bulunan ... gayrimenkulünü (200.000 TL.) ikiyüzbin T.lirası bedel mukabilinde Ali Kaya'ya sattığını ve satış bedelinden yüzbin lirasını peşinen aldığını ve diğer yüzbin lirasını da üçer aylık eşit taksitlerle alacağını, alıcı Ali Kaya da işbu satışı aynı şekil ve şartla kabul eylediğini, karşılıklı ifade ve beyan ettiler". Bunlar, satım akdinin koşullarıdır; tescilin, yani tasarruf anlaşmasının koşulları değildir. BK m.214'te yer alan şarta bağlı olmama kuralı, yalnızca tasarruf işlemi olan tescil hakkındadır: "Bir gayrimenkulün şartla satımı halinde şart tahakkuk etmedikçe satım, tapu siciline kaydedilmez. / Mülkiyetin satıcı uhdesinde mahfuziyetine dair olan şart dahi tescil olunmaz". Tapu Sicili Tüzüğü m.11/2'de de aynı husus ifade edilmektedir: "İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz". Buna göre, yukarıda belirttiğimiz gibi, tapuda (vade veya koşul nedeniyle) tescil yapılmaksızın yapılan satım akdi örneğinde olduğu, satım akdi (borçlandırıcı işlem) koşula bağlı yapılabilecektir. Yapılamayacak olan, tasarruf işlemidir. Bunun gerekçesi ise, kolaylıkla anlaşılacağı üzere, tapu sicilinin aleniyeti ve tapuya güven ilkeleridir. Örneğin, bağışlama taahhüdü tapu uygulaması ile taşınmazlar için yok edilmiştir. Elden bağışlamaya dönüşmüş gibidir. Oysa, taşınmaza bağlı olarak alacaklıya mülkiyeti devir veya sınırlı aynî hak kurma yolunda yapılacak borçlandırıcı işlemleri koşula bağlı yapmak mümkündür. Rücu

⁴⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 183.

şartlı bağışlamada bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi halinde şart bozucu olup, bağışlama akdini borçlandırıcı işlem olarak ilgilendirir. Zaten, tasarruf işlemi tescili etkileseydi, kendiliğinden malikin (bağışlayanın) adını tapu memurlarının yazması gerekirdi. Oysa, şerh ile güçlendirilmek suretiyle ferağa icbar davasına konu edilmektedir.

Eğer taşınmaz satımı tescil olmadan gerçekleştirilemeyecekse, şarta veya vadeye bağlı taşınmaz satımları sadece satış vaadine konu olabilecektir, o zaman BK m.214/1'in anlamı olmayacaktır. Çünkü, fıkra "bir gayrimenkulün şartla satımı halinde şart tahakkuk etmedikçe satım(ın), tapu siciline" kaydedilmeyeceğini hükme bağlamaktadır; yoksa şarta bağlı bir satım yapılamayacağını söylememektedir. Bu durumda, şarta bağlı bir satım akdi yapmak isteyen taraflar için tek çözüm yolunun ön sözleşme niteliğindeki satış vaadini yapabilmeleri olduğu kabul edilemez. Şarta bağlı satım akdi yapmak isteyen taraflar, bu akdi ister tapu dairesinde isterlerse de, bizim kabul ettiğimiz sonuç uyarınca, noterde yapabileceklerdir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin aslında satım sözleşmesi olmasının sonucu ise, bilindiği üzere, buna dayalı açılan tescile zorlama davasının, MK m. 642 uyarınca açılan kurucu yenilik doğuran bir dava olmasıdır. Aksi düşünüldüğünde, taşınmaz satış vaadi bir ön sözleşme olsaydı, önce ifa davası açılıp, borçludan (davalıdan) asıl sözleşmeyi yapması istenecek ve mahkemece bu hüküm altına alınacaktı. Böylece mahkeme hükmü, asıl sözleşmeyi kuracak olan borçlunun irade beyanı yerine geçecek ve satım sözleşmesi bu anda kurulmuş olacaktı. Buna bağlı olarak da, borçlu temerrüde düşürülecek, ifayı gerçekleştirmediğinde, yani satım sözleşmesine uygun olarak tapuda devir işlemini gerçekleştirmediğinde de, alacaklı yeni bir dava açarak tapuda tescil isteyecekti. Oysa, yukarıda da belirtildiği üzere, bu durumda açılan kurucu yenilik doğuran bir dava olup, davacı alacaklı bu dava ile, taşınmazın mülkiyetinin kendisine aidiyetine karar verilmesini istemekte, tescile zorlamaktadır. Hakim, bu davada satış vaadinin hükümlerinin gereği gibi ifa edilip edilmediğini inceleyecek, eğer hükümler gereği gibi ifa edilmişse, mülkiyetin davacı alacaklıya aidiyetine karar verecektir. Mahkemece verilen hüküm sonucunda davacı, taşınmazı tescilsiz iktisap etmektedir (MK m.633).

Taşınmaz satış vaadinin bir ön sözleşme olduğunu kabul eden görüş taraftarları tarafından da bu sonuç, usul ekonomisi gerekçesi ile açıklanarak, genelde benimsenmektedir: “Çoğunluğun görüşü uyarınca, satım vaadinin ifası davasında doğrudan doğruya mülkiyetin alıcıya ait olacağına karar verilebilecek ve iki ayrı davanın açılmasına gerek olmayacaktır. Bu görüşte satım vaadi ile asıl satım sözleşmesi arasındaki fark kaybolmaktadır”⁴⁸. Bu sonucu benimsemeyen Oğuzman, haklı olarak, bu sonucun benimsenmesinin satış vaadini akit yapma vaadi kabul etmekle bağdaşmadığını belirtmektedir: “Hemen işaret edelim ki, uygulama ve yazarların çoğunluğu satış vaadinin ifası davasında, doğrudan doğruya MK m.642’ye göre, mülkiyetin alacaklıya aidiyetine karar verilebileceği ve iki ayrı davanın söz konusu olmayacağı fikrindedir. Bu çözüm meseleyi kolaylaştırmaktadır. Ancak satış vaadi ile satış farkını da ortadan kaldırmaktadır. Böylece bir taraftan satış vaadi ile satış farklılığını kabul etmek, diğer taraftan ise vaad alacaklısını MK m.642’den yararlandırmak tutarsız olmaktadır”⁴⁹.

Araştırmaya konu eleştirinin temel noktası olarak, (resmî tarihli olsa bile) bir satış vaadinin yukarıda borçlandırıcı işlemlerin niteliğine bağlı olarak verdiğimiz hukukî sonuç itibarıyla, kendisinden sonra yapılacak bir tescil işlemi ile kendisine karşı bir ifa edilememe durumu doğması karşısında aranan çare bu sözleşmelere aynî etki sağlanması olmuştur.

C. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNİN ŞERHİNE BAĞLI HUKUKİ SONUÇLAR

1. Genel Olarak Şerhler

Tapu kütüğüne yapılan üç yazım şeklinden⁵⁰ biri olan şerhler, eşya hukukunda bulunan numerus clausus ilkesine göre, ancak kanunda sayılanlardan ibarettir. Bir hususun şerh edilmesi, taşınmazın aynî hakka ilişkin statüsünde bir değişiklik meydana getirmez. Yapılan bir şerhin hukukî sonuçları, türlerine göre farklı olmakla birlikte, bunlar da o ta-

⁴⁸ Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.5, İstanbul 1997, s. 191 vd.

⁴⁹ Oğuzman/ Seliçi, Eşya Hukuku, s. 301.

⁵⁰ Diğerleri tesciller ve beyanlardır.

şınmazla ilgilidir ve bazı hukukî sonuçlar meydana getirirler. İlk planda, ilişkin bulunduğu hususu alenî kılar, yani herkes tarafından görülebilir hale getirir ve bundan sonra artık hiç kimse şerhin içeriğini bilmediğini iddia edemez (MK m.928). Bu nedenle, şerhler ilişkin bulunduğu hukukî durumu, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmekte, aynî bir etkiye sahip olmaktadır⁵¹. “Bugün çoğunlukla, kanunen tapu siciline şerh verilmesi imkanı öngörülen şahsî hakların şerh ile niteliklerinin değişmeyeceği fakat etki alanlarının genişleyeceği kabul edilmektedir”⁵². Şerhler, kütüğe yazılmakla, o taşınmaz üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynî hakların durumunda bir değişme meydana getirmediklerinden, teknik (dar) anlamda tescil değildirler⁵³.

Kanunen şerh edilmesine imkan tanınmış işlemleri üç grup altında toplamak mümkündür: Şahsî hakların şerhi, tasarruf tahdidlerinin şerhi ve muvakkat tescil şerhi. MK m.920’de düzenlenmiş olan tasarruf tahdidi şerhleri, bir alacak hakkı dolayısıyla açılan bir davada, alacak hakkı konusu olan taşınmazın, dava süresince başkasına devredilmesini ve buna bağlı olarak da, davacının mağdur edilmesini engellemek amacıyla taşır. MK m.920/1 anlamında bir şerh, “ihtiyatî tedbir” usulü çerçevesinde, hakimden istenebilir⁵⁴. İnceleme konumuz olan kararlardan biri ile ilgili olarak, kararların incelemesi sırasında bu şerhe tekrar değinilecektir. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin resmi kararlar, haciz, iflas ilanı, konkordato ile verilen mehil, taşınmazın aile yurdu olarak tahsisi ve olağanüstü ikame (MK m.468-472) maddede sayılan, şerh verilebilecek tasarruf tahdidleridir. Özel kanunlarda da, bu kapsamda sayılan şerh verilebilecek düzenlemeler bulunmaktadır⁵⁵.

