

4f ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ANAYASA MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARIYLA YARATILAN “AVANS TAPU” KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF THE “LAND REGISTER AS ADVANCE PAYMENT” CONCEPT IN CONSTRUCTION AGREEMENT IN RETURN FOR LAND SHARE, CREATED BY TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AND TURKISH COURT OF CASSATION JURISPRUDENCE)

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN* **

ÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin temelden arsa payı devrederek inşaat için mali kaynak yaratması uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu uygulama bazı hallerde ciddi hukuki meselelere yol açmaktadır. Özellikle yüklenicinin temerrüdüne dayalı olarak arsa malikinin sözleşmeden dönmesi halinde, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay, arsa malikinin yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilere karşı istihkak davası niteliğinde tapu iptali ve tescil davası açmasını kabul etmektedir. Bu kararın dayanağı olarak ileri sürülen “avans tapu” kavramı hem Türk Medeni Hukuku kurallarına hem de tapu sicil sistemine ters düşmektedir. Bu nedenlerle, söz konusu kararların isabetli olmadığı kanaatindeyiz. İşbu makale kapsamında görüşümüzü açıklamaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat, avans tapu, tapu iptali ve tescil, sözleşmeden dönme

ABSTRACT

In construction agreement in return for land share, it is common practice for the contractor to sell the land shares to the third parties before the commencement of the construction in order to obtain financial support for the completion of the work. Some legal problems arise from this practice. Particularly in case the initial land owner rescind the contract due to the default of the contractor, Turkish Constitutional Court and Turkish Court of Cassation award to the initial landowner the right for restitution of the land shares given in advance. This jurisprudence contradicts the theory of rescission adopted by Turkish Court of Cassation and does not comply with the principles governing the Turkish Civil Law. Therefore, we believe that the aforementioned precedents are not accurate. Within the scope of this study, we will try to convey our arguments on the subject.

Keywords: Construction agreement in return for land share, land register as advance payment, restitution, and rescission.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.12.2019. İlk hakem raporu tarihi:11.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 01.05.2021. Onaylanma Tarihi:01.05.2021.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9303-1062

Eser E Atf Şekli: Zafer Kahraman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.781-797.

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, sözleşmeye uygun olarak işin bitiminde kendisine isabet edecek olan bağımsız bölüme ilişkin arsa paylarını “temelden”, diğer bir deyişle daha inşaat safhasındayken üçüncü kişilere satması, uygulamada sıklıkla rastlanan bir durumdur. Yüklenici bu sayede inşaatı tamamlamak için ihtiyaç duyduğu mali güce kavuşmaktadır. Ancak, bu durum, uygulamada bazı hukuki sorunlara yol açmaktadır. Özellikle yüklenicinin temerrüde düşmesi sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, yükleniciden arsa payı devralmış olan üçüncü kişilere karşı, iş sahibinin (arsanın yükleniciden önceki malikinin) yönelttiği tapu iptali ve kendi adına tescilli talepli davaların Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında ve Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Kararı’nda haklı bulunduğu görülmektedir.

Kanaatimizce, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarında yaratılan “Avans Tapu” kavramı ve buna dayanarak verilen tapu iptali kararları, Yargıtay’ın diğer tüm kararlarında kabul ettiği klasik sözleşmeden dönme teorisiyle çelişmekte, tapu siciline egemen olan ilkeler ile bağdaşmamakta ve Türk Medeni Kanunu m. 3 ve 1023 hükümlerine ters düşmektedir. Tüm bu nedenlerle, anılan içtihatların isabetli olmadığı görüşündeyiz. Bu çalışma kapsamında, konuya ilişkin açıklamalar yaparak görüşlerimizi aktarmaya çalışacağız.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Eser sözleşmesi ile taşınmaz satımı sözleşmesinin unsurlarını taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa sahibinin, arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yüklenicinin arsa üzerinde inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesidir¹. Bu sözleşme uyarınca yüklenici, arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır².

O halde, kural olarak, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım 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 edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa satımı ve eser sözleşmesi (inşaat) sözleşmelerinin unsurlarını kanunda düzenlenmeyen bir tarzda biraraya getiren “çift tipli” bir karma sözleşme⁴ ya da diğer bir anlatımla karışık muhtevalı⁵ bir akittir. Bu durumda, bir

¹ ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 1; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1066 vd.; KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Kazancı, İstanbul 1993, s. 5.

² Yarg. İBK. T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (Kazancı)

³ Yarg. HGK. T. 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752 (Kazancı). Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, C. II, s. 107; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1067 vd.; KAYA, s. 6 vd.

⁴ TANDOĞAN, Halük, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-II, 5. Tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, C. I, s. 71; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1071; GÜMÜŞ, C. I, s. 9 ve C. II, s. 107; ERMAN, s. 4-6; KAYA, s. 16-17; ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçı-

karma sözleşmede ortaya çıkan hukuki sorunların hangi hükümlere başvurularak çözümlenmesi gerektiği öğretideki görüşler ve yargı içtihatları ile ortaya çıkacaktır⁶. Günümüzde kabul edilen kıyas teorisine göre, karma akitlerin kanunda düzenlenmemiş olmasından yola çıkılarak, bunlara diğer sözleşmelere ilişkin bir kanun hükmünün doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı; ancak, karma sözleşmenin amacı ve taraflar arasındaki sözleşme adaleti gözetilerek kanun hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir⁷. Nitekim, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, “ilke olarak çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden herbirinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Şu var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre hakkaniyete uygun bir çözüme ulaştırılması gerekir.” yönünde hükme varmıştır⁸. Kanaatimizce, bu son görüş dikkate alınmalı ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümler yaratma ve kıyas teorisi ile belirlenmelidir⁹.

II. YÜKLENİCİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEMELDEN SATIŞ YAPMASI-NIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNUN SONUÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, daha inşaat tamamlanmadan, bazı hallerde ise henüz inşaata dahi başlanmamışken, arsa sahibi yükleniciye arsa payının mülkiyetini devredebilmektedir. Bunun yegâne sebebi, inşaatı finanse edebilmektir. Zira, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici maliyeti kurtaracak bir finansman ihtiyacı duyar. Bunun için yüklenici, arsa malikinden devraldığı arsa paylarına denk gelecek bağımsız bölümleri, temelden yahut inşaat aşamasında üçüncü kişilere satar veya satış vaadinde bulunur¹⁰.

Oysaki, arsa payının devri, yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim etme borçlarının karşı edimi olduğundan; burada henüz kendi borcunu yerine getirmemiş olan yükleniciye iş sahibinin (arsa malikinin) borcunu “peşin” ifa etmesi söz konusudur. Bunun sonucu olarak arsa payının mülkiyet hakkını elde eden yüklenici ise, arsa payını “temelden” üçüncü kişilere satın devrederek hemen paraya dönüştürmek imkânına kavuşur¹¹.

lık, İstanbul 2013, s. 6; EREN, Fikret, “I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. tıpkı bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 57; KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 44. Yarg. HGK. T. 9.6.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565; Yarg. 15. HD. T. 25.12.1975, E. 1975/4714, K. 1975/5159; Yarg. 15 HD T. 4.12.1980, E. 1980/1990, K. 1980/2594 (Kazancı).

⁵ “Karışık muhtevalı akit tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akitir.” (KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013, s. 157 vd.).

⁶ Konuyla ilgili farklı teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorilerin açıklamaları için bkz. TANDOĞAN, C.I, s. 73 vd.; GÜMÜŞ, C.I, s. 14 vd.

⁷ TANDOĞAN, C.I, s. 75; GÜMÜŞ, C.I, s. 16.

⁸ Yarg. 15. HD. T. 25.12.1975, E. 1975/4714, K. 1975/5159 [Kazancı İchtihat Bilgi Bankası].

⁹ Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, C. II, s.111.

¹⁰ Yarg. 14. HD. T. 29.11.2007, E. 2007/13130, K. 2007/15128 (Kazancı)

¹¹ Yüklenici, inşaatın finansman kaynağını oluşturmak amacıyla, sermaye oluşturmak için genellikle üçüncü kişilere bu arsa paylarını satar (YAŞAR, Halis, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:102, s. 300). Yargıtay’a göre, “Arsa sahiplerinin yükleniciye kat karşılığı sözleşme gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenildiği edimini ifa ettiği oran-

Arsa sahibinin yükleniciye tapuda "peşin" olarak devretmiş olduğu arsa payları, geçerli bir hukuki sebebe (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası amacına) dayanmaktadır. Bu halde, yüklenici adına yapılmış olan tescil geçerli bir tescildir. Yüklenici, yolsuz olarak değil, gerçekten tapuda malik olarak görünmektedir. Yükleniciden arsa payı satın ve devir almış üçüncü kişiler ise, gerçek malikten arsa payı devralan ve bunun sonucu olarak malik sıfatına kavuşan kişilerdir.

Bu durumda, sorun şurada karşımıza çıkar: Arsa payını peşinen devralmış olan yüklenici, söz konusu arsa payını üçüncü kişiye satıp devrederek arzu ettiği finansmana kavuştuktan sonra, inşaatı tamamlamaz ise, iş sahibi (arsanın ilk sahibi) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden TBK m. 117 vd. hükümleri uyarınca temerrüde dayalı olarak dönebilmektedir. Bu halde, arsa payını geri almayı isteyen arsa malikinin üçüncü kişilere karşı tapu iptali ve tescil davası yönelttiği görülmektedir. Aşağıda öncelikle sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları ve ardından arsa sahibinin üçüncü kişilere yönelttiği tapu iptali ve tescil davasının akıbeti ele alınacaktır.

III. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME Sİ VE SONUÇLARI

A. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Hukuki Dayanağı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi, yüklenicinin temerrüdüne (TBK m.117 vd.) veya TBK m. 473 hükmünde düzenlenen erken dönme hakkının kullanılmasına yahut ayıplı ifaya (TBK m. 475) dayalı seçimlik haklardan dönmenin kullanılmasına bağlı olarak gerçekleşebileceği gibi, tam tazminatla fesih (TBK m. 484) halinde de iş sahibinin hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme, hakkaniyet gereğince iş sahibinin eseri kabul etmesinin kendinden beklenemeyeceği ölçüde önemli bir ayıp söz konusu ise mümkün olur (TBK m. 475)¹². Belirtmek gerekir ki, TBK. m.475/III hükmü uyarınca, inşaat arsa sahibinin arazisi üzerine yapılmış olduğundan; söz konusu bu inşaatın kaldırılması veya sökülmesi mahiyeti itibariyle fazla bir zarara yol açıyorsa arsa sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Diğer seçimlik haklarla yetinmek zorunda kalır.

Temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme ise, TBK m. 117 vd. hükümleri uyarınca gerçekleşir¹³. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunu ifa etmede temerrüde düşmesi hâlinde, eser sözleşmesine ilişkin özel hüküm bulunmadığından, iki

da arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar;" (Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360 [Kazancı]).

¹² ERMAN, s.143 vd.; TANDOĞAN, C.II, s. 177 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 212 vd.; ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 104-105; GÜMÜŞ, C. II, s. 61; ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Kadir Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 521; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 360; SELİMOĞLU, Yaşar Engin, İstisnâ (Eser) Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 125; KARATAŞ, s. 197 vd.; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2006, § 22, s. 283. Bkz. Yarg. 14. HD. T. 16.1.2012, E. 2011/14460, K. 2012/257 (Kazancı).

¹³ TANDOĞAN, C.II, s. 130; GÜMÜŞ, C. II, s. 35; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 484 vd.; ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı, İstanbul 1989, s. 153; Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kazancı).

tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüde ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanmaktadır¹⁴. Buna göre arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirebilecektir¹⁵.

