

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Durumu^(*)

Situation of the Third Person who Buys Independent Section from the Contractor when Landowner Returns from the Construction Contracts for Land Share According to the Decisions of the Supreme Court

Arş. Gör. Kübra ŞEN^(**)

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çifte tipli isimli bir sözleşmedir. Tarafların yükümlülükleri, eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümlerine kıyasla tespit edilir. Yüklenicinin temerrüdü halinde ise genel hükümler uygulama bulmaktadır. Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkına sahiptir. Ancak sözleşmeden dönme neticesinde tarafların iade yükümüne ilişkin olarak çeşitli doktriner tartışmalar bulunmaktadır. Dönme halinde özellikle, yükleniciden arsa payı edinen üçüncü kişilerin durumu uygulamada sorun teşkil etmektedir. Bu çalışma içerisinde de üçüncü kişilerin durumu Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri ile birlikte incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yüklenici, Aynı Etkili Dönme Görüşü, Üçüncü Kişi, Alacağı Devri, Tapu Kütüğünün Düzeltilmesi.

Abstract

The construction contract in return for land share is an anonymous contract of double type. The obligations of the parties are determined in comparison with the provisions of the work contract and the promise to sell the real estate contract. In case of default of the contractor, general provisions are applied. In case of default of the contractor, the land share has the right of choice to withdraw from the contract. However, there are various doctrinal discussions regarding the return obligation of the parties as a result of the renunciation. In case of return, especially the situation of third parties who acquired land share from the contractor poses a problem in practice. In this study, the situation of third parties was tried to be examined together with the decisions of the Supreme Court and doctrinal opinions.

Keywords

Contractor, Opinion of Returning in Kind Effective, Third Party, Assignment of Claim, Correction of the Land Registry.

^(*) [Makale geliş tarihi:](#) 21.04.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 21.05.2021.

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
[E-posta:](mailto:kubrasen@sakarya.edu.tr) kubrasen@sakarya.edu.tr.
[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0001-6751-205X) <https://orcid.org/0000-0001-6751-205X>.

I. Giriş

Ülkemizde hızlı kentleşme ile birlikte yapı stoku yetersiz kalmış ve uygulamada yükleniciler arsa arayışına girmiştir. Arsa sahipleri ise ellerinde eser sözleşmesi için yeterli finansman olmaması nedeniyle taşınmazlarını değerlendirmek istemiş ve yükleniciler ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri akdetmeye başlamışlardır. TBK’da yer bulmayan bu sözleşme çifte tipli karma bir sözleşmedir.¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmaktadır.² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada bu kadar sık karşılaşılmaması nedeniyle yargı kararlarına konu olmuş ve toplumsal bir yer edinmiştir. Arsa sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da yüklenicinin bilgisinin ve donanımının yetersiz olması nedeniyle inşaatların zamanında teslim edilmemesi gibi birçok farklı sorun ile karşılaşmıştır. Ayrıca uzun yıllar boyunca yaptıkları birikimleri taşınmaz ile değerlendirmek isteyen vatandaşlar yükleniciden veya arsa sahibinden topraktan (maketten) satış yolu ile bağımsız bölüm satın almaktadır. Ancak yüklenicinin edimini zamanında sözleşmeye uygun olarak yerine getiremediği durumlarda hem arsa sahibi hem de bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişiler mağdur olmaktadır.

Yargıtay’ın uzun yıllardır vermiş olduğu kararlar ile birlikte bu alanda çeşitli içtihatlar oluşmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bünyesinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi barındırdığı için noterde ya da tapuda resmi şekle uygun olarak akdedilmek zorundadır.³ Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi neticesinde kendisine düşecek olan bağımsız bölümleri inşa faaliyeti devam ederken satabilir ya da bu bölümlerin satışını vaat edebilir. Yüklenicinin üçüncü kişiler ile bağımsız bölümlerin satışına yönelik yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmesini noterde düzenleme şeklinde resmi şekilde ya da tapu müdürlüğünde resmi şekilde yapması gerekir.⁴ Ancak noter ve tapu harçlarının yüksek olması nedeniyle genellikle taraflar bu sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapmaktadır. Adi yazılı şekilde yapılan bu sözleşmelerin geçerlilik şekline uyulmadığı gerekçesi ile doğrudan geçersiz sayılması tarafları daha çok mağdur edeceği için Yargıtay

¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, Filiz, İstanbul, 2018, s. 401. (Kısa Ders Kitabı); Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Vedat, İstanbul, 2008, s. 71.; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR, Burak ÖZEN, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2019, s. 593.; Turgut UYGUR, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II*, Seçkin, İstanbul, 2012, s. 2128.

² Hasan ERMAN, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İÜ Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993, s. 6.; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 405.; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 71.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, *a.g.e.*, s. 593.; Nezh SÜTÇÜ, *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Seçkin, Ankara, 2018, s. 37, <https://www.turcademy.com>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

³ ERMAN, *a.g.e.*, s. 13-14.; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 403-404.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, *a.g.e.*, s. 598.; M. Turgut ÖZ, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2013, s. 6-7 (İnşaat).

⁴ GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 119.; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 197-198.

tarafının edimlerini ifa ettiği durumlarda artık şekle ilişkin geçersizliğin ileri sürülmesini, dürüstlük kuralına aykırı bularak kabul etmemektedir.⁵ Benzer şekilde Yargıtay, yüklenici ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişiler arasındaki adi yazılı sözleşmeleri de ayakta tutmak ve özellikle üçüncü kişileri korumak için tahvil yolu ile bu sözleşmelerin alacağın devri⁶ olarak geçerli sayılmasını ve üçüncü kişinin haklarının korunmasını önemsemektedir. Tahvil kurumu ile birlikte geçersiz olan bir sözleşme, tarafların farazi iradelerine uygun ve geçerli olan bir başka sözleşmeye dönüştürülmektedir.⁷ Bu sayede, özellikle, şe-

⁵ 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı: “İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zaman da fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yarar olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılmasına yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir. Oysa MK'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suiistimal karakteri doğrudan doğruya aşıkâr olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyumsuzluklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ'in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr. 21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürülebilir; gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şey yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder. Öte yandan Medeni Kanun'un 4. maddesi hükmüyle de hâkim, adalete uygun karar vermeye çağırılmaktadır. O, menfaatların doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır”. Legalbank, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

⁶ Yargıtay 14 HD. 26.03.2007 T., 2007/2042 E., 2007/3159 K.: “Yüklenici hak kazanacağı bağımsız bölümlerin tapusunu doğrudan arsa sahiplerinden talep edebileceği gibi şahsi hakkını üçüncü kişilere de devredebilir. Sözleşmede yasaklanmadığı veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece yüklenici üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla şahsi hakkı devredebilir. Somut olayda, davacının dayandığı adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmi biçimde yapılması şartı aranmaz. Mahkemenin bu olguyu gözden kaçırarak sözleşmenin resmi biçimde yapılmadığı düşüncesi ile davayı reddetmesi doğru olmamıştır”. Legalbank, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021.); 14. HD, 12.10.2006 T., 2006/8825 E., 2006/10878 K. Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021.); “Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapmakta olduğu veya arsa sahibinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla hareket ederek (yapıyapıcı konumunda) inşa etmekte olduğu binalardan bağımsız bölüm satın alınması halinde Borçlar Kanununun 163. maddesi (TBK m.184) gereğince üçüncü kişiye yapılacak temlikin yazılı olması yeterlidir”. 14. HD., 11.02.2016 T., 2015/14741 E., 2016/1709 K.; “Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir”. 14 HD. 18.02.2008 T., 2008/518 E., 2008/1796 K., Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