Konumuzu ilgilendiren şahsî hakların şerhi ise, MK m.919’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “mukaveleden mütevellit şuf’a, iştirak ve

⁵¹ Kuvvetlendirilmiş şahsî hak deyimi de kullanılmaktadır.

⁵² **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 21 (dn.93’te anılan yazarlar).

⁵³ Dar ve geniş tescil kavramları için bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 272.

⁵⁴ **Aybay/Hatemi**, s. 108.

⁵⁵ **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 431.

vefa hakları ve kira ve isticar gibi şahsî haklar, kanunun sarahaten tayin ettiği hallerde tapu siciline şerh verilebilir”. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere şerh, her türlü şahsî hak için değil, ancak kanunda sayılmış olanlar için tanınmıştır. Diğer şerhlerin⁵⁶ yanında konumuz olan taşınmaz satış vaa-dinin şerh edilmesi, özel kanun olan Tapu Kanunu m.26/f.5 ile düzenlenmiştir. Satış vaa-dinin şerhindeki özellik ise, kanun koyucunun bu hususun şerhinde diğerlerinden ayrılmış olmasıdır. Diğer bütün durumlarda tarafların şerh konusunda da anlaşmış olmasının, yani bir şerh anlaşmasının varolmasının aranmasına rağmen, satış vaa-dinde bu aranmamış, ortada geçerli bir satış vaa-dinin varlığı halinde her iki tarafa da tek taraflı olarak şerhi talep etme hakkı vermiştir⁵⁷. Tapu Kanunu m.26/5 de bu hususu açıkça düzenlemiştir: “Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkulün satış vaa-di sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir”.

Şerhlerin iki etkisi söz konusudur: Eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki. Şerhin munzam etkisi, şerh sahibine, kendisinden sonra gelen ve şerhle korunan hakkı zedeleyen veya kullanılmasını engelleyen diğer bir aynî hakkın terkin ettirilebilmesi imkanını sağlar. Oğuzman’ın ifadesi ile, şerhin munzam etkisi, “şerhden sonra gayrimenkulde hak iktisap etmiş olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlar”⁵⁸. Şerhin bu etkisi, ancak borç doğduktan sonra söz konusu olur; borç doğmadıkça bir rolü yoktur. Konumuzla doğrudan bir bağlantısı bulunmaması nedeniyle, şerhin munzam etkisi hakkında açıklama yapılmayacaktır. Ancak HGK kararlarında sanki karara etkisi varmış gibi anıldığı için, kararların incelenmesi esnasında, gerektiği kadar de-

⁵⁶ Diğer şerh edilebilecek hususlar şunlardır: Sözleşmeden doğan şuf’a, iştirak ve vefa hakları; boş dereceye ilerleme sözleşmesi; bağışlamadan rücu hakkı; adi kira ve hasılat kirası.

⁵⁷ “Buna mukabil 6217 sayılı Kanunla kabul edilen şerh imkanlarında kanun koyucu yukarıdaki esastan (şerh anlaşması arama esasından) ayrılmış ve gayrimenkul satış vaa-dlerinde taraflardan her birinin şerhi talep edebileceğini kabul etmiştir. Muteber satış vaa-dinin mevcudiyeti, şerh için kafidir; ayrıca şerh anlaşması aranmamıştır”. Oğuzman/ Selici, Eşya Hukuku, s. 177. Farklı görüşte, Sungurbey, s. 47 vd.

⁵⁸ Oğuzman/ Selici, Eşya Hukuku, s. 202.

ğınilecektir. Konumuzu ilgilendiren eşyaya bağlı borç etkisi ise, aşağıda incelenecektir.

2. Eşyaya Bağlı Borç Kavramı

Borç ilişkisi alacaklıya nisbî bir hak sağlar. Buna bağlı olarak, alacaklı alacak hakkını ve alacağını elde etmesini sağlayacak olan talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkilerini ancak borçlusuna karşı ileri sürülebilmektedir⁵⁹. Bir üçüncü kişi, borç ilişkisi ile bağlı olmadığı için, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden, alacaklıya karşı sorumlu olmaz. Oysa, eşyaya bağlı borçlarda⁶⁰, bir kimse borçlanma yolunda bir irade beyanında bulunmamış olduğu halde, sırf bir malın maliki (veya zilyedi) olduğu için bir borçla yükümlü olmaktadır⁶¹. İcap ve kabul beyanlarında bulunan tarafları bağlayan sözleşme, bu defa bu türde bir beyanın sahibi olmadığı halde elde edilen taşınmaz mülkiyeti (üst hakkı, sükna hakkı da dahil) gereği, borca rîayeti gerektirmektedir. Eşyaya bağlı borçlar, taraflarının eşya üzerindeki bir yetkiye (aynî hak sahipliğine veya zilyedliğe) göre belirlendiği, nisbî nitelikte borç ilişkileridir. Ancak taraflarının belirlenmesine ilişkin bu özellik, onları diğer borç ilişkilerinden ayıran önemli sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğan talep hakları, sadece bu borcun ilk tesis edildiği şahsa karşı değil, eşya üzerinde aynî hak sahipliği veya zilyedlik itibarıyla onun cüzî halefi olan şahıslara karşı da ileri sürülebilmektedir⁶². Fakat bu, hakkın aynî hak olması anlamında değildir. Çünkü, burada eşya üzerindeki hakimiyet hala vasıtalıdır; bundan doğan talep hakkı, herkese karşı değil, sadece malın malikine karşı ileri sürülebilmektedir. Böylece ihlali halinde herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmiş olmakta; buna bağlı olarak da borca

⁵⁹ Borç ilişkisinin sağladığı hak ve yetkiler, nisbîlik kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 14 vd.

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman, M.Kemal**; “Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar”, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 225 vd (Eşyaya Bağlı Borç); **Erel, Şafak, N.**; Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, 4 vd.

⁶¹ **Oğuzman**, Eşyaya Bağlı Borç, s. 227.

⁶² **Erel**, s. 5.

aykırılığı ortadan kaldırmaktadır.

“Aslında eşyaya bağlı olan dar anlamı ile borç değil, borcun doğumunu sağlayan geniş anlamı ile borç ilişkisidir. Eşyaya bağlı borç ilişkisine dayanarak doğan her borç, borçlunun şahsına bağlı kalır, yeni malike geçmez. Gayrimenkulün intikaline kadar doğmuş borçlardan o süredeki malik de sorumlu olmaya devam eder. Şayet gayrimenkülü temlik eden malik, kendi mülkiyet devresinde doğmuş borcu, artık malik olmadığı için yerine getiremiyorsa, borcunu ifa etmeden temlik yapmış olması sebebiyle imkansızlıktan sorumlu olur. Alacaklının uğradığı zararı tazminle mükelleftir (BK m96,97)”⁶³.

Şerhteki eşyaya bağlı borcun, aslında geniş anlamda borç ilişkisini ifade ettiği ve her bir borçlunun kendi döneminde doğan borçlardan sorumlu olduğu, en kolay bir kira sözleşmesinin şerhi söz konusu olduğunda görülebilmektedir. Şerh edilmiş bir kira sözleşmesine konu taşınmazın, kira devam ettiği sırada satılması halinde, yeni malik de kiracıya karşı sorumlu olacak; taşınmazı kullanmasına elverişli durumda bulundurmakla yükümlü olacaktır. Aynı zamanda, bu dönemde doğacak kira bedellerinin de alacaklısı durumunda olacaktır. Ancak, kendisine devir işlemi gerçekleştirilmeden önceki bir döneme ait kullandırmamadan sorumlu olmayacağı gibi, o dönemdeki bir kira bedelinin de alacaklısı olamayacaktır. Eski malik, bu dönemden doğan borçlardan sorumlu olacak, ödenmemiş kira bedelleri varsa onların da alacaklısı olmaya devam edecektir.

Bir kimsenin bir gayrimenkulün maliki olduğu için olumlu bir edimle yükümlü olması bir aynî hakkın konusu olamaz⁶⁴; ancak eşyaya bağlı borcun konusu olabilir⁶⁵. Tarafların iradeleri ile bir borçla yükümlü olmayı bir gayrimenkulün mülkiyetine bağlamaları, yukarıda şerhler kısmında açıklandığı üzere, ancak kanunun sınırlı olarak imkan verdiği hallerde söz konusu olabilir. Eşyaya bağlı borçların konusu ancak

⁶³ Oğuzman, Eşyaya Bağlı Borç, s. 232.

⁶⁴ Örneğin, MK m.703/2.

⁶⁵ Bu konuda gayrimenkul mükellefiyetinin, eşyaya bağlı borç niteliğinde olmadığı, teminat fonksiyonu itibarıyla aynî hak olduğu hakkında bkz. Oğuzman, Eşyaya Bağlı Borç, s. 227 vd.

bir yapma veya verme borcu olabilir⁶⁶. Bu ayrımın genel önemi, yapma borçlarının ifa edilmemesinde BK m.97, verme borçlarının ifa edilmemesinde BK m.96 hükmünün uygulanmasıdır.

Borç ilişkisinin gayrimenkul mülkiyetine bağlı olmasının temel sonucu, borcun muaccel olması anında gayrimenkule kim malikse, borçla da onun yükümlü olmasıdır. İnceleme konumuzdaki gibi ani edimli eşyaya bağlı borç ilişkilerinde, edim BK m.69 anlamında bölünmez borç niteliği taşır ve ancak o andaki malik tarafından yerine getirilebilir. Bu durum, eski malik açısından kusurlu ifa imkansızlığı yaratır. Bu nedenle borç ilişkisinden doğan (dar anlamda) borç henüz ifa edilmeden mülkiyet bir başkası tarafından iktisap olunursa, borç ilişkisi mülkiyeti kazanan kişinin şahsında yeniden doğmuş olmaz; sadece bu borç, bölünmez niteliği itibariyle onu da yükümlü kılar⁶⁷. Taşınmaz satış vaadi örneğinde durum açıklanacak olursa, “bir gayrimenkul için (B), (A)’ya satış vaadinde bulunduktan sonra gayrimenkulü (Ü)’ye satıp onun adına tescil ettirince, (A), (Ü)’den talepte bulunamaz. (Oysa) Satış vaadi tapuya şerh verilmiş olsa idi şahsî hakkın etkisi kuvvetlendirilmiş olurdu ve (A) gayrimenkulün temlikini (Ü)’den isteyebilirdi”⁶⁸.