Bunun yanında, eser sözleşmelerine özgü olarak borçlar kanununda yer alan bir diğer dönme sebebi de TBK. m. 473 hükmünde düzenlenmiştir. Her ne kadar bu hüküm esasen eser sözleşmeleri için düzenlenmiş olsa da, karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur¹⁶. Öğretide bazı yazarlar tarafından bu hükmün temerrüde ilişkin TBK m. 117 vd. hükümlerinin bir tamamlayıcısı olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Bu yazarlara göre hükümde söz konusu olan, eseri teslim borcunda değil, meydana getirme borcunda temerrüttür¹⁸. Bu görüşe göre, teslim süresinin bitmesini beklemeye gerek olmaksızın yüklenicinin “erken temerrüdü” söz konusu olur¹⁹. Her ne kadar bu nedenle söz konusu hüküm genellikle temerrüt başlığı altında incelenmekte ise de kanaatimizce, borçlu temerrüdü, henüz muaccel olmayan bir borç için söz konusu olamaz²⁰. Bizce burada, temerrüt ile ilgisi olmayan özel bir dönme sebebi düzenlenmiştir.

¹⁴ AYDIN, Gülşah Sinem, “*Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 141, 2019, s. 428; Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kazancı).

¹⁵ Elbette ki temerrüdün koşulları burada da geçerlidir. İnşaatın teslimi edimi muaccel olmalı, edimin yerine getirilmesi imkânsız olmamalı ve edimin yerine getirilmemesi dolayısıyla (belirli vade söz konusu değil ise) ihtar yapılmalıdır. Ayrıca arsa sahibi, kesin vade belirlenmemişse ve ek süre vermenin faydasız kalacağı haller dışında (TBK. m. 124) yükleniciye ek süre tanımalıdır. (Bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 141 vd.; GÜMÜŞ, C. II, s. 35 vd.; ERMAN, s. 61 vd.).

¹⁶ ERMAN, s. 76-77.

¹⁷ ERMAN, s. 77; TANDOĞAN, C. II, s. 119; DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Bastı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Anlara 2003, s. 107 vd.; GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Schulthess, 2011 (www.swisslex.ch), Nr. 675; ZİNDEL, Gaudenz G./ PULVER, Urs, Basler Kommentar (BaK) zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art. 366 OR, Nr. 13 vd.

¹⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 510 vd.; KARTAL, s. 141 vd.; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 89 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 344; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 83; DAYINLARLI, s. 100 vd.; PEDRAZZINI, Mario M., “*Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag*”, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart 1977, Band VII/1, §85, s. 511-512; KOLLER, Alfred, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Heinz Hausheer (Hrsg.), Stämpfli, Bern 1998, Art. 366 OR, Nr. 3; GAUTSCHİ, Georg, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Stämpfli, Bern 1998, Art. 366 OR, Nr. 1d; REBER, Hans J., Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 3. Auflage, Baufachverlag, Zürich 1975, s. 40 vd. Karşıt görüş için bkz. ÖZ, Dönme, s. 49 vd.

¹⁹ BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess, Zürich 1988, s. 214.

²⁰ Aynı yönde bkz. ÖZ, Dönme, s. 49 vd.

Son olarak, TBK m. 484 hükmü uyarınca iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi sona erdirebilecektir²¹.

B. İş Sahibinin Temerrüde Dayalı Olarak Dava Yoluyla Sözleşmeden Dönmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, Yargıtay içtihatlarında belirtildiği üzere, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme; tarafların iradelerinin birleşmesiyle (ikale ile) veya karşı taraf bunu kabul etmediği takdirde dönmek isteyen tarafın mahkemede bu yolda bir karar almasıyla mümkündür²². Mahkemenin davayı reddetmesi halinde, taraflar arasındaki sözleşme yürürlükte kalacaktır²³. Dikkat edilecek olursa, Yargıtay kararlarına göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde "dönme", tek taraflı kullanılabilen bir yenilik doğuran hak değil, karşı tarafın kabul etmemesi halinde dava yoluyla kullanılabilen bir hak haline gelmiştir²⁴.

Halbuki, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin dava dışı yollarla sözleşmeyi feshetmesinin önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bu bakımdan, Yargıtay'ın bu yöndeki görüşünün hukuki dayanaktan yoksun olduğu kanaatindeyiz.

C. İş Sahibinin Temerrüde Dayalı Olarak Sözleşmeden Dönmesinin Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin emeğe ve masrafa dayanan edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı bu sözleşmeler, Yargıtay'a göre ani edimli ve sürekli edimli ilişkiler karışımı bir özellik taşımaktadır²⁵. Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde her ne kadar edim fiili uzun süreye yayılmakta ise de; edim sonucu, yani alacaklının edime olan menfaati tek bir anda ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, burada ani edimli bir sözleşmenin varlığından bahsetmek gerekir²⁶.

Yine de bazı hallerde, arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirdiği anda, yüklenicinin o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu inşaatın değeri o derece yüksektir ki, sözleşmeden geriye etkili dönülmüş olduğunu iddia etmek dürüstlük kuralıyla bağdaşmayabilir. Sözleşmeden geriye etkili olarak (baştan itibaren sözleşmeyi hükümsüz kılacak biçimde) dönmek, işi büyük oranda tamamlamış yüklenici için orantısız derecede ağır sonuçlar doğurabilir²⁷.

Eğer bu halde iş sahibinin sözleşmeden dönmesine müsaade edilecek olursa, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir imkâna (yüklenicinin temerrüdünden amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve yüklenici de sembolik bir karşılıkla yetin-

²¹ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016.

²² Yarg. 15. HD. T. 8.10.1998, E. 1998/2263, K. 1998/3752; Yarg. 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818 (Kazancı)

²³ Açıklamalar için bkz. ERMAN, s. 103 vd.

²⁴ GÜMÜŞ, C. II, s. 38.

²⁵ Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1; Yarg. HGK. T. 6.10.1982, E. 1982/15-356, K. 1982/817 (Kazancı)

²⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli bir sözleşme olduğu yönde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1072; KAYA, s. 22 vd. İnşaat sözleşmelerinin ani edimli olduğu yönünde bkz. ÖZ, İnşaat, s. 181. Öğretide Kartal'a göre ise, "arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesinin sürekli borç ilişkisini doğurduğunu kabul etmek gerekir." (KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 25).

²⁷ Bkz. TANDOĞAN, C.II, s. 142-143.

mek zorunda kalır. İşte bu durumda, sözleşmenin dürüstlük kuralı uyarınca ileriye etkili olarak feshedilmiş olduğunun kabulü gerekir²⁸. Bu halde, yükleniciye isabet edecek arsa payları, tamamlanan kısım ile orantılı olarak hesaplanacak; arsa sahibi kusurlu yükleniciden müspet zararının tazminini de talep edebilecektir²⁹.

Öğretide *Tandoğan*, inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönüldüğü takdirde bunun geriye etkili kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bunun sebebi olarak da, işi bitirmemiş olan yüklenicinin tıpkı işi bitirmiş bir yüklenici gibi orantılı bir ücret ve kâr payı almasının hakkaniyete aykırı olduğunu ileri sürmektedir³⁰. Bu görüş uyarınca, geriye etkili olarak sözleşmeden dönüldüğü takdirde, sadece akdi borç ilişkisi tasfiye edilir. Yapılmış olan tasarruf işlemlerinin aynı sonuçları etkilenmez³¹. Bu halde, arsa sahibi tarafından verilmiş olan arsa payının geri alınmasına ilişkin dava, şahsi bir davadır; aynı hakka dayanan bir istihkak davası değildir³². Yüklenici, arsa sahibini sebepsiz zenginleştirdiği miktarda veya yaptığı kısmın objektif değeri tutarında bir para isteyebilir.

Benzer görüşte olan *Seliçi* ise, amacın eski hale iade olduğunu belirtmekle birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde en adil çözümün yüklenicinin arsa sahibinden iktisap ettiği payları arsa sahibine geri vermesi, buna karşılık arsa sahibinin de inşaatın yapılan kısmının objektif yapım değerini yükleniciye vermesi olduğunu ileri sürmektedir³³.

Konuyla ilgili olarak; belirtmek isteriz ki Yargıtay, klasik dönme görüşünü savunmaktadır; buna göre, sözleşmeden dönmenin kural olarak geriye etkili sonuç doğurduğu ve iade borçlarının kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması

²⁸ Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1; Yarg. 15. HD. T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (Kazancı). Aynı yönde bkz. SUNGURBEY, İsmet, “*Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlanınca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106-108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’deki İlke Gösterilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün 3/1 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not*”, *Yasa Hukuk Dergisi*, 1984/VI, C.7, s. 781-795; ERMAN, s. 110 vd.; ERMAN, Hasan, “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)*”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 58, S. 4-5-6, Nisan-Mayıs-Haziran 1984, s. 209-223; YAŞAR, s. 294; ARAL/AYRANCI, s. 350 vd. Kararın incelenmesi ve eleştirisi için bkz. TANDOĞAN, C.II, s. 153 vd.; ÖZ, Dönme, s. 220; KARTAL, s. 169 vd.; KAYA, s. 72-73.

²⁹ ERMAN, s. 112-113.

³⁰ TANDOĞAN, C.II, s.147 vd. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Halûk, “*Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler*”, *Batider*, Haziran 1981, s. 1-49. Karşıt görüşler için bkz. SUNGURBEY, İsmet, “*Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt)*”, *Yasa Hukuk Dergisi*, 1982/II, C.5, s.173-194; SEROZAN, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 175-176. Bu görüşlerin değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. ÖZ, Dönme, s. 210 vd.

³¹ Bkz. SUTER, Esther, *Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug*, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zurich zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft, Schulthess, Zurich 1991; SCHENKER, Franz, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht*, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz, 1988. Karşıt görüş için bkz. BUZ, Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

³² Bkz. TANDOĞAN, C.II, s.142.

³³ SELİÇİ, Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 78.

gerektiği görülmüştür³⁴. Klasik dönme görüşünün uygulanması halinde, sözleşmeden geçmiş etkili olarak dönen arsa sahibi, yükleniciye peşinen mülkiyetini devretmiş olduğu arsa paylarını, istihkak talebiyle değil, sebepsiz zenginleşme esaslarına göre alacak davası açarak (sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebiyle) geri istemesi gerekecektir³⁵. İşbu alacak davası, kural olarak sadece iade borçlusuna (sebepsiz zenginleşen yükleniciye) karşı açılabilir.

Buna rağmen, Yargıtay’ın her nedense, klasik dönme görüşünü savunan yerleşik içtihadından saparak; sözleşmeden dönen arsa malikinin doğrudan üçüncü kişiye karşı tapu iptali ve tescil davası açmasını haklı bulduğunu ve bunu yıllara yayılan yerleşik içtihadında tekrar ettiğini görmekteyiz. Aşağıda, Yargıtay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin yarattıkları “Avans Tapu” kavramıyla bunu nasıl gerekçelendirdiğine değineceğiz.

IV. YARGITAY KARARLARINDA İYİNİYETİN ROLÜ VE AVANS TAPU KAVRAMI

Klasik dönme görüşünü savunan yazarlara göre; sözleşmeden dönme, dönme öncesinde sözleşmeye uygun olarak yapılan kazandırmaların geçerliliğini, bu kazandırmalar sebebe bağlı olsalar dahi etkilemeyecektir³⁶. Bu görüş uyarınca, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin temerrüde dayalı olarak sözleşmeden dönmesi, yüklenici adına dönme tarihi öncesinde yapılmış olan tapudaki kaydın “yolsuz tescil” olmasına yol açmaz³⁷. Sözleşmeden geçmiş etkili olarak dönen arsa sahibi, yükleniciye peşinen mülkiyetini devretmiş olduğu arsa paylarını, istihkak talebiyle değil, sebepsiz zenginleşme esaslarına göre şahsi dava yoluyla geri isteyecektir³⁸.

Halbuki, diğer tüm konularda klasik dönme görüşünü kabul eden Yargıtay’ın, sadece bu konuyla ilgili olarak yerleşik içtihatlarına bakıldığında; sözleşmeden dönme halinde, (dönme sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz kılacağından) sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumlarının sözleşme öncesine döneceği ve yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik artık sebepsiz kalacağı, diğer bir ifade ile tescilin baştan itibaren yolsuz tescil sayılması gerektiği görüşünün kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay’a göre³⁹, “geriye etkili dönme halinde, sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik artık sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır.” Esasen sözleşmeden dönmünün sonuçları bakımından, iade borcunun sebepsiz zenginleşmeye dayandığına dair klasik dönme teorisini

³⁴ Yarg. 15. HD. T. 10.3.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152; Yarg. 15. HD. T. 6.11.2003, E. 2003/1903, K. 2003/5288; Yarg. 15. HD. T. 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD. T. 9.12.2004, E. 2003/7040, K. 2004/6389 (Kazancı).

³⁵ TANDOĞAN, C. II, s.142; ERMAN, s. 177; KARATAŞ, s. 153 ve 173.

³⁶ OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929, OR Art. 109, N. 2-4; VON TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Bd. II, Schultess, Zurich 1974, §73, s. 155-156; REİSOĞLU, Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961, s. 36; TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 504; Von BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 380 dn. 82. Açıklamalar için bkz. SCHENKER, Nr. 700 vd.; SUTER, s. 110 vd.

³⁷ ERMAN, s. 177.

³⁸ TANDOĞAN, C. II, s.142; ERMAN, s. 177; KARATAŞ, s. 153 ve 173.

³⁹ Yarg. HGK. T. 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 1. HD. T. 5.3.2003, E. 2003/1487, K. 2003/2356 (Kazancı).

kabul eden Yargıtay'ın, bu tarz olayların tamamında tescilin kendiliğinden yolsuz hale geldiğini (mülkiyetin geçmemiş olduğunu) kabul etmesi ilginçtir.

Öte yandan, Yargıtay'ın bu görüşü kabul edilecek olsa bile, tapuda malik olarak görülen yükleniciden iyiniyetle aynı hak edinmiş olan üçüncü kişilerin bu kazanımının, tapu kaydına güven ilkesi (TMK m.1023) gereğince korunması beklenirdi⁴⁰. Ancak, Yargıtay, burada temelden arsa payı satın alan veya inşaatın başında kat satın alan üçüncü kişilerin iyiniyetinden bahsedilemeyeceğini bu konuda görülen tüm davalarda kabul etmiş, adeta bir kötünüyet karinesi yaratmıştır⁴¹. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, yükleniciye yapılan devir, avans niteliğindedir⁴² ve yüklenici de kendisine avans niteliğinde devredilmiş olan bu tapuyu üçüncü kişiye devretmiş ise, “*arsa sahipleri yüklenicinin hak etmediği halde üçüncü kişilere verdiği bu tapularında iptal ve adına tescilini isteyebilir. Hayatın olağan akışı ve TMK m. 3 hükmü bu sonucu gerektirir. İnşaat halindeki yerden tapu devralan üçüncü kişilerde iyiniyet iddiasında bulunamayacağından (TMK m.3) onlar üzerindeki tapuların iadesi de istenebilir. Zira, bu durumdaki kişiler TMK m. 1023 hükmünden yararlanamaz*”⁴³.

Görüldüğü üzere Yargıtay⁴⁴, yükleniciye devredilen taşınmaz paylarının aslında devrolmadığı, tapu kaydının gerçek mülkiyet durumunu göstermediği kanaatindedir.

Yargıtay'a göre⁴⁵, yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler bu payları taşınmazda yapılacak binadan bağımsız bölümlere karşılık almışlardır. Bu haliyle alıcı üçüncü kişiler, yüklenicinin arsa malikine karşı hakkını ancak kendi edimini yerine getirmesi halinde alacağını bilecek durumdadır. Buna göre, “*Topraktan satış*”, “*temelden satış*” şeklinde

⁴⁰ ERMAN, s. 178.

⁴¹ “*Henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez.*” (Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486; Yarg. 15. HD, 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 1. HD, 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 [Kazancı]).

⁴² Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 23. HD, 31.03.2014, E. 2013/8737, K. 2014/2416; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 23.3.2017, E. 2015/8179, K. 2017/908; Yarg. 23. HD, 31.3.2016, E. 2015/3455, K. 2016/2029; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. 23. HD, 19.6.2015, E. 2015/3400, K. 2015/4746; Yarg. 23. HD, 26.11.2014, E. 2014/5616, K. 2014/7583; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (Kazancı).

⁴³ Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD, T. 10.3.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152; Yarg. 15. HD, T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (Kazancı).

⁴⁴ Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847 (Kazancı).

⁴⁵ Yarg. 1. HD, T. 5.3.2003, E. 2003/1487, K. 2003/2356 (Kazancı).

isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendilerine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmekte ve dolayısıyla arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadırlar." Yargıtay'a göre, tapu üzerinde arsa payı devralan üçüncü kişiler, ancak yüklenici tüm edimlerini yerine getirdikten sonra mülkiyete hak kazanabileceklerini bilmekte ve kabul etmektedirler⁴⁶.

Yargıtay'ın benimsediği bu görüşe göre⁴⁷, davacı arsa sahibi ile yüklenici arasında tapuda tanzim edilen akit tablosunda bu durum açık seçik yazılmıştır. Bu nedenle, TMK m.1023 hükmünden yararlanmaları mümkün değildir.

Halbuki, bilindiği üzere, arsa payı satın alan üçüncü kişilerin tescilin dayanağını oluşturan belgeleri inceleme zorunluluğu yoktur⁴⁸. Yargıtay burada üçüncü kişilerden sicil kaydı dışındaki bir olguyu (esas borç ilişkisinden doğan sorunları) bilmesini beklemekte, buna göre iyiniyetli olmadıklarını adeta bir kötüniyet karinesi yaratarak ileri sürmektedir⁴⁹. Oysaki, TMK. m.1023 hükmü uyarınca, iyiniyetle taşınmaz üzerinde aynı hak edinen üçüncü kişilerin tapu siciline olan güveni korunmalıdır⁵⁰. Burada kanunkoyucu yolsuz tescile rağmen üçüncü kişiyi korumakla; hukuki işlem güvenliğini, tapu siciline güven duyulması amacıyla gerçek hak sahipliğine tercih etmiştir⁵¹. Bu tercih, elbette ki belirli ölçütlere (tapu siciline iyiniyetle güvene) dayalı olarak geçerli olacaktır. Bu kriterlerin araştırılmadan bir kenara bırakılması birze yerinde değildir. Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciden arsa payı satın almış olan kişilerin kötüniyetli olduklarının peşinen kabul edilmesi doğru değildir. Her olayda bunun ayrıca araştırılması bizce gereklidir⁵². Aksi yöndeki uygulama, tapu sicilinin güvenilirliğini zedeler.

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDA AVANS TAPU

Anayasa mahkemesi kararında görüldüğü üzere; Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuru, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır⁵³.

Anayasa Mahkemesinin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nda ise, başvuru sahiplerinin arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yükleniciye devredilen uyumsuzluk konusu taşınmazda bulunan altı adet arsa payını, tapuda temelden satın aldıkları görülmektedir. İlgili arsa payları, tapuda başvuru sahiplerinin adlarına

⁴⁶ "Henüz inşaat aşamasında bağımsız bölüm satın alan davalı üçüncü kişiler, inşaatın yüklenici tarafından bitirilmesi halinde hak sahibi olacaklarını bilmeleri gerekir." (Yarg. 15. HD. 25.10.2007, E. 2006/3246, K. 2007/6600 [Kazancı]).

⁴⁷ Yarg. HGK. T. 30.11.1994, E. 1994/15-552, K. 1994/779; Yarg. 15. HD. T. 15.11.1993, E. 1992/6469, K. 1993/4599 (Kazancı).

⁴⁸ KIRCA, Çiğdem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmeyen Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 90-91; COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010, s. 142.

⁴⁹ AYDIN, s. 439.

⁵⁰ Yarg. 14. HD. T. 15.1.2008, E. 2007/12325, K. 2008/52; Yarg. 14. HD. T. 4.3.2008, E. 2008/1597, K. 2008/2683 (Kazancı). Ayrıntılı açıklama için bkz. YAKUPPUR, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016; ÖZÇELİK, Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016.

⁵¹ KIRCA, s. 88 vd.

⁵² ERMAN, s. 177; Yarg. 14. HD. T. 17.5.2011, E. 2011/2714, K. 2011/6459 (Kazancı).

⁵³ Anayasa Mahkemesi Kararı, Cemile Ünlü, Başvuru No: 2013/382, 16.04.2013, § 26.

tescil edilmişse de, Yargıtay içtihatlarına göre yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin gerektirdiği edimleri ifa etmemesi nedeniyle arsa malikinin geri alma hakkının doğduğu Anayasa Mahkemesince kabul edilmiştir⁵⁴. Nitekim, yukarıda açıkladığımız üzere Yargıtay, üçüncü kişilere satılan bağımsız bölümler üzerinde üçüncü kişilerin malik olabilmelerinin halef oldukları yüklenicinin sözleşmeden doğan tüm yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olduğunu kabul etmektedir.

Anayasa mahkemesine göre⁵⁵, “başvurucular satın alırken inşaatın henüz tamamlanmadığını ve ileride inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldıklarını bilebilecek durumdadırlar. Başka bir deyişle inşaat halinde olan bir yapının bağımsız bölümlerini satın alan başvurucuların inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilmesini öngörmesi gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de başvurucuların inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından açıkça anlaşılmalıdır. Bu nitelikteki arsa paylarını satın alan başvurucular, yüklenicinin halefi olduklarından taşınmaz maliklerine karşı, düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin haklarına da sahip olmuşlar ancak yine bu sözleşme kapsamında yüklenicinin edimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır.”

Karara göre, sonuç olarak, tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvurucuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmıştır⁵⁶.

VI. DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi kararınca da benimsenen⁵⁷ Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca⁵⁸, daha işin başında, yapılacak inşaata karşılık ileride devrine hak kazanılacak tapular (eser bedeli) peşin olarak yükleniciye geçirilmiş ise bu “avans” niteliğindedir. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme nedeniyle tapu devri sebepsiz kalmışsa, arsa sahipleri “avans” olarak devredilen bu tapuların iadesini talep edebilir⁵⁹. Yükleniciye peşin devredilen tapular onun tarafından üçüncü kişilere temlik edilmişse, inşaat halindeki yerden tapu devralan

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 39.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 53 vd.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 55.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 53 vd.

⁵⁸ Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 23. HD, 31.03.2014, E. 2013/8737, K. 2014/2416; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 23.3.2017, E. 2015/8179, K. 2017/908; Yarg. 23. HD, 31.3.2016, E. 2015/3455, K. 2016/2029; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. 23. HD, 19.6.2015, E. 2015/3400, K. 2015/4746; Yarg. 23. HD, 26.11.2014, E. 2014/5616, K. 2014/7583; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (Kazancı).

⁵⁹ Yarg. 15. HD, T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (Kazancı).

üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacak, TMK m.1023 hükmünden faydalanamayacaktır. Bu nedenle arsa sahibi, arsa payını yükleniciden devralmış olan üçüncü kişiler üzerindeki tapuların iadesini isteyebilir⁶⁰. Yargıtay hatta bu üçüncü kişilerden de söz konusu arsa payını satın almış daha başka kişiler varsa, bunların da iyiniyet korumasından faydalanamayacaklarını kararlarında belirtmiştir⁶¹.

Görüldüğü üzere, Yargıtay kararları uyarınca yükleniciden asaleten pay satın almış olan üçüncü kişilerin iyiniyetleri tartışma konusu dahi olmamaktadır. Buna göre, yükleniciden arsa payı satın almış olan üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılması imkânı yoktur; tersine kötü niyetli sayılması lâzım gelir; bu durum karşısında arsa sahibinin üçüncü kişilerin kötü niyetli olduğunu iddia ve ispat etmesi bile gerekli değildir⁶². Yargıtay burada hayatın olağan akışına dayanarak üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını genel geçer bir kural gibi kabul etmiş, adeta bir "kötüniyet karinesi" öngörmüştür⁶³. Kanaatimizce içtihatlar yoluyla kanuni bir karinenin, özellikle iyiniyet karinesinin böylesine tersine çevrilmesi yerinde değildir. Özellikle tapu kütüğündeki kayda olan güveni koruyan bir hükmün, üçüncü kişilerin inancının korunması ilkesinin bu kadar kolaylıkla uygulanamaz kılınması kanaatimizce yerinde değildir.

Üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadıklarını bu kadar kolay kabul etmekte amaç arsa sahibini korumak ise, söz konusu arsa sahibinin ticari bir risk alarak güvendiği yükleniciye arsanın mülkiyetini geçirdiği unutulmamalıdır. Arsa sahibi, edimini baştan, peşin olarak ifa etmek suretiyle bu riski üstlenmiştir⁶⁴. Yüklenici seçiminde gerekli özeni göstermemiş olan, yükleniciden alabileceği teminatları almamış olan, edimini başta peşinen ifa etmek gibi bir yükümlülüğü olmadığı halde arsa paylarını peşinen devretmiş olan ve yüklenicinin finansman sağlamak amacıyla bu arsa paylarını üçüncü kişilere devredeceğini bilen arsa sahibi bizce tapu siciline güvenmiş olan üçüncü kişiler karşısında korunmaya layık değildir⁶⁵. Bize göre, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ve konuya ilişkin bireysel başvuru üzerine verilmiş

⁶⁰ Yarg. 15. HD. T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 15. HD. T. 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536 (Kazancı).

⁶¹ "Henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez." (Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486; Yarg. 15. HD, 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 1. HD, 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 [Kazancı]).

⁶² Yarg. 1. HD. T. 29.12.1978, E. 1978/13105, K. 1978/13941 (Kazancı). Not etmek isteriz ki, 14.02.1951 tarih ve 1949/17-1951/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, vakia ve karinelere olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötüniyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep kalmayacağı ilkesi kabul edilmiştir (Yarg. İBK. T. 14.02.1951, E. 1949/17 K.1951/1 [Kazancı]).

⁶³ Yarg. HGK. T. 15.2.1995, E. 1995/1-15, K. 1995/70; Yarg. HGK. T. 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD. T. 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD. T. 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847 (Kazancı).

⁶⁴ COŞKUN, s. 146.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. COŞKUN, s. 142 vd.

olan Anayasa Mahkemesi kararı, üçüncü kişilerin güvenle bağımsız bölüm almaya devam etmesini tamamen olumsuz yönde etkileyecek, tapuya güven ilkesini zedeleyecek kararlardır⁶⁶.

Ayrıca bu kararlarda göze çarpan bir diğer husus ise, avans olarak verilen arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye geçmiş sayılıp sayılmayacağı konusundadır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'a göre, edimini yerine getirmeyen yüklenici, kendisine hâlihazırda avans olarak devredilmiş olan arsa payının mülkiyetini edinemeyecektir⁶⁷. Burada Yargıtay, adını zikretmese de, aynı etkili dönme görüşüne⁶⁸ yakın görünmektedir; zira sebepsiz zenginleşmeye değil, istihkak davasına dayalı olarak tapu iptali ve tescile karar vermektedir⁶⁹. Buna rağmen, sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından Yargıtay'ın görüşü, aynı etkili dönme görüşünün de amacını aşan bir görüş olarak nitelendirilmelidir; zira, aynı etkili dönme görüşünde bile, dönmeden önce iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımları korunmalıdır⁷⁰.

Öte yandan, tapudaki devrin "avans" niteliğinde olduğu ve ancak borcun ifası tamamlanınca mülkiyetin geçeceğine ilişkin görüş⁷¹ de bize göre isabetli değildir. Kanaatimizce, bu hususta, payın devredilmiş ve tapuya tescilin yapılmış olmasına rağmen, yüklenicinin mülkiyeti kazanmasının hâlâ ifanın gerçekleşmesi şartına tâbi olduğunun kabulü tapu sicil sistemine uygun değildir. Bilindiği gibi, taşınmaz mülkiyetinin devrinde, tapu kütüğüne yapılan tescilin herhangi bir şarta bağlanması mümkün değildir⁷². Dolayısıyla, arsa sahibinin yükleniciye tapuda usulüne uygun olarak yaptığı devir işleminin de yüklenicinin

⁶⁶ Aynı yönde bkz. AYDIN, s. 427.

⁶⁷ Yarg. 15. HD. T. 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486; Yarg. 15. HD. T. 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536; Yarg. 15. HD. T. 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 1. HD. T. 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 (Kazancı).

⁶⁸ Bu görüş için bkz. BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998; AYAN, Serkan İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 269; ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012, s. 282; ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s. 187; KELLER, Max/ SCHÖBL, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 277-278; EHRAT, Felix R. Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990, N. 479 vd.

⁶⁹ Bkz. KIRCA, s. 87.

⁷⁰ BUZ, s. 141; ÖZ, Dönme, s. 259-260; AYAN, s. 274; KIRCA, s. 87; AYDIN, s. 433.

⁷¹ "Yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu sözleşme konusu kendisine bırakan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir." (Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470 [Kazancı]). "Sözleşmenin tamamen ifayla sonuçlanması ya da sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yüklenicinin şahsi hakları aynı hakka dönüşebilir." (Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. HGK, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 [Kazancı]).

⁷² OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 206; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 295; SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 202 vd.; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, s. 125; AYDIN, s. 437-438.

edimini yerine getirmesi şartına bağlandığının (avans tapu olarak verildiğinin) kabulü bizce yerinde değildir⁷³.

Kaldı ki, burada TMK m.1023 hükmüne başvurmak dahi gerekmez⁷⁴; zira, arsa sahibi, yükleniciye arsa paylarının mülkiyetini geçerli bir şekilde devretmiş bulunduğundan yüklenici gerçek malik konumuna geçmiştir ve tasarruf yetkisini haizdir⁷⁵. Dolayısıyla ondan mülkiyet hakkı satın alan üçüncü kişiler, taşınmaz mülkiyetini gerçek malik olan yükleniciden devralmışlardır. Diğer bir deyişle, bu durumda yolsuz tescil söz konusu olmadığından⁷⁶, yolsuz tescile iyiniyetle güvenin tartışılmasına ihtiyaç yoktur. Burada, gerçek malikten yapılan, sebebi belli, yolsuz olmayan, geçerli bir tescil söz konusudur⁷⁷.

SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız gerekçeler bize göstermektedir ki, üçüncü kişinin arsa payını yükleniciden satın aldığı sırada, yüklenici ile asıl arsa sahibi arasındaki sözleşmesel ilişki geçerli ve ayakta. Üçüncü kişinin, sözleşmenin ne de olsa ifa edilmeyeceğini yahut ifa edilemeyeceğini bilerek arsa payı devralmış olduğunu gösteren bir delil olmaksızın onu kötüniyetli saymak, adeta bir kötüniyet karinesi yaratmak anlamına gelir. Oysa ki, Türk Medeni Kanunu’na göre, kişilerin iyiniyetli oldukları asıldır, kötüniyet ispata muhtaçtır.

Öte yandan, tapuda şarta bağlı devir yapılamayacağından dolayı, bir arsa payının yükleniciye “avans” olarak verilmesi ve mülkiyetin sadece borç ifa edildiğinde geçeceğinin şart edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, yükleniciye yapılan mülkiyet devri, tescil ile gerçekleşmiştir ve avans niteliği taşımaz.

O halde, yüklenici kendisine devredilen arsa paylarının malikidir. Bu halde, üçüncü kişi; gerçek malikten, sebebi belli, yolsuzluktan arı tescile dayalı bir hak iktisap etmiştir. Diğer bir deyişle, üçüncü kişi yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek aynı hak iktisap etmeye çalışan bir şahıs değildir; doğrudan malikten taşınmaz satın alan bir şahıstır. Bu bakımdan, söz konusu üçüncü kişinin iyiniyeti araştırılmaz.

Aynı sebeplerle, arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanımı, yüklenicinin üstlendiği edimi ifası koşuluna bağlı tutulamaz. Zira, onun mülkiyeti kazanması da, iyiniyetli olmasına yahut yüklenicinin inşaat borcunu ifa etmesine bağlı değildir.

Tüm bu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarının kabul edilen avans tapu kavramının ve buna bağlanan sonuçların isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

⁷³ Aynı yönde bkz. ÖZMEN, Saba/ ÜREM, Müge, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s.13-31; ÖZMEN, Saba, 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hata Kararı’nın Eleştirisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl:30, Sayı: 135, s. 491-516.

⁷⁴ Aynı yönde bkz. AYDIN, s. 436.

⁷⁵ Bkz. KIRCA, s. 93.

⁷⁶ “Yolsuz tescil, haklı bir sebebe dayanmayan veya geçerli olmayan bir hukuki sebebe dayanılarak yapılan tescildir.” (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 264; ESENER/GÜVEN, s. 134; SİRMEN, s. 249; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 291). “Yolsuz tescil, gerçek hak durumunu yansıtmayan sadece görünürdeki tescildir.” (Yarg. 14. HD. T. 15.1.2008, E. 2007/12325, K. 2008/52 [Kazancı]). Oysa arsa sahibi, görünürde değil, gerçekten arsa paylarını yükleniciye devretmiştir.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. KIRCA, s. 94.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2012.
- ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014.
- AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- AYDIN, Gülşah Sinem, “*Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 141, 2019, s. 417-453.
- BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess, Zürich 1988.
- BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2013.
- COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010.
- DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara 2003.
- EHRAT, Felix R. Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990.
- EREN, Fikret, “*I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi*”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. tıpkı bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 45-103.
- ERMAN, Hasan, “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İctihadi Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, S. 4-5-6, Nisan-Mayıs-Haziran 1984, s. 209-223.
- ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul 2010.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008.
- GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Schulthess, 2011 (www.swisslex.ch)
- GAUTSCHİ, Georg, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Stämpfli, Bern 1998.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I-II, İstanbul 2012.
- HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2006.
- KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2009.
- KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul 1993.

KIRCA, Çiğdem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.

KELLER, Max/ SCHÖBI, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.

KOLLER, Alfred, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Heinz Hausheer (Hrsg.), Stämpfli, Bern 1998.

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 11. Bası ve C. II, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929.

ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013 (İnşaat).

ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Dönme).

ÖZÇELİK, Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016.

ÖZMEN, Saba, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararı'nın Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl:30, Sayı: 135, s. 491-516.

ÖZMEN, Saba/ ÜREM, Müge, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s.13-31.

PEDRAZZINI, Mario M., "Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag", Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart 1977, Band VII/1.

REBER, Hans J., Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 3. Auflage, Baufachverlag, Zürich 1975.

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

SCHENKER, Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz, 1988.

SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016.

SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

SELİMOĞLU, Yaşar Engin, İstisnâ (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010.

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

SUNGURBEY, İsmet, "Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt)", Yasa Hukuk Dergisi, 1982/II, C.5, s.173-194.

SUNGURBEY, İsmet, “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106-108 Çerçevesinde Çözülmesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’deki İlke Gösterilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün 3/1 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not”, Yasa Hukuk Dergisi. 1984/VI, C.7, s. 781-795.

SUTER, Esther, Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zurich zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft, Schultess, Zurich 1991.

ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012.

ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Halûk, “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Brakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler”, Batider, Haziran 1981, s. 1-49.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-II, 5. Tıpkı bası, İstanbul 2010.

TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010.

Von BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

Von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Bd. II, Schultess, Zurich 1974.

YAKUPPUR, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016.

YAŞAR, Halis, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:102, s. 289-322.

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Kadir Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.

ZİNDEL, Gaudenz G./ PULVER, Urs, Basler Kommentar (BaK) zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.