⁷ Haluk Nami NOMER, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2020, s. 69.; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Vedat, İstanbul, 2020, s. 164 (I).

kil kurallarının ağır yaptırımına karşı taraflar korunmaya çalışılmaktadır. Ancak tahvil yapılırken tarafların geçersiz sözleşmeye ilişkin ortaya koyduğu iradenin değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu iradelerin varsayım üzerinden başka bir sözleşmeye çevrilebileceğine ilişkin değerlendirme titizlikle yapılmalıdır; aksi takdirde irade özgürlüğüne aykırı bir sonuç olarak tarafların hiç arzu etmediği bir sözleşme ile bağlı tutulması gibi bir durum ortaya çıkacaktır.⁸ Yüklenicinin inşaat yapma ve teslim etme borcunu gereği gibi yerine getirdiği durumlarda alıcı-üçüncü kişi lehine olan bu tahvil, yüklenicinin temerrüde düştüğü durumlarda aleyhine dönmektedir. Bu kısma daha sonraki bölümlerde detaylıca yer verilecektir.

Yüklenici temerrüdü gerçekleştiikten sonra arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik haklar TBK m.125'e göre şu şekildedir: aynen ifa ve gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini.⁹ Ancak, TBK m.126 gereğince sürekli edimli sözleşmelerde dönme yerine kural olarak fesih ve müspet zararın tazmini gündeme gelecektir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı bir niteliktedir.¹⁰ İnşaatın tamamlanma oranının %90 ve üzeri olması durumunda sözleşme ileriye etkili olarak feshedilecektir.¹¹ Sözleşmenin ileriye etkili feshi durumunda fesih gününe kadar sözleşme geçerli olacağı

⁸ Ayşe HAVUTÇU, "Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz İşlemlerin Tahvili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 1-4, 1987, s. 679 (Tahvil).

⁹ İnşaat sözleşmelerinde temerrüt söz konusu olması halinde TBK m.117 ve devamındaki hükümler uygulama bulacaktır. ERMAN, a.g.e, s. 45.; İzzet KARATAŞ, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 387.; İsa ENLİ, "Belirli Süreli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdün Şartları, Hüküm ve Sonuçları", *TÜHAD*, C. 1, S. 2, 2016, s. 100.; İbrahim KAPLAN, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 89.; Yusuf BÜYÜKAY, *Eser Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 211 vd.

¹⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K., Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

¹¹ "Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konuları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı Mustafa'nın 4 no.lu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 no.lu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde fesih ve tasfiye olunmalıdır". Yargıtay 15 HD, T. 4.2.2005, E. 2005/ 7507, K. 2005/505. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).; 23 HD. 26.01.2017, E. 2016/1273, K. 2017/192; 23 HD, T. 05.02.2013, E. 2012/5310, K. 2013/523. Lexpera, <https://www.lexpera.com.>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).;%90 oranının çok katı suretle ele alınmaması ve her olayın şartlarına ve inşaatın durumuna göre sözleşmenin feshinin gündeme gelmesi gerektiği hakkında bkz. Emrehan İNAL, "Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı", *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku II. CİLD*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 1208.; "Olayın niteliği (tamamlanma oranı) ve özelliğinin (uyuşmazlığın TBK m.123-125 uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, TMK m.2 gözetilerek, sözleşmeden dönmeye ilişkin ileriye etkili sonuç doğuracağı benimsenmelidir". İlker Hasan DUMAN, "İnşaat Hukukunda Somut Olayın Özelliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, 165, 15, 2020, s. 1036.

için sözleşmeden o zamana kadar doğan hak ve borçları taraflar talep edebilirler. Yüklenici, fesih tarihine kadar yapmış olduğu imalata karşılık düşen arsa payını talep edebilir ve bu kısım üzerinde dilediği gibi tasarrufla bulunabilir.¹² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi halinde, yüklenicinin hak kazanıp üçüncü kişiye devrettiği arsa payı açısından bir geçersizlik söz konusu olmayacaktır.¹³ Ancak, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan ve adına devir yapılan kişilerin durumu ne olacaktır? Bu soruya, çalışmamızda farklı ihtimaller dikkate alınarak Yargıtay içtihatları ve doktrinde ileri sürülen teoriler çerçevesinde cevap aranacaktır.

II. Yargıtay'ın Görüşü

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik haklardan birisi, TBK m.125/2 hükmüne göre sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminidir. Yargıtay, temerrüt halinde, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, dönmenin sözleşme hiç kurulmamış gibi etki edeceğine ve arsa sahibinin taşınmazın kendi adına tescilini talep edebileceğine hükmetmektedir.¹⁴ Yargıtay'ın, kararlar incelendiğinde, aynı etkili dönme görüşünü benimsediği görülmektedir.¹⁵ Yargıtay, dönme teorilerinden aynı etkili dönme görüşünü be-

¹² "... İnşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konuları belirlenip akdin ileriye etkili feshine...". 15 HD, 04.02.2005 T., 2004/7507 E., 2005/505 K. Legalbank, Erişim Tarihi: 06.04.2021.; ERMAN, a.g.e., s. 85.; Zafer KAHRAMAN, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 434.; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekliliği edimli olduğu kabul edilip sözleşmenin sona ermesinde fesih kurumunun geçerli olacağı kabul edilirse üçüncü kişiler açısından daha etkili bir koruma sağlanabilir. Ayça AKKAYAN YILDIRIM, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri", Prof. Dr. ERGUN ÖZSUNAY'a Armağan, Vedat, İstanbul, 2004, s. 81.

¹³ Konu ile ilgili daha detaylı açıklamalar için Gürkan COŞKUN, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu*, Yetkin, Ankara, 2010, s. 160 vd.

¹⁴ "Mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, inşaatın geldiği seviye itibariyle davalı yüklenicinin edimlerini yerine getirmeyip temerrüde düştüğü, ... Davaya konu taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ile kat irtifakı kurulmazdan önceki tapudaki hisseleri oranında ve takyatsız olarak davacı arsa malikleri adına kayıt ve tesciline..." 23 HD. 07.03.2017 T., 2016/8636 E., 2017/700 K. Legalbank, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.

¹⁵ Vedat BUZ, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin, Ankara, 1998, s. 132.; Serkan AYAN, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2008, s. 269.; E. Saba ÖZMEN/ Müge ÜREM, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan 'Avans Tapu' Kavramına Yönelik Eleştiriler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 2016, s. 18.; "Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde arsa sahibi, yükleniciye bırakılıp onun tarafından üçüncü kişiler ya da onun talimatıyla arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilen ya da yükleniciye devrettiği tapu payları veya bağımsız bölümlerin tapu kaydının iptâl ve tescilini talep edebilir". 15. HD. 26.6.2019 T. 2018/4559 E., 2019/2998 K. <https://www.lexpera.com>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

nimsediği için dönme ile birlikte yüklenici adına yapılan tescilin yolsuz tescile dönüşeceğini¹⁶ ve inşaat yapılan arsa tapusunun arsa sahibine döneceğini kabul etmektedir.