Konuya, aşağıda kararların incelenmesi sırasında, örnekler üzerinde tekrar değinilecektir.

IV. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNDEN DOĞAN BORCUN İFASINA BAĞLI SONUÇLAR

A. İRADİ OLARAK İFA

Bir borç ilişkisine dayalı olarak borçlanılan edimin yerine getirilmesi olarak tarif edilen ifa⁶⁹, taşınmaz satış vaadi ilişkisinde, gerekli koşulların oluşması veya vadenin gelmesiyle, malikin tapu memuru önünde tasarruf işlemi olan tescili alıcı adına gerçekleştirmesi ile olur. Yukarıda değinildiği üzere, bu aşamada borçlunun tasarruf yetkisinin de bu-

⁶⁶ Eşyaya bağlı borçların konusu için bkz. **Erel**, s. 53 vd.

⁶⁷ **Erel**, s. 92; **Oğuzman**, Eşyaya Bağlı Borç, s. 241.

⁶⁸ Örnek için bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 17 (dn.74).

⁶⁹ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 183.

lunması gereklidir, aksi takdirde ifa gerçekleşmez (MK m.922).

Satış vaadinin ifası sırasında tarafların tapu memuru önünde açıkladıkları irade beyanları, daha önce yapmış oldukları satış vaadine uygun olmadığı takdirde, bu tescilin geçerli bir tescil olup olmayacağı veya satış vaadinin ifası sayılıp sayılamayacağı değişik açılardan değerlendirilmelidir. Kanımızca, resmi senedin satış vaadinden farklı olması, her durumda işlemin geçersiz olmasını gerektirmez. Ancak yapılan işleminde muvazaa söz konusu ise, resmî senette yer alan satım geçersiz olacaktır. Örneğin, taraflar tapuda yaptıkları işlemde, düşük harç ödemek amacıyla, satış vaadinde kararlaştırdıkları bedelden daha düşük bir bedel gösterebilirler⁷⁰. Diğer hallerde, resmî senedin satış vaadinden farklılığı geçerlidir. Satış vaadindekinden farklı koşulları içermesi her zaman muvazaa niteliği taşımayabilir. Tarafların iradî olarak bir sözleşmeye son vermeleri (ikâle) mümkündür; ya da satış vaadindeki koşullardan iki taraflı olarak vazgeçerek, farklı koşullarda bir satım sözleşmesi yapabilir ve tescili buna dayanarak talep edebilirler (tecdit, yenileme); veyahut daha önceden satım yapılması konusunda anlaşmışken daha sonra trampaya çevirmiş olabilirler (sözleşmenin tipini değiştirme).

B. İRADÎ OLARAK İFA ETMEMEYE BAĞLI OLARAK AYNEN İFA DAVASI VE BU ANLAMDA TESCİLE ZORLAMA DAVASI

1. Genel Olarak İfa Davası

Borcun ifa edilmemesi sonucunda alacaklıya tanınmış çeşitli imkanlar bulunmaktadır. İfa davası, bunların başında gelir. Alacaklı, konusu belli, muaccel ve mümkün olan bir edim borcunun ifasını her zaman talep ve dava edebilir. Borçlunun temerrüde düşmüş olması, alacaklının zorunlu olarak edimden vazgeçeceği anlamına gelmez. Doktrinde “aynen ifa” olarak adlandırılan ve alacaklının borçlunun temerrüde

⁷⁰ Bedelde muvazaa söz konusu olduğunda satım akdinin geçersiz sayılıp sayılmayacağı, tahvilin söz konusu olup olmayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 107 vd.

düşmüş olmasına rağmen edimi elde etmesine imkan veren söz konusu ifa talebine BK'da sadece iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdü dolayısıyla değinilmişse de, alacaklının aynen ifayı mümkün olan her ifa bakımından talep edebileceği genel kabul görmektedir⁷¹.

2. Temerrüt

İfası mümkün ve muaccel bir borcu ifa etmeyen borçlu, ifada gecikmiş durumdadır. Bazı durumlarda ifa mümkün olmasına rağmen, borçlu kendi açısından haklı sebeplerin varlığına dayanarak ifadan kaçınabilme imkanına sahiptir. Zamanaşımı ve ödemezlik def'ileri bu duruma örnek olarak verilebilir. Bazen de borçlu, çeşitli kişisel nedenlerden dolayı, muaccel hale gelmiş olan borcunu ifa etmekten haksız olarak kaçınıyor olabilir. İşte böyle bir durumda, belli şartlara bağlı olarak, borçlunun temerrüdü söz konusu olur. Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, temerrüt için borcun ifasının mümkün olması, borcun muaccel olması, ifadan kaçınmak için haklı bir sebebin bulunmaması gereklidir. Ayrıca, temerrüde düşürmek için borçluya ihtar çekilmesi ve ifa için uygun süre verilmesi gerekmektedir. Bu konuda Borçlar Hukuku genel hükümleri geçerlidir⁷².

Borçlunun temerrüdü halinde, kural olarak, açılacak olan dava aynen ifa davası davasıdır. Bu dava ile birlikte gecikmeden doğan zarar için tazminat da istenebilecektir. Satış vaadinde temerrüde bağlı olarak açılacak olan dava, doktrinde de kabul edildiği üzere, MK m.642 uyarınca tescile zorlama (ferağa icbar) davasıdır.

3. Tescile Zorlama (Ferağa İcbar) Davası

⁷¹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 313.

⁷² Ancak, borcun ifa edileceği tarih taraflarca daha önceden kesin olarak belirlenmişse, vade belirlenmemekle birlikte bunu belirleme yetkisi sözleşme ile bir tarafa bırakılmışsa, ihtarın yapılmasının dürüstlük kuralına göre beklenmeyeceği hallerde ihtaraya gerek kalmadan da borçlunun temerrüdü söz konusu olabilmektedir. Borçlunun kendi kusuru ile sebep olduğu ifa imkansızlığı halinde, temerrüt söz konusu olmaz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 286.

Tescile zorlama davası, MK m.642/1'de yer almaktadır: “Bir şeye temellük etmek hakkını bağışlama gibi bir sebeple iktisap etmiş olan kimse tescil muamelesinin icrasını malikinden talep edebilir. İmtina halinde mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini hâkimden isteyebilir”. Maddede geçen “bağışlama gibi bir sebeple iktisap etmiş” olma ifadesi ile, bir borçlandırıcı işlem dolayısıyla, işlemin karşı tarafı olan taşınmazın malikinin mülkiyeti devir borcu altında olması kastedilmektedir. Zaten 1999 MK tasarında da maddenin (MK m.716) bugün maddenin anlaşılması gerektiği şekilde değiştirildiği görülmektedir: “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”. Madde metninden de anlaşılacağı ve doktrinde de kabul edildiği üzere, söz konusu dava yenilik doğuran dava niteliğindedir. “Yenilik doğuran davalar ancak, mahkemeye başvurularak kullanılması gereken yenilik doğuran hakların kullanılması niteliğini taşıyan davalardır”⁷³. Bu nedenle, bu tür bir dava ile, yenilik doğuran haklara paralel olarak, varolan bir hukukî durumun kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi istenir⁷⁴.

Yenilik doğuran dava sonunda, gerekli şartların bulunduğu sonucuna varılarak, talep doğrultusunda karar verilirse, hukukî sonuç karar ile birlikte kendiliğinden gerçekleşir. Bu tür kararlara yenilik doğuran karar denir; ayrıca icraları gerekmez⁷⁵. Yenilik doğuran kararlar, açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, herkese karşı ileri sürülebilen bir sonuç meydana getirirler⁷⁶.

Konumuz olan satış vaadine bağlı olarak açılacak olan tescile zorlama davasında, satış vaadinde hüküm altına alınan şartlar gerçekleşmişse, vadesi gelmişse hakim, mülkiyetin davacıya ait olduğuna karar verecektir. Bu karar, taşınmazın mülkiyetini, ayrı bir işleme gerek kalma-

⁷³ Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s. 199.

⁷⁴ Zaten tasarruf işleminin tanımında da verdiğimiz niteliği ile bu özellikler çakıştığı için, mahkeme kararı ile cebri tasarruf işlemi gerçekleştirilmiş olur.

⁷⁵ Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s. 199.

⁷⁶ Bunun istisnası, “ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi kararları sadece taraflar için etkilidir”. Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s. 199.

dan davacıya geçireceği için, kurucu nitelikte bir yenilik doğuran karar olacaktır. Böylece, davacı taşınmazın mülkiyetini tescilsiz kazanacak; ilama dayanarak yapılacak olan tescil sadece açıklayıcı nitelikte olacaktır. “Alacaklının MK m.642’ye göre açacağı dâva eda dâvası niteliğinde olmasına rağmen, hüküm bir eda ilâmı olmayıp, bir yenilik doğuran karar niteliğindedir. Kararda mülkiyetin dâvacıya geçirildiği açıkça belirtilmelidir; fakat hükümde tapu memuruna bir tescil emrinin yer almasına lüzum yoktur. Dâvacı hükmün kesinleşmesi ile mülkiyeti iktisap eder. Açıklayıcı nitelikteki tescili yeni malikin kendisi talep edebilir (MK m.642/f.2, MK m.922/f.2). Tescil için, yazılı tescil talebi ile ilâmın tapu memuruna tevdiî gerekli ve yeterlidir”⁷⁷.

Bu hususa, aşağıda mahkeme kararına bağlı hukukî sonuçlar başlığı altında yeniden değinilecektir.

4. Mahkeme Kararına Bağlı Hukukî Sonuçlar

MK m.633, “Gayrimenkul mülkiyetini iktisap için tapu siciline kayıt⁷⁸, şarttır. Bununla beraber işgal, miras, istimplâk, cebri icra tarikleriyle veya mahkeme ilâmı ile bir gayrimenkulü iktisabeden kimse tescilden evvel dahi ona malik olur” diyen ifadesi ile, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılmasına istisnalar getirmiştir. Doktrinde tescilsiz iktisap halleri olarak anılan bu hallerden⁷⁹ biri olan bir mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması, ancak davanın yenilik doğuran bir dava olması halinde mümkündür.

Geçerli bir borçlandırıcı işlem ile mülkiyeti devir borcu altına giren taşınmaz maliki, ifa için gerekli işlem olan tasarruf işlemi tapu memuru önünde gerçekleştirmeli, MK m.922/1 anlamında tescili yazılı olarak talep etmesi gerekmektedir. Borçlu (taşınmaz maliki) bu işlemi gerçekleştirmediği takdirde, alacaklı mahkemeden mülkiyetin kendisine devredilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleştiğini ispatla-

⁷⁷ Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s. 318.

⁷⁸ Taşınmaza sayfa açılırken yapılan işlemi ifade eden “kayıt” terimi, burada “tescil” olarak anlaşılmalıdır.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s. 306 vd.

mak suretiyle, mülkiyetin kendisine devrini talep edecektir. Örneğin, taşınmaz satış vaadinde, semenin üçe bölünerek ödenmesi kararlaştırılmış ve tümü ödenmiş olup, buna rağmen malik devri gerçekleştirilmiyorsa, alacaklı mahkemedен, madde ifadesi ile, “mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini” isteyecektir.

Tescile zorlama davası, temerrüde düşmüş bir borçluya karşı açılacağı için, ifanın yapılmaması haklı bir sebebe dayanmamalıdır. Örneğin, ödemezlik def'i ileri sürülmüşse, dava reddedilmelidir. Yenilik doğuran karar, ancak, satış vadinin diğer tarafının tüm borçlarını gereği gibi yerine getirmiş olmasına bağlı olarak verilebilecektir.

Bu dava, geçerli bir borçlandırıcı işleme dayalı olarak açılacağı ve verilecek olan kararın tasarruf işleminin yerini tutacağı içindir ki, taşınmaz devir borcu borçlusuna hala taşınmazın maliki, yani tasarruf yetkisine sahip ise açılabilir. Davadan önce yapılmış olan bir işlemle veya dava sırasında, MK m.920/1 anlamında⁸⁰ ihtiyati tedbir niteliğinde bir şerh verilmeden önce, bir işlemle üçüncü bir kişiye geçerli olarak devredilmişse, ne borçluya ne de taşınmaz devralan kişiye karşı⁸¹ aynen ifa davası açılmayacaktır. Bu sonuç, borçlandırıcı işlemin nisbîliği gereğidir. Artık ifanın, borcun doğumundan sonra borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmesi söz konusu olacak ve borçlu ancak alacaklının zararını tazminle yükümlü olacaktır. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Eğer MK m.920 anlamındaki şerh konulmuş ve devir bu şerh mevcutken gerçekleştirilmişse, artık yeni malik de bu borçtan şerhin eşyaya bağlı borç etkisi nedeniyle sorumlu olacak; mahkeme kararı sonucunda davacı mülkiyeti kazanabilecektir. Artık, yeni malike karşı tekrar dava açılması gerekmeyecek; HUMK m.186 gereği hüküm yeni maliki de bağlayacaktır. Şerhin etkileri açıklanırken belirtildiği üzere, satış vaadi şerh verilmişse, bundan sonra taşınmazda gerek mülkiyet gerekse irtfaklar gibi aynî bir hak iktisap eden kişiler, bu şerhin sonuçlarına

⁸⁰ 1. bentte yer alan, “Münazaünfih hakların muhafazası” için mahkemece verilecek bir karar ile konulan şerh.

⁸¹ BK m.41/2 istisnası dışında. Kaldı ki, bu dava ile aynen ifa istenememekte, ancak haksız fiil kapsamında zararlar için tazminat talep edilebilmektedir.

katlanacaktır. Eğer üçüncü bir kişi, mülkiyeti kazanmışsa, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi devreye girecek ve yeni malik mülkiyeti devretmek borcu altında olacaktır. Üçüncü kişinin sınırlı bir aynî hak kazanması söz konusu ise, şerhin munzam etkisi dolayısıyla terkin edilmesine katlanmak durumunda kalacaktır. Örneğin, satış vaaadinin şerhinden sonra üst hakkı kurulmuş veya intifa hakkı verilmiş olsa bile, satış vaaadinin alacaklısı olan kişi bu hakların terkin edilmesini talep edebilecektir. İşte şerh, bu noktada, borçlandırıcı işleminin nisbîliğini bertaraf etmektedir.

C. İFANIN İMKANSIZ OLMASI

Bilindiği üzere imkansızlık, ya sözleşmenin kurulması aşamasında vardır ve sözleşme BK m.19 uyarınca kesin hükümsüz olur ya da sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkar ve imkansızlığın doğmasında borçlunun kusurunun olup olmamasına göre farklı sonuçlara tabi olur. Sözleşmenin kurulmasından sonra, borçlunun kusuru olmaksızın, örneğin kamulaştırma durumunda, ortaya çıkan ifa imkansızlığı BK m.117 hükmüne tabidir. Konumuzla ilgili olan ise, borçlunun kusuru ile ortaya çıkan ifa imkansızlığıdır; bu durumda, BK m.96, m.97 hükümleri uygulanır. Artık, borç ilişkisinden doğan borcun yerini tazminat borcu almaktadır.

Tasarruf işleminin, taşınmaz satış vaadi gibi ani edimli borç ilişkilerinde, geçerli olarak ancak bir kere gerçekleştirilebilmesi nedeniyle, borçlu “kendisine isnat edilebilecek” şekilde bir kez mülkiyeti geçerli olarak bir başkasına devretmesi halinde, ifa imkansızlığı yaratmış olacak ve artık BK m.96 uyarınca zararı tazminle yükümlü olacaktır. Nisbî hak sağlayan borç ilişkilerinde, alacaklının tazminat talebinde bulunmaktan öte bir hakkı bulunmazken, şerhle güçlendirilmiş borç ilişkilerinde şerhin eşyaya bağlı borç ilişkisi devreye girerek, alacaklı açısından doğabilecek bu sakınca bertaraf edilmiş olacaktır. Bu husus, eşyaya bağlı borç konusu incelenirken de belirtilmiştir. Bu nedenle şerhle güçlendirilmiş olan bir nisbî hak söz konusu olduğunda, kusurlu ifa imkansızlığının doğması mümkün olmayacaktır. Yeni malik(ler) de bu borçtan sorumlu olmaya devam edeceği için, taşınmaz var olduğu

sürece ifa mümkün olacaktır⁸². Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi sırasında, konu uyuşmazlık konusu olaylar üzerinde tekrar değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, aşağıdaki kararlara esas olacak şekilde, satış vaadi ile bir kişiye mülkiyeti devri borçlanan malik, daha sonra şerh olmaksızın bu taşınmazı üçüncü bir kişiye satıp tapuda onun adına tescili gerçekleştirecek olursa, kendisi açısından kusurlu subjektif ifa imkansızlığı yaratmış olacaktır. Alacaklı, BK m.41/2'den doğan tazminat talebi dışında, ifanın gerçekleşmemesinden dolayı tazminat hakkına sahiptir.

V. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNDE TARİH ÖNCELİĞİNE ÜSTÜNLÜK TANINAN YARGITAY KARARLARININ ELEŞTİRİSİ

A. YARGITAYIN KONUYA İLİŞKİN DEĞİŞİK KARARLARI

1. İki Farklı Satış Vaadine Dayanılarak Açılan Ayrı Ferağa İcbar Davalarından Alınan Hüküm ile İki Tescilsiz İktisap Hali

Yargıtay 14. HD E.1986 / 8832 K.1987 / 2592 T.24.03.1987

Özet : Sicile şerh vermekle kişisel hak güçlendirilmiş olur. Ancak bu şerhten önce doğan kişisel hakları etkilemez. Mahkeme ile taşınmaz iktisap eden karar ile tescilden önce taşınmazı edinir. Sonradan verilen tescil kararı eski tarihli kararı ortadan kaldırmaz. Kazanılan hakkı etkilemez.

Dava : Davacı Turgut vekili tarafından davalılar aleyhine 3.4.1985 gününde verilen dilekçe ile muarazanın önlenmesi ve tescil istenmesi üzerine yapılan muhakeme sonunda; davanın kabulüne dair verilen 14.7.1986 günlü hükmün Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davalı Ahmet vekili tarafından istenilmekle dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü :

Karar : Dava iki ayrı ferağa icbar suretiyle tescil ilamının varlığı ve infaz olunamaması nedeniyle yaratılan muarazanın önlenmesi ve tescil

⁸² Bir taşınmazın yok olması durumunda ifanın imkansız hale gelmesinde, eğer taşınmaz bir mücbir sebep nedeniyle yok olmuşsa, ortada BK m.117 kapsamına giren bir durum söz konusu olacaktır.

istemine ilişkindir. Mehmet Yavuz, Kadıköy 3. Noterliği'nce düzenlenen 6.9.1981 gün 36952 sayılı sözleşme ile 326 ada, 1 parsel numaralı taşınmazda malik olduğu 138/250 payın 60/250 payını Ahmet'e yine Kadıköy 3. Noterliği'nce düzenlenen 23.5.1983 gün 25076 sayılı sözleşme ile mezkür taşınmazdaki tüm yani 130/250 payını Turgut'a satış vaadinde bulunmuştur. Açılan iki ayrı ferağa icbar suretiyle tescil davasının sonunda Üsküdar 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19.3.1984 gün ve 1983/761 Esas, 1984/140 karar sayılı ilamla 326 ada, 1 parsel sayılı taşınmaz Mehmet'e ait paydan 60/250 payın Ahmet Üsküdar 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 9.5.1984 gün ve 1983/934 esas, 1984/295 karar sayılı ilamı ile mezkür taşınmazda Mehmet'e ait tüm yani 130/250 payın Turgut adlarına tesciline karar verilmiştir. İki ilamın mevcudiyeti ve tarafların anlaşamaması üzerine Tapu Sicil Müdürlüğü'nce sözkonusu ilamlar infaz edilememiştir.

Davacı Turgut vekili müvekkili lehine olan satış vaadi sözleşmesinin 9.6.1983 günü tapuya şerh edildiğini onun sözleşmeden doğan kişisel hakkının hukuksal güçlendirildiğini ve bu suretle Ahmet'in kişisel hakkına etkinlik kazandığı bildirilerek Ahmet'in muarazasının önlenmesini ve 326 ada, 1 parsel sayılı taşınmazda Mehmet'e ait 130/250 payın davacı adına tescilini istemiştir. Satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerhi ile bu sözleşmeden doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş olur. Şerh tarihinden itibaren hukuken güçlendirilmiş bu hakkın herkese karşı ileri sürülmesi mümkündür. Ve bu hususun şerh tarihinden önce kazanılmış kişisel haklara etkinliği yoktur. Bu bakımdan davacı Turgut lehine olan ve sözü edilen sözleşmeden doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş olur. Şerh tarihinden itibaren hukuken güçlendirilmiş bu hakkın herkese karşı ileri sürülmesi mümkündür. Ve bu hususun şerh tarihinden önce kazanılmış kişisel haklara etkinliği yoktur. Bu bakımdan davacı Turgut lehine olan satış vaadi sözleşmesinin 9.6.1983 günü tapuya şerh edilmiş olması ve sözü edilen sözleşmeden doğan kişisel hakkın hukuken güçlendirilmiş bulunması, davalı Ahmet'in dayanağını teşkil eden satış vaadi sözleşmesi ile daha önce doğmuş olan kişisel hakkının etkilenmesi mümkün değildir. Öte yandan Medeni Yasa'nın 633. maddesine belirtildiği veçhile tapuya tescilden önce mahkeme ilamı ile taşınmaz mülkiyeti kazanılır. Bu nedenle Üsküdar 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19.3.1984 gün ve

1983/761 esas 1984/140 karar sayılı tescil ilamı ile Ahmet, 326 ada, 1 parsel sayılı taşınmazda Mehmet'e ait 130/250 payını iktisap etmiştir. Daha sonra davacı lehine kurulan hükmün Ahmet'in iktisap ettiği hakkı etkilemesi önlenmesi ve Ahmet'in iktisap ettiği 60/250 pay yönünden tescil isteklerinin reddi gerektiği halde aksine bazı görüş ve düşünce ile tüm davanın kabulü doğru görülmemiştir.

Sonuç : Davalı Ahmet vekilinin yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün 24.3.1987 gününde *Bozulmasına*, oybirliğiyle karar verildi.

2. Birden Fazla Satış Vaadinde Tarih Sırası

Yargıtay 14. HD E.1987/4244 K.1988/6494 T.13.10.1988

Özet: Bir taşınmazın, birden çok kişilere satışının vaad edilmesi durumunda, geçersiz olmadıkça veya bozulmuş (münfesihi) duruma gelmedikçe ilk yapılan sözleşme geçerlidir.

Dava : Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 14.10.1985 gününde verilen dilekçe ile satış vaadine dayalı tescil istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda, davanın kabulüne dair verilen 17.9.1986 günlü hükmün Yargıtay'ca incelenmesi müdahil İbrahim tarafından istenilmekle; süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek düşünüldü:

Karar: Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesihi hale gelmedikçe, ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medeni Kanun'un 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermehan 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 6.3.1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İbrahim'e yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile Süleyman'ın davasının kabulü isabetli görülmemiştir.

Sonuç: Temyiz itirazlarının yukarıda gösterilen nedenlerle kabulü ile hükmün (*Bozulmasına*), temyiz harcının istek halinde iadesine, 13.10.1988 gününde oybirliği ile karar verildi.

3. Birden Fazla Satış Vaadinde Birinin Tapuya Şerh Edilmiş Olması

Yargıtay HGK E.1989/8129 K.1989/1227 T.07.02.1989

Özet: Sonraki satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilmiş ve bu sözleşmeden doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş ise de ancak kendisinden sonra doğacak haklara karşı etkinlik kazanıp daha öncekilere etkinliği bulunmadığına göre ilk sözleşmenin sonradan düzenlenen sözleşmenin tercihi gerekir.

Dava : Taraflar arasındaki ferağa icbar suretiyle tescil istemine ilişkin üç ayrı davanın birleştirilerek yapılan muhakeme sonunda kat irtifakı kurulan 3016 parsel sayılı taşınmazda 12 nolu meskene tekabül eden 1/17 arsa payının davacı Nuri Boyacıoğlu adına tesciline, Ümit Kayhan'ın davasının reddine dair verilen 2.10.1987 günlü hükmün Yargıtayca, incelenmesi davacı-davalı Ümit Kayhan vekili tarafından istenilmekle, dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

Karar: Dosya kapsamına ve kararda yazılı gerekçelere, davalı Ekrem Köse 3016 parsel sayılı taşınmazda 22 (sonradan kat irtifakı kurulmakla 12) nolu meskeni resen düzenlenen iki ayrı sözleşme ile Nuri Boyacıoğlu ve Ümit Kayhan'a satış vaadinde bulunduğu, her iki sözleşme de yasada öngörülen koşullara uygun biçimde düzenlendiklerinden hukuken geçerli olduklarına; Nuri Boyacıoğlu'nun dayanağı olan 28.2.1986 günlü sözleşme, sonradan düzenlenen ve Ümit Kayhan'a ait bulunan 10.4.1986 günlü sözleşmeden önce düzenlenmesi nedeniyle tercihini gerekeceğine, 10.4.1986 gün ve 5040 yevden doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş ise de, bu hukuken güçlendirilmiş hak kendisinden sonra doğacak haklara karşı etkinlik kazanacağına ve daha önce doğan haklara etkinliği bulunmadığına göre, Nuri Boyacıoğlu'nun davasının kabulü ile Ümit Kayhan'ın davasının reddi doğrudur.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı-davalı Ümit Kayhan vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasa-ya uygun olan hükmün (*Onanmasına*), 7.2.1989 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

4. İki Satış Vaadinden Birine İfanın Gerçekleştirilmesi Halinde Diğerinin Şerhinden Doğan Eşyaya Bağlı Borç Etkisi

Yargıtay HGK E.1990/632 K.1991/41 T.06.02.1991

Özet: İki ayrı satış vaadi varsa, öncelik taşıyanına itibar etmek gerekir. Yeni tarihli sözleşmenin tapuya şerh edilmesi, bundan sonra taşınmazı alacak olanlara yöneliktir. Bu şerh daha önce şahsi hak elde eden alacaklıyı etkilemez.

Dava : Taraflar arasındaki “tapu iptali tescil davasından dolayı” yapılan yargılama sonunda; Ceyhan 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 12.12.1988 gün ve 583-732 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine,

Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 6.4.1986 gün ve 3620-3468 sayılı ilamı ile, (...Taşınmaz maliki önce davalıya 11.4.1985 günlü sözleşme ile ve daha sonra davacıya 28.2.1986 tarihli sözleşme ile satış vaadinde bulunmuştur. Davalının satış vaadi sözleşmesi öncelik taşıdığı için iki sözleşmeden öncelik taşıyan davalı sözleşmesine itibar gerekir. Davacının kendi sözleşmesinin tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak olanları uyarımağa yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce şahsi hak elde eden davalıyı etkilemez. Davalının daha sonra kendi sözleşmesi doğrultusunda taşınmazı tapuda iktisap etmesi durumu değiştirmez. O halde bu hususlar gözönünde tutularak, davanın reddi gerekirken davacının dayandığı sözleşmenin tapuya şerhine bakılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

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

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararında gösterilen nedenlerden dolayı *Bozulmasına*, oybirliği ile karar verildi.

B. KARARLARA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

1. “İki Farklı Satış Vaadine Dayanılarak Açılan Ayrı Ferağa İcbar Davalarından Alınan Hüküm ile İki Tescilsiz İktisap Hali” olarak adlandırdığımız, 86/8832-87/2592 nolu kararda, uyuşmazlık konusu taşınmazda 138/250 payın maliki olan Mehmet Yavuz, 6.9.1981 tarihinde Ahmet’e 60/250’sini; 23.5.1983 tarihinde Turgut’a 130/250’sini geçerli satış vaadi sözleşmeleri ile satmıştır. Hem Ahmet hem de Turgut tescile zorlama davası açmışlar; Ahmet 19.3.1984 tarihinde, Turgut ise 9.5.1984 tarihinde “mülkiyetin kendilerine aidiyetini” hükme bağlayan kararları almışlardır. Tapuda çıkan karışıklık sonucu Turgut, tespit davası açmış; ilk derece mahkemesince haklı bulunmuştur. Yargıtay ise, Ahmet’in kararının önce verilmiş olması dolayısıyla 60/250’sini tescilsiz iktisap ettiğini, bu nedenle Turgut’un davasının 60/250’lik pay için reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Buraya kadar Yargıtay 14. HD son derece haklı görünmektedir. Ahmet’in kurucu yenilik doğuran kararının daha önceki tarihe ait olması ve bu nedenle ilk gerçekleşen tasarruf işlemi olması nedeniyle, mülkiyeti kazanmasını sağlamıştır (MK 633). Bu durumda Turgut açısından 60/250’lik kısım için ifanın (borçlunun kusuru ile) imkansızlaşması söz konusudur; Turgut, Ahmet’in satış vaadinin tarafı olmaması nedeniyle devir borcu altında olmaması sonucu, ancak 70/250’lik kısımda mülkiyeti kazanabilecektir. Fakat olayda bir başka husus daha vardır ki, sonucu tamamen değiştirici niteliktedir. Turgut ile yapılan satış vaadi 9.6.1983 tarihinde tapuya şerh verilmiştir. Yargıtay 14. HD bu konuya kararında değinmiş; fakat, şerhin “şerh tarihinden önce kazanıl-

mış kişisel haklara etkinliği⁸³ yoktur” diyerek, Ahmet’in kazandığı mülkiyete bir etkisi bulunmayacağını ileri sürmüştür. Bu şekilde şerhin eşyaya bağlı borç etkisi tamamen gözardı edilmektedir.

Elbette, şerhin varlığının, öncesi veya sonrası olması farketmeksizin, nisbî haklara bir etkisi bulunmamaktadır. Şerhin yapılmasından, hatta bir satış vaadine istinaden yapılan devir işleminden sonra yapılan satış vaadi de geçerlidir. Bu husus, borçlandırıcı işlem ile ilgili kısımda açıklanmıştır: Bir kişi kendisine ait olmayan bir malı, bu mal bir taşınmaz olsa dahi satım akdine konu yapabilecek; satım akdi, diğer geçerlilik koşullarını taşımak kaydıyla, geçerli olarak kurulacaktır. Bir satım sözleşmesine konu olabilecek mal tanımı yapılırken, “satıcının kendi malı olma”, “bir başka hakla kısıtlanmamış olma” gibi ibareler yer almamaktadır. Tasarruf işlemini gerçekleştirememek veya gerçekleştiremeyecek olmak, sürekli belirttiğimiz üzere, ifa ile ilgilidir; sözleşmenin geçerliliğine ilişkin değildir.

Satış vaadi alacaklısını şerh yapmaya iten sebep, satış vadinin borç doğurucu özelliği ile yetinmeyip, ona aynî etki kazandırmak istemesidir. Bu verdiğimiz bilgiler doğrultusunda Yargıtay şerhe rağmen kendisinden önce yapılmış borçlandırıcı işlemlerin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemleri sonucu yaratılan aynî haklar karşısında etkisiz bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle şerhe konu talep hakkı sahibi, kendisinin satış vadinin şerhinden önce kazanılmış olan nisbî haklara riayetle yükümlü bırakılmaktadır. Peki, bu kişi şerhten önce kazanılmış olan şahsi haklar konusunda nasıl bilgi sahibi olacaktır? Yargıtayın bu kararları ile, bilmediği haklara riayetle yükümlü bırakılan şerh sahibinin şerhle güçlendirilmek istenen hukuki statüsü açısından büyük bir zaafiyet yaratılmaktadır. Bu durum karşısında kişiye kalan tek imkan, aşağıda inceleyeceğimiz şekilde, tüm eski tarihli satış vaadlerini araştırması gerekecektir. Bunun da anlamsızlığı, yeterince açık olmakla birlikte, aşağıda sonuç bölümünde konuya değinilecektir.

Unutulmamalıdır ki, “kuvvetlendirilmiş şahsî hak” terimiyle de anlatılmak istenen bu husus ile, nisbî alacak hakkını aynî hak mertebesine yükseltmemekle birlikte, talep hakkı yönünden aynî hakkın hüküm

83 “Etkisi” kastediliyor.

ve sonuçlarına bağlı kılınmak istenmiştir. Yargıtay ısrarla şerhin geriye etkili olamayacağını ifade etmektedir. Bu, ancak aynî haklarla ilgili olarak verilebilecek bir gerekçedir.

Bu davada verilmesi gereken karar Turgut lehinedir. Turgut, 130/250'lik payın tümünü mahkemenin yenilik doğuran kararı ile tescilsiz olarak iktisap eder. Çünkü, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ile, bir tasarruf işlemi niteliğinde olan şerhin yevmiye defterine gün, saat, dakika olarak yazımından sonra, taşınmazı satın alan kimse, satış vadedinden doğan borcun borçlusu haline gelmiştir. Eşyaya bağlı borç etkisi ile şerhe konu borçlandırıcı işlemin tasarruf işleminin şerhe rağmen sağladığı aynî hakla tapu sicilinin aleniyeti (MK 928) karşısında bu sonucu kabullenmiş olmaktadır. Turgut'un elinde mahkeme kararı olmasaydı da, Ahmet'ten mülkiyetini kazanmış olduğu 60/250'lik kısmı kendisine devretmesini talep edebilecek; Ahmet de şerh dolayısıyla devretme borcu altında olacaktı. Ahmet 60/250'lik kısmı tescilsiz kazanmakla, tapu sicilinin aleniyeti ve sicile güven ilkelerinin sonucu olan, daha önceden tapuda bulunan bir hususu bilmediğini ve mülkiyeti bununla kayıtlı olmaksızın kazandığını ileri süremeyecektir. Zaten bunun sakıncalarını bertaraf etmek için, MK m.920/1 ile "ihtiyatî tedbir" niteliğinde "münazaünfih hakların muhafazası" için şerh imkanı tanınmıştır.

Bu noktada, tapu kütüğünün aleniyetinden kaçan bir husus olarak şerhten önce, şerh alacaklısının varlığını bilmediği bir aynî hak tescilsiz olarak iktisap edilmişse bile, şerh alacaklısı taşınmazın mülkiyetini aleniyet kapsamında gözükmeyen bu aynî hak olmaksızın kazanacaktır. Şerhlerle etkisi güçlendirilen nisbî haklar da, kıdeme itibar ilkesi gereğince yevmiye defterine yazıldıkları andan itibaren tescille kazanılmış aynî haklarla sıraya girer; kendisinden önce gelenlere katlanmak yükümlülüğünde olup, kendisinden sonra gelenleri terkin ettirme hakkı bulunmaktadır. Durum, tıpkı aynî bir hakkın (örneğin bir ipotegin) yolsuz olarak terkin edilmesi halinde, hakkın yolsuz terkin edildiğini bilmeden veya bilmesi gerekmeden tapuda aynî bir hak kazanan kişinin, kendi hakkını yolsuz terkin edilmiş, bu nedenle tapuda gözükmeyen aynî hak olmaksızın iktisap etmesi halinde olduğu gibidir. Kişinin, hakkını yolsuz terkin edilen hak olmaksızın kazanması ise, bu hakkın ona karşı ileri sürülememesi sonucunu doğuracaktır.

Bu nedenle, uyuşmazlık konusu olayda böyle bir durumdan bahsedilmemekle birlikte, Ahmet'in haklılığın en yoğun tartışılabileceği olasılık olarak bu durum düşünülebilir. Ahmet kendisine mülkiyeti kazandıran kararı, Turgut'un satış vaadinin şerhinden önce almış, fakat şerhten sonra tapuda açıklayıcı tescili yaptırmış olsa dahi, Turgut'un satış vaadinden doğan alacak hakkı muaccel olduğunda, Turgut şerhini Ahmet'in aynî hakkı olmaksızın kazanmış olacağı için, Ahmet yine bu satış vaadinin borçlusu olacak; kendisinin mülkiyet hakkını Turgut'un şerhinden önce kazandığını ileri süremeyecektir.

Kişileri ve olayımızda Turgut'u şerh yapmaya iten sebep, satış vaadinin borç doğurucu özelliği ile yetinmeyip, ona aynî bir etki kazandırmak ve ileride mülkiyeti devir borcu muaccel hale geldiğinde malikin kim olduğunun, taşınmazda kimlerin ne gibi sınırlı aynî haklara sahip olduğunun bir önemi olmaksızın taşınmazı satış vaadini şerh verdiğini tarih itibariyle nasılsa, o şekilde elde edebilmeyi istemesidir. Bütün bunlar, yukarıda açıklandığı üzere, tapunun aleniyeti, tapuya güven, şerhin eşyaya bağlı borç ve munzam etkisi ilkeleri ile mümkündür.

Ancak, Yargıtay anılan karar(lar)ı ile, şerhin etkisini hiçe saymakta, kendisinden önce kazanılmış nisbî haklarla ilgili olarak şerh sahibinin yapabileceği bir şey olmadığı söylemektedir. Yargıtay kararı ile, varlığını bile bilmediği haklara riayet etmekle yükümlü bırakılan şerh sahibinin şerh ile ulaşmak istediği hukukî statüsünde büyük bir zaafiyet yaratılmaktadır. Şerhinin etkileri, "önceki tarihli" borçlandırıcı işlemler karşısında etkisiz hale gelmektedir. Bu durumda, bir sonraki karar ile ilgili olarak açıkladığımız üzere, kişi şerhin etkisinden emin olmak için tüm eski tarihli satış vaadlerini araştırmak zorunda kalacaktır. Bunun anlamsızlığına, yeterince açık olmakla birlikte, sonuç bölümünde değinilecektir.

Sonuç olarak, Ahmet hiçbir şekilde bu borçtan sorumlu olmadığını ileri süremeyecek, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ve aynî haklarda kide me itibar ilkesi gereği mülkiyetin Turgut'a geçişine katlanacaktır.

2. Yargıtay 14. HD'nin "Birden Fazla Satış Vaadinde Tarih Sırası" başlıklı kararında (87/4244-88/6494) ise, yine iki satış vaadi söz konu-

sudur. Bir satış vaadi alacaklısının açtığı tescile zorlama davasında, bir başka satış vaadi alacaklısı davaya müdahil olarak katılmış ve sonuç onun lehine çıkmıştır. Karar bölümünün ilk cümlesi oldukça çarpıcıdır: “Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesih hale gelmedikçe ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir”. 14. HD, bu cümlesi ile, Roma Hukukundan beri gelen ve hemen hemen tüm kıta Avrupası hukuk sistemlerinin temeli niteliğinde olan borçlandırıcı işlemler konusundaki ilkelere tamamen yabancı olduğunu göstermektedir. Borçlandırıcı işlemler arasında tarih sıralaması getirerek, aynı haklardaki kıdeme itibar ilkesine benzer bir yeni ilke oluşturmaktadır.

Buna göre, artık bir taşınmaz satış vaadi yapmadan önce, Türkiye'nin her yerindeki noterleri tek tek dolaşarak, söz konusu taşınmazla ilgili bir satış vaaadinin olup olmadığını araştırmamız şart olacak; aksi takdirde, sözleşmemiz geçerli olsa bile (!), tarih önceliğine sahip ve Türkiye'de faaliyet gösteren toplam 1393 adet⁸⁴ noterden Hakkari'nin Yüksekova ilçesinde veya Ardahan'ın Göle veya Hanak ilçelerinde bulunan noterlerden birinde yapılmış olan ve araştırmamız sırasında atlamış olduğumuz, fakat “tarih önceliğine sahip” bir satış vaadi devreye girerek bizim satış vaaadinin önüne geçecek ve mahkemece bu “sözleşmeye değer verilecektir”. Diğer iki kararda da göreceğimiz üzere bu yeni ilkeyi, bizim sözleşmemizin şerh verilmiş olması, hatta tapunun bize devredilmiş olması dahi etkilemeyecektir. Hatta bu araştırmamızı sözleşmemizin yapılması anından geriye doğru on yıla yaymamız gerekecektir; çünkü, satış vaadinden doğan alacak haklarında zamanaşımı süresi on yıldır (BK m.125).

Tekrar belirtelim ki, aynı konulu, fakat her biri geçerli birden fazla borçlandırıcı işlem arasında bir tarih önceliği yaratmak, birini diğerine tarih önceliği nedeniyle üstün tutmak, diğerlerine ifa için talep hakkı vermemek sonucunu doğurur. Bu sonuç ise, hepsinin ayrı ayrı geçerli

⁸⁴ “9 Kasım 2000 tarihi itibarıyla; 440'ı birinci sınıf, 349'u ikinci sınıf, 405'i üçüncü sınıf olmak üzere sayıları 1194'dür. Bu noterliklere ilaveten, aynı kanunun 32.maddesi hükmü gereğince ilgili adalet komisyonunun inhası üzerine Adalet Bakanlığınca görevlendirilen katip sınıfından bir adalet memuru tarafından geçici olarak yönetilen 199 dördüncü sınıf noterlik bulunmaktadır”. www.noterlerbirligi.org.tr.

olması ile bağdaşmaz.

14. HD, bununla da kalmayarak kararın ikinci cümlesinde, “satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, MK’nın 919/2 maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyeran olunabilir. Olayda böyle bir durum bulunmamaktadır” demektedir. Elbette, ilk kararlar ilgili olarak açıkladığımız üzere, nisbî bir hakka dayanan bir talep hakkının kazanılmasına, geçerliliğine şerhin bir etkisi olamaz. Maddî hukuk kuralları çerçevesinde nisbî bir hakkın kazanılması olgusu ile bir hakkın şerh sonrası kazandığı hukukî boyutlar tamamen farklı olduğu gibi, şerh edilmekle kendisine kıdeme itibar ilkesince üstünlük tanınan nisbî hakkın ileride kendisiyle çelişecek talep hakkı veren borçlandırıcı işlemlerle ilgisi olamaz. Bu hususun, satış vaadine dayalı olarak açılan tescile zorlama davasının, hatta dava sırasında tapuda bir tasarruf işlemi gerçekleştirilse bile davacıya karşı ileri sürülmesinin diye şerh ile güçlendirilmiş olan bu davanın reddi için gerekçe olarak anılması mümkün değildir. Burada, anladığımız kadarı ile, “münazaünfih hakların muhafazası” amacıyla gerekli olan şerh dava sırasında verilmiştir. Oysa 14. HD, bu gerekçeye dayanarak, “şu hali ile İbrahim’e (önceki tarihli ve bu yüzden daha sonrakilere üstünlüğü olan satış vaadinin alacaklısına) yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile Süleyman’ın (satış vaadine dayalı olarak tescile zorlama davası açan ve hakkını kaybetmemek için şerh verdiren davacının) davasının kabulü isabetli görülememiştir” şeklinde karara varmaktadır. Yargıtay bu kararıyla, dava sırasında verilecek olan MK m.920/1 anlamındaki şerhin anlamı olmayacağını da iddia etmektedir. Oysa ki, bu amaçla verilen ve kanunî dayanağı açık olan bir şerhin Yargıtayın yarattığı bir ilke ile hiçe sayılması mümkün değildir.

Kaldı ki, biz dava konusu satış vaadine üçüncü kişi olan “müdahil”in hangi sıfatla bu davanın tarafı olabildiğini de çözebilmiş değiliz. Önceki tarihli olan başka bir satış vaadinin tarafı olarak nisbî hak sahibi olan bu kişi, satış vaadinden doğan haklarını ancak satış vaadinin karşı tarafına karşı ileri sürebilecektir. Yoksa, tasarruf işlemi için dava açmış başka bir borç ilişkisinin alacaklısının davasına, aynı konulu bir alacak hakkı var diye katılması, bu davada taraf olması düşünülemez. Bu ancak müdahil olacak kişinin aynî bir hakkı söz konusu ise müm-

kündür. Ancak 14. HD, “ilk defa yapılan sözleşmeye değer” vererek, satış vaadinden doğan alacak hakkını aynî hak boyutuna taşımıştır.

Üçüncü ve dördüncü kararlarımız aynı içerikte HGK kararı olmaları nedeniyle bize daha vahim görünmektedir. Bunlarda, temel hukuk kavramlarına göre hüküm vermiş olan ilk derece mahkemeleri, haklı olarak, kararlarında direnmiş; fakat, HGK Romadan beri esas alınan temel kavramlara yeni ilkeler getirmeyi daha uygun bulmuştur.

3. “Birden Fazla Satış Vaadinde Birinin Tapuya Şerh Edilmiş Olması” başlıklı HGK kararında (88/8129-89/1227), bir bağımsız bölümün iki ayrı kişiye satılması söz konusudur. İki satış vaadi alacaklısı da ferağa icbar (tescile zorlama) davası açmış ve yargılama sırasında bu davalar birleştirilmiştir. Bu davada da hüküm, yukarıdaki kararlara uygun olarak, “ilk tarihli” satış vaadi alacaklısı olan Nuri lehine verilmiştir. Hükmün gerekçesi olarak, “(...) her iki sözleşme de yasadaki öngörülen koşullara uygun biçimde düzenlendiklerinden hukuken geçerli olduklarına; Nuri Boyacıoğlu’nun dayanağı olan 28.2.1986 günlü sözleşme, sonradan düzenlenen ve Ümit Kayhan’a ait bulunan 10.4.1986 günlü sözleşmeden önce düzenlenmesi nedeniyle tercihini gerekeceğine, 10.4.1986 gün ve 5040 yevden⁸⁵ doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş ise de, bu hukuken güçlendirilmiş hak kendisinden sonra doğacak haklara karşı etkinlik kazanacağına ve daha önce doğan haklara etkinliği bulunmadığına göre, Nuri Boyacıoğlu’nun davasının kabulü ile Ümit Kayhan’ın davasının reddi doğrudur” denmiştir. Böylece sonraki tarihli satış vaadi alacaklısı olan ve tedbirli davrandığını düşünerek aynı gün sözleşmeyi tapuya şerh verdimiş olan Ümit’in yeterince tedbirli davranmadığı net bir şekilde ortaya çıkmıştır. Oysa Ümit’in, yukarıda kararda açıkladığımız üzere, Türkiye’de bulunan 1393 adet noteri dolaşarak, 10 yıl geriye dönük olarak daha önce tarihli bir satış vaadi olup olmadığını araştırması gerekirdi. Çünkü, Yargıtay bu kararları ile şerhin eşyaya bağlı borç etkisini hiçe saymakta, nisbî hakları aynî hak mertebesine çıkarmaktadır. Ümit’in satış vaadinin koşullarını yerine getirdiğinde, şerhten dolayı, tapuda malik kim olursa olsun ona

⁸⁵ Yevmiye defterine kayıt numarası kastedilmektedir.

karşı MK 642'ye dayanarak ifa davası açabileceği ve malikin eşyaya bağlı borç nedeniyle tapu devrini gerçekleştirmek zorunda olduğu, nisbî haklar arasında bir tarih sırasının olmadığı gibi temel ilkeler göz ardı edildiğinde, tedbirli bir kişinin elindeki tek imkan da noterleri taramak olmaktadır.

Ayrıca bu olayda, üç davanın birleştirilmiş olmasından anladığımız kadarıyla, iki satış vaadi alacaklısının malike karşı ayrı davalarla tescille zorlama davası söz konusudur. Üçüncü dava ise, muhtemelen iki alacaklının karşılıklı olarak açtığı davadır. İşte bu noktada eleştirimiz, bu davaların birleştirilmiş olmasına yönelmektedir. Olayda satış vaa-dinin şerh edilmesi söz konusu olduğu ve en azından bizim açımızdan bu yeterince güvence sağladığı için, burada bu tehlike söz konusu olmayacaktır. Ancak aynı konulu birden fazla satış vaadi olup da, hiçbiri herhangi bir şekilde şerh verilmemişse, değineceğimiz tehlike söz konusu olacaktır. Şöyle ki, açılmış olan iki ayrı tescille zorlama davası söz konusu olduğundan, bu davalarda alınan tescilsiz iktisap sonucu yaratan ilamlar da cebri tasarruf işlemi niteliğinde olacağı ve bu nedenle tarih önceliğinin önemi olacağı için, bu davaların ayrı görülmesi gerekmektedir.

Şöyle ki, yukarıda belirttiğimiz şekilde, aynı konuda birbiri ile çelişen borçlandırıcı işlemlerin geçerlidir. Bu konuda borçlandırıcı işlemin nisbî hak olarak alacaklısına tanıdığı ifayı talep yetkisinin konusu olan tasarruf işleminin yerine getirilmesi amacıyla açılacak olan davalar, borçlunun hukuk sahası açısından birbirinden bağımsızdır. Borçlu malvarlığı ile ilgili olarak tüm malvarlığı kalemlerini oluşturan hakları üzerinde, tasarruf yetkisi uyarınca bu davaların gereğini yerine getirme konusunda, sözleşme özgürlüğünün alt başlığı altında irade özgürlüğüne sahiptir. Bu irade özgürlüğü ancak ve ancak mahkeme kararı ile bir alacaklıya mülkiyeti kaazandıran ilamla kaldırılabilir. Artık bu noktada mahkeme kararı ile borçlunun tasarruf yetkisi kalmamış olur. Bu genel ilkeye aykırı bir biçimde, birbiriyle çelişen birden fazla borçlandırıcı işlem için aynı tasarruf işlemine yönelmiş birden fazla dava söz konusu olduğunda, ne bu davaların birleştirilmesi ne de bir alacaklının bir diğer alacaklının davasına müdahalesi mümkündür. Böyle bir yanlışlık halinde hakim, kanunların eşitliği ilkesince, objektif, genel bir hukuk normunu uygulaması gerekirken, borçlunun yerine geçerek ifa-

nın kime gerçekleştirilmesi gerektiğine subjektif olarak karar vermek durumunda kalacaktır. Bu durumda, Yargıtayın bu soruyu oldukça kolay yanıtlamış olmasına rağmen, bizce hakimin borçlarını gereği gibi ifa etmiş birden fazla alacaklı olması halinde hakimin kimi tercih edeceği sorusunun cevabı verilemeyecektir. Bu davalardan birinde yenilik doğuran ve tescilsiz iktisap hali yaratan karar verilince, artık bu kararla davacı yeni malik olacak ve eski malikin nisbî borçlarından sorumlu olmayacaktır. Birden fazla ferağa icbar davasından birinde önce verilen mülkiyeti geçiren karar ile, yargılama aşamasındaki diğer davalar açısından, bir ifa imkansızlığı ortaya çıkacaktır. Bu kişiler artık eski malikten, BK m.96 vd. uyarınca ancak tazminat talep edebileceklerdir⁸⁶.

4. “İki Satış Vaadinden Birine İfanın Gerçekleştirilmesi Halinde Diğerrinin Şerhinden Doğan Eşyaya Bağlı Borç Etkisi” adlı HGK kararında ise, yine iki ayrı satış vaadi konulu bir uyuşmazlık söz konusudur. Borçlandırıcı işlemlerle ilgili bir konuda cümleye bu şekilde başlamak bize anlamsız gelmekle birlikte, “sonraki tarihli” satış vaadi tapuya şerh verilmiş, bundan sonra “önceki tarihli” satış vaadi alacaklısına tapu devri gerçekleştirilmiştir. “Sonraki tarihli” satış vaadi alacaklısı da, satış vaaadinin şerhinin eşyaya bağlı borç etkisine dayanarak tescile zorlama davasını “önceki tarihli” satış vaaadinin alacaklısı ve kendi satış vaaadinin muaccel olduğu anda taşınmazın maliki olan kişiye açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı kabul ederek, mülkiyetin davacıya aidiyetine karar vermiştir. Bu karar Yargıtay tarafından “davalının satış vaadi sözleşmesi öncelik taşıdığı için iki sözleşmeden öncelik taşıyan davalı sözleşmesine itibar etmek gerekir. Davacının kendi sözleşmesini tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak olanları uyarmaya yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce şahsi hak elde eden davalıyı etkilemez” gerekçesi ile bozulmuştur. İlk derece mahkemesi, haklı olarak, kararında direnmiş; fakat, direnme kararı, bu sefer de, HGK tarafından aynı gerekçe ile bozulmuştur.

⁸⁶ Bu durumda borç ilişkisinin sona ereceği hakkındaki görüş ve diğer görüşler için bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 295 vd.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, şerhin önceden (veya sonradan) kazanılan nisbî haklara bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak bu nisbî hakka dayanılarak yapılan şerhten sonra kazanılmış olan ve onun şerhle hakkını bertaraf eden aynî hakları şerhin munzam etkisi dolayısıyla terkin ettirebilecek; aynı zamanda şerhin eşyaya bağlı borç etkisine dayanarak da sonradan mülkiyeti kazanmış kişilerden bu borca riayet etmelerini talep edebilecektir. Davalı taşınmazın mülkiyetini kazanmış olsa bile, muaccel hale gelen ve bu doğrultuda ifası istenen mülkiyeti devir borcundan, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi nedeniyle sorumlu olacaktır.

SONUÇ

Satış vaadleri ister akit yapma vaadi, ister asıl akit olarak kabul edilsin, sonuç itibariyle bir borçlandırıcı işlemdir. Satış vaadleri de tüm borçlandırıcı işlemler gibi, yükümlüsüne borcu ifa konusunda sadece bir borç yükler. Bu nedenle kabul edilen diğer bir ilke de, kişinin borç konusu şeyde hak sahibi olup olmadığına bakılmaksızın, aynı konuda birbiri ile çelişen birden fazla borçlandırıcı işlem yapmasının geçerli olduğudur.

Oysa satış vaadlerinin (ve diğer borçlandırıcı işlemlerin) ifası için gerekli olan tasarruf işleminin yapılabilmesi için, kişinin tasarruf yetkisine sahip olması aranır. Borçlu tasarruf işlemini gerçekleştirirken, birden fazla aynı konulu alacaklısı olsa bile, bunlardan istediğine tasarruf işlemini gerçekleştirebilir. Bu konudaki yetki, tamamen borçluya aittir. Borçlu, bu tasarruf yetkisini borçlandırıcı işlemlerin tarih önceliğine bakmaksızın, subjektif ve tamamen keyfî değer yargıları ile kullanabilir. Örneğin daha fazla para teklif eden kişi ile yapılan satım akdine dayanılarak gerçekleştirilen tasarruf işlemi geçerlidir. Hiçbir şekilde yapılan bu tasarruf işlemi, hukukî sonucu etkileyecek şekilde ahlak ve adaba aykırı olmaz. Karşı taraf kötünietli olsa, yani daha önce yapılmış satım sözleşmeleri ile malın başka kişilere borçlanıldığını bilse bile bu davası ahlaka aykırı kabul edilemez. Ancak, koşulları olduğu takdirde BK m.41/2 anlamında haksız fiil oluşturabilir ki, onda da sadece tazminat talep edilebilir. Bilindiği gibi, nisbî hakların kazanılmasında “iyiniyet” veya kullanılmasında “hakkın kötüye kulla-

nılması” söz konusu olmaz.

Şerh, işte bu sakıncaları bertaraf etmek üzere, satış vaadi alacaklısına, malikin alacak muaccel oluncaya kadar gerçekleştirebileceği tasarruf işlemlerine karşı korunmasını sağlamaktadır. Eşyaya bağlı borç etkisi ile, şerhten sonra gerçekleştirilen başka şerhe bağlı nısbî haklar, ki bunlar şerhle güçlendirildikleri için hüküm ve sonuçlar itibariyle aynı haklar gibi işlem görürler, veya aynı haklar, tarih itibariyle önce yapılmış olan şerhin etkisini asla ortadan kaldıramayacaklardır. Çünkü, şerhten önce kazanılmış nısbî haktan doğan talebin konusu tasarruf işlemi şerhten sonra yapılsa bile, hiçbir şekilde şerhe bağlı talep haklarının önüne geçemez.

Bu sonuçla, şerhe bağlı bir nısbî hakkın eşyaya bağlı borç etkisi, şerhten önce yapılmış ve şerhin objesi taşınmazda aynî hak değişikliği talebi (MK 642 sonucu tescile zorlamaya yönelik dava açan) şerh sahibi tapu kütüğünün aleniliği ilkesince, borçlandırıcı işlem önce yapılmakla birlikte tasarruf işlemi şerhten sonra yapılmamış olması durumunda hiçbir şekilde şerhe konu talebe tercih edilecek üstün hak konumuna, niteliği gereği geçemez.