

International Journal of Social Sciences

Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi Konusundaki Yargıtay Kararının Eleştirisi (2)

Erdal, Ömer Büreyde¹

Güven, Neslihan Kavak²

Memiş, Ecem³

Özet

Çalışmamızın birinci bölümünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesini ve bunun hukuki sonuçlarını incelemiştik. Bu kısımda ise, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda Yargıtay'ın benimsemiş olduğu yaklaşımın tutarlı olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, öncelikle “iyiniyet” ve “tapu siciline güven” ilkesi kavramlarına verilecek, devamında Yargıtay'ın görüşüne temel teşkil eden argümanlar sırasıyla ele alınacaktır. Çalışmamız, yalnızca aşağıda verilen kararın spesifik eleştirisi şeklinde değil, Yüksek Mahkeme'nin söz konusu hukuki uyumsuzlukla ilgili genel tutumunu oluşturduğu için genel bir eleştiri mahiyetindedir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Sözleşmeden Dönme, Yüklenicinin Temerrüdü, Yargıtay Kararının Eleştirisi.

Abstract

In the first chapter of our study, we analyzed the legal consequences of the exercise of landowner's right to revoke the contract in construction contracts for land share. In this part, we examine the approach of the High Court towards the aforementioned issue. With this regard, the principle of trust to land registry and good faith are remarked at the outset. Subsequently, we elaborately discuss the underlying reasons on which the High Court's decision is established. This concept of the study does not merely consist of the criticism of the specific court decision, but it tackles the general attitude of the High Court in the process of solving the legal problem.

Keywords: Construction Contract for Land Share, Default of Contractor, Revocation of a Contract, Critical Approach to High Court's Decision.

¹ TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD. Öğrencisi.

² TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD. Öğrencisi.

³ TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD. Öğrencisi.

Giriş

Bir önceki çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları ve niteliği ile ilgili bilgi verdikten sonra tarafların karşılıklı borçlarına değinmiştik. Bu bağlamda müteahhidin kararlaştırılan yapıyı inşa etme borcunu zamanında ifa etmemesinin birtakım hukuki sonuçları beraberinde getirdiğini ifade etmiştik. Bunlardan konumuz bakımından özellik arz eden husus, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde üçüncü kişilerin satın almış olduğu arsa paylarının akıbetinin ne olacağı şeklindeydi. Bu bölümde ise, somut bir Yargıtay kararı üzerinden derinlemesine bir değerlendirme yapılacaktır.

Çalışmamız, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 3.7.2018 Tarih 2015/9708 E. 2018/3902 K. sayılı kararı başta olmak üzere, Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin temerrüdü halinde, arsa sahibinin müteahhide ve müteahhidin de üçüncü kişilere devrettiği arsa paylarının durumu hakkındaki kararlarının incelenmesi ve eleştirisi üzerinedir.

Olayımızdaki hukuki ihtilafın temelinde, arsa sahibi ile bu arsaya bir eser inşa etme yükümlülüğü altına giren bir yüklenici bulunmaktadır. Ancak olayın gelişiminde, müteahhidin yani yüklenicinin arsa sahibinden aldığı arsa paylarını üçüncü kişilere devrettiği görülmektedir ve esas itibarıyla tartışmamızın yoğunluk arz edeceği yer bu nokta olacaktır. Çünkü olay, yalnızca iş sahibi ve müteahhit arasında gerçekleşen bir hukuki uyumsuzluk olsa idi, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri tatbik edilerek rahat bir şekilde çözülebilirdi. Fakat burada, yüklenicinin, kendisine devredilen arsa paylarını, iş sahibiyle akdedilmiş olan sözleşmenin gerekliliklerini yerine getirmemesine rağmen üçüncü kişilere devretmesi, ihtilafı derinleştirmiştir. Zira üçüncü kişilerin taşınmazdan bağımsız bölüm elde etme amacıyla aldıkları bu paylar, yüklenici ile iş sahibi arasındaki olası bir sözleşmeden dönme durumu halinde tehlikeye düşmüştür.

Esasında, söz konusu uyumsuzluk, Türk Medeni Kanunu'nun 1023.maddesine gitmeden dahi çözülebilecektir. Zira ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, arsa sahibi ile müteahhit arasındaki arsa payı devrinin yolsuz olduğu söylenemez. Dolayısıyla temelde geçerli bir tescilin bulunduğu yerde üçüncü kişinin iyiniyet-kötüniyet araştırmasına gitmeye bile gerek yoktur. Buna rağmen, bir anlığına müteahhit üzerine tescil edilen arsa paylarının Yargıtay'ın deyimiyle “avans” niteliğinde olduğunu kabul etsek dahi, üçüncü kişilerin söz konusu payları iktisap anında “kötüniyetli” olduğu da ispatı gereken bir husustur. İyiniyet kavramı, bilindiği üzere TMK'nın 3. maddesinde düzenlenmiştir ve hukukun en temel ilkelerinden bir tanesidir. TMK m. 3 hükmü; “Kanunun iyiniyetle hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” şeklindedir.

Yargıtay, somut uyumsuzlukta, arsa payını satın alan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığını tartışmış ve sonunda davalı sıfatını haiz üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığına şu cümlelerle kanaat getirmiştir;

“Davalı üçüncü kişilerin henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığının bilincindedir.”

Kararlara konu somut olayda, yüklenici ile arsa sahibi arasında akdedilen sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu görülmektedir. Geçerli bir şekilde kurulan ve tasarruf işleminin de şekil şartlarına uygun olarak yapıldığı bir taşınmazın devri ilişkisinde, tescilin yolsuz olduğunu iddia etmek ispatı gereken bir husustur. Aynı şekilde tescilin “taşınmazın avans olarak verildiği” iddiasıyla geçerli bir tescil olmadığını kabul ettiğimiz takdirde, yine bu arsa payını iktisap eden üçüncü kişilerin kötüniyetli olduğunu ispat etmek de iddia eden tarafa düşecektir.

Dikkat edildiğinde, söz konusu kararıyla birlikte Yargıtay, somut uyuşmazlıkta üçlü zincirin iki halkasında da taşınmazı iktisap eden üçüncü kişinin aleyhine karar vererek çok problemlilikli hukuki sıkıntıları beraberinde getirecek bir karara imza atmıştır. Bunun sonucu olarak da, üçüncü kişinin iktisabında iyiniyet ilkesinin yanlış değerlendirilmesinin, hukuk devleti olmanın ön koşullarından biri olan hukuki güvenilirlik ilkesini ciddi anlamda tehlikeye attığının da ifade edilmesi gerekir.

Kararın tam metni aşağıdaki gibidir;

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 3.7.2018 Tarih 2015/9708 E. 2018/3902 K. Sayılı Kararı;

“Taraflar arasındaki tapu iptali ve tescil davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı asıl ve birleşen davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde asıl ve birleşen davada davaca vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davacının davaya konu taşınmazın ilk maliki ve toprak sahibi okur-yazar olmayan cahil bir insan olduğunu, müteahhit ile 24.02.1998 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını, söz konusu sözleşmeyi yaparken müvekkilin okur yazar olmadığı halde okur yazar gibi noterde işlem yapıldığını daha sonra müteahhidin kendi adamı olan adına müvekkilinden vekalet alındığını ve bununla satış yapıldığını, tapuda müvekkili adına 10/106 hisse bırakıldığını, davacının bu işlemlerle hiçbir ilgisinin bulunmadığını, müteahhitin inşaat ruhsatı almadığını ve sözleşme şartlarını yerine getirmediğini, bu sebeple 08.05.2002 tarihinde sözleşmenin feshedildiğini, davacının cahil olduğundan bu feshi ile toprağını geri aldığını sandığını yapılan tüm işlemlerin mutlak butlan ile batıl olduğunu ileri sürerek bunun tespiti ile sözleşmesinin geriye dönük feshine, davalılar adına kayıtlı tapuların iptali ile davacı adına tapuda tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davacının davaya konu ettiği taleplerinin zaman aşımına uğradığını savunarak, usule ve esasa dair diğer sebeplerle davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davayı kabul etmediklerini, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, sözleşme noter huzurunda düzenleme şeklinde yapıldığı, sahteliği iddia edilmediği, davacı tarafın sözleşmenin geçersiz olduğuna yönelik itirazına itibar etmek mümkün olmadığı davacı tarafın öne sürdüğü şekilde davacının sözleşmeyi okuyup anlamadığı halde iradesinin yanıtıldığına yönelik iddia kanıtlanamadığı, davacının yapmış olduğu sözleşmenin anlam ve içeriğinden yeterince bilgi sahibi olduğu, sözleşme gereğince yüklenicinin inşaatla başladığı, ancak daha sonra davacı ile davalı yüklenicinin aralarında anlaşarak 08.05.2002 tarihinde noterden yaptıkları düzenleme şeklinde fesihname ile daha önce düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karşılıklı olarak feshinde anlaştıkları, bu hususun davacının davalı yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığını ve içeriğini bildiğini açık bir şekilde gösterdiği, düzenlenen bu fesihname ile "iş bu sözleşmeye dayanarak birbirimizden hiç bir hak ve alacağımızın kalmadığını ileride de hiç bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağımızı beyan ile fesih ve iptal ediyoruz" şeklinde tarafların anlaştıkları, dolayısıyla fesihnamenin aynı zamanda bir ibraname niteliği taşıdığı, davacının sözleşme gereği davalı yükleniciye devir ve temlik edilen taşınmazlar yönünden herhangi bir hak talep etmeyeceğini resmi

noter belgesi ile kabul ve ikrar ettiği, diğer davalıların müteahhitten taşınmaz satın alan üçüncü kişiler oldukları, tapuya itimat ederek ve hisse devri şeklinde taşınmazdan pay aldıkları, hukuki durumları itibari ile davacı ile doğrudan bir işlemlerinin bulunmadığı gerekçeleriyle asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, asıl ve birleşen dava davacısı vekili temyiz etmiştir.

Eser sözleşmeleri -kural olarak- ani edimli oldukları için fesih, geriye etkili sonuç doğurur. Geriye etkili feshi, sözleşmeden “dönme” denir. Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma dönlür. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 108/1. maddesine göre; sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.