Halbuki dönme durumunda tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesi noktasında kanuni bir düzenleme yoktur.¹⁷ doktrinde dönme konusuna ilişkin olarak özellikle dört teori öne çıkmaktadır.¹⁸ Bunlardan ilki, klasik görüştür. Klasik görüşe göre, dönme beyanı ile taraflar arasındaki borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve taraflar yerine getirmiş oldukları edimlerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edebilir.¹⁹ İkinci görüş olan yasal borç ilişkisine göre ise, kanundan kaynaklanan bir tasfiye ilişkisi vardır ve sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır. Klasik dönme görüşünden pratik farkı zamanaşımı süresinin 10 yıl olmasıdır.²⁰ Üçüncü görüş ise yeni dönme (dönüşüm) teorisidir. Burada taraflar arasındaki sözleşme tasfiye ilişkisine dönüşür ve tasfiye sözleşme hükümlerine göre yapılır.²¹ Sebepsiz

¹⁶ “Yargıtay, öteden beri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi üzerine, yüklenici adına daha önce yapılmış bulunan tescilin yolsuz hale geldiğini; bu tescile dayanarak payı devralan üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağını, bu nedenle üçüncü kişi adına mevcut tescilin iptaline karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir”. 15 HD. 11.12.2020 T., 2020/807 E., 2020/3181 K. <https://www.lexpera.com>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021); 23. HD. 20.3.2017 T., 2015/8314 E., 2017/859 K.; 23 HD. 01.10.2015 T., 2015/4794 E., 2015/6182 K.; 15.HD. 26.6.2019 T., 2018/4559 E., 2019/2998 K. <https://www.lexpera.com>, (Erişim Tarihi: 15.04.2021).

¹⁷ TBK m.125/3 hükmünün sonuçları doktrinde tartışmalıdır. Bu nedenle dönme konusu ile ilgili doktrinde farklı teoriler ileri sürülmektedir. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, I, s. 467.; Ayşe HAVUTÇU, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyum Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, Turhan Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 334.; AYAN, a.g.e., s. 271.

¹⁸ Bu teoriler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. BUZ, a.g.e., s. 117-133.; Rona SEROZAN, *Sözleşmeden Dönme*, Vedat, İstanbul, 2007, s. 59-100.

¹⁹ NOMER, a.g.e., s. 429; Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 931. Yargıtay bir kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi halinde klasik görüş gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir. “Feshin sonuçları geriye etkili olacaksa, sözleşme yokmuşçasına tasfiye yapılacağından, yüklenici inşaatı yapmış kısmı orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince imal ettiği inşaat bedelini alacak ve fakat feshin ileriye etkili kabul edilirse, inşaatı getirdiği fiziki seviyeye orantılı arsa payı devrini talep edebilecektir. Somut olayda; ileriye etkili feshedilen sözleşme sebebiyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerin %92’si yükleniciye, işin getirilmiş olan seviyesine nazaran %8’i ise arsa sahibine aittir. İleriye etkili feshin tasfiyesi bu sonucu gerektirir”. 14 HD. 01.04.2009 T., 2009/1031 E., 2009/4125 K. Legalbank, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.; “Aynı hak kazanılmasını sağlayan sözleşmede sonradan vuku bulan değişiklikler önceki tescili ve aynı hakkı etkilemez”. M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/ Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, Filiz, İstanbul, 2020, s. 266, dp. 266.

²⁰ BUZ, a.g.e., s. 120.; SEROZAN, a.g.e., s. 61.

²¹ Zarife ŞENOCAK, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 48-49.

zenginleşmeden değil doğrudan TBK m.125'ten kaynaklanan bir tasfiye vardır. Burada da artık genel zamanaşımı olan 10 yıllık süre uygulanır.²² Bu üç teoriye göre de aynı hak kazanımları dönmeden etkilenmez.²³ Nihayet son olarak, aynı etkili dönme görüşüne göre sözleşme ayakta iken yapılan aynı hak iktisapları dönme ile birlikte kendiliğinden hak sahibine döner.²⁴ Aynı hakkı tekrar kazanan hak sahibi, artık sebepsiz zenginleşme değil istihkak davası ile zilyetliğini geri alır.²⁵ Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi, yüklenici arsa paylarını bir üçüncü kişiye devretmiş olsa da arsanın mülkiyetini tekrar kazanacaktır.

Yargıtay, satış vaadi sözleşmesinin resmi şekle uyulmadan yapılması halinde bu sözleşmeyi ayakta tutmak için tahvil yolu ile alacağın devri olduğuna ve bu hükümlerin uygulanması gerektiğine yönelik kararlar vermektedir.²⁶ Hatta Yargıtay bu içtihadını ileriye götürerek resmi şekilde yapılan taşınmaz satış vaatlerine de alacağın devri hükümlerini uygulamaktadır.²⁷ Nihayetinde Yargıtay'ın içtihatlarına göre yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişiler yüklenicinin alacağına halef olmak-

²² BUZ, a.g.e., s. 120.; AYAN, a.g.e., s. 267.

²³ Leyla Müjde KURT, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin, Ankara, 2012, s. 327.

²⁴ AYAN, a.g.e., s. 270.; M. Turgut ÖZ, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, Kazancı*, İstanbul, 1989, s. 241. (Dönme); 23 HD. 1.10.2015 T., 2015/4794 E., 2015/ 6182 K: "Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmedeği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar". Lexpera, (Erişim Tarihi: 13.04.2021).

²⁵ Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2010, s. 142.; AYAN, a.g.e., s. 273.; E. Saba ÖZMEN, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi", *TBB Dergisi*, 2018, 135, s. 499.

²⁶ Yargıtay 14 HD. 26.03.2007 T., 2007/2042 E., 2007/3159 K.: "Yüklenici hak kazanacağı bağımsız bölümlerin tapusunu doğrudan arsa sahiplerinden talep edebileceği gibi şahsi hakkını üçüncü kişilere de devredebilir. Sözleşmede yasaklanmadığı veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece yüklenici üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla şahsi hakkı devredebilir. Somut olayda, davacının dayandığı adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmi biçimde yapılması şartı aranmaz. Mahkemenin bu olguyu gözden kaçırarak sözleşmenin resmi biçimde yapılmadığı düşüncesi ile davayı reddetmesi doğru olmamıştır". Legalbank, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.; 14. HD, 12.10.2006 T., 2006/8825 E., 2006/10878 K. Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

²⁷ AYAN, a.g.e., s. 312.; KURT, a.g.e., s. 343.; Yargıtay, geçerlilik şeklinde uygun olarak akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hukuki nitelendirme yaparken aslında bu işlemin alacağın temlik olduğunu hükme bağlamıştır: "Davadaki istemin dayanağı biçimine uygun düzenlenmiş 17.07.2003 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle diğer davalı yüklenici B.Ali'nin arsa sahibi ile olan 29.11.2002 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan çekişme konusu B bloktaki 25 numaralı bağımsız bölümü davacıya satış vaadinde bulunduğu görülmektedir. Yüklenicinin yaptığı bu işlem hukuken, alacağın temlik işleminden ibarettir". 14 HD, 05.03.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K., Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

tadır.²⁸ Ancak Yargıtay'ın başlangıçta üçüncü kişi lehine gibi gözüken bu içtihadı son aşamada üçüncü kişi aleyhine dönmektedir. Şöyle ki, sözleşme tahvil yolu ile ayakta tutulduktan sonra Yargıtay üçüncü kişinin yükleniciye halef olacağını ve bu nedenle arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği defileri üçüncü kişiye karşı da ileri sürebileceğini ifade eder.²⁹ İnşaatta eksik ya da ayıplı işler bulunması durumunda arsa sahibi, bunları ileri sürerek pay devrini gerçekleştirmekten çekinebilir.³⁰

Alacağın devri yolunu kullanmanın bir diğer sonucu ise Yargıtay'ın üçüncü kişileri her koşulda kötünietli saymasıdır. Yargıtay, yüklenicinin halefi olarak üçüncü kişiyi koruma altına alırken bir yandan da yüklenicinin sorumsuzluğunu ve sözleşmeye aykırılığını üçüncü kişinin üzerinde bırakmaktadır. Yargıtay, üçüncü kişinin, yüklenici ile sözleşme yaparken ortada mevcut bağımsız bölümlerin var olmadığını ve yüklenicinin bu bağımsız bölümleri arsa sahibi ile arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşa edeceğini ve daha sonra kendisine düşen payları devredebileceğini bildiğini varsayarak iyiniyetli olmadıkları için TMK m. 1023 hükmünden üçüncü kişiyi yararlandırmamaktadır.³¹ Yargıtay, alacağın devri ile her ne kadar yüklenicinin yükümlülükleri üçüncü kişiye intikal etmese de, arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşmeden doğan alacak devredildiği için üçüncü kişiyi iyiniyetli olarak saymanın mümkün olmadığını kararlarında belirtmektedir.³²

²⁸ “Davacılar B... B., inşaat sözleşmesi gereğince arsa sahiplerine verilmesi gereken (7) no.lu daire-yi arsa sahiplerinden satın almış olmakla onların bu daireyle ilgili sözleşmeden doğan haklarına alacağın temlikli hükümleri uyarınca halef olmuştur” 15. HD 19.03.2002 T., 2002/623 E., 2002/1220 K. Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).; “Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapmakta olduğu veya arsa sahibinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla hareket ederek (yapımcı konumunda) inşa etmekte olduğu binalardan bağımsız bölüm satın alınması halinde Borçlar Kanunu'nun 163. maddesi (TBK m.184) gereğince üçüncü kişiye yapılacak temlikin yazılı olması yeterlidir”. HGK 25/11/2015 T., E. 2014/14-342, K. 2015/2685, AYM Kararı Nuran Çıkar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/10761, T. 13.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12321>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

²⁹ Mustafa ARIKAN/ Kemal ERDOĞAN, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri”, *Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Der.* 2015, 34, s. 162.; M. Deniz YENER, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, *İÜHFİM*, LXV, 2, 2007, s. 374.

³⁰ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler- Cilt 2*, Vedat, İstanbul, 2010, s. 228. (Cilt 2); KARATAŞ, a.g.e., s. 395.

³¹ “davalılardan Tefvik'in iyi niyetli olup olmadığı; başka bir anlatımla, satın aldığı parsellerin -aslında davacılar ait olduğunu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle devredildiğini bilip bilmediği veya normal bir araştırma ve göstereceği özen sonucu bilip bilemeyeceği araştırılmamış ve de davacılar bu konuda delillerini ibraz için imkan tanınmamıştır ... diğer davalı Tefvik hakkında da az yukarıda açıklanan araştırma sonucu ortaya çıkacak duruma göre ya üzerindeki tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına tesciline ...” 15 HD, T. 18.04.2002, E. 2002/367, K. 2002/1946. Lexpera, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

³² “Henüz inşaat aşamasında bağımsız bölüm satın alan davalı üçüncü kişiler, inşaatın yüklenici tarafından bitirilmesi halinde hak sahibi olacaklarını bilmeleri gerekir”. 15 HD, 25.10.2007 T., 2006/3246 E., 2007/6600 K.

Yargıtay'ın bu konu ile ilgili yerleşik içtihadı, Faik Tari başvurusu³³ nedeni ile AYM önüne gitmiştir. AYM yaptığı incelemede, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Üçüncü kişinin, yükleniciye karşı tazminat ve sebepsiz zenginleşme davası açabileceğini, hakkını korumak için elinde yargısal imkanlar mevcut olduğunu ifade ederek Yargıtay uygulamasının Anayasa'ya ve yasalara uygun olduğuna hükmetmiştir.³⁴ Yargıtay ve AYM, arsa sahibi ve üçüncü kişi arasındaki mülkiyet hakkına ilişkin menfaat çatışmasını arsa sahibini koruyarak dengede tutmaya çalışmaktadır. AYM, Yargıtay'ın hukuku yorumlarken ve uygularken kullandığı takdir hakkına dair bir incelemede bulunamayacağını; AYM'nin sadece menfaatler arasında ölçüsüz bir dengesizlik varsa bunu inceleyebileceğini ve bu uyuşmazlıkta taraflar arasında menfaat dengesizliği olmadığını hüküm altına almıştır.³⁵ Yargıtay her ne kadar bir içtihat geliştirmiş olsa da bu içtihat, içtihadı birleştirme kararı olmadığı için bağlayıcı değildir. Bu nedenle Yargıtay içtihadı doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmaktadır. Bu eleştiriler, üçüncü kişi ile borçlandırıcı işlem yapılması veya üçüncü kişiye tapuda devir yapılması durumuna göre iki ayrı başlık altında incelenecektir.

III. Yüklenicinin Üçüncü Kişi ile Borçlandırıcı İşlem Yapması ve Borçlandırıcı İşlemin Sonucu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çoğunlukla arsa sahibi, yükleniciye düşecek olan bağımsız bölümlere ilişkin arsa payını sözleşme akdedildikten hemen sonra yükleniciye devretmektedir. Yüklenici de inşaatı yapmaya devam ederken finansman sağlamak amacıyla üçüncü kişiler ile çeşitli hukuki işlemler yapmaktadır. Ancak üçüncü kişi ile yapılan her işlem sonucunda, yüklenici arsa payının mülkiyetini devretmemekte; bazen sadece borçlandırıcı işlem yapmaktadır. Bazı örneklerde, yüklenici arsa payının devrini üzerine almadan da bu sözleşmeleri yap-

³³ AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

³⁴ "Başvuru konusu olayda, başvuruçuların borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuruçuların arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir". AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, 27.09.2017 T.; AYM, Nuran Çıkar başvurusunda da aynı sonuca varmıştır. (Baş. No: 2014/10761, T. 13.09.2017), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

³⁵ "Mahkemenin iptal kararının, yükleniciden arsa payını satın alan kişilerin yüklenicinin halefi oldukları yolundaki Yargıtay içtihadına uygun olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk kurallarının yorumlanması derece mahkemelerine ait bir yetki olduğundan Anayasa Mahkemesinin Yargıtay'ın bu içtihadına karışamayacağı kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu içtihadın etkilerini ve menfaatler dengesinde bir taraf aleyhine aşırı orantısızlığa yol açıp açmadığını irdelemekten ibarettir". Nuran Çıkar Başvurusu (Baş. No: 2014/10761, T. 13.09.2017), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

maktadır. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yüklenici ile üçüncü kişi arasında akdedilen bu sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır.

İlk ihtimalde, yüklenici, üçüncü kişi ile noterde ya da tapuda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleyebilir. Henüz ortada taşınmaz mevcut olmasa da Yargıtay gelecekte gerçekleşecek bir olay için taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenlenebileceğini hükme bağlamaktadır.³⁶ Böylece, yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan edimini bütünüyle yerine getirmeden de üçüncü kişi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilir. Yüklenici ile alıcı-üçüncü kişi arasında akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, nispi nitelikte bir sözleşmedir ve sadece asıl sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasına ilişkin borç doğurmaktadır.³⁷ Bu sözleşmeden doğan borcu, yüklenici ifa etmedikçe alıcı-üçüncü kişi adına doğmuş herhangi bir aynı hak söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, alıcı-üçüncü kişi, arsa sahibinden arsa payının devrini talep edemez. Alıcı-üçüncü kişi, yükleniciye karşı, sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü cebri tescil davası açabilir³⁸ yahut yüklenicinin imkânsızlık ya da temerrüdü nedeniyle sorumluluğu için genel hükümlere başvurabilir.³⁹

Bir diğer ihtimal ise, yüklenici, arsa sahibinden olan arsa payının devrini talep alacağını, alacağın devri hükümleri çerçevesinde adi yazılı şekilde üçüncü kişiye devredebilir. Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasında akdedilen taşınmaz satım ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin resmi şekle uyulmadan akdedilmesi halinde, üçüncü kişiyi koruma amacı ile bu sözleşmeleri alacağın devri işlemine tahvil⁴⁰ etmektedir. Geçerlilik şekline uyulmadan akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin ayakta tutularak ve mülkiyet devrini haksız olarak geciktiren yükleniciye karşı üçüncü kişinin başvurabileceği bir yol olarak, geçersiz taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, geçerli alacağın devri sözleşmesine dönüştürülmektedir. Yargıtay, esasında, yüklenicinin üçüncü kişiler ile geçerlilik şekline uyarak yapmış olduğu taşın-

³⁶ “Bu sözleşmenin hukuken geçerli bir biçimde kurulması sözleşmede tarafların borçlandıkları ana edimlerin belirlenmiş ya da belirlenebilir olmasına bağlıdır. Belirli ya da belirlenebilir olma yönünden önemli olan, sözleşmenin kurulduğu an değil ifa anıdır. Satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davasına konu taşınmazlar, ifa anında belirlenebilir nitelikte olup ...”. 14 HD. 01.03.2004 T., 2003/8604 E., 2004/1301 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

³⁷ EREN, a.g.e., s. 197.; A. Lale SİRMEN, *Eşya Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 366.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 451-452.

³⁸ AYAN, a.g.e., s. 305.

³⁹ EREN, a.g.e., 200.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 457, dp. 475.

⁴⁰ 23. HD 13.11.2013 T, 2013/5212 E., 2013/7076 K.: “Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temlik hükmündedir (BK m.161., TBK m.183). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK’nın 163. (TBK m.184) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır”. Legalbank, (Erişim Tarihi: 05.04.2021).

maz satış vaadi sözleşmelerini de alacağın temliki olarak değerlendirmektedir.⁴¹ Tarafların açık iradeleri her ne kadar taşınmaz satış vaadine yönelik olsa da Yargıtay, bu sözleşmenin “hukuken alacağın temliki işlemi” olduğuna hükmetmektedir. İlk ihtimalde ele aldığımız taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine de Yargıtay çoğunlukla alacağın temliki hükümlerini uygulamaktadır.

Yüklenicinin inşaatı yapma borcunu ifa etmesi ile arsa sahibi yükleniciye düşen bağımsız bölümlerin devrini gerçekleştirmelidir. Eğer arsa sahibi, yüklenici edimini ifa etmesine rağmen, hala devri gerçekleştiriyorsa bu durumda, alıcı-üçüncü kişi alacağın devri hükümlerine dayanarak arsa sahibi ve yükleniciye karşı tescile zorlama davası (TMK m.716) açabilir.⁴² Yüklenicinin arsa sahibine karşı olan edimini ifa ettiği durumlarda, alıcı-üçüncü kişi alacağın temliki hükümleri aracılığı ile alacağına kavuşmaktadır.

Ancak yüklenici edimini gereği gibi ifa edemezse, bu durumda üçüncü kişiler arsa sahibinden devir talebinde bulunamayacaktır. Zira alacağın devrinin koşullarından bir tanesi alacağın mevcut ve geçerli olmasıdır.⁴³ Yargıtay’ın da kararlarında haklı olarak belirttiği üzere arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için yüklenicinin arsa paylarının kendi adına tescilini talep etmesi mümkün değildir; edimini yerine getirmedeği için alacak hakkı bulunmamaktadır.⁴⁴ Bu nedenle üçüncü kişinin başvurur-

⁴¹ AYAN, a.g.e., s. 312.; KURT, a.g.e., s. 343.; Yargıtay, geçerlilik şeklinde uygun olarak akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hukuki nitelendirme yaparken aslında bu işlemin alacağın temliki olduğunu hükme bağlamıştır: “Davadaki istemin dayanağı biçimine uygun düzenlenmiş 17.07.2003 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle diğer davalı yüklenici B.Alı’nın arsa sahibi ile olan 29.11.2002 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan çekişme konusu B bloktaki 25 numaralı bağımsız bölümü davacıya satış vaadinde bulunduğu görülmektedir. Yüklenicinin yaptığı bu işlem hukuken, alacağın temliki işleminden ibarettir”. 14 HD, 05.03.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K., Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

⁴² YHGK 02.07.2003 T., 2003/14-452 E., 2003/456 K.: “Davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok ise de yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı V. S. ‘dan harici sözleşme ile dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeni ile yukarıda açıklanan şekilde alacağın temliki hükümleri çerçevesinde temlik alan konumuna girdiği açıktır. Dolayısıyla temlik alan durumundaki davacı, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini ifa ettiği andan itibaren, alacağın temlik hükümleri çerçevesinde bu kişisel hakkını arsa sahibi ve yükleniciyi hasım göstermek sureti ile ileri sürüp, o bağımsız bölümün kendisi adına tescilini siteme hakkını kazanır”. Legalbank, (Erişim Tarihi: 31.03.2021).; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 459.

⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2016, s. 566-570. (II); AKKAYAN YILDIRIM, a.g.e., s. 81.

⁴⁴ Halis YAŞAR, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları”, *TBB Dergisi*, 102, 2012, s. 301.; “...yüklenicinin devrettiği bölümler davalıların murisine alacağın temliki niteliğinde adi bir belgeyle geçirilmiştir. Yüklenicinin bu bölümlerde bir hak sahibi olabilmesi, inşaatın getirildiği seviyeyle daha kısa bir anlatımla edimini yerine getirdiği ölçüde mümkündür. Oysa yüklenicinin inşaatı terk ettiği ve inşaatı yapsaydı elde edeceği dairelere hak kazanmadığı ortadadır. Bir kimsenin kazanmadığı bir hakkı da başkalarına devretmesi söz konusu değildir”. 15 HD, 13.04.2000 T., 1999/4914 E., 2000/1789 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

bileceği tek yol, yükleniciye karşı garanti yükümlülüğüne (TBK m.191) ya da genel hükümlere (TBK m.112) dayanarak dava açmaktır.⁴⁵ Üçüncü kişi, inşaatta bulunan eksiklikleri tamamlamak istese dahi iş sahibi bu teklifi kabul etmek zorunda değildir.⁴⁶ Ancak, üçüncü kişiyi korumak amacıyla arsa sahibinin arsasında meydana gelen sebepsiz zenginleşme için yüklenicinin talepte bulunma hakkının da alacağı devri nedeniyle üçüncü kişi tarafından arsa sahibine karşı ileri sürülebileceğine hükmedilmelidir.⁴⁷ Üçüncü kişi, bu sayede, verdiği bağımsız bölüme karşılık gelen bedelin tamamına olmasa da bir kısmına ulaşabilecektir.⁴⁸

IV. Taraflar Arasındaki Borçlandırıcı İşleme Dayanarak Yüklenicinin Arsa Payını Üçüncü Kişiyeye Tapuda Devretmesi ve Devrin Sonucu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi, sözleşme akdedildikten hemen sonra yükleniciye düşecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa payını, tapuda yükleniciye devretmektedir. Hatta bazı sözleşmelerde arsanın bütünüyle yükleniciye devrinin kararlaştırıldığı da görülmektedir. Bu sayede yüklenici, inşaat ruhsatını alırken ya da çeşitli idari işlemler yaparken daha hızlı davranmaktadır ve taraflar açısından bu bir kolaylık teşkil etmektedir. Arsa payını devralan yüklenici, kendisine finansman sağlamak amacı ile üçüncü kişiyeye satış yaptığı durumlarda tapuda mülkiyet devrini de gerçekleştirmektedir. Taraflar arasında sadece borçlandırıcı işlemin yapılması durumunda ne olacağına ilişkin bir önceki bölümde açıklamalar yapılmıştır. Bu bölümde ise üçüncü kişi adına mülkiyet devrinin gerçekleştirildiği ihtimal değerlendirilecektir.

Yargıtay'ın içtihatlarında belirttiği üzere arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi aynı etkilidir. Aynı etkili dönme durumunda tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olması nedeni ile tasarruf işlemi hiç yapılmamış gibi aynı haklar devredene geri döner.⁴⁹ Dolayısıyla yapılan tescil dönme ile bir-

⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 590-594.; Bilal KARTAL, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Matsa, Ankara, 1993, s. 53.

⁴⁶ AYAN, a.g.e., s. 310.; Eğer inşaattaki eksiklikler giderilebilir ölçüde ise üçüncü kişi bu eksikliği tamamlayıp bağımsız bölümün devrini talep edebilir. YENER, a.g.e., s. 376.

⁴⁷ "Bu tip sözleşmelerin akından sonra müteahhitlerin inşaatı yarıda bırakması ve acz içine düşmesi olağan hale gelmiştir. Bu hal de arsa sahiplerinin özen borcuna ne kadar çok dikkate etmeleri gerektiğinin ispatıdır. Meydana gelen bu üçlü hukuki işlemde, eğer müteahhidin ekonomik gücü ve tecrübesi yeterli olsa idi inşaat tamamlanacak ve zarar meydana gelmeyecektir. Yarım kalan inşaat sebebiyle satın alanların zararını karşılayacak olan kişi sözleşmenin tarafı olarak müteahhittir bunda hiç şüphe olmaz. Ne var ki müteahhit acze düşer ve tahsil edecek hiçbir şeyi kalmazsa satın alan buna tek başına mı katlanacaktır? ... O halde satın alan kişi olan davacı, davalı arsa sahibinden onun mamelekine geçen zenginleşmeyi sebepsiz zenginleştiği oran nispetinde isteyebilir". HGK. T. 28.03.2001, E. 2001/13-200, K. 2001/286 karşı oy yazısı.; COŞKUN, a.g.e., s. 157-158; ERMAN, a.g.e., s. 148-149.

⁴⁸ İNAL, a.g.e., s. 1215. ERMAN, a.g.e., s. 148-149.

⁴⁹ SİRMEN, a.g.e., s. 362.

likte yolsuz hale gelir,⁵⁰ bu nedenle arsa sahibi üçüncü kişiden tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile arsa payını iade alabilir. Yargıtay, yolsuz tescil durumunda alıcı-üçüncü kişinin TMK m.1023'e göre iyiniyete dayalı kazanımını bu kişilerin iyiniyetli olmadıkları gerekçesi ile kabul etmemektedir. Hatta Yargıtay'a göre, sadece yükleniciden arsa payını devralan üçüncü kişi değil, üçüncü kişiden sonradan devir alan diğer kişilerden de arsa sahibi taşınmazın iadesi talebinde bulunabilir.⁵¹

Yargıtay her ne kadar bir içtihat geliştirmiş olsa da bu içtihat, İBK olmadığı için, bağlayıcı değildir. Bu nedenle Yargıtay içtihadının değişmesi için doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Yargıtay'ın içtihadında ısrarcı olması yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişileri zor duruma soktuğu gibi hukuki güvenlik ilkesini de ihmal etmesi sebebiyle vatandaşların adalete olan güven duygusunu zedelemektedir.

Yargıtay, sözleşmeden dönülmesi halinde tasfiye ilişkisine aynı etkili dönme görüşünün uygulanacağını kabul ettiği için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde böyle bir sonuca ulaşmaktadır. Ancak tasfiye ilişkisinin nasıl olacağına ilişkin olarak doktrinde birden fazla görüşün bulunduğu ve bu görüşlerin sonuçlarına yukarıda yer verilmişti.

⁵⁰ ÖZ, İnşaat, s. 271.; "yüklenici ya da yüklenicinin talimatıyla arsa sahibinden pay devraldıklarının anlaşılıp kabul edilmesi halinde, yolsuz tescil olduğunu bildikleri ya da bilecek durumda olmaları sebebiyle TMK'nın 1023. maddesindeki iyiniyetle kazanımdan yararlanamayacaklarından bunlar hakkındaki tapu iptâl ve tescili isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken..." 15. HD. 26.6.2019 T, 2018/4559 E., 2019/2998 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 06.04.2021); "Feshedilen sözleşme, arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme olup, tasfiyenin bu kişiler arasında yapılması gerekirse de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye finansman kolaylığı sağlamak üzere, daha inşaat aşamasında tapu devri yapılmakta, yüklenici de devraldığı bu tapuyu, sattığı bağımsız bölüme karşılık üçüncü kişilere temlik etmektedir. Arsa sahibinin sözleşmeyi geriye etkili feshetmesi üzerine, sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi, tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik de artık sebepsiz kalır. Bu durumda Dairemiz uygulamalarına göre; fesih ve tasfiye işlemlerinin, üçüncü kişilerin haklarını da etkileyeceği, bir bakıma avans ödemesi niteliğindeki bu tapuların, arsa sahibine döneceği, devralan üçüncü kişilerin iyi niyet savunmalarının da dinlenemeyeceği kuşkusuzdur." 15 HD 14.10.2019 T., 2019/643 E., 2019/3904 K., Legalbank, (Erişim Tarihi: 09.04.2021).

⁵¹ AYAN, a.g.e., s. 304, dp. 537: 15 HD 19.10.1998 T., 3274/3915: "İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı Secahattin'den pay satın almışlardır, bir kısmı ise Secahattin'in sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK'nın 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez". Lexpera, (Erişim Tarihi: 06.04.2021); Yargıtay, yüklenici adına kayıtlı taşınmazın haciz ve cebri icra yolu ile tamamen bir başka kişiye satılması durumunda bile arsa sahibine yüklemesiz döneceğini kabul etmektedir. GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 230.; 15 HD, 10.12.1990 T. 1315/5386. ERMAN, a.g.e., s. 143, dp. 13.

Bu doğrultuda, doktrinindeki bir görüş, sözleşmeden dönme halinde yasal borç ilişkisi görüşünün uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.⁵² Bu görüş doğrultusunda, sözleşme geçerli iken yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin, sonradan sözleşmeden dönülmesi nedeniyle etkilenmeyeceği ileri sürülmektedir.⁵³ Bu görüşü savunan yazarlardan olan ÖZMEN/ÜREM, Türk Hukukunda avans tapu⁵⁴ gibi bir hukuki kurumun bulunmadığını ve bu kurumun yargı kararları ile ihdas edilerek aynı etkili dönme görüşü ile birlikte üçüncü kişileri mağdur ettiğini ifade etmektedir.⁵⁵ Borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu süreçte yapılan tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin daha sonra geçersiz olması ile geçersiz olmayacaktır⁵⁶ ve dolayısıyla bu durum sadece sebepsiz zenginleşmeye kaynaklık edecektir.⁵⁷ Sözleşmeden dönülmesi halinde taraflar iadeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapacaktır; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin devrettiği arsa payı da bu doğrultuda TMK m.716 hükmüne göre talep edilebilmelidir.⁵⁸ Yargıtay'ın 1023 hükmüne göre üçüncü kişileri iyiniyetli saymaması noktasında da TMK m.1023 hükmünün uygulamasının bu konuda olamayacağı; zira ortada yolsuz bir tescilin bulunmadığı savunulmaktadır.⁵⁹ Yüklenici, arsa sahibi ile aralarında geçerli bir sözleşme varken tapu devrini almıştır ve dolayısıyla mülkiyet hakkını iktisap etmiştir.⁶⁰ “yüklenici adına yapılmış olan tescil geçerli bir tescildir”.⁶¹ Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar, geri dönülemez hak ihlallerine yol açmaktadır ve bu nedenle içtihatların değişmesi gerekmektedir.

Doktrinde bir başka görüş ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığını; kural olarak sözleşmenin feshinin gündeme gelmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶² Sözleşme ileriye etkili olarak sona erince

⁵² ÖZMEN/ÜREM, **a.g.e.**, s. 18.; AYDIN, **a.g.e.**, s. 434.

⁵³ **A.e.**, s. 19.; Aynı sonuca dönüşüm teorisini savunan yazar da varmaktadır. KURT, **a.g.e.**, s. 326.

⁵⁴ Yargıtay, sözleşmenin başlangıcında yükleniciye devredilen tapuların avans niteliğinde olduğunu ve aslında yüklenicinin mülkiyet hakkı kazanmadığını düşünmektedir. “*Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde arsa sahibi ya da arsa sahiplerince yüklenici veya yüklenicinin talimatıyla üçüncü kişilere borcunun tapu payı ya da bağımsız bölümün devri, arsa sahibinin üstlendiği arsa payı devri ödenmesi borcu ile ilgili avans niteliğinde olup bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları ile adına tescil yapılanlar, gerçek mülkiyet hakkını kazanmaz*”. 15 HD, 26.6.2019 T., 2018/4559 E., 2019/2998 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 13.04.2021).

⁵⁵ ÖZMEN/ÜREM, **a.g.e.**, s. 29.

⁵⁶ AYDIN, **a.g.e.**, s. 435.

⁵⁷ ÖZMEN/ÜREM, **a.g.e.**, s. 23.

⁵⁸ **A.e.**, s. 23.

⁵⁹ **A.e.**, s. 27.

⁶⁰ KURT, **a.g.e.**, s. 326.; Zeynep AYAR BİRKİN, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 114. (Çevrimiçi), <https://www.turcademy.com>, (Erişim Tarihi: 14.04.2021).

⁶¹ KAHRAMAN, **a.g.e.**, s. 438.

⁶² ERMAN, **a.g.e.**, s. 138.

de yüklenici inşaatı tamamlama oranında edime hak kazanacağı⁶³ için üçüncü kişiye yapılan devirler açısından bir geçersizlik söz konusu olmayacaktır. Fesih anına kadar yerine getirilen edimler geçerli olduğu için üçüncü kişi mülkiyeti kazanmış olacaktır.⁶⁴ Kaldı ki, aynı etkili dönme görüşü kabul edilse dahi üçüncü kişilerin çoğunlukla iyiniyetli olacağı ortadadır.⁶⁵ Yargıtay, adeta, kötüniyet karinesi⁶⁶ ihdas etmiştir ve kötüniyetin ispat edilmesini dahi aramamaktadır;⁶⁷ bu durum ise mevcut hukuk düzenimiz açısından kabul edilemez; iyiniyetin varlığı asıldır ve kötüniyet iddiasında bulunan kişinin bu durumu ispat etmesi aranır (TMK m.3). Ayrıca, üçüncü kişinin kötüniyeti; arsa sahibinin dönme hakkına sahip olduğunun ve yakında bu hakkın kullanılacağına bilinmesine ilişkin olmalıdır.⁶⁸

Doktrinde, Yargıtay gibi dönme durumunda aynı etkili dönme görüşünün uygulanacağı da savunulmaktadır.⁶⁹ Ancak bu görüşün savunulmasına rağmen, eğer sözleşmenin geçerli olduğu aralıkta yüklenici üçüncü kişilere tapu devrini gerçekleştirmişse üçüncü kişilerin iyiniyetli oldukları durumda mülkiyeti iktisap edecekleri; iş sahibinin ise iadenin “imkansızlaşmış olmasından doğan bütün zararlarının tazminini talep” edebileceği belirtilmektedir.⁷⁰ Yargıtay’ın üçüncü kişilerin kötüniyetli olduğuna ilişkin karinesine katılmak mümkün değildir; zira TMK m.3’e göre iyiniyetin varlığı asıldır, bu nedenle üçüncü kişilerin kötüniyetli oldukları ispat edilmediği sürece mülkiyet kazanımları korunmalıdır.⁷¹ Hatta AYAN, arsa sahibinin yükleniciye vekalet vererek üçüncü kişiye devir gerçekleştirdiği durumlarda, temsil yetkisinin soyut olması nedeniyle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının sahibi olacağını ve arsa sahibinin yüklenici ile aralarında olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi nedeniyle mülkiyet hakkını geri isteyemeyeceğini ifade etmektedir.⁷²

⁶³ KARATAŞ, a.g.e., s. 383.; ERMAN, a.g.e., s. 147, dp. 19.

⁶⁴ ERMAN, a.g.e., s. 138.

⁶⁵ A.e., s. 139.

⁶⁶ KAHRAMAN, a.g.e., s. 444.; AYDIN, a.g.e., s. 440.

⁶⁷ KAHRAMAN, a.g.e., s. 434: “MK’nın 931. maddesinden, kendisinden asla şüphe edilmesi olanağı bulunmayan gerçekten ve yüzde yüz iyiniyetli olan kişiler yararlanabilir. Olayda yukarıda açıklanan nedenlerle davalının iyiniyetli sayılması imkânı bulunmadığına, tersine kötü niyetli sayılması lâzım geldiğine, bu durum karşısında davacının karşı tarafın kötü niyetli olduğunu iddia ve ispat etmesi bile gerekli olmadığına göre davanın kabulü gerekirken reddedilmesi yolsuzdur”. 1 HD, 29.12.1978 T., 1978/13105 E., 1978/13941 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 09.04.2021).

⁶⁸ ÖZ, İnşaat, s. 173.

⁶⁹ A.e., s. 242.; AYAN, a.g.e., s. 269-270.

⁷⁰ AYAN, a.g.e., s. 273.

⁷¹ ÖZ, İnşaat, s. 259-260.; AYAN, a.g.e., s. 273.; COŞKUN, a.g.e., s. 142.

⁷² AYAN, a.g.e., s. 302, dp. 536.; GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 229.; Vekalet yetkisi aşılmamış ise üçüncü kişi geçerli olarak devri iktisap edecektir. KAHRAMAN, a.g.e., s. 449.; Payın devredildiği durumda vekalet yetkisi geçerli olduğu için devralanın iktisabı geçerlidir. Turan ŞAHİN, “Eser Sözleşmesinde Yüklencinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü” (Doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012, s. 249.

GÜMÜŞ, sözleşmeden dönmenin sözleşme geçerli iken gerçekleşen aynı hak kazanımlarına bir etkisi olmayacağını; bu nedenle yükleniciden tapu devrini alan üçüncü kişinin iktisabının TMK m.1023 hükmü uygulamasına gerek olmaksızın korunacağını belirtmektedir.⁷³ Yüklenici, üçüncü kişiye devir gerçekleştirdiği anda tasarruf yetkisine sahip olduğu için⁷⁴ üçüncü kişi mülkiyeti doğrudan kazanacaktır. Yargıtay'ın kararlarında sıklıkla kullandığı avans tapu kavramının “askıda mülkiyet” durumu yarattığını ve bunun tam hak iktisap teorisi çerçevesinde kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.⁷⁵ Aynı etkili dönme görüşü kabul edilse bile üçüncü kişinin TMK m.1023 gereğince iyiniyetli olarak bu iktisabı edineceğine de ayrıca dikkat çekmektedir.⁷⁶

Doktrinde de isabetli olarak işaret edildiği üzere avans tapu kavramı, taşınmaz mülkiyetinin devrini bir anlamda bozucu koşula bağlamaktadır.⁷⁷ Bu ise mevcut hükümler ile birlikte kabul edilemez bir sonuçtur.⁷⁸ Tapu kütüğüne yapılan tescil geciktirici veya bozucu şarta bağlanamaz.⁷⁹ Ancak, Yargıtay, kararlarında bu hükmün mevcudiyetini yok saymaktadır.⁸⁰

Bazı durumlarda arsa sahibi, yükleniciye sözleşmenin başında tapu devri gerçekleştirmeye de yükleniciye sadece arsa payı satışı için vekaletname verir. Yargıtay, arsa sahibinin yükleniciye vekalet vermiş olduğu bu durumlarda da üçüncü kişinin iyiniyet iddiası dinlenmez şeklinde hüküm kurmaktadır.⁸¹ Ancak hem arsa sahibinin yükleniciye tapu devrini gerçekleştirdiği hem de vekaletname verdiği durumlarda arsa sahibi kendi neden olduğu bir duruma aykırı davranmaktadır.⁸² Doktrinde bir başka görüş, aynı etkili dönme görüşünün benimsenip üçüncü kişiler kötüniyetli sayılsa bile arsa sahibinin, yükleniciye bu arsa paylarının devirlerini geçirmek suretiyle yapılacak

⁷³ GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 229-232.; Aynı görüşte bkz.: KAHRAMAN, a.g.e., s. 447, dp. 77.

⁷⁴ COŞKUN, a.g.e., s. 144.; ŞAHİN, a.g.e., s. 251.

⁷⁵ GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 231-232. Yazar, inanca devir halinde dahi tam hak iktisabı kabul edilirken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaratılan bu içtihadın doğru olmadığını savunmaktadır. Bu sonucun kabul edilebilmesinin tek yolu, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmede, yapının tamamlanması ve iş sahibinin hak ettiği bağımsız bölümlerin onun adına tescil edilmesi geciktirici şartının bulunmasıdır.

⁷⁶ Aynı görüş için bkz.: ÖZ, Dönme, s. 259.

⁷⁷ İsa ENLİ, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2017, s. 183. www.turcademy.com, (Erişim Tarihi: 14.04.2021). (Kat Karşılığı İnşaat); AYDIN, a.g.e., s. 437.

⁷⁸ ÖZMEN/ÜREM, a.g.e., s. 23.; KURT, a.g.e., s. 332.

⁷⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 230-231.; Tescil bozucu ya da geciktirici koşula bağlanmasa da taşınmaz satım sözleşmesi geciktirici koşula bağlı olarak yapılabilir. TBK Madde 243- “Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz”.

⁸⁰ GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 232.

⁸¹ 15 HD, 27.10.2005 T., E. 2005/375, K. 2005/5775; HGK, 25.10.2000 T., 2000/1-1280 E., 2000/1554 K.; 15 HD, 16.3.2005 T., E. 2005/534, 2005/1536 K. COŞKUN, a.g.e., s. 139-140. Arsa sahibinin bizzat yaptığı işlem ile vekaletname ile yaptığı işlem arasında bir fark bulunmamalıdır. COŞKUN, a.g.e., s. 146.

⁸² Yazar, bu durumda, arsa sahibinin üçüncü kişiden tapu iadesini talep etmesini açıkça hakkın kötüye kullanımı olarak nitelemektedir. İNAL, a.g.e., s. 1214.

satışlara onay verdiğini ve bu nedenle daha sonra üçüncü kişiden bu arsa paylarını çelişkili davranış yasağı gereği iade talep edemeyeceğini ifade etmektedir.⁸³ Üçüncü kişiye karşı, arsa sahibi, güven vermiş ve böyle bir ortam yaratmışsa, “hatta, müteahhide bizzat alıcı” bulmuşsa arsa sahibinin daha sonra iadeye yönelik talebi kabul edilmemelidir; arsa sahibi, “kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanmalıdır”.⁸⁴ Yargıtay da eski tarihli bir kararında arsa sahibinin yükleniciye tapuda devir yaparak yüklenicinin yapacağı satışlara onay verdiğine ve bu imkanı sağladığı için de üçüncü kişinin iyiniyetli olarak mülkiyete hak kazanacağına karar vermiştir.⁸⁵

V. Değerlendirme

Yargıtay, doktrinde ileri sürülen itirazlara rağmen aynı etkili dönmeