

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler

Reviews Relating to the Term of “Advance Loan” Created by the Supreme Court’s Decisions Under Construction Agreements in Return for Land Share

Prof. Dr. E. Sabâ ÖZMEN*
Arş. Gör. Müge ÜREM**

Öz:

Son yıllarda Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin yükleniciye devrettiği arsa paylarına ilişkin olarak “*avans*” tabirini kullanmaktadır. Arsa sahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönmesinden önce yüklenicinin “*avans tapu*” olarak anılan arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını üçüncü kişiye devretmesi durumunda, işbu tasarruf işleminin geçerliliği göz ardı edilerek üçüncü kişi adına tescilin yolsuz hale geldiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla aynı etkili dönme görüşüyle paralellik arz ederek verilen kararlar sonucu Yargıtay’ın haksız uygulamalarıyla, tapu kütüğündeki sicile güvenerek yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişiler mağdur edilmektedir. Çalışmamızda bu hatalı uygulamanın neden terkedilmesi gerektiği hakkında açıklamalar yapılmış ve somut örneklerle mağduriyetler dile getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Avans Tapu, Avans Kavramı, Dönme, Fesih, Üçüncü Kişiy Etki, Tescili İsteme, Yolsuz Tescil, İyiniyet.

Abstract:

In recent years, the Supreme Court terms “*advance loan*” related to the land shares which has been transferred by the landlord to the contractor under construction agreement in return for land share. Before the landlord withdraws the agreement on a valid ground, in the event that the contractor transferred the possession right of “*land share as an advance loan*” to the third person, such act of disposal’s validity is ruled out and it is accepted that the entry of the name of third person is unwarranted. Due to the Supreme Court’s unfair practice, third persons who have the possession right from the contractor, are suffered. In our article, the explanations on why it should be given up such unfair practice are worded and the unfair sufferings are tried to be mentioned with the concrete samples.

Keywords:

Construction Agreement in Return for Land Share, Land Share as an Advance Loan, Withdrawal (*ex tunc*), Withdrawal (*ex nunc*), Effect to Third Person, Right to Registration, Unwarranted Entry, Bone Fide.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.
etemsabaozmen@maltepe.edu.tr

** Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
mugeurem@maltepe.edu.tr

GİRİŞ

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde¹ yüklenici, işsahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı, işsahibi de bedel olarak sahip olduğu arsa paylarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyet hakkını yükleniciye devretmeyi borçlanmıştır. Karma (*isimsiz*) sözleşme niteliğinde olmakla², yüklenicinin eser sözleşmesine ilişkin edimi borçlanmış olduğu bu tür sözleşmelerde işsahibi yükleniciye olan borcunu taşınmaz mülkiyeti devri ile gerçekleştirmektedir. Belirtmek gerekir ki, Tapu Kanunu m. 26 vd. ve TMK m. 1009 hükmünde “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” tabirinin kullanılması, onu isimli sözleşme yapmayı, isimsiz sözleşme başlığı altında niteliğini değiştirmeksizin, adlandırma olarak kabul edilmelidir³. Baskın görüşle karşılıklı edimi oluşturan eser meydana getirme (*imali*) ve taşınmaz satışına dayalı mülkiyetle zilyetliğin devri ile ilgili olarak çıkacak uyuşmazlıklarda taşınmaz satışı ve eser sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁴. Tam bu noktada TBK m. 479/I hükmü gereğince işsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olsa da, işin niteliği gereği taraflar aksini kararlaştırarak, işsahibi arsa payını devir borcunu, yüklenici eseri tamamlamadan önce ifa edebilir. İşte bu olguya dayalı sonuçları irdeleyeceğimiz makalemizde bundan böyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici karşısındaki taraf, arsa sahibi olacaktır.

Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin⁵ kurulmasını takiben, peşinen veya yüklenicinin eser imal niceliğine (*inşaattaki ilerlemesine*) göre arsa

¹ Uygulamada bu sözleşme için kat karşılığı inşaat sözleşmesi, vd. gibi tabirlerin kullanılması kabul edilemez. Bu tabirlerin, 1998 yılından önce adlandırılmamış olduğu dönemde kullanılması kabul edilebilecekse de Tapu Kanunu m. 26 hükmünde bu tarihte yapılan değişiklik ve sonrasında da TMK’da yapılan değişikliklerle m. 1009 hükmünde yapılan adlandırma ile yasal bir tabire kavuşmuş olduğu gerçeği karşısında bu sözleşmeye farklı isimler verilmesi doğru değildir. Halk arasında bu şekilde söyleme konu olması TBK m. 19 hükmüne hiçbir sorun çıkarmayacaksa da Yargıtay’ın hemen hemen tüm içtihatlarında sözleşmeyi bu isimle adlandırıyor olması yadırgatıcıdır. Neyse ki Tapu Sicil Tüzüğü m. 47 hükmü bu konudaki doğru isimlendirmeyi yapmıştır. Bkz. E. Sabâ Özmen/ Tuba Akçura Karaman, ‘*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Uygulama Hataları*’, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak-Şubat, 2013, s. 47-75, s. 47 vd.

² Bu yönde bkz. Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 4; Çiğdem Kırcı, ‘*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi*’, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), Ankara, 2007, s. 77-98, s. 81; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 213; bu yönde bkz. Yargıtay 23. HD. E. 2015/366, K. 2015/6416, T. 8.10.2015, Yargıtay 15. HD. E. 2010/2052, K. 2011/2753, T. 5.5.2011, www.kazanci.com. (erişim tarihi) 11.05.2016.

³ Esaslı noktaları kanun hükmüyle belirlemeye konu olmamakla sözleşme, isimsiz sözleşme özelliğini kaybetmemiştir.

⁴ Erman, s. 4; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1106, 1107; Kırcı, s. 81; Gümüş, s. 213.

⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri “*iş sahibinin arsanın belli bir payının devri karşılığında müteahhidin arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt ettiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir.*” Bkz. Özmen/Akçura, s. 47.

payını peyderpey devrini borçlandığı arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını yüklenici adına tapu sicilinde tescil ettirebilir. Bu olasılıkla uygulamada nadir de olsa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi noterde yapılmak yerine tapuda yapılarak arsa payları sözleşmenin doğumu ile birlikte yüklenici adına tescil ettirilmektedir⁶. Farklı uygulamalarda ise yüklenicinin imalatları nicelik olarak tanımlanmakta ve her bir aşamanın fiziki varlığına dayalı kabul ile yükleniciye arsa payı devri yapılmaktadır.

Bu makalenin yazılma amacını oluşturan boyutuyla, eser sözleşmesine ilişkin edimler tam olarak ifa edilmeden yükleniciye devredilen bağımsız bölüm tapularının sözleşmeden dönme halinde doğan hukuki sonuçları duraksamalara yol açmış bulunmaktadır. Yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmemesine bağlı olarak arsa sahibinin, geçerli bir sebebe dayanarak bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmasına yönelik sözleşmeden dönme⁷ beyanının yükleniciye varmasından önce yükleniciye devrettiği arsa payları üzerinde aynî hak kazandığına ilişkin görüşler mevcuttur. Ayrıca aynı sonuca yönelik olarak uygulamada yerleşik (*müstekar*) niteliğiyle, Yargıtay kararlarında sıkça “*avans tapu*” nitelendirmesini görmekteyiz. Bu kavramın hiçbir hukuki dayanağı olmasa da bu yönde kararlarla varılan sonuç öğretide savunulan aynı etkili dönme görüşü ile örtüştüğünden borçlar hukuku genel öğretisi ile birlikte asla gözden kaçırılmaması gereken eşya hukuku öğretisi ilkeleri karşısında uzaklaşılması sebebiyle işbu makaleyi yazma amacını taşımaktayız⁸.

I. ARSA SAHİBİNİN YÜKLENİCİYE DEVRETTİĞİ ARSA PAYLARININ “AVANS” NİTELİĞİNDE OLDUĞUNU KABUL EDEN YARGITAY KARARLARINDAN ÖRNEKLER

Yargıtay’ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin yükleniciye devrettiği arsa paylarına ilişkin olarak “*avans*” tabirini kullandığı kararlardaki önemli ifadeler şöyledir:

⁶ Tapu dairelerinde öncesinde noter sözleşmesi yapılmaksızın yükleniciye arsa mülkiyeti payının sözleşmenin kurulmasıyla birlikte devrinin kararlaştırıldığı hallerde doğrudan tapuda yapılan “resmî senetlere” kat karşılığı “temlik” adlandırmasının yapılması tamamen bilimsellikten uzak, fahiş hatalıdır. Çünkü buraya monte edilen temlik tabirinin Türk tapu mevzuatında neyi karşıladığı özel hukukun bilimsel terminolojisi karşısında gerçekten düşündürücüdür.

⁷ Türk Borçlar Kanunu’nda dönme ve fesih kavramı ayrılmış olup, makale konumuz, *avans tapu* uygulaması sözleşmeden dönme halinde yüklenici tarafından devredilmiş tüm tapulara, fesih halinde ise aşağıda değineceğimiz %90 (*bazen %95*) niceliğe bağlı olarak yüklenicinin bu orana dayalı hak kazanmaması sonucu adına tescilli tapulara ilişkin açılacak davalar konusunda sonuçları irdelemek olacaktır.

⁸ Bu konuda ayrıca Özmen’in 10.06.2016 tarihinde Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen “Çankaya Üniversitesi 20. Kuruluş Yılı Etkinlikleri Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukuku’nda Değişimler Sempozyumu”nda “Türk Medeni Kanunu Sisteminde Taşınmaz Yönelik Davaların Değerlendirilmesi ve Tapu İptal Davası Kavramı Üzerine Düşünceler” başlıklı tebliğinin basılması halinde, bu konuda bir kaynak olacaktır.

“Yüklenicinin, ücrete (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi, edimini ifa etmesine, yani inşaatı eksiksiz ve kusursuz yapıp teslim etmesine bağlıdır. İşin başında, yükleniciye bir kısım tapu paylarının geçirilmesi, deyim yerindeyse, avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili feshi⁹ halinde bu tapu payları, BK'nin 108/l. maddesi uyarınca, talep halinde, arsa sahibine geri döner. Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar. Kaldı ki, henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyi niyetli oldukları kabul edilemez. Burada, MK'nin 931¹⁰. Maddesi uygulanmaz. Zira, henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir.”¹¹.

“Uygulamada, yüklenici tapuda hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte, ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir.”¹².

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişiye yapıları taşınmaz veya taşınmaz payı temlikli "avans" niteliğindedir.”¹³.

“...yükleniciden pay satın alan kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenemez. Zira arsa sahibince yükleniciye devredilen payları avans niteliğinde olup, yüklenicinin, dolayısıyla pay temlikinde bulunduğu üçüncü kişilerin bu paya hak kazanabilmeleri yüklenicinin inşaatı sözleşmesine uygun şekilde tamamlayıp teslim etmesine bağlı bulunmaktadır.”¹⁴.

“Bu tür sözleşmelerde, henüz işin başında yükleniciye bir kısım tapu paylarının devredilmesi avans niteliğindedir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 162. ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca;

⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olmadığı bu dönemde, dönme-fesih ayırımına dayalı yasal tabir ayırımının eBK'da yer almaması sonucu “geriye etkili fesih” tabirinin kullanılmasına dikkat çekmek isteriz. Artık bu içtihadın günümüz uygulamasında sözleşmeden dönme kavramına bağlı yorumlanması gerekecektir.

¹⁰ Bu içtihat eMK döneminde verilmiş olmakla bu hüküm artık TMK m. 1023'te yer almaktadır.

¹¹ Yargıtay 15. HD. E. 1998/2147, K. 1998/2779, T. 24.6.1998, www.kazanci.com, (erişim tarihi) 11.05.2016.

¹² Yargıtay 15. HD. E. 2011/1819, K. 2011/3203, T. 31.5.2011, www.kazanci.com, (erişim tarihi) 11.05.2016.

¹³ Yargıtay 15. HD. E. 2009/4222, K. 2010/4818, T. 27.9.2010, www.kazanci.com, (erişim tarihi) 11.05.2016.

¹⁴ Yargıtay 15. HD. E. 2011/1240, K. 2012/1811, T. 22.3.2012, www.kazanci.com. (erişim tarihi) 11.05.2016.

yüklenici hak ettiği oranda alacak haklarını üçüncü kişilere temlik edebilir. Arsa sahibinin yükleniciye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapmış olduğu arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenici yüklendiği edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar. Sözleşmenin geriye etkili feshi¹⁵ halinde bu tapu payları 818 Sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini¹⁶ isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefının haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir.¹⁷

“Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun'un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.”¹⁸

II. YARGITAY KARARLARINDA BENİMSENEN AYNÎ ETKİLİ DÖNME GÖRÜŞÜ

Son yıllarda Yargıtay'ın kararlarında sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından aynî etkili dönme (*istihkak*) görüşü¹⁹ ile (ve fakat hiçbir şekilde bu görüş kararda

¹⁵ Bu tabir de 6098 sayılı yeni TBK döneminde verilmiş olmasına rağmen hatalı olup, artık TBK m. 125, 126 hükümlerinin kıyasen doğru tabirle, dönme tabirinin kullanılacağında kuşku yoktur.

¹⁶ Tapu iptal davası olarak yanlış adlandırma ile açılan davalar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. E. Sabâ Özmen/ Gülşah Sinem Aydın, ‘Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)’, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2014/6, s. 179-215. Bu konuda kullanılan tabir, aşağıda irdedeceğimiz aynî etkili dönme görüşü uyarınca yolsuz tescilin düzeltilmesi TMK m. 1025 hükmü olacaktır.

¹⁷ Yargıtay 23. HD. E. 2014/1593, K. 2014/7945, T. 9.12.2014, www.kazanci.com, (erişim tarihi) 11.05.2016.

¹⁸ Yargıtay 23. HD. E. 2013/8856. K. 2014/2679, T. 7.4.2014, www.kazanci.com, (erişim tarihi) 11.05.2016.

¹⁹ Bu görüşü savunan yazarlar: Markus Knellwolf, ‘Zur Wirkung des Rücktritts’, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 109 (1990) I. s. 389-413, s. 409 vd.; Max Keller/ Christian Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht. Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht*, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1988, s. 277, 278; Felix R. Ehrat, *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR*, Schulthess, Zürich, 1990, N. 480; M. Turgut Öz, ‘İsviçre Federal Mahkemesi'nin Sözleşmeden Dönmeye Aynî Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine’, MHAD, C. 20, s. 48-57, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1996, s. 52, 53; M. Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Kitap, İstanbul, 1989, s. 39 vd., 240 vd.; M. Turgut Öz, ‘Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme

gerekçeli tartışılmadan) paralel sonuçlara vardığını anlamaktayız. Vardığı sonuç itibariyle aksi düşünilemeyecek boyutuyla görüş şu şekilde özetlenebilir: Sözleşmeden dönme ile tasarruf işlemi geçmişe etkili biçimde hükümsüz hale gelir ve ifa edilmiş edimlerin iadesi aynî hakka dayanır. Sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa varmasıyla hukuki sebep, hem ifa edilmemiş edim yükümlülükleri hem de ifa edilmiş edim yükümlülükleri bakımından geçmişe etkili biçimde sona erdiğinden dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynî hakların devralana hiç geçmediği kabul edilir.

Geçerliliği, geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektirmeyen, yani sebepten soyut tasarruf işlemleri sözleşmeden dönme ile sebepsiz zenginleşme niteliği kazanırken, geçerliliği geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığına bağlı olan sebebe bağlı tasarruf işlemleri ise sözleşmeden dönme ile hükümsüz hale gelir²⁰. Dolayısıyla sebebe bağlı taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren sözleşmeden dönülmesinde artık mülkiyetin halihazır malikine ait olması düşünilemeyeceğinden, TMK m. 1025 hükmü gereğince sebebe bağlı tasarruf işlemi olan tescil yolsuz hale gelecektir. Böylece temelinde yatan istihkak iddiasıyla davacı, herhangi bir süreye tâbi olmaksızın tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilecektir²¹.

III. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SONUÇLARINA İLİŞKİN KATILDIĞIMIZ SONUÇ

Katıldığımız kanunî borç ilişkisi görüşü (*Vertragstheorie-Legaleschuldverhältnistheorie*)²² uyarınca ise sözleşmenin doğrudan ve geçmişe etkili biçimde (*ex tunc*) ortadan kalktığı, dönülen sözleşme uyarınca önceden yapılan kazandırmalar sebebe bağlı tasarruf işlemiyle yapılmış olsa dahi, devredilmiş hakkın kendiliğinden hak sahibine dönmeyeceği ve sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemi üzerinde etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu görüş savunucularına göre, sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili biçimde

Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD, Yıl 13, No 16, 1979-80-81, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 131-172, s. 141, 162 vd.; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998'den Tıpkı Basım, 2014, s. 121, 134 vd.; Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 269; Turan Şahin, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 282. Buz, s. 134 vd.'da bu görüşe neden üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin uzun bir gerekçe sunmuştur.

²⁰ Ayan, s. 267; Şahin, s. 282.

²¹ Buz, s. 140, 172, 173.

²² Bu görüşü savunan yazarlar: Paul Piotet, 'Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi', Çev. İlhan Helvacı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 917-924, s. 923; Hermann Becker, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht. I. Abteilung, Art. 1-183*, Verlag von Staempfli, Bern, 1941, Art. 109, N. 4, 5; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 968; Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 78, 79; Alman hukukunda BGB §346 hükmü sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenlemektedir ve düzenleme sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade borcundan farklıdır. Bkz. Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, s. 165 vd.

sona erse de bu, ifa edilmiş edimlerin yapıldığı süreçte geçerliliğine dayalı olarak sebepten yoksun olduğu anlamına gelmeyecektir.

IV. YARGITAY KARARLARINDA YARATILAN "AVANS TAPU" KAVRAMINA VE AYNI ETKİLİ DÖNME GÖRÜŞÜNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Yukarıda andığımız kararlarda üzerinde durulan noktaları farklı başlıklar altında değerlendireceğiz.

A. Avans Kavramı ve Kavramın Türk Borçlar Kanunu'na Bağlı Niteliği

Avans, sözlük anlamıyla "*Alacağına sayılmak üzere önceden yapılan ödeme; öndelik*" demektir²³. Ancak bu araştırma kapsamında unutulmaması gereken nokta, Türk Borçlar Kanunu'nda avans ifadesi m. 406/IV, 416/II, 425/I, 443/II, 510/I, 604/II, 627/II ve 643 hükümlerinde zikredilmiş olup, her seferinde yaptığımız tanıma bağlı olarak para borcu karşılığı kullanılmıştır. Hemen belirtelim, avans ile TBK m. 177 hükmünde düzenlenen bağlanma parası asla karıştırılmamalıdır. TBK m. 178 hükmünde düzenlenen cayma parasından farklı olarak, bağlanma parası sözleşmenin yapıldığına kanıt olmak üzere verilmiş sayılan ve fakat resmi şekle bağlı sözleşmelerde bu şekle uyulmadıkça hiçbir işlev görmeyecek olan bir tasarruf işlemi karşısında olduğumuz açıktır²⁴. Ancak resmi şekle tabi olmayan sözleşmelerde daha çok karşımıza çıkacak uygulamasıyla bağlanma parası verilmiş olması Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği TBK m. 177/II hükmündeki²⁵ yeni karine ile (*eski karine ters çevrilmekle*)²⁶ aynı zamanda bağlanma parasını veren tarafın borcunun para borcu olması halinde kısmen ifa işlevi de görmektedir.

Avansın, kural olarak, mahsubu²⁷ gerekecek asıl edimin sözleşmenin yapıldığı sırada belirli olmadığı hallerde sözleşme iradeleri veya kanunun getirdiği hükümlerle belirlenebilir olacak para borcuna mahsuben verildiğini görüyoruz. Bu kapsamda yapılan avansların iadesi gerektiğinde verilen avans, mahsuba konu olacaktır. Örneğin, avans tabirinin kullanıldığı vekâlet sözleşmesinde vekilin göreceği işlerin masrafı olarak vekile 1.500TL. ödeme yapıldığında, TBK m. 510

²³ <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/avans>, (erişim tarihi) 09.05.2016.

²⁴ Bu yönde bkz. "*akdi yapanlardan biri tarafından diğerine ödenenin pey akçesi veya cayma akçesinin ceza şartı gibi borcu kıvvetlendirmeye yarayan fer'i şart olup, esas akit geçerli olmazsa fer'i şartın da geçerli olmayacağı, geçerli olmayan akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pey akçesinin veya cayma akçesinin geri verilmesinin sebepsiz mal edinmeye ilişkin hükümler gereğince istenebileceği gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmesi isabetli bulunmuştur.*", Yargıtay 19. HD. E. 2015/1769, K. 2015/17126, T. 17.12.2015, www.kazanci.com, (erişim tarihi) 11.05.2016.

²⁵ "*Aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülmür.*".

²⁶ eBK m. 156/II ise şöyleydi: "*Hilafına mahalli adet veya mukavele olmadıkça, pey akçesini alan, alacağına mahsup etmeyerek onu muhafaza eder.*".

²⁷ "*Mahsup: Hesaplaşma; sayılmış; hesap edilmiş; bir alacak miktarının bazı nedenler yüzünden indirime uyruk tutulması; genellikle aralarında bağlantı bulunan iki alacağın, birbirine sayışılması; saymanlıktan avans olarak borçlanılmış olan mutemedin, bu avansı öngörülen hizmete harcadıktan sonra, harcamaya ilişkin belgeleri ibraz ederek almış olduğu avansın düşürmesi.*". Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 766.

hükmünce vekâlet verenin tüm masrafları ödeme yükümlülüğü gereğince vekilin 1.000TL.lik masraf alacağına hak kazanması halinde, kendisine avansın mahsubu sonucunda 500TL.’nin iadesi gerekecektir.

Para borcu dışında karşımıza çıkacak olan kavram, edimin bütünü göz önüne alındığında edimin bir kısmı yerine getirilecekse, kesinlikle avans tabirinin kullanılmasına gerek olmayıp, “kısmen ifa”dır. Kısmen ifa başlığı altında kural olarak hukuki niteliğince bölünmeye dayalı olarak cins borcu akla gelecektir. Bu tür bir cins borcunun ifasında, kural olarak, edimin bütün olarak ifası gerekeceğinden kuşku yoktur. Ancak sözleşmeye konan hükümlerle, TBK m. 183 hükmü ya da borçluya, alacaklıya karşı yapılan öneri ile bu konuda kanundaki koşullara bağlı olarak yetki tanınmakla edimin kısım kısım bölünebilir ifası sözleşme özgürlüğüne kararlaştırılabilecektir. Dürüstlük kuralı ilkesince de kısmen ifanın kabulü gerekebilir. Örneğin, binlerce kitabın ciltlenmesine ilişkin bir eser sözleşmesinde ciltlenmiş kitapların parça parça teslimi teklifini, yani bölünerek kısmen ifasını, iş sahibinin sözleşmede böyle bir yetki bulunmadığından bahisle, bütün ciltlerin bir defada teslim edilmesi gerektiği yolundaki savunması kabul görmeyecek olup, her şeyden önce dürüstlük kuralının bu talebe geçit vermeyeceği açıktır.

Taşınmaz mülkiyetinin ilk akla gelen boyutuyla “parça borcu (*ferden tayin edilen borç*)” niteliği karşısında kısmen ifaya konu olamayacağı; birden fazla bağımsız bölümün kat mülkiyetine konu olarak tapu siciline kayıtlı taşınmaz niteliğiyle ayrı ayrı ifası gerekmele borçlu selef malikin, halefi adına tescil yükümlülüğünde bölünmeden söz edilemeyecektir. Gerçekten de parça borcu olarak birden çok taşınmaz mülkiyeti konusu bağımsız bölümün yükleniciye devri gereken hallerde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca her birinin (*TMK m. 704 hükmünce ayrı ayrı taşınmaz mülkiyetinin konusu olmakla*) mülkiyetinin devri ile ifasının gerekeceği tartışmasızdır. Ancak misli/misli olmayan mal ayrımı eşyanın fiziki varlığına göre belirlenmekle eşya hukukunun buna karşılık cins/parça borcu ayrımı bu borcu yer aldığı sözleşmedeki irade beyanlarının TBK m. 19 hükmünce yorumu tabi olmakla borçlar hukukunun konusudur²⁸.

Misli mal, kural olarak, cins borcu konusu olacaksa da, tarafların iradesiyle parça borcu haline gelebilir²⁹. Buna karşılık taşınmaz tapuya kayıtlı

²⁸ Cins (*çeşit-tür-nevi*) borcu (*Gattungsschuld*), tarafların sözleşmede edim konusu şeyi, sadece genel nitelikleriyle belirlemiş olduğu hallerde borçlunun kararlaştırılan miktar ve nitelikte şeyi seçerek edim konusunu belirlemesi halinde vardır. Bkz. Andreas Von Tuhr/ Hans Peter, *Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts. Band I*, Schulthess. Zürich, 1979, s. 53, 54; Oğuzman/Öz, C. I, N. 26; Eren, s. 111.

²⁹ Örneğin, karpuz misli mal olmakla, satışı cins borcuna konu olur. Ancak, karpuz festivalinde üreticilerin karpuzlarının yarışmaya konu olması halinde birinci gelen karpuz en yüksek fiyatı veren alıcı, parça borcu konusu olarak birinci gelen karpuzun mülkiyetinin devrini talebe haklı olacaktır. Buna karşılık ikinci el otomobillere ilişkin yapılan satım sözleşmesi misli olmayan mal olmakla, parça borcunun konusu olacağı açıktır. Ancak bir film yapımcısının 1960’lı yıllara ait altı otomobil, bir adet kamyonet ve bir adet otobüsün filminde kullanma isteği üzerine satıcı ile sözleşme yapması halinde ikinci el plakalı bu araçların mülkiyetinin devri aşamasında misli olmayan mal olmasına rağmen cins borcunun konusu olarak ifa edilecektir.

olmakla, sahip olduğu parsel numarasıyla eşya hukuku açısından misli olmayan mal niteliğiyle, kural olarak, parça borcunun konusudur. Ancak misli olmayan mal olmasına rağmen taşınmaza ilişkin bir sözleşmede cins borcu konusu haline getirilmesi mümkündür. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kart irtifakına konu taşınmazların noter resmi senedinde fer'den tayin edilmesi halinde, her biri ayrı kat irtifakı olarak tapu siciline kayıtlı misli olmayan bağımsız bölüm taşınmazları parça borcu niteliğinde mülkiyetin devrini ifa etmek gerekecektir. Hâlbuki, örneğin mirasbırakanın ölümü bağlı tasarrufunda “*Kiradaki evlerinden birini yeğenim Yeşim'e vasiyet ediyorum.*” arzusu bulunsun. Bu takdirde mirasbırakanın değişik il ve semtlerde onlarca bağımsız bölüm sahibi olması karşısında, herhangi bir belirleme yapmadan yalnızca birini yeğenine bıraktığı yönündeki beyanı, somut olayda cins borcunun olduğunu gösterir. Bu taşınmazın cins borcu niteliğine dayalı alacak hakkı uyarınca TMK m. 716 hükmüne göre tescili talep hakkına konu olabilmesi için ön sorun olarak bağımsız bölümün belirlenmesi gerekecektir. Mirasçı, hâkimin müdahalesiyle belirlenmesi halinde cins borcu, artık parça borcuna dönüşeceğiinden tescilsiz edinme ile (*mahkeme ilâmı ile TMK m. 705/II*) bağımsız bölümün sahibi olabilecektir.

Seçimlik borç olarak sözleşmede seçim hakkının kimin ait olduğu belirlenmiş olmakla bu konuda uyuşmazlık, ayrıca sözleşmede inşaat oranının, örneğin %50'şer olarak belirlenmesi halinde doğacaktır. Arsa maliki, seçiminde arsa payı düşük on adet bağımsız bölümü, örneğin vasiyeti ifa borçlusu kanuni mirasçılar seçimde en küçük metrekareli ve değeri en düşük bağımsız bölümün mülkiyetini devir önerisinde bulunmaları halinde, bu takdirde geçerli bir ifa yapmış olmayacaktır. Bu durumda uyuşmazlıkta cins borcu olarak nitelendirmemize bağlı olarak, TBK m. 86 hükmü gereğince ortalama nitelikte olmak üzere, mirasbırakanın terekesinde bulunan dairelerden bilirkişi saptaması sonucunda ortalama değere sahip taşınmaz mülkiyetinin devri gerekecektir.

Vardığımız bu sonuçlarla taşınmazın yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle misli olmayan mal olarak kat irtifakına konu bağımsız bölümleri cins borcu olarak taahhüt etmesi halinde, vadelere bağlı olarak kısmen ifası mümkün olabilecektir. Ancak bu araştırma sonuçları bakımından özlüce belirtmek istersek, bu halde dahi mahsubu gereken bir edim yükümlülüğü karşısında olmadığımız açık olmakla avans tapu kavramına yer yoktur.

B. Arsa Sahibinin Arsa Payları Üzerindeki Mülkiyet Hakkını Yükleniciye Devretmesi Avans Olarak Değerlendirilemez

Avans, para borçlarının ileride asıl borçtan mahsup edilmek üzere önceden ödenmesi olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin aslî borcunu ifasının “*avans*” olarak “*finans temini amacıyla olduğu*”nun kabulü mümkün değildir. Öğretide, arsa sahibinin arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının tapu sicilinde yüklenici adına tescilinin para borcunun ifası gibi nitelendirilmesi

tapu sicilinin açıklık ilkesine, tapu siciline güven ilkesine aykırı sonuçlara yol açacağı şeklinde kısa bir ifade ile belirtilmiştir³⁰.

Bu makale amacı doğrultusunda ayrıntılı gerekçelendirme gerekliliği karşısında öncelikle finans temini amacı üzerinde duracak olursak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sübjektif esaslı noktaları arasında arsa sahibinin finans teminine olan ihtiyacını giderme amacı yoktur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurumsal finansman temininde yaşanan güçlüklerin varlığı ile tüketim ödücü (*karz*) sözleşmesinde finans temini sebebi (*causa*) birbirinden farklı hukuki sonuçlara tabidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin diğer tarafa değişime konu edimi alacak sebebiyle (*causa credendi*) edinebilmesi yolunda ifa edilmesi hiçbir şekilde finans temini olarak değerlendirilemez. Bu sebep, tüketim ödücü örneği için söz konusu olabilir. Böylece ivaz olarak karşılık faiz talebine hak kazanma olgusu kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen niteliğini tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme yolunda değiştirerek karşı edim borcu altına sokar.

Oysa alacak sebebi (*causa credendi*) uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz sözleşme niteliği gereği bedel ödenmemesi sonucu, arsa malikinin özgürlüğüne dayalı talebiyle, çoğu kez kira gelirini elde etme saikiyle bağımsız bölüm mülkiyetine sahip olma arzusundan doğmaktadır. Andığımız saik, Türk halkının bankada mevduat hesabı açmaktan ziyade kira geliri getiren taşınmazlara sahip olmayı tercih etmesine yol açmaktadır. Bu isteğe karşılık yüklenicinin arsaya peşin bedel ödemektense kendi ticari faaliyeti kapsamında arsa sahibine ait araziye bütünüyle parça imalatlarını eser sözleşmesi edimi olarak yerine getirmesi sonucu arsa payı edinmesi başarılı sözleşme örneklerinden birine vücut vermektedir. Yüklenicinin alacak hakkı TMK m. 716 hükmünce tescilli isteme hakkı doğrultusunda hiçbir şekilde avans olarak nitelendirilemez. Yukarıda andığımız gibi burada cins borcu niteliğinde devredilmiş olsa bile hesabı verilecek bir masraf gibi avanstan söz edilemez; niceliği belli bağımsız bölümlerin bölünebilir edim olarak sözleşmede kararlaştırılan vadeye bağlı kısım kısım (*dairelerin bölünmekle*) ifası söz konusudur.

Sonuç olarak, Türk özel hukukunda olmayan “*avans tapu*” tabiri yukarıda incelediğimiz aynı etkili dönme görüşüyle paralel sonucu ile ciddi mağduriyetlere yol açmaktadır. Şöyle ki, andığımız Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere avans tapu kavramını yaratması hukuki garabetin zirvesini oluşturmuştur. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde “*avans*” tabirinin olmaması, buna karşılık TBK m. 84 hükmü gereğince “*kısmen ifa*” tabirinin ancak bölünebilir edimlerde ve cins borcu için geçerli oluşu atlanarak anılan kavrama vücut verilmiş bulunmaktadır. Roma hukukunun klasik öğretisinden sapılarak verilmiş Yargıtay kararlarından kötünietli kimselerin yararlan-

³⁰ Kırca, s. 97; Zafer Kahraman, ‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu’, *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 425-458, s. 445 vd.

maya kalkışması karşısında varılan sonuçların bilimsel bir süzgeçten geçirilmesi gerekecektir. Varılan hatalı sonuçların böyle mesnetsizce kabul edilmesi haksız uygulamaların yaşanacak mağduriyetlerde korunması gereken çıkara değil, tam aksi çıkarlara hizmet edeceği açıktır.

“Makalemizin sonuna eklediğimiz fotoğraf bu tür bilimsel araştırmalarda pek alışık olmadığımız bir üslup olsa da, pankartta yer alan “*Kamuoyunun Dikkatine! Bedeli Karşılığını Satın Aldığımız Dairelerimizin Tapularının Mahkeme Kararı ve Yargıtay’ın Onayı ile Arsa Sahiplerine Devrine Karar Verilmiştir. Bu Haksız ve Adaletsiz Kararı Kınıyoruz.*” ifadesindeki mağduriyetlerin, araştırma konumuz fahiş hatalı içtihatların değiştirilmesi yolunda işlev göreceğini temenni etmekteyiz.”

C. Yüklenicinin İşsahibinden Devraldığı Bağımsız Bölümleri İade Borcunun Kapsamı ve Hukuki Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin kendisine düşen eser sözleşmesine ilişkin edimleri tamamen ifa etmeden kendisine yapılan arsa payı devirlerine ilişkin tescilin tasarruf işlemi olarak yapıldığı sırada sözleşmenin tamamen geçerli olduğu unutulmamalıdır. Böylece vadesi gelen bağımsız bölümlerin teslim borcu ile birlikte arsa maliki borçlu, malvarlığının pasifinde yer alan bağımsız bölümleri teslim borcunu ifa ile borcunu sona erdirmektedir. Taşınmazların yükleniciye devrine yönelik tasarruf işlemi, yani mülkiyetin alıcıya geçişi mutlaktır. Geçerli sebebe dayanan bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımıyla ortadan kalkan sözleşme baştan itibaren ortadan kalkmakla sebepten yoksun hale gelişi nedeniyle sebepsiz zenginleşmeye vücut verecektir.

Gereçlendirmek gerekirse, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi ayrımı arasında roma hukukundan gelen klasik niteliğiyle borçlandırıcı işlem geçerli iken yapılmış geçerli tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin “sonradan” ortadan kalkmasıyla geçersiz hale gelmez³¹. İşte bu nedenle karşımıza hukuki sebebin sonradan ortadan kalması sonucu karşı tarafın malvarlığında sebepsiz zenginleşme oluşturduğu kabul edilmektedir (*condictio ob causam finitam*).

Hukuk sistemimizin bu sonucu benimsediğine ilişkin bir örnek vermek gerekirse; TBK m. 136/II hükmünün açık ifadesi³² karşısında hiçbir yoruma ihtiyaç barındırmayan sonuç gözden kaçırılmamalıdır. Aynı şekilde sözleşmeden dönme halinde de karşı tarafın malvarlığında bozucu yenilik doğuran hakkın varlığıyla ortadan kalkan borçlandırıcı işlem, beraberinde tasarruf işleminin geçersizliği-

³¹ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 952; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 91; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, §17, N. 50.

Borçlandırıcı işlemde dönmenin tasarruf işlemine etkisi hakkında ayrıntı için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 142 vd.

³² “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermeye yükümlü olup...*”.

ne yol açmaz. İşte bu sonuçla, sözleşmeden dönmenin kendine özgü niteliğiyle olumsuz (*menfi*) zararları da tazmine hak kazandırıyor olması, zamanaşımı bakımından ikili (*dualist*) bir sonucu gark olmamak için tasfiye ilişkisinin hem iade hem de olumsuz zararlarının tazmini bakımından on yıllık zamanaşımına tabi olmasını sağlamak amacıyla kanuni borç ilişkisi görüşü yaratılmıştır. Ancak iade konusu (*örneğin, zilyetliğin iadesi kapsamı gibi*) sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olarak gerçekleştirileceği savunulmaktadır. Temelindeki kazandırma sebebinden yoksun kalmakla karşı tarafın malvarlığında ona zenginleşme sağlayan edinimlerin iadesi gerekeceği açıktır.

Savunduğumuz kanuni borç ilişkisi görüşünün sonucu olarak sebepsiz zenginleşme ile iadesi istenen eşya, taşınmaz olursa bu taktirde karşımıza çıkan dava TMK m. 716/I hükmü³³ gereğince tescili isteme davasından ibaret olacaktır. Talep, hiçbir şekilde TMK m. 683 hükmüne istihkak niteliğinde yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına (*TMK m. 1025*) konu olmayacaktır. Oysa Yargıtay kararları uyarınca aynı kurguda arsa sahibinden başlangıçta geçerli sözleşmeye dayalı edinimiyle taşınmaz mülkiyetini bağımsız bölümler üzerinde edinmiş yüklenicinin mülkiyet hakkını sözleşmeden dönme ile kaybettiği sonucuna varılmaktadır. Doğal olarak yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin, geçerli şekilde devraldığı arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını yitirdiği sonucuna varılmaktadır. Kararlarda buna gerekçe olarak “*Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar.*” ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere, yükleniciden TMK m. 992 hükmüne geçerli mülkiyet karinesine dayalı olarak bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin, selefî olan yüklenici gibi, adına tapu siciline tescil yapılmış olsa bile arsa sahibine istihkak iddiası ile açılan davada üçüncü kişilere iade yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır.

Roma hukuku temelli klasik öğretinin çözümlerinden uzaklaşılnca andığımız türdeki mağduriyetlerin yaşanması kaçınılmaz olmaktadır. Yargıtayca avans tapu kavramı, öğretide de aynı neticeli dönme görüşü savunulurken, borçlar öğretisi kalıpları içinde varılan bu sonucun eşya hukuku öğretisi açısından yarattığı etkinin gözlenmemesi, hatalı sonuçlara ulaşılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Şöyle ki, eşya hukuku öğretisinde tescilin asla geciktirici veya bozucu koşula tâbi olması mümkün değilken, varılan sonuçlar tescili bozucu koşula bağlanmış olmaktadır. Daha ayrıntılı bir gerekçe sunacak olursak; taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemi olan tescilin koşula (*şarta*) bağlanmış olduğunu atlayan Yargıtay anılan mağduriyetlere yol açan kararlara vücut vermektedir. Koşul kurumunu hatalı görüş ve içtihatlarla uygulayarak belirtecek olursak: TBK m. 170 hükmü gereğince

³³ “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”.

geciktirici koşul (*infisahi şart*) ile başlangıçta geçerli sözleşmeye dayalı yapılan tescil, TMK m. 992 hükmünce mülkiyet karinesini tescil sahibi adına oluşturmakta iken, gelecekteki kuşku (*atiye matuf meşkûk*) olgu ile ortadan kalkmakla bu defa mülkiyet karinesi TMK m. 1024 hükmünce yolsuz tescile vücut vererek TMK m. 1025 hükmünce yolsuz tescili düzeltme davası ile düzeltilebilecek boyut kazanmaktadır. Anılan görüşlerin hukuki garabet oluşturan dayanağı buradadır. Bu konuda ileri sürülen savlar borçlar hukuku öğretisi alanında sınırlı kalmakla eşya hukuku öğretisinde yarattığı sonuçlar irdelenmeden oluşmakla andığımız hatalara sebep olmaktadır. Oysa TMK m. 1020/I hükmü ile mutlak karine oluşturan tapu sicilinin açıklığı ilkesi karşısında tescilin bozucu koşula bağlanmış olmasına yol açan bu sonuç asla kabul edilemez.

Öğretide hukuk mantığıyla bağdaşmayan, işlem güvenliğini tehlikeye sokan Yargıtay kararlarıyla varılan hatalı sonucun eleştirisiyle GÜMÜŞ³⁴, haklı olarak “askıda mülkiyet” yaratıldığını iddia ederek böyle bir sonucun Medeni hukuk öğretimizde yeri olmayacağını öne sürmüştür.

Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemi oluşturan tescil talebinin koşula bağlanamayacağı ilkesi gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciden arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanımı, yüklenicinin üstlendiği edimi ifası koşuluna bağlanamaz³⁵.

TBK m. 243/I hükmü gereğince “Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.” Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan bu hüküm hatalı birçok uygulamaya engel olacak niteliktedir³⁶. Ancak konumuz bakımından koşulun tescille bağdaşmayacağına ilişkin sonucu önemlidir. Bu açıdan açık kurala Türk Sicili Tüzüğü’nde rastlamaktayız. Şöyle ki, bu tüzüğün m. 16/II hükmü gereğince de “İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz.” Taşınmaz satım sözleşmesinde tasarruf işlemi olan tapu sicilinde tescilin yapılması için koşulun gerçekleşmesinin arandığı sözleşmelerde koşulun gerçekleşmemesi halinde tescilin yapılamayacağı ve de TMK’da açıkça yer alma-

³⁴ Gümüş, s. 231.

³⁵ Erman, s. 176, 177; Ayan, s. 270, 301; Gümüş, s. 231; Leyla Müjde Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 332. Bu yönde ayrıca bkz. Andreas Von Tuhr/ Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)*, Schulthess, Zurich, 1984, s. 155.

³⁶ Tapu sicil müdürlüklerinde yapılan hatalı uygulamasıyla bilindiği gibi taşınmaz satışına ilişkin borçlandırıcı işlem vade ve koşula bağlı olarak hiçbir engel olmaksızın resmi senet tanzimiyle tapu sicil müdürlüğünde yapılabilecek ve sonra muacceliyet özelliğini kazanmakla tescil talebinin yükümlü taşınmaz maliki tarafından yerine getirilmesi gerekecektir. İşte bu hüküm hiçbir tartışmaya yer vermeksizin bu yönde kural getirmişken hiçbir tapu sicil müdürlüğünde vade ve koşula bağlı olarak resmi senet tanzimi gerçekleştirilememektedir. Bu niteliği ile Türk hukukunda taşınmazın devrine yönelik işlemler roma hukukunun tüketim ödünçü, saklatım ve kullanım ödünçü sözleşmesine dayalı olarak sözleşmenin doğumu için tasarruf işleminin yapılmasını zorunlu kılan reel sözleşme kurumu hiçbir şekilde kanunlarımızda yer almamakta iken yaratılmış olmaktadır.

yan boyutuyla başlangıçta geçerli tescilin sonradan bozucu koşulla yolsuz tescille dönüşümüne olanak tanıyan hükümlerin resmi senette yer almayacağı hükme bağlanmıştır. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur: Bir taşınmaz satışı sözleşmesinin veya mülkiyeti devir borcu doğuran başka bir sözleşmenin (*örneğin bağış sözleşmesi*) tapuda resmi şekilde (*TMK m. 706/Tapu Kanunu m. 26*) yapılmakla, geçerli borçlandırıcı işlem sözleşmenin bozucu koşula bağlanamayacağı söylenemez. İrade özgürlüğüne dayalı isimli ve isimsiz taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemlerin bozucu koşula bağlanabileceğinde tereddüt yoktur. TBK'da bu yönde salt bozucu koşula bağlı kılınmış bir kurumdan söz etmek gerekirse, karşımıza dönme koşullu bağışlama türü olarak bağışlananın bağışlayandan önce ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesi çıkacaktır (*m. 292*).

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

Öğretide savunulduğu üzere, inançlı devirde³⁷ bile geçerli mülkiyet karinesine dayalı³⁸ hakkın kazanılmasında koşul barındırmadığı göz önüne alınacak olursa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici adına tapu kütündeki geçerli tescile rağmen mülkiyet hakkının kazanılmadığını kabul etmek, hukuki temelden yoksundur³⁹.

Sonuç olarak, başlığımız altındaki olasılıkta yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına yer olmamakla, karşımızda TMK m. 716 hükmüne tâbi tescili zorlama davası söz konusudur. Hal böyle olmakla, sebepsiz zenginleşme davasının kişisel

³⁷ Bir hakkı devren kazanan kişinin (*inanılan*), bu hakkı devredenle aralarında kararlaştırdıkları amaca uygun olarak kullanmaya ve gerektiğinde bu hakkı kendisine devretmiş olana (*inanan*) ya da üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesi, diğer tarafın da bu taahhüde güvenerek hakkı devretmiş olması inançlı devirdir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 423; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 575 vd.; M.Kemal Oğuzman/ Özer Selçü/ Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitapçılık, İstanbul, 2015, N. 1447.

³⁸ Gümüş, s. 231, 232'de. "*tam hak kazanımı*" ifadesini kullanmıştır.

³⁹ Gümüş, s. 231, 232.

(*nisbi*) niteliği ile yarattığı borç ilişkisi, üçüncü kişiler tarafından asla ihlal edilemeyecektir. Bu sonucun gereği olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi karşısında yüklenici, zenginleşme konusunu oluşturan taşınmazın eğer hala malvarlığında ise aynen iade ile, yok eğer üçüncü kişilere daha önce devretmişse bu defa ikâme değer olarak bedelini iade ile yükümlü olacaktır. Bu sonuçta zenginleşenin mutlak mülkiyet hakkına dayalı tasarruf yetkisiyle kendisine tapu devri yapılan üçüncü kişilerin hiçbir şekilde sebepsiz zenginleşme davasının yükümlüsü olmayacakları açıktır. Diğer yönden sebepsiz zenginleşmeye vücut veren temel borç ilişkisinde bizzat zenginleşenin ediniminin mutlak niteliğine dayalı olarak üçüncü kişilerin ediniminin hiçbir şekilde iyiniyet araştırmasına bağlı olarak geçerli olacağı savı, asla ileri sürülemez. Şimdi buna ilişkin gerekçelerimizi irdelemeye geçiyoruz.

D. Yükleniciden Bağımsız Bölüm Edinmiş Üçüncü Kişilerin Varlığına Dayalı Hukuki Sonuçlar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde, yukarıda andığımız kararlarda yer alan ifadelerde üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığı peşinen kabul edilmiştir⁴⁰. Özellikle tekrar etmek gerekirse; “*inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyi niyetli oldukları kabul edilemez; yükleniciden pay satın alan kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenemez. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmedeği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmedeğinden aynı Kanun'un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.*”.

İlk olarak vardığımız sonuçla, bu kurguda TMK m. 1023 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir boyut bulunmamaktadır. Çünkü TMK m. 992 hükmüne arsa sahibinin bozucu yenilik doğuran hakla sözleşmeden dönme anına kadar mülkiyet hakkına ve bu bağlamda tasarruf yetkisine sahip yüklenicinin tapu devrinde hiçbir hukuki sakatlık bulunmamaktadır. Bir an için yükleniciden tapu devri yoluyla ba-

⁴⁰ Bu görüşü desteklediğinin anlaşılabilir bkz. Mustafa Arıkan/ Kemal Erdoğan, ‘*Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri*’, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, S. 34, 2015, s. 145-172, s. 166.

İşsahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme hakkını kullanmasından önce üçüncü kişinin kötüniyetli kabul edilmesi, ancak onun işsahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanacağını ve böylelikle tescilin yolsuz hale geleceğini bildiği halde geri verme borcunun kapsamındaki arsa paylarını devraldığı durumlarda mümkündür. Bkz. Öz. s. 261; Buz, s. 142. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşüne göre, işsahibinin sözleşmeden dönmesi halinde önceden yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelmez ve ondan mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişi de kötüniyetli sayılamaz.

ğimsız bölüm edinmiş kişilerin gerekli dikkat ve itinaı göstererek gerek hukukçu gerek inşaat mühendisi gibi bilgileriyle arsa sahibinin bu sözleşmeden dönebileceği olasılığını düşünmeleri halinde bile kötüniyetli sayılmaları yoluyla taşınmazın iadesi ile yükümlü oldukları düşünülemez⁴¹. Kaldı ki, sözleşmeden dönme sonucu asla istihkak talebiyle yarışmayan boyutuyla, yüklenicinin malvarlığında sebepsiz zenginleşmenin varlığına dayalı olarak alacak hakkı doğuran iade talebi, borç ilişkisinin nisbiligi gereği, kanundan doğan borç ilişkisinin tarafı zenginleşene karşı ileri sürülebilir. Bu konuda üçüncü kişilerin fakirleşen ile zenginleşen arasındaki kanundan doğan borç ilişkisinin tarafı olmaları borçlar öğretisinin nisbilik kuralına aykırıdır. Böylece yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş kişilerin yüklenicinin bu ediniminin ileride sözleşmeden dönme sonucu iade ile yükümlü olacağı konusunda iyiniyetli olmasa dahi iade ile yükümlü olmayacakları açıktır⁴². Meğerki TBK m. 49/II hükmünce bu edinimleri kasten ahlâka aykırı bir fiille edinme sonucu gerçekleşsin. Örneğin, yüklenicinin malvarlığı ile sorumluluğunda iadeden kurtulması amacıyla çok düşük bedelle yapıp iflâs eden yüklenicinin geçimini temin yolunda aydan aya bedelini ödeme borcu altına girmesi halinde haksız fiilden aynen tazmin yoluyla taşınmazın iadesi üçüncü kişilerden istenebilecektir⁴³. Bu durumda hâkimin takdir hakkıyla zararın tazmininde aynen giderime karar verilecek olursa, üçüncü kişilerin arsa sahibine taşınmazın iadesi ile yükümlü olması istisnaî olarak ancak bu halde mümkün olacaktır. Uygulamada istisnaî bu kurgu dışında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme halinde arsa sahibi, ancak zenginleşene karşı TMK m. 716 hükmünce tescili isteme davası açabilecek, üçüncü kişilerin bu borç ilişkisini ihlâl edememeleri sonucu hiçbir şekilde iyiniyet araştırmasına ise gerek olmayacaktır.

Yargıtay'ın kararlarında olduğu gibi tescil, bozucu koşula dayalı olarak yolsuz hale gelmekle arsa sahibine yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açma hakkı (TMK m. 1025/1) tanınacak olunursa, TMK m. 1023 hükmünce tescilin olumlu etkisine dayalı olarak aynı hak edinmiş kişilerin iyiniyet iddialarına dayalı kazanımlarına yer olacaktır. Ancak görmekteyiz ki, yadırgatıcı sonucu ile Yargıtay, hâkimin ön sorun olarak davalı yolsuz tescil sahibinin iyiniyetinin olup olmadığı yolunda araştırmasına yer vermemektedir. Eş deyişle, Yargıtay hiçbir şekilde hukuki temeli olmayan kararlarıyla kötüniyetle edinim yolunda mutlak karine yaratmış bulunmaktadır. Bu sonucun varlığı bile genel hukuk ilkelerine ne denli ters düştüğü yolunda açıklamaları gereksiz kılmaktadır.

Yargıtay'ın savunduğu görüşe hiçbir surette katılmadığımızı söylemekle birlikte, Yargıtay'ın savunduğu görüşün "*olması gereken tutarlı sonucu*" olarak arsa sahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde tescil yolsuz hale gelmiş olsa bile arsa sahibi TMK m. 1025 hükmü uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmadan önce ya da TMK m. 1011

⁴¹ Kahraman, s. 448'de üçüncü kişinin kendiliğinden kötüniyetli kılınmayacağı, iyiniyet karinesinin tersine çevrilmesinin yerinde olmadığı savunulmuştur.

⁴² Sözleşmeden dönmenin sonuçlarına yükleniciden geçerli şekilde arsa paylarını devralmış üçüncü kişiler katlanmamalıdır. Bkz. Kırca, s. 97, 98.

⁴³ Özmen/Aydın, s. 197.

hükmü uyarınca geçici tescil şerhi talep edilmeksizin dava açtıktan sonra söz konusu yolsuz tescile dayalı olarak üçüncü kişiden aynı hak kazanan diğer üçüncü kişilerin TMK m. 1023 hükmü uyarınca korunması gerekirken⁴⁴, içtihatlarda TMK m. 1023 hükmünün uygulanamayacağı kabulü kendi içinde apaçık tutarsızlığı gözler önüne sermektedir. Hatta o kadar ifrata gidilmiştir ki, defalarca el değiştiren taşınmazda kat mülkiyetine geçmiş bağımsız bölümlerin son halef maliklerine karşı dönme ve fesih ayırımına vücut veren %90-95 niceliğinde arsa sahibi kendisine kalan bağımsız bölümlerin ufak eksiklikleriyle çevre düzenine ilişkin eksiklikleri bahane ederek anılan orana ulaşmadığı savı ile sözleşmeden dönmesiyle tüm bağımsız bölümlerin adına tescili için açacağı tapu iptal davası ile talep edebilmektedir.

Aynı etkili dönme görüşüyle paralel sonuç bağlayan avans tapu kavramının yarattığı aynı etkiyle taşınmazın mülkiyet hakkının sicil dışı kendiliğinden selef malike döndüğü kabul edilmektedir. Böylece sonradan sözleşmeden dönme olgusunda iyiniyetin varlığını tescilin yolsuz hale gelmesinden sonra değil, tescilin geçerli bir mülkiyet karinesine dayanması sonucu selefenden geçerli edinilmiş olsa da, ileride yolsuz tescil haline gelip gelmeyeceğini gereken dikkat ve itinayla bilebilecek durumda olmanın araştırıldığı iyiniyet olgusundan söz etmekteyiz.

Roma hukukundan gelen temeliyle borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi ilintisinin temellerine aykırı bu sonucun yarattığı mağduriyetler inanılmaz boyutlara ulaşmıştır. Özellikle Çorlu, Konya, Mersin, Kayseri gibi illerimizden gelen haberler bu hatalı içtihadın haksız menfaat elde etmek isteyen kişilere ne tür imkanlar sunduğunu ortaya koymaktadır. Şöyle ki, zamanında tüm bağımsız bölümler satılmış, arsa sahipleri alacaklarına kavuşmuş ve bağımsız bölümlerden kira geliri elde etmekteyken, salt bu içtihadın varlığıyla yüklenicinin imalatının %90 tamamlama oranını geçmediği iddiasıyla sözleşmeden dönmekte ve bu yola yüklenici ile anlaşarak başvurmakta, hatta mahkeme heyeti keşfe geldiğinde %90 tamamlama oranını geçme riskini taşımamak için yüklenici tarafından yapılan bazı imalatların söküldüğü ve yıkıldığı gözlenmiştir. Arsa sahibi ile yüklenicilerin bu içtihada sığınan haksız kazanç elde etmeye dayalı ortaklıkları, “*Adalet arkasında asla müstehzi (alaycı) bir gülüş bırakmamalıdır.*” sözünün ne denli haklı olduğunu ilgili içtihada bağlı olarak kahkaha ile gülüşler görmekteyiz. Bir içtihat bu tür davranışlara gerekçe oluşturmakta ise üzerinde düşünmekte yarar bulunduğu da açıktır.

E. Tapu İptal Davası Adı Altında Değerlendirme

Araştırma konumuza temel oluşturan görüşleri irdelerken iki farklı davadan söz etmiş bulunmaktayız. Gece ile gündüz, akla kara gibi farklılık taşıyan bu iki davanın maalesef uygulamada yıllarca süren bir alışkanlıkla tapu iptal davası başlığı altında yekdiğeri için geçerli olmayan kuralları mevcutken, bu isim altında adlandırılması kabul edilebilir değildir.

⁴⁴ Gümüş, s. 232.

Özlüce sonuç belirtmek gerekirse, görüşümüzce sözleşmeden dönme ile hukuki sebebin ortadan kalkması sonucu (*condictio ob causam finitam*) geçerli olan borçlandırıcı işlem sözleşmeye dayalı yapılmış tasarruf işlemi olan tescilin geçerliliğine dayalı sebepsiz zenginleşme oluşturması karşısında açılacak dava bellidir. Tescili isteme (*ferağa icbar*) davasının (TMK m. 716) kişisel alacak istemine dayanması karşısında davanın başka isimle adlandırılması mümkün olmamalıdır. Sebepsiz zenginleşme oluşturan ve fakat sözleşmeden dönmeye dayalı olumsuz zararları da beraberinde taşıması sonucu kanundan doğan tasfiye ilişkisine vücut veren bu dava açısından taşıdığı özellikleri şöyle sıralayabiliriz⁴⁵:

- Davacı, alacak hakkına dayanır.
- Davalı taşınmaza ilişkin aynı hakkı devir/kurma yükümlülüğü altındadır.
- Zamanaşımına tabidir.
- Şerhi TMK m. 1010/1. bendi; çekişmeli hakların korunması “*niteliğinde yapılır*”.
- HMK m. 125 hükmüne göre davacı, dava aşamasında dava konusunu temlik edebilir.

Buna karşılık aynı etkili dönme görüşünde, sözleşmeden dönme sonucu illilik (*nedensellik*) prensibi ile kendiliğinden yolsuz hale gelen bir tescilden söz etmek gerekmektedir. Bu takdirde açılacak dava ise yolsuz tescilin düzeltilmesi (*tapu sicilinin tashihi*) davasıdır (TMK m. 1025). Bu davaya ilişkin özellikleri sıralayacak olursak⁴⁶:

- Davacı, aynı hakkına dayanır; mülkiyet iddia ediliyorsa istihkak, aynı hakkının ihlali söz konusu ise haksız el atmanın önlenmesi davası söz konusu olur (TMK. m. 683/II).
- Hak düşürücü süre/zamanaşımı yoktur.
- Şerhi, TMK m. 1011; geçici tescil şerhidir.
- HMK m. 125 hükmüne göre davacı dava konusunu temlik edemez.

SONUÇ

Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü uyarınca, arsa sahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönmesi halinde, önceden yapılan tasarruf işlemiyle arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının yüklenici adına tescili, yolsuz tescil haline dönüşmez. İşsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından önce yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişiler de sözleşmeden dönme hakkına yönelik irade beyanının yükleniciye varmasıyla yolsuz tescile dayanarak hak kazanmamış olduğu kabul edilemez. Bu görüş kabul edilse bile TMK m. 1023 hükmü gereğince tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet hakkı kazanan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunması gerekirken, Yargıtay içtihat-

⁴⁵ Ayrıntı için bkz. Özmen/Aydın, s. 197 vd.

⁴⁶ Ayrıntı için bkz. Özmen/Aydın, s. 209 vd.

larıyla üçüncü kişilerin mutlak kötüniyet karinesi yaratılarak hiçbir şekilde iyiniyetli sayılmamaları yolunda kararlar benimsenemez.

Anılan görüş ve Yargıtay'ın haksız uygulamalarıyla, tapu kütüğündeki sicile güvenerek yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişiler, arsa sahibinin gelecekte bir gün sözleşmeden dönebileceğini bilmek zorunda bırakılmakta ve tescilin sözleşmeden dönme ile yolsuz hale geleceğinin kabulü ile mağdur edilmektedir.