Kural olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin bedele, başka bir anlatımla sözleşmede kararlaştırılan tapu payı veya bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri ile tasdikli proje ve inşaat ruhsatı ile kamu düzeninden olan imar mevzuatı ve bu doğrultuda çıkartılan Deprem Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak tamamlayıp, arsa sahiplerine teslim etmesi gerekir.

Arsa sahibi ile arasında arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunan yüklenicinin şahsi hakkını üçüncü kişiye temlik etmesi halinde üçüncü kişinin ifâ talep edip edemeyeceğinin saptanmasında öncelikle yüklenicinin edimini (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) yerine getirip getirmediğinin, ardından sözleşme hükümlerindeki diğer borçlarını ifa edip etmediğinin açıklığa kavuşturulması zorunludur.

Davalı üçüncü kişilerin henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağı olarak arsa payı aldığıın bilincindedir.

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, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.

Somut olayda, her ne kadar ibraname niteliğinde olan feshnamede, tarafların bu sözleşmeye dayanarak ileride hiçbir hak ve alacak talebinde bulunmayacakları yazılmış ise de; sözleşme uyarınca hiçbir menfaat sağlamayan davacı arsa sahibinin, davalı yükleniciye geçen tapu kayıtlarını geri isteyememesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu durumda yükleniciye geçen tapu kayıtlarının eski hale getirilmesi gerekmektedir.

Taraflar arasındaki sözleşme 08.05.2002 tarihli feshname ile feshedilmiştir. Bu durumda verilen tapular arsa sahibine geri dönmelidir. Böyle bir tapu intikali sözleşmenin ifa edileceği maksadı ile

yapılmıştır. Sözleşme taraflarca feshedildiğine göre tapu iptal ve tescil talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, asıl ve birleşen dava davacısı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün, asıl ve birleşen dava davacısı yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istenmesi halinde temyiz edene iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03.07.2018 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Muhalefet Şerhi

Taşınmaz mülkiyeti edinme tapu sicili ile mümkündür. Tapu sicili herkese açıktır. İlgili herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfa ve belgelerin kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini tapu memurundan isteyebilir. Tapu kütüğüne yapılmış her tescil, bir aynı hakkı karşılar. Geçerli bir tescil, sicil dışı meydana gelen bir değişiklik sonucu sonradan yolsuz tescil haline gelebilir. Bu durumda bile, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından tescilin olumlu hükmü uygulanır. Yani, iyiniyetli üçüncü kişilerin böyle bir tescile güvenerek kazandıkları aynı haklar korunur. (...m.1023)

Üçüncü kişinin yolsuz kayda dayanarak aynı hak kazanımının korunabilmesi için tescilin yolsuzluğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir. Bu bağlamda, üçüncü kişilerin Medeni Kanun'un 3. maddesi çerçevesinde iyiniyetli olması esastır. Buna göre, kendisinden beklenen özeni göstermeyen, tescilin yolsuz olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Burada aranan iyiniyet, tescil isteminin yevmiye defterine kaydı esnasında mevcut olmalıdır. Ancak, kütükteki tescilin belgelerle çeliştiğini bilmesine ya da şüphelenmesine rağmen bunu incelemekten veya gerekli özeni göstermekten kaçınır ise, iyiniyet iddiasında bulunamaz. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispat etme yükü, iddia eden tarafa aittir. Ancak iyiniyetin olmadığını kanıtlamak zor olduğundan bunu iddia eden bazı fiili karnelerden yararlanabilir. Örneğin, aynı hak kazanan kişiyle yakın bir ilişkinin bulunması, malın el değiştirmesinin kısa sürede olması veya düşük bir bedelle el değiştirmesi durumlarında iyiniyet iddiasında bulunulamayacağı karine olarak kabul edilebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bünyesinde gayrimenkul satış vaadi ve eser sözleşmesini barındıran bir sözleşmedir. Bu sözleşmede arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek; yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde ise yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmek ile yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. Aynı zamanda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Ani edimli sözleşmenin kural olarak geriye etkili feshi ve tasfiyesi mümkündür. Geriye etkili fesihte sözleşmenin tarafları verdiklerini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyebilirler. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldıktan sonra yüklenici henüz edimlerini yerine getirmeden; arsa sahibi, arsa veya kat irtifak tapularını veya bir kısmını yüklenici adına tescil ettirmekte ve yüklenici finans ihtiyacını karşılamak için devredilen bağımsız bölüm veya arsa hisselerini üçüncü kişilere satmaktadır. Arsa payı veya bağımsız bölümlerin satılmasından sonra yüklenici edimlerini yerine getirmediği için sözleşmenin geriye etkili feshedildiği bir realitedir.

Yukarıda izah edildiği gibi, yükleniciden arsa hissesi satın alan iyiniyetli üçüncü kişinin TMK'nın 1023.maddesine istinaden "tapuya güven ilkesi" gereğince iktisabının korunması gerekir. Bu ilkedan ancak üçüncü kişinin kötünietli olduğunun ispatlanması halinde vazgeçilebilir. Yüklenici adına yapılan tescil işlemini her halde "yolsuz tescil" kabul etmek, toplumda onarılmaz zararlara sebep olmakta ve adalet duygusuna zarar vermektedir. Yaptığı araştırmada

tapu kaydının yüklenici adına olduğunu tespit eden birinin -aksi ispat edilmedikçe- iyiniyetli olmadığını söylemek mümkün olmadığı için "tapuya güven ilkesine" istinaden mülkiyet kazanımının korunması TMK'nın 1023.maddesi ve hakkaniyet gereğidir.

Her arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden tapu intikali yapılan yükleniciden tamamen iyiniyetli olarak arsa payı satın alanın bu iktisabını geçersiz saymak TMK'nın 1023.maddesi karşısında açıkça Kanuna aykırı davranmak olacaktır. Arsa sahibi iyiniyetli ve risk almak istemiyorsa; tapu devrinin, sözleşme sebebiyle yapıldığını tapunun beyanlar hanesine şerh vermek suretiyle üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını bertaraf edebilir. Tapu siciline basit bir şerh vermektan kaçınan arsa sahibinin tamamen iyiniyetli üçüncü kişiler karşısında ve onların zararına sebep olacak şekilde korunması menfaatler dengesine aykırı olduğu gibi, taşınmaz hukukunun temeli olan "tapuya güven ilkesine" de açıkça aykırıdır.

Somut olayda davacı/arsa sahibi ile davalı/yüklenici arasında 24.02.1998 tarihinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, arsa tapusunun yükleniciye devredildiği, yüklenicinin edimlerini yerine getirmemesi sebebiyle sözleşmenin geriye etkili feshedildiği sabittir. Yargılamanın tüm aşamalarında davalı iyiniyetli üçüncü kişiler tapuya güvenerek yükleniciden arsa payı satın aldıklarını beyan etmişlerdir. Davacı taraf, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tapuya şerh ettirmeden, tapuyu yükleniciye devretmiş, yüklenici davalı üçüncü kişilere arsa payı satmıştır. Yukarıda da açıkladığımız gibi, üçüncü kişilerin iyiniyeti asıldır. Yani davalıların TMK'nın 1023.maddesine istinaden "tapuya güven ilkesi" gereğince iyi niyetli oldukları karine olarak kabul edilir. Bu karinenin aksini, davalı üçüncü kişilerin kötü niyetli olduğunu davacı tarafın ispatlaması gerekir. Somut olayda davacı taraf, "afaki" iddialar dışında davalıların kötü niyetli olduğuna dair hiçbir delil sunamamıştır. Bu nedenle, davalı iyi niyetli üçüncü kişilerin mülkiyet iktisabının TMK'nın 1023.maddesi gereğince korunması gerekir. Dolayısıyla Dairemizin Sayın çoğunluğunun bozma kararına sadece bu yönüyle muhalifim."

A. İyiniyet Kavramı

I. Genel Olarak

Yargıtay kararının değerlendirilmesine geçilmeden önce, kararla yoğun ilişkili olan iyiniyet kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

İyiniyet kavramı Medeni Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiş olup, kanun tarafından tanımlanmamıştır. MK m. 3'e göre, "Kanunun iyiniyetle hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz."

İyiniyet kavramını ifade etmek için İsviçre Medeni Kanununun 3. maddesinin Fransızca ve İtalyanca metinlerinde "bonne fon, buono fede", Almanca metninde ise "iyiniyet, iyi inanç" anlamına gelen "guter glaube" terimleri kullanılmıştır.⁴

Eski medeni kanunda ise iyiniyet kavramına hem kanunun ikinci maddesinde hem de üçüncü maddesinde yer verilmekteydi⁵. Bu sebeple doktrin tarafından anlam bulanıklığı oluşmaması adına

⁴ Oğuzman, M. Kemal/BARLAS, Nami., Medeni Hukuk, 22. Baskı, İstanbul 2016, s. 243.

ikinci maddedeki iyiniyet ile üçüncü maddedeki iyiniyetin farkının ortaya konulması adına 2. maddede düzenlenen hüsnüniyet kavramı “objektif hüsnüniyet”, 3. maddedeki hüsnüniyet kavramı ise “sübjektif hüsnüniyet” olarak ifade edilmiştir⁶. Yeni Medeni Kanunumuzda ise bu bulanıklığın ortadan kalkması amacıyla Kanunun 2. maddesinde hakkın kullanılması esnasında “dürüstlük kuralı” deyimini kullanılmıştır⁷.

II. Tanımı ve Unsurları

“İyiniyet, bir hakkın geçerli surette kazanılmasını önleyen herhangi bir hususun hakkı kazanacak olan kimse tarafından bilinmemesi demektir.”⁸ Şu hâlde, bir kimse bir hukuki işlemi yaparken hak kazanmasına etki edecek engelin varlığını bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa o kimse için “iyiniyetli” diyebiliriz⁹. Ancak burada dikkat edilmesi gerekir ki bu bilginin söz konusu kişi tarafından yalnızca bilinmemesi yeterli değildir, bu bilgisizliğin veya yanlış bilgi sahibi olmanın, o kimsenin kusurdan ileri gelmemesi gerekmektedir¹⁰.

Bu bağlamda kanunumuzda, yolsuz tescile bağlı olarak iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak iktisabı düzenlenirken TMK m. 1024’de; “*Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz.*” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla salt bilmeme unsuru değil, kişinin kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olması da aranacaktır.

Sonuç itibariyle MK m.3’de belirtilen iyiniyet kavramı, EDİS’in tanımı ile “*hakların doğumuna engel olan bir durumun olayda varlığı veya hakkın doğumu için gerekli unsurlardan birinin olayda yokluğu konusunda kişideki mazur görülebilir bir bilgisizlik veya yanlış bilgidir.*”¹¹. EDİS, iyiniyetin tanımından sonra, kendisinin de katıldığını belirterek hâkim görüşe göre, iyiniyetin iki unsuru bulunduğunu ifade etmektedir: i) Yanlış bilgi veya bilgisizlik ii) Yanlış bilgi veya bilgisizliğin mazur görülebilir olması¹².

Birinci unsur, hakkın doğumu için gerekli olan bir hususun yokluğunun *iktisap anında* bilinmemesi ya da hakkın muteber surette iktisabına mâni olan bir vakıanın olayda mevcut olduğundan haberdar olmamak şeklinde kabul edilmektedir¹³. İkinci unsurun varlığının tespiti bakımından ise, somut

⁵ Eski Medeni Kanun, Umumi Vazifeler, m.2: “*Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnü niyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın surf gayri ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez.*” EMK, Hüsnü Niyet, m.3: “*Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnü niyet şart kılınan hallerde asıl olan, onun vücududur. Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmeyen kimse hüsnü niyet iddasında bulunamaz.*”

⁶ Oğuzman/Barlas, s.243.; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya., Medeni Hukuk, İstanbul, s.81, HATEMİ, Hüseyin., Medeni Hukuka Giriş, 7. Bası, İstanbul, 2013, s.176.

⁷ TMK m.2: “*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*”

⁸ Akıntürk/Ateş, s. 81.; Hatemi, s.176.; Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya., Medeni Hukuk, İstanbul, 2007, s.57.

⁹ Akıntürk/Ateş, s.81.

¹⁰ Akıntürk/Ateş, s.81; Hatemi, s.177.

¹¹ Edis, Seyfullah., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 263.

¹² Edis, s. 263.

¹³ Akipek, Jale G., Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri, AHFD, 1957, Sayı 1-4, s.63. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/334/3412.pdf> Erişim Tarihi: 05.10.2019.

olayda kanundan veya durumun gereğinden doğan bir bilme yükümlülüğü olup olmadığına bakılmalıdır¹⁴. Kanundan doğan bilme yükümlülüğünün farklı şekillerdeki tezahürlerinden biri de, aksi ispatlanıncaya kadar doğruluğu kabul edilen ve açıklık ilkesine bağlı olarak tutulan sicillerdeki bilgilerdir¹⁵. Bunun en tipik örneği de hiç şüphesiz tapu sicilidir. Durumun gereğinden doğan bilme yükümlülüğü, kanundan doğan bilme yükümlülüğünün bulunmadığı hallerde aranmalıdır. Bu yükümlülük, bir hakkı edinmek isteyen kimsenin, o hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığını veya sonuçlarının doğması için gerekli olan bir unsurun yokluğunu tespit etmek adına gerekli özeni göstermesidir¹⁶.

İyiniyet genellikle kendisi için hukuki işlem yapan kişilerde aranan bir niteliktir. Ancak, MK m.3'teki bu kural, temsilci vasıtasıyla hukuki işlem yapanları veya organları ya da temsilcileri vasıtasıyla iş gören tüzel kişiler hakkında da uygulanır¹⁷.

III. İyiniyetin Rolü

Yukarıda verilen açıklamalardan yola çıkarak, iyiniyetin ilk olarak koruyucu bir etkiye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Yani kişinin bir hakkın iktisabı noktasında iyiniyetli olmaması halinde karşılaşılabileceği bazı hukuki sonuçlardan korunmasını sağlar¹⁸. Ancak bu koruyucu etkinin, ancak kanunun izin verdiği hallerde ve ölçüde sonuç doğuracağını da belirtmemiz gerekir.

Dolayısıyla, kendisinden beklenen özeni gösteren ve hukuki sakatlığı bilmeyen ve bu bilgisizliği de kendi kusurundan ileri gelmeyen kişi, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacaktır. İyiniyetin bu koruyucu etkisi yalnızca eşya hukukunda kendisini göstermez. Medeni hukukun diğer dalları olan aile hukukunda, miras hukukunda ve borçlar hukukunda da etkisini gösterir¹⁹.

IV. İyiniyetin Aranacağı An

İyiniyetin olup olmadığı konusunda takdir yetkisini kullanırken, yargıç, iyiniyetin bulunması gereken ana kadar geriye gidip olayın özelliklerini en ince ayrıntısına kadar tespit etmelidir²⁰. Kanun'da iyiniyetin ne zaman veya ne kadar süre ile var olması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, iyiniyete sonuç bağlayan hükümlerin incelenmesi ile tespit edilebilecektir. İyiniyete sonuç bağlayan hükümler incelendiğinde ise tüm hükümlerin tek bir noktada birleşmediği, bazı hükümlerde anlık bir iyiniyet aranırken, bazı durumlarda ise belli bir zamana yayılan iyiniyet halinden söz edildiği görülecektir. Çalışmamız konusunu oluşturan TMK md.1023'de "*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*" ifadesi incelendiğinde ise iyiniyetin arandığı an

¹⁴ Edis, s. 265.

¹⁵ Edis, s. 266.

¹⁶ Edis, s. 268.

¹⁷ Erman, Hasan., Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü, İstanbul 2007, s. 114 vd.

¹⁸ Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami., Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s. 246.

¹⁹ Akıntürk/Ateş, s. 83

²⁰ Deschenaux, Edis, s. 269 naklen.

‘edinme anı’ olarak karşımıza çıkmaktadır²¹. Edinme anı ise TMK m.1022’den hareketle, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihidir.

Kanun’da iyiniyetin arandığı andan sonra hakkın doğumuna engel olan durumun öğrenilmesi yani iyiniyetin ortadan kalkması, iyiniyete sağlanan korumayı ortadan kaldırmayacak, iyiniyeti aranan kimseye karşı ileri sürülemeyecektir²². Roma hukukundan gelen bir deyişle, “*mala fides superveniens non nocet*”²³.

V. İyiniyetin İspatı

TMK m.3 f.1’de “*Kanunun iyiniyetle hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.*” şeklinde belirtilmiştir. Bu şekilde asıl olan iyiniyetin varlığı ifadesiyle iyiniyetin varlığının bir karine olduğu ortaya konmuştur²⁴. Bu sebeple iyiniyetin koruyucu etkisinden faydalanmak isteyen kişinin uyuşmazlık kapsamında iyiniyetli olduğunu ispat etmesi gerekmez; aksine bu kişinin iyiniyetin sağlamış olduğu korumadan yararlanmamasında menfaati olan kişilerin, karine olarak iyiniyetli varsayılan kişinin iyiniyetli olmadığını ispat etmeleri gerekmektedir²⁵.

Burada iyiniyet karinesini çürütmekle yükümlü olan kimsenin karşı tarafın mutlak olarak kötü niyetini kanıtlamasına gerek yoktur; iyiniyetin bulunmadığını ispatlaması yeterlidir²⁶.

Ancak iyiniyetin bulunmaması hali, kişinin iç durumuna ilişkin *ruhsal ve psikolojik bir kavram*²⁷ olduğundan, MK. 3/2 hükmü gereğince iyiniyet karinesinden yararlanan kimsenin aslında özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı ispatlanarak iyiniyet karinesinin çürütülmesi mümkündür. Burada özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği hâkimin takdirindedir ve hâkim burada sübjektif değil, objektif bir ölçü kullanarak normal, dürüst ve makul bir insanın aynı durumda nasıl davranması gerektiğini dikkate alacaktır ve bu araştırmayı re’sen yapacaktır²⁸. Dolayısıyla bu değerlendirme yapılırken, iyiniyet iddiasında bulunan kimsenin tecrübesizliği, zekâ noksanlığı, iş düzeninin karışıklığı gibi sübjektif haller dikkate alınmayacaktır²⁹.

Son olarak, iyiniyet karinesinden yararlanan tarafın iyiniyetli olmadığı iddiası bir def’i değil, itiraz teşkil ettiğinden diğer tarafça yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecektir³⁰.

²¹ Kırca, s. 92.

²² Jaggi, Art. No. 137, Edis, s. 279 naklen.

²³ Edis, dn. 81.

²⁴ Erman, s.120.

²⁵ Helvacı/Erlüle, s.59.; Akıntürk/Ateş, s.91; Oğuzman/Barlas, s.254 vd.

²⁶ Erman, s.120.

²⁷ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet., Türk Medeni Hukuku, C. I-Cüz 1, Umumi Esasları, İstanbul 1968, s. 265.

²⁸ Erman, s.120., YİBGK E. 1949/17, K.1951/1 T.14.2.1951 “*Netice; Vakıa ve karinelere olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötünüyetin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep ve vecih kalmayacağına ve dava hakkının doğumunu sağlayan veya bertaraf eden iyi ve kötünüyetin bu durumda mahkemece resen nazara alınabileceğine 14.2.1951 tarihinde üçte ikiyi geçen oyçokluğu ile karar verildi.*”

²⁹ Oğuzman/Barlas, s. 256.

³⁰ Oğuzman/Barlas, s. 256.

B. Tapu Siciline Güven İlkesi

Bir önceki başlıkta açıklanan iyiniyet kavramının tanımı ve buna bağlanan sonuçlar çalışmamızın konusu bakımından önemli bir yere sahiptir. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhide yapılan devir Yargıtay tarafından “yolsuz” olarak nitelendirilmiş, bu yolsuz tescile bağlı olarak aynı hak iktisap eden üçüncü kişinin konumu ise “iyiniyetten yoksun” olarak değerlendirmiştir. TMK m. 1023’e göre; *“Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.”* Kanun metninden de anlaşılacağı gibi bizim iyiniyet-kötüniyet bahsine girebilmemiz için öncelikle tapuda yapılan tescilin yolsuz olarak yapılmış olması gerektiğini ifade etmemiz gerekir. Dolayısıyla bu başlık altında, tapu sicilinin tanımı, işlevi ve bu sicile bağlanan hukuki sonuçlar açıklanıp, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhide devredilen arsa paylarının hukuki durumu tartışılacaktır.

I. Genel Olarak

*“Tapu Kütüğünde yer alan ve gayrimenkul üzerinde aynı hak tesis eden kayıtlara tescil denir.”*³¹

Medeni kanunumuzda kural olarak “tescil prensibi” hâkimdir, yani bir aynı hakkın kurulması, değiştirilmesi veya sona ermesi için tescil, tadil veya terkin zorunludur³². Yani tescil yapılmadan taraflar arasında bir satış sözleşmesi yapılmış olsa dahi, sözleşmedeki borçlandırıcı işlem geçerli olsa dahi tasarruf işlemi geçersiz olacaktır. Çünkü aynı hakkın doğması için tescilin mevcudiyeti şarttır ve kural olarak tescil “kurucu” niteliktedir³³. Sonuç olarak zilyetliğin devri işlemi, taşınırlardan farklı olarak taşınmazlarda bir hüküm ifade etmeyecek, tapuya yapılacak bir tescil ile geçerli bir hale gelecektir³⁴.

Tescilin bu kurucu unsuru vasfının temel olarak çıkış noktasının TMK 1021-1022 ye dayandığını söyleyebiliriz. TMK m. 1021’e göre,

“Kurulması kanunen tescile tâbi aynı haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz.”

TMK m. 1022’de de benzer doğrultuda;

“Aynı haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır.”

Tescilin etkisi, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil hâlinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar.

Bir hakkın içeriği, tescilin sınırları içinde, dayandığı belgelere göre veya diğer herhangi bir yolla belirlenir.”

Tescilin “olumsuz hükmü”, TMK m. 1021’deki *“Kurulması kanunen tescile tabi aynı haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz”* ifadesiyle vücut bulmaktadır³⁵. TMK m. 1022’nin son fıkrasında

³¹ Tekinay, Selahattin Sulhi., Eşya Hukuku, Genişletilmiş Üçüncü Bası, C.1, İstanbul 1978, s.207.

³² Reisoğlu, Safa., Türk Eşya Hukuku, C.1, Ankara 1980, s. 157.

³³ Tekinay, s. 208.

³⁴ Reisoğlu, s. 157.

³⁵ Sirmen, A. Lale., Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 215.

ise, bu tescilin içerdiği hakkın kapsamının da bu tescil sayesinde açıklığa kavuşturulacağı ifade edilmiştir.

Tescilin bu kurucu etkisinin ve olumsuz hükmünün istisnası ise Kanunumuzun 705. maddesinde belirtilmiştir³⁶. Buna göre; işgal, miras, kamulaştırma, cebri icra veya mahkeme ilamının söz konusu olduğu hallerde bir gayrimenkulü iktisap eden kimse, tescilden önce dahi ona malik olabilecektir. Dolayısıyla yalnızca kanunun belirlemiş olduğu istisnai hallerde tescil, kurucu değil “açıklayıcı” bir fonksiyona sahip olacaktır.

Her ne kadar bir taşınmaz üzerinde aynı bir hakkın doğması için tescilin geçerlilik şartı olduğunu ifade etsek de, Medeni Kanunumuz sadece tescilin bulunmasını yeterli bulmamış, yapılan bu tescilin aynı zamanda geçerli bir hukuki sebebe dayanmasını da şart kılmıştır³⁷.

TMK m. 1015’de belirtildiği üzere; “*Tescil, terkin ve değişiklik gibi tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi, istemde bulunanın, tasarruf yetkisini ve hukukî sebebi belgelemiş olmasına bağlıdır. İstemde bulunan kimse, kendisinin, sicilde hak sahibi görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu ispat etmesiyle tasarruf yetkisini belgelemiş olur. Hukukî sebebin belgelenmesi, bu sebebin geçerliliği için gerekli şekle uyulduğunun ispatı suretiyle olur.*” Hukuki sebebin altında yatan temel ilişkide satış, bağışlama, rehin sözleşmesi gibi bir sözleşme olması mümkündür ve sözleşmelerin geçerliliği kanunda belirtilen resmi şekle uygun olarak yapılmalarına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerin geçerli bir hukuki sebeple yapıldığını kabul edebilmemiz için, söz konusu sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil eden bütün noktaların resmi senette yer alması ve taraf iradelerinin bu hususlarda birleşmiş olması gerekmektedir³⁸.

Geçerli bir sebebe bağlı olarak yapılmayan bir tescili ise “yolsuz tescil” olarak nitelendirmiştir³⁹. Bu noktada Türk Medeni Kanunu, Alman Hukukundan bu noktada ayrılarak, tescil yoluyla mülkiyetin geçmesini, sebepten bağımsız bir işlem olarak görmemiştir⁴⁰.

II. Tescilin Olumlu Hükmü: Tescile Güvenin Korunması

Tescilin olumlu hükmünün sonucu olarak kütüğe tescil edilmiş olan her aynı hakkın geçerli olarak varlık kazandığı kabul edilir⁴¹. Ancak tescilin olumlu hükmünün sağladığı bu koruma elbette ki sınırsız değildir. Örneğin bir satış sözleşmesi kurulduğu varsayımında tescilin dayandığı hukuki sebep, ehliyetsizlik, şekil noksanı, muvazaa, hata, hile, ikrah, temsilcinin vekaletnamesinin sahte oluş durumunda tescil yolsuz hale gelecektir⁴². Yani taşınmazı yukarıdaki varsayımlardan birine bağlı olarak devralan kişinin bu iktisabı tapuda taşınmazın mülkiyetin kendisinin adına görünse

³⁶ **Madde 705-** *Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapılabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.

³⁷ Tekinay, s. 207.

³⁸ Erman, s. 39.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2019, s. 136.

⁴⁰ JdT 1941 I 503. ve BGB’nin 873 ve 875. maddeleri, mülkiyetin geçmesini, temelindeki borç doğurucu işlemin geçerli olup olmamasından bağımsız, soyut bir işlem saymaktadır.; Tekinay, s. 209.

⁴¹ Sirmen, s. 219; Tekinay, s. 225.

⁴² Reisoğlu, s.160.

dahi korunmayacaktır. Aynı şekilde bu kişinin iyiniyetli olup olmaması da bir değişiklik yaratmayacaktır.

İşte tam bu noktada, kanun koyucu, her ne kadar taşınmazı şekil noksanı, ehliyet, sebep eksikliği gibi durumlarda devralan kimsenin iyiniyetini koruması da, bu korumayı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı TMK m. 1023 hükmüyle teminat altına almaktadır. Dolayısıyla iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından tescilin olumlu hükmünün “mutlak” olduğunu söyleyebiliriz⁴³.

Medeni Kanunumuz tescilin sebebe bağlı bir işlem olmasından ve buna bağlı olarak sebep olmaksızın yapılan tescilin aynı bir sonuç doğurmayacağı prensibine, iyiniyet sahibi üçüncü şahıslar bakımından bir istisna getirmiştir⁴⁴.

Medeni Kanun’un iyiniyetli üçüncü kişileri himaye altına almasının temelinde ise işlem güvenliği bulunmaktadır⁴⁵. Başka bir deyişle, bireylerin toplumsal hayatta dahil oldukları hukuki işlemlerde daha öngörülebilir ve güvenli bir şekilde işlem yapmaları amaçlanmıştır. Bu sayede, hukuki işlem güvenilirliği ilkesi ile birlikte maddi anlamda gerçek hak sahibi değil, tapu siciline güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin menfaatleri ön planda tutulmuştur⁴⁶.

III. TMK 1023’ün Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şartlar

1. Kazananın Bir Üçüncü Kişi Olması

Bu kural ile birlikte adına yolsuz tescil bulunan kimse ve onun külli halefleri için tescilin olumlu hükmü cereyan etmeyecektir⁴⁷. Başka bir deyişle tescilin tam koruması altına girebilmek için bu korumadan yararlanmak isteyen kimsenin külli halef değil, cüzi halef olması gerekmektedir.

2. Üçüncü Kişinin Sicildeki Yolsuz Bir Tescile Dayanmış Olması

“Aynı bir hakkı kurmaya yetmeyen ya da gerçek hak sahibinden başkası lehindeki her tescil yolsuzdur.”⁴⁸ Bu bağlamda m. 1023 ün uygulama alanı bulabilmesi için ilk şart olarak üçüncü şahsın böyle bir yolsuz tescile dayanarak bir hak kazanmış olması gerekmektedir.

Burada belirtilmesi gerekir ki üçüncü kişinin güven duyduğu unsur tapu kütüğündeki yolsuz tescil olmalıdır; diğer bir deyişle yolsuz tescil dışında, yolsuz olan başka bir esasa dayanıldığı takdirde m. 1023 uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁹.

Son olarak eklemek gerekir ki, üçüncü kişinin aynı hak kazanmasının mutlaka tescil yolu ile olması da şart değildir. Üçüncü kişinin tescilden önce kazanmayı sağlayan bir yolla aynı hak kazanması halinde de TMK m. 1023 uygulanabilir⁵⁰.

⁴³ Erol, Cansel., Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s.47; Sirmen, s.219.

⁴⁴ Reisoğlu, s.165.

⁴⁵ Kırca, s. 88.

⁴⁶ Kırca, s. 88.

⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 201.

⁴⁸ Tekinay, s.230.

⁴⁹ Tekinay, s. 230 vd.

⁵⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.203; Erman, s. 48.

3. Üçüncü Kişinin Bir Aynî Hak Kazanmış Olması

Üçüncü kişilerin sicildeki yolsuz tescile güvenerek bir taşınmazı iyiniyetle iktisap edebilmesi için, iktisap edilen hakkın ‘‘aynî bir hak’’ olması gerekmektedir. Dolayısıyla sicil kaydına dayanarak kira, önalım veya alım anlaşmaları gibi şahsi nitelikte hak doğuracak anlaşmalar iyiniyetli üçüncü kişiye bir hak sağlayamayacaktır⁵¹.

Bu hakların aynı bir etki kazandırmak amacıyla tapuya şerh edilmesi halinde de durum değişmeyecek, söz konusu üçüncü kişi koruma kapsamına girmeyecektir⁵².

4. Üçüncü Kişinin Aynî Hakkı İyiniyetle Kazanmış Olması

İyiniyet başlığı altında iyiniyet kavramının tanımına, şartlarına ve buna bağlanan hukuki sonuçlara yer verilmişti. Bu sebeple ayrıca üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır. Burada ifade edilmesi gereken noktalardan bir tanesi, söz konusu üçüncü kişinin tapu sicilinin olumlu etkisinden faydalanabilmesi için, tapu kütüğündeki kaydın gerçek aynı hak durumuna uymadığını bilmemesi ve bilebilecek durumda bulunmaması gerekmesidir⁵³. Ayrıca tescilin etkisi, tescil isteminin yevmiye defterine kaydedildiği anda başladığından, üçüncü kişinin iyiniyetinin tescil isteminin yevmiye defterine kaydedildiği anda mevcut bulunması gerekmektedir⁵⁴.

Tescile dayanak teşkil eden belgelerin doğruluğunu inceleme yükümlülüğü bakımından ise söylenmelidir ki iyiniyet sahibi üçüncü kişinin bu belgelere bakma zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁵. Ne var ki iyiniyet çatısına sığınmak isteyen üçüncü kişinin, kütükteki tescilin bu belgelerle çeliştiğini biliyor veya şüphelenmesi gereken bir durum varken bu incelemeyi kaçması halinde bu kişinin iyiniyetli olduğundan söz edilemez⁵⁶.

Son olarak, m 1023 hükmünün tatbik edilmesi ile birlikte mülkiyetin kazanılması bir def’i değil, bir itirazdır ve bu sebeple kötüniyet iddiasında bulunan kişi, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına takılmadan yargılamanın her aşamasında bu durumu ileri sürebilir⁵⁷. Buna bağlı olarak hâkim iyiniyet-kötüniyet araştırmasını re’sen yapacaktır⁵⁸. Nitekim ‘‘Yargıtay’’ın 14.02.1951 tarih ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, vakıyalardan ve karinelere olayda iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirlemiş olan kimsenin kötüniyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep kalmayacağı ve kötüniyetin mahkemece re’sen göz önünde tutulacağı belirtilmiştir.⁵⁹

⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 203.

⁵² Reisoğlu, s.167.

⁵³ Reisoğlu, s.168., Sirmen, s. 224.

⁵⁴ Sirmen, s. 224.

⁵⁵ Erman, s. 49.

⁵⁶ Sirmen, s. 224.

⁵⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 211.

⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 211.

⁵⁹ Sirmen, s. 224.

5. TMK m. 1023'e Dayanan Kazanmanın Hükümü

İyiniyetli üçüncü kişi, m.1023 bağlamında söz konusu taşınmazın mülkiyetini iktisap ettiği andan itibaren, o kişide iyiniyet araştırması yapılmayacaktır⁶⁰. Aynı şekilde, bu kişinin kazanımı aynı bir hak olduğundan artık söz konusu kişi, eşya üzerinde her türlü tasarrufta bulunma hakkına sahip olacaktır⁶¹.

C. Değerlendirme

I. Genel Olarak

Bu başlık altında, yukarıda anlatılan tüm teorik bilgilerin Yargıtay'ın kararına nasıl tesir ettiğini veya tesir etmesi gerektiğini açıklamaya gayret edeceğiz. Önceki çalışmamızda sistematik olarak arsa payı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki sonuçlarına yer verdikten sonra bu sözleşmede borçlunun temerrüdü halinde alacaklının elinde ne gibi seçimlik haklarının olduğundan kısaca bahsettik. Sonrasında ise bizi en çok ilgilendiren sözleşmeden dönme kurumunu ayrıntılı bir şekilde inceledik. Bu çalışmamızda ise tapu siciline güven ilkesinden ve iyiniyetten bahsedip hukuki sonuçları üzerinde durduk. Tüm bu incelemelerin ardından bu başlık altında; Yargıtay'ın, aslında sadece çalışmamızın konusu olan karara değil bu şekilde vermiş olduğu diğer tüm kararlara temel dayanak noktası teşkil eden argümanlarını tek tek incelemeye çalışacağız.

1- Yargıtay, 3.7.2018 tarihli ve 2015/9708E, 2018/3902K. Sayılı kararını verirken birtakım teorik bilgiler verdikten sonra şu cümleyi kuruyor: ***“Arsa sahibi ile arasında arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan yüklenicinin şahsi hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde üçüncü kişinin ifa talep edip edemeyeceğinin saptanmasında öncelikle yüklenicinin edimini (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) yerine getirip getirmediğinin, ardından sözleşme hükümlerindeki diğer borçları ifa edip etmediğinin açıklığa kavuşturulması zorunludur.”*** Bu cümle ile birlikte Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişiler arasında gerçekleşen tapu devrini gerçek bir devir olarak görmediğini ifade etmektedir. Dolayısıyla burada Yargıtay'ın tutumu, bu gerçekleşen hukuki muamelenin aslında bir alacağın temliki sözleşmesinden ibaret olduğu yönündedir. Yukarıda defalarca taşınmazın devrinin resmi şekilde yapılması gerektiğinden, resmi şekle uygun şekilde yapılmayan bir tasarruf işleminin ise söz konusu devri ancak *yolsuz* hale getireceğinden bahsettik. Yani elde edilen hakkın şahsi bir hak değil, büsbütün aynı bir hak olduğunu ifade ettik. Ne var ki, Yargıtay, somut uyuşmazlıkta ve buna benzer onlarca uyuşmazlıkta, müteahhit ile üçüncü kişiler arasında gerçekleşen devrin “şahsi bir alacak hakkı doğuran alacağın temliki sözleşmesinden ibaret olduğunu kabul etmektedir. Bu sebeple konunun daha net bir şekilde açıklığa kavuşması adına alacağın temliki kurumunu inceleyip Yargıtay'ın bu değerlendirmeyi yapmakta haklı olup olmadığını incelemek durumundayız.

2- Yargıtay'ın ilk argümanı olan “alacağın temliki” nitelendirmesinden sonra ikinci argümanına geçelim. Bir sonraki paragrafta Yargıtay, şu cümleler ile tutumunu pekiştiriyor: ***“Davalı üçüncü kişilerin henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm elde etmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın***

⁶⁰ Sirmen, s. 228.

⁶¹ Sirmen, s. 228.

gerçekte yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır.” Bu cümleler ile, söz konusu kararda Yargıtay, müteahhitten arsa paylarını satın alan üçüncü kişilerin özetle iyiniyetli olarak değerlendirilemeyeceğini ifade ediyor. İyiniyet kavramı ile ilgili çok değerli üstadların görüşlerine yer verirken iyiniyetin asıl olduğundan ve bir uyuşmazlıkta iyiniyetin olmadığını iddia eden kimsenin bu karineyi ispat etmesi gerektiğinden söz etmiştik. Burada Yargıtay’ın “kararına etki eden iyiniyet” bahsini değerlendirmenin isabetli olacağını düşünerek ayrı bir başlık altında ufak bir değerlendirme yapmayı uygun gördük.

3- Yargıtay’ın kararına dayanak teşkil eden son argümanı ise, taşınmazın gerçekte müteahhide gerçek bir devir ile devredilmediği, yapılan bu devrin ancak “avans” şeklinde olduğu yönündedir: *“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 kuramından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı kanunun 1024.maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunması mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarını da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.”* Burada ise Yargıtay, müteahhide yapılan devrin aslında avans niteliğinde olduğu, dolayısıyla aslında gerçek bir devir gerçekleşmediği şeklinde bir tespitte bulunmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin aslında karma yapılı atipik bir sözleşme olduğundan detaylı bir şekilde bahsetmiştik. Yüklenicinin borcu, sözleşmede belirtilen tarihte ve sözleşmedeki niteliklere uygun bir yapı inşa etmek, arsa sahibinin yükümlülüğü ise sözleşme ile kararlaştırılan şekilde belirli arsa paylarını müteahhide “devretmek” şeklindedir. Bir diğer deyişle, yüklenicinin bu arsa paylarını resmi şekle uygun olarak irade beyanları örtüşecek şekilde devralması halinde bizim artık geçerli bir tescilin varlığından söz etmemiz gerekirken, Yargıtay “avans” tabirini kullanmayı tercih etmiş ve bu avans niteliğindeki taşınmazı iktisap eden üçüncü kişileri de kötüniyetli ilan etmiştir. Bu alt başlık altında da avans kavramının ne anlama geldiğini, Yargıtay’ın önceki kararlarında bu kavramı nasıl kullandığını ve sonunda da bu kavramın kanunlarla ve hukukun genel ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını inceleyeceğiz.

II. Yargıtay’ın, Alacağın Temlik Yönündeki Argümanın Eleştirisi

1. Genel Olarak

Alacağın devri müessesesine TBK m. 183-194’de yer verilmiştir ve TBK m. 183 hükmünce; *“Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.”* şeklinde bir giriş yapılmıştır. Alacağın temlik basit olarak ifa etmek gerekirse, borç ilişkisinden doğan belli bir talep hakkının devrine yönelik yapılan ve yazılı şekil tabi olan bir sözleşmedir⁶².

⁶² Reisoğlu, s. 459.

Alacağın temlikinin hukuki niteliğine gelecek olursak, alacağın temlik işlemi bir tasarruf işlemidir⁶³. Zira temlik eden bu işlemi yapmakla kendisine ait bir alacak üzerinde doğrudan doğruya etkide bulunmakta, temlik edenin sahip olduğu alacak hakkı kendisinin malvarlığından çıkararak temellük edenin malvarlığına geçmektedir⁶⁴.

Alacağın temlikinin diğer bir hukuki niteliği ise sözleşmeye temlik eden ile temlik alan arasında bir sözleşmenin bulunması gerekliliğidir. Yani temlik, alacaklının tek taraflı bir hukuki muamelesi olmayıp temlik alanın kimse ile yaptığı bir sözleşmedir; bu sebeple temlik, temlik alanın açık veya örtülü rızası ile yapılması gerekmektedir⁶⁵. Bu sözleşmesel zorunluluk Kanunumuzun 184. maddesinde⁶⁶ açıkça belirtilmiştir ve asgari olarak adi yazılı şekilde şartı ile kayda bağlanmıştır.

Temlik, kanundan anlaşıldığı üzere⁶⁷ üç çeşittir ve bunlar “kanuni temlik”, “mahkeme kararı ile temlik” ve “iradi temlik” şeklindedir. Burada belirtmekte fayda var ki, yukarıdaki sözleşme yapılması zorunluluğu “iradi temlik” olması durumunda karşımıza çıkacaktır.

Temlikin hukuki sonucuna da kısaca değinmek gerekirse TBK m.189’da belirtildiği üzere; *“Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. f.2) Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır.”* Böylece, alacak temlik edildiğinde, alacağı garanti eden kefalet, menkul ve gayrimenkul rehni, hapis hakkı gibi yan haklar da kendiliğinden alacağı temellük edene geçer⁶⁸.

Son olarak alacağın temlik ile ilgili tartışılmasında fayda bulduğumuz nokta ise bu işlem illî mi yahut sebepten soyut bir işlem mi olduğu noktasındadır. **VON TUHR’a** göre, alacağın temlik işlemi sebepten soyut bir işlemdir. Yani sebep mevcut olmasa, batıl olsa veya gerçekleşmese dahi temlik işlemi geçerlidir. Geçerli bir şekilde yapılmış olan temlik sebep bakımından eksik ise bu durumda temlik alanın malvarlığında sebepsiz bir kazanç olacağından, temlik eden kimse, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak temlik edenden bu zararının tazminini isteyebilir. Yalnız, taraflar kendi aralarında temlik işleminin sebebe bağlı olmasını kararlaştırabilirler⁶⁹. EREN ise, bu görüşe katılmamakta ve alacağın temlikinin sebebe bağlı bir işlem olduğunu savunmaktadır ve VON TUHR’un bu görüşüne Türk Hukuku bakımından net bir şekilde katılmamaktadır⁷⁰.

⁶³ v. Tuhr, s. 826.

⁶⁴ Eren, Fikret., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara, 2018, s. 1180.

⁶⁵ v. Tuhr, s. 826.

⁶⁶ TBK m. 184: *“Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir.”*

⁶⁷ TBK m. 185: *“Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.”*

⁶⁸ Reisoğlu, s. 463.

⁶⁹ v. Thur, s. 835 vd.

⁷⁰ Eren, s. 1183.; *“Her şeyden önce bütün tasarruf işlemlerinin soyut işlem olduğu görüşü hukuki dayanak-tan yoksundur. Vohn Tuhr tarafından ileri sürülen bu görüş Alman Hukuku yönünden kısmen doğru olsa bile, Türk/İsviçre Hukuku yönünden doğru değildir. Alman Hukukunun aksine Türk/İsviçre Hukuklarında kanun koyucu en önemli tasarruf işlemi olan taşınmaz mülkiyetinin temlikinin (geçirilmesinin illî olduğunu MK. m.1024 ve 1025’te açıkça hükme bağlanmıştır. Aynı ilke taşınır mülkiyetinin nakli yönünden de doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmiştir. Taşınmaz mallarda ve hele özellikle taşınır mallarda teslimin illî (sebebe bağlı) olduğu kabul edildikten sonra, alacağın temlikini farklı bir işleme tabi tutmanın sebebini açıklama-zordur.”*

Alacağın temlik sözleşmesinin sebebe bağlı olduğu kabul edildiğinde, hukuki sebebi oluşturan temel işlemin geçersizliği, tasarruf işlemi, yani temlik de etkileyip onu da geçersiz sayar.⁷¹ Buna karşılık, alacağın temlik işleminin sebepten soyut bir işlem olduğu kabulünde, temeldeki borçlandırıcı işlem geçersiz olsa bile, temlik (tasarruf) işleminin geçerli olması halinde alacak temlik edenden temlik alana intikal eder, ancak bu geçiş geçerli bir sebebe dayanmadığından, temlik alan aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açılabilir.

2. Değerlendirme

Alacağın temlik ile ilgili teorik bilgileri verdikten sonra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ileride yapılacak bağımsız bölümlere bağlanan payları yükleniciye devretmesinin Yargıtay tarafından, “alacağın temlik” işlemi olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı son derece aşikârdır. Zira taraflar arasında geçerli bir şekilde kurulmuş olan ve resmi şekilde yapılan arsa payının devri sözleşmesi, tam anlamıyla borçlandırıcı işlemin ve tasarruf işleminin gerçekleştiği bir taşınmaz satım sözleşmesinden ibarettir. Alacağın temlik sözleşmesi, temlik eden ile temlik arasında adi yazılı bir şekilde kurulan ve doğmuş veya doğması muhtemel bir alacak üzerinde bu alacağın transfer edilmesini sağlayan bir işlemdir. Taraflar alacağın temlik işlemi kurmak istedikleri takdirde, adi yazılı sözleşme ile bu işlemi gerçekleştirebilirler fakat yüklenici ile üçüncü kişilerin tapuda resmi şekilde bir devir işlemi yapmaları ve arsa paylarının üçüncü kişiler adına tescil edilmesi durumunda artık bir alacağın temlik işleminden değil taşınmazın devrinden bahsetmemiz gerekir.

Sonuç itibarıyla, Yargıtay’ın müteahhit adına tescil edilmiş arsa paylarının, şekle uygun olarak üçüncü kişilere devredilmesi halinde arsa sahibinin üçüncü kişiler adına hak iddia edememesi gerekmektedir. Hatta müteahhit adına yapılan tescilin “yolsuz” olduğu varsayımında dahi, üçüncü kişilere karşı yapılan geçerli tescil işlemiyle birlikte m. 1023 hükmü uyarınca üçüncü kişilerin korunması gerekmektedir.

III. Yargıtay’ın Taşınmazın Avans Olarak Verilmiş Olduğu Şeklindeki Argümanı

1. Genel Olarak

Yargıtay’ın bu argümanını ele alırken her şeyden önce avans kavramının ne anlam ifade ettiğine odaklanmak gerekir. Avans kavramı, birtakım yasal düzenlemelerde bahsi geçen ancak tanımı yapılmayan bir kavramdır. Bu itibarla, bu kavramın en başta lafzen yorumlanması icap etmektedir.

Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğünde avans, “*Alacağına sayılmak üzere önceden yapılan ödeme*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda açıkça para borcu karşılığında yapıldığını ifade eden bir ibare yer almasa da, ‘ödeme’ ifadesi para borcunu akıllara getirmektedir. Zira, yapılan ödemenin bir menkul veya gayrimenkul mal ile yapılmasından bahsedilecek ise, bu durumda ‘ödeme’ ifadesini değil ‘devir’ ifadesini tercih etmek daha doğru olacaktır. Nitekim, ‘avans’ kelimesine, TBK md. 406/IV, 416/II, 425/I, 443/II, 510/I, 604/II, 627/II ve 643 hükümlerinde yer verilmiş ve bu hükümlerin tamamında avans kavramı para borcu karşılığında kullanılmıştır.

⁷¹ Eren, s. 1182.

Bu itibarla, avans, ileride doğacak bir ödeme borcu veya alacak talebine mahsup edilmek üzere önceden ödenen veya alınan paradır⁷². Avans kural olarak avans alan kimsenin ileride doğacak alacağından düşüleceğinden bir ödünç verme niteliği taşımaz. Avans günümüzde en çok hizmet, istisna ve vekâlet sözleşmelerinde kendini gösterir⁷³. Yargıtay'a göre de, avans, kullanma içeriği itibariyle ileride gerçekleşecek hakka mahsuben önceden geçici olarak yapılan ödeme anlamını taşır⁷⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, avansın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde verilebileceğinin varsayımı halinde bile, avansın şarta bağlı olarak verilemeyeceği hususu karşımıza çıkmaktadır. Avans, bir para borcuna karşılık verilir yahut alınır, herhangi bir şarta bağlanamaz. Dolayısıyla müteahhit ile arsa sahibi arasındaki sözleşmede avans olarak verilen arsa payları, müteahhidin inşaatı tamamlaması şartına bağlanamaz. Şayet taşınmazın devrinin şarta bağlanması veya söz konusu taşınmaz üzerinde bir hakimiyet kurulması isteniyorsa, bunun için kanunumuzda arsa sahibinin elinde kanuni ipotek hakkı bulunmaktadır. TMK 893 bu hükmü düzenlemektedir:

Aşağıdaki alacaklılar, kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilirler:

- 1. Satıştan doğan alacağı için satılan taşınmaz üzerinde satıcı,*
- 2. Elbirliği ortaklığına giren taşınmazlarda paylaşmadan doğan alacakları için birlikte mirasçı olanlar veya diğer elbirliği ortakları,*
- 3. Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar.*

Alacaklıların, bu kanunî ipotek hakkından önceden feragat etmeleri geçerli değildir.

TMK 893 f.3 hükmüne istinaden, arsa sahibi, arsa payları üzerinde ipotek tesis ederek taşınmaz üzerinde şahsi bir hak elde edebilir. Ancak bu şahsi hakkın tapuya şerh etmesi halinde bu şahsi hakkını üçüncü kişilere de ileri sürülebilecektir.

Sonuç olarak Türk Medeni Kanunu'nda konu ile ilgili düzenlemeler yapıldığı halde kanun koyucunun iradesinin dışına çıkılarak Yargıtay'ın "avans" yaklaşımına girmesi, hukuk metodolojisinin öğretileriyle bağdaşmamaktadır. Burada ancak kanunu aşan bir hukuk yaratmanın varlığından söz edilebilir; ancak kanımızca burada hukuki sorunun çözümü için kanunlarımızda gerekli ve adalete götürecek yeterli hukuki normlar bulunmasına rağmen hâkimin böyle bir hukuk yaratma işlemine girmesi, ancak kanuna aykırı yorum olarak nitelendirilebilir.

2. Değerlendirme

Yukarıdaki bilgiler ışığında, bir taşınmazın avans olarak verilip verilemeyeceği tartışması en başta, avansın para borçları karşılığında kullanılan bir terim olduğunun tespit edilmiş olması ile olumsuz sonuçlanmakta ve bir taşınmazın avans olarak verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁷² Özbay, Ümit Vefa., Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi, Ankara 2015, s.143.

⁷³ Tandoğan, Haluk., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, İstanbul 2008, s. 348.

⁷⁴ YHGK E. 1986/9-636 K. 1987/408 T. 20.5.1987

Para borcu karşılığında verilen bir avansın, avans alan kişinin edimlerini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumlarında ödeyene iadesi söz konusu olabilecektir. Ancak, resmi yazılı şekilde yapılan ve tapu siciline tescil edilen bir taşınmaz devrinin bu kapsamda kabul edilmesi, haksız sonuçlara yol açabilecektir. Zira, tapu sicilinde yapılan bir taşınmaz devir tescilinin avans olarak değerlendirilmesi ve bu taşınmazı devralan üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılamayacağını kabulü, yukarıda ele aldığımız tapu siciline ilişkin açıklık, doğruluk ve güven ilkelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir⁷⁵.

Diğer yandan, her hukuki değerlendirmenin, taraflar arasındaki hak dengesini korumayı amaçlaması gerekir. Yargıtay, taşınmazın avans olarak verildiğini kabul ederken, taşınmazını henüz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin akdedildiği anda veya henüz inşaat tamamlanmadan devreden arsa sahibinin, ileride doğabilecek bir temerrüt halinde, hakkını koruyabileceği imkanları olduğunu ve fakat arsa sahibinin bu imkanları kullanmadığını da göz ardı etmiştir. Bizim değerlendirmemiz, Medeni Kanunumuzun temel hükümlerinden olan tapu siciline güven ilkesinin, yukarıda ifade edildiği şekilde devralan üçüncü kişi aleyhine değil, devreden arsa sahibi tarafından bilinmesi gerektiği veya bilinmemesinden doğan zararlara arsa payı sahibinin katlanması gerektiği yönünde ele alınmasının daha doğru olmasıdır. Zira, burada iyiniyet bahsinde ele aldığımız kanundan doğan bilme yükümlülüğünün arsa sahibi üzerinde olduğunu, bu kişinin tapu siciline güven ilkesini bilmesi gerektiğini ve bu ilkenin kendisinde yaratabileceği mağduriyetleri bertaraf etme yükümlülüğünün de kendisinde olduğunu değerlendiriyoruz. Arsa sahibi, pek tabii ki, somut olaya konu durumu tapu siciline şerh ettirebilecek, müteahhide devredilen arsa payları üzerine arsa sahibi lehine inşaat aşamalarına göre kısım kısım kaldırılacak bir teminat ipoteği koydurabilecektir⁷⁶.

Sonuç itibariyle, devredilen taşınmazın avans olarak verilmiş olduğu şeklindeki yaklaşım⁷⁷, tapu sicilinin açıklığı ilkesine, tapu siciline güven ilkesine ve en başta borçlar hukukunun en temel hükümlerinden olan taşınmaz satım sözleşmesi hükümlerine açıkça ters düşmektedir. Zira taşınmaz satım sözleşmesi tarafların irade beyanlarının uyuşması ile ve tasarruf işleminin resmi şekilde yapılması ile geçerlilik arz eder. Bu şartların sağlanması halinde geçerli bir tescil işleminin bulunması halinde taşınmazı devralan kişi, istediği şekilde taşınmaz üzerinde tasarruf işleminde bulunma hakkını haizdir.

⁷⁵ Tekdemir, Faruk., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2018, s. 128.

⁷⁶ Tekdemir, s. 138.

⁷⁷ Y. 15. HD. 1.3.2007 T., E. 2005/8104, K. 2007/1294; “... Davalı üçüncü kişiler, yükleniciden bağımsız bölümler satın aldıklarından, yüklenicinin bu durumunu bilmeleri gerekeceğinden, iyiniyet savunmasında bulunamazlar. Bu nedenle, davalılara intikal ettirilen tapu kayıtları, deyim yerindeyse avans niteliğinde sayılır.”; Y. 15. HD. 1.6.2004 T., E.2003/6241, K. 2004/3055; “... Kararlılık kazanan Dairemiz içtihatlarına göre, arsa sahipleri teslimden evvel işin finansında kolaylık sağlamak üzere yükleniciye bir kısım pay devri yapmışsa bu devir “avans” niteliğindedir.” Y. 15. HD. 6.5.2003 T., E. 2003/492, K. 2003/1152; “... Arsa payı devri işin bedeli olduğundan, bu bedele ancak eserin amaca uygun olarak teslimi halinde hak kazanılır. Şayet somut olayda olduğu gibi pay devri peşinen yapılmışsa, bu devir avans niteliğinde ve yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için yapılmış olacağından yükleniciden geri istenebilir.” Y. 15. HD. 4.3.2005. T., E. 2004/3299, K. 2005/1234; “... İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur.”

IV. Yargıtay'ın Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olmadığı Argümanı

1. Genel Olarak

“Davalı üçüncü kişilerin henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm elde etmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır.” şeklindeki ifade ile Yargıtay, üçüncü kişilerin, yükleniciden bağımsız bölüm inşa edilmek üzere satın almış oldukları arsa paylarını ticari bir risk olarak devraldığını ifade ediyor. Diğer bir ifade ile, Yargıtay ilk olarak arsa paylarının aslında yükleniciye ait olmadığını- “avans olarak verildiği için”- hala arsa sahibinin mülkiyetinde olduğunu vurguluyor. Taşınmazın avans olarak verilebilip verilemeyeceği bahsinde, bu durumun mümkün olmadığını, avansın ancak para borçları için verilebileceğini ifade etmiştik. Dolayısıyla şu an bizim burada ilk olarak iyiniyet bahsine girmemize bile gerek kalmayıp, geçerli bir tescil ile arsa paylarını devralan müteahhidin, arsa payları üzerinde istediği şekilde tasarruf hakkı olduğunu ifade etmemiz gerekiyor. Ancak biz bu başlık altında zincirin ilk halkasını görmezden gelip aslında bu argümanın da temelden yoksun olduğunu ifade etmeye çalışacağız.

2. Değerlendirme

İyiniyet başlığı altında iyiniyetin varlığının asıl olduğunu ve bir hukuki uyumsuzlukta iyiniyetin olmadığını iddia eden kimsenin bunu ispat etmesi gerektiğini belirtmiştik. Ayrıca bir hukuki işlemin gerçekleşmesi için bulunması gereken bazı vasıfların üçüncü kişi tarafından bilinmemesi ve bilinmesi de gerekmemesi halinde bu kişinin, kanunun izin verdiği ölçüde iyiniyet şemsiyesinin altına girebileceğini ifade etmiştik. Yargıtay'ın makalemiz konusu olan olayda yerleşik tutumu ise yukarıdaki ifadede belirtildiği üzere üçüncü kişinin aslında söz konusu payların müteahhide ait olmadığını bildiği ve dolayısıyla bir risk aldığı şeklindedir. Bizim kanaatimize göre ise, burada risk alan kişi aslında üçüncü kişi değil, arsa sahibinin ta kendisidir. Zira, inşaat bitmeden arsa paylarının tamamını veya bir kısmını müteahhide devreden arsa sahibinin, arsa paylarının müteahhit tarafından üçüncü kişilere devredilmesi ihtimalinde bu devir işleminin m.1023 ilkesi gereğince korunacağını öngörmesi gerekirdi⁷⁸. Yani burada arsa sahibinin basiretli bir iş adamı gibi davranıp tapu siciline güven ilkesini bertaraf edebileceği birtakım önlemleri alması gerekirdi. Örneğin tapu sicilinin beyanlar hanesine verebileceği bir şerh ile tüm bu iyiniyet iddialarını ortadan kaldırılabildi. Ancak bunun yerine arsa paylarını kayıtsız şartsız müteahhide devreden arsa sahibinin, iyiniyetli üçüncü kişiler karşısında korunması hukukun temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Yine iyiniyet bahsinde belirtmek gerekir ki; üçüncü kişilerin, “müteahhidin temerrüdü sonucunda arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi” ihtimalini öngörememesi onları kötüniyetli hale getirmemelidir. Çünkü, tapu sicili mevzusunda da bahsettiğimiz üzere, üçüncü kişinin sicil dışındaki bir olgu olarak müteahhit adına yapılan tescilin dayanağını, buna ilişkin belgeleri ve arsa sahibi ile müteahhit arasındaki kişisel hakkın var olup olmadığını araştırmak zorunluluğu

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Tekdemir, s. 138.

bulunmamaktadır⁷⁹. Dolayısıyla burada üçüncü kişinin ihmalinden veya kötü niyetinden söz etmek doğru olmayacaktır. Ancak ve ancak, üçüncü kişinin gerçekten müteahhidin borcunu ifa edemeyip temerrüde düşeceğini ve arsa sahibinin de dönme hakkını kullanacağını bilmesi halinde bu kişinin iyiniyetin korumasından yararlanamayacağından söz etmemiz gerekir.

Aynı cihetle, gelişmekte ülke ekonomilerinde, dövizin ani yükselmesi durumunda ithal gelen inşaat ürünlerinin maliyetlerinin bir anda arttığı sıklıkla görülmektedir. Bu şekilde pazardaki ithal ürünlerin zamlanması ve buna bağlı olarak enflasyonun artması, inşaat sektörünü zora sokabilmektedir. Somut Yargıtay kararından bağımsız olarak ifade edilmelidir ki, inşaat sektörünün ülke ekonomisinin hacminde büyük yer tuttuğu ülkelerde bu tür ekonomik darboğazların oluşması halinde, temerrüde düşen müteahhidin eyleminin faturası iyiniyetli üçüncü kişilere kesilmemelidir.

Sonuç

Çalışmamızda genel olarak, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme gereğince bağımsız bölümlerin inşaatına başlayan müteahhidin inşaat henüz tamamlanmadan inşa edeceği bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmasının hukuki niteliği ve Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı ele alınmak istenmiştir.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda ısrarlı olarak müteahhitten arsa payını devralan üçüncü kişilerin edinimlerini, sözleşmede dönen arsa sahibi karşısında korumama politikası içerisinde olmuş ve maalesef ki bu tutumunu hukuki dayanaktan yoksun birtakım argümanlar altında sıralamıştır. Yukarıda tek tek izah ettiğimiz üzere öne sürülen tüm bu argümanlar, aslında kanunun doğru bir şekilde tatbik edilmesi ile çürütülebilir niteliktedir. Bu sebeple Yargıtay'ın bu şekilde bir yaklaşım benimsemesinin temeline indiğimizde, Yargıtay'ın, hukuk kurallarını hukuki uyumsuzluklara objektif bir şekilde uygulayamadığı görülmektedir.

İlk olarak belirtmelidir ki, Yargıtay'ın geçerli bir tescille arsa payını iktisap eden üçüncü kişileri korumamasının tek açıklaması, ancak ve ancak “sermaye sahibi müteahhitler” karşısında, “daha zayıf bir konumda olan” arsa sahiplerini korumaktır. Ne var ki, korunması gereken tek değer hukukun kendisi olmalıdır. Konulan hukuk kurallarının, birtakım devlet politikaları sebebiyle uygulanmaması, yanlış uygulanması veya taraf gözetilerek uygulanmasının daha büyük hukuki sıkıntılara yol açabileceği konusunda ise biz hukukçuların şüphesi bulunmamaktadır. Arsa sahibinin menfaati ne kadar korunmaya değerse, müteahhidin ve üçüncü kişilerin menfaati de aynı derecede korunmaya değerdir. Şayet hukuk kuralları birtakım politikalarla, herkesin menfaatini eşit şekilde gözetecek şekilde uygulanmazsa, yargının vermiş olduğu kararların şeffaflığı ve öngörülebilirliğinden bahsetmemiz mümkün olmayacaktır.

Kanunlar, yasama organının, yani halkın iradesinin birleşmesi ile yahut çoğunluğa erişmesi ile vücut bulmakta; tecessüm eden bu varlığı yorumlayarak hukuki vakıaları çözüme görevi ise hâkimlere yüklenmektedir. Hâkimler, elbette, somut uyumsuzluğu çözümlenmek adına birtakım yorum yöntemlerine başvurmalıdırlar. Lafzi yorum, tarihi yorum, amaçsal yorum ve sistematik yorum olarak adlandırdığımız dört yorum yönteminin hepsi aynı oranda uygulanmalıdır. Dolayısıyla hâkimin, yalnızca kanunun lafzına bakıp uygulamakla yetinmemesi, aynı zamanda kanunun konuluş amacını, konulduğu tarihteki sosyolojik ve hukuki zeminin özelliklerini ve kanun

⁷⁹ Tekdemir, s. 138.

metninin ilgili kanunun içerisindeki yeri ile kanun metninin diğer kanun hükümleri ile bağlantısını da dikkate alması gerekir ve bu bir zorunluluktur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin temerrüdü sebebiyle günah keçisi ilan edilen üçüncü kişilerin arsa paylarının korunmaması, arsa sahibi lehine tekrar tescil edilmesi durumunda, Yargıtay'ın hangi yorum kurallarından yola çıkarak bu sonuca varmış olduğu hiçbir surette anlaşılamamaktadır. Zira, burada en temelde kanunun lafzının uygulanmaması söz konusudur. Nitekim Yargıtay kararlarında, en başta arsa payları “avans” olarak nitelendirilerek devirlerin yolsuz olduğu değerlendirilmiş; sonrasında, müteahhit ile üçüncü kişi arasındaki temlik işleminin aslında bir “alacağın temlik” işleminden ibaret olduğu ifade edilmiş; en sonunda da TMK m. 1023 hükmünü baypas etmek için üçüncü kişiyi kötüniyetli olarak sınıflandırmıştır. Burada, ifade edilmelidir ki Yargıtay, “avans” kelimesini etimolojik olarak bile yanlış kullanmış, Sözlüklerde ve mevzuat hükümlerinde yer alan anlamına zıt olarak para borcu dışındaki borçlar için kullanmak istemiştir. Dolayısıyla avans tabiri kullanılarak, sadece kanunun lafzı değil, Türk dili de yanlış kullanılmıştır.

Sözleşmeden dönme bahsinde, dönmenin hukuki sonuçları ile ilgili farklı görüşler olduğundan bahsetmiştik. Bunlardan Klasik Dönme Görüşü, Dönüşüm Teorisi veya Kanuni Borç Teorilerinden herhangi biri kabul edildiği takdirde, sözleşmeden dönen arsa sahibinin müteahhide karşı olan alacağı “*nisbi*” nitelik taşıyan bir alacak hakkı olacaktır. Dönüşüm teorisi bir tasfiye ilişkisi kurularak edimlerin iadesi gerekirken, kanuni borç görüşünde TBK m. 125 f. 3 hükmü uyarınca bir sözleşmesel edimlerin iadesi borcu oluşacak, klasik görüşe göre ise sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkacak ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanarak edimlerin iadesi söz konusu olacaktır. Bu üç görüşün; zamanaşımı gibi, geri iade yükümlülüğün dayanağı gibi bazı konularda ayrıştığı görülse de, bu görüşlerin üçü de sözleşmeden dönen arsa sahibine müteahhide karşı ileri sürebilecekleri “*şahsi*” bir hak vermektedir. Yargıtay, klasik görüş taraftarı olduğunu iddia etse de, konumuz bakımından “ayni etkili görüş”ü uygulamaya çalışmıştır; ancak maalesef Yargıtay bu görüşü de tam olarak uygulayamamıştır. Zira bu dört görüşü değerlendirdiğimiz bahiste ifade ettiğimiz üzere, ayni etkili dönme görüşünün uygulanması halinde, TMK m. 1023 hükmünün de, ancak şartların varlığı halinde uygulama alanı bulması gerekmektedir. TMK m. 1023'ün uygulanma alanı bulabilmesi için ise, öncelikle tescilin yolsuz hale gelmesi, sonrasında ise bu yolsuz tescile itimat ederek ayni hak iktisap eden bir iyiniyetli üçüncü kişinin bulunması gerekmektedir. Ayni görüşünün kabulü halinde, hukuki sebebin ortadan kalkması nedeniyle yolsuz hale gelen tescile bağlı olarak iyiniyetli hak iktisap eden üçüncü kişilerin kazanımları korunacaktır. Lakin, burada Yargıtay, arsa payını müteahhitten devralan üçüncü kişiye ekstra bir yükümlülük yükleyerek bu kişiden, arsa sahibinin olası bir temerrüt halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceği riskini de taşımasını istemiştir. Halbuki iyiniyet bahsinde belirttiğimiz üzere, iyiniyetin varlığı asıldır, kötüniyet iddiasında bulunan kimsenin bu durumu ispat etmesi gerekmektedir. Sonuç itibarıyla Yargıtay'ın şu anki tutumunun hiçbir görüş ile bağdaşmayan, herhangi bir hukuki doktrinden esinlenmeyen, ayrık bir yaklaşım olduğunu ifade etmemiz gerekir.

Yukarıda anlatılanlarla beraber, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Eşya Hukuku'na hâkim prensip olan alacağın nisbîliği ilkesinin de burada açıkça ihlal edildiğini ifade etmemiz gerekmektedir. Buna göre alacak hakları nisbî niteliktedir, yani alacak yalnızca kendisi ile borç ilişkisi altına girilen kimseden talep edilebilir. Ayni haklar ise eşyanın aynına yönelik haklar olup, ileri sürülebileceği çevre bakımından mutlak haklar kategorisine girer. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi ile müteahhit arasında şekle uygun olarak gerçekleşen bir taşınmaz satım sözleşmesi sonucu, arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı bir hak iddia etmesi, sözleşmenin nisbîliği ilkesiyle kesinlikle bağdaşmamaktadır.

Kaynakça

- **AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya:** Medeni Hukuk, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
- **AKİPEK, Jale G:** Subjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri, AHFD 1957, Sayı 1-4. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/334/3412.pdf> Erişim Tarihi: 05.10.2019.)
- **EDİS, Seyfullah:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara, 1993.
- **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara, 2018.
- **EROL, Cansel:** Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara, 1964.
- **ERMAN, Hasan:** Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü, İstanbul, 2007.
- **HATEMİ, Hüseyin:** Medeni Hukuka Giriş, 7. Baskı, İstanbul, 2013.
- **HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya:** Medeni Hukuk, İstanbul, 2007.
- **KIRCA, Çiğdem:** BATIDER Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar, XXII, 15 Aralık 2006.
- **OĞUZMAN, Kemal:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, 11. Bası, İstanbul 2013.
- **OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami:** Medeni Hukuk, 22. Baskı, İstanbul 2016.
- **OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku:** Genel Hükümler, C. 1, 13. Bası, İstanbul, 2015.
- **OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe:** Eşya Hukuku, İstanbul, 2019.
- **ÖZBAY, Ümit Vefa:** Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi, Ankara, 2015.
- **REİSOĞLU, Safa:** Türk Eşya Hukuku, C.1, 6. Bası, Ankara, 1980.
- **REİSOĞLU, Safa:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul, 2011.
- **SİRMEN, A. Lale:** Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- **TANDOĞAN, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Ankara, 1987.
- **TANDOĞAN, Haluk:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1, İstanbul, 2008.

- **TEKDEMİR, Faruk:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, 2018.
- **TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, 1988.
- **TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Eşya Hukuku, Genişletilmiş Üçüncü Bası, C.1, İstanbul, 1978.
- **v. TUHR, Andreas:** Borçlar Hukuku, Çeviren Cevat Edege, C. 2, İstanbul, 1953.
- **VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet:** Türk Medeni Hukuku, C. I, Cüz 1, Umumi Esasları, 7. Bası, İstanbul, 1968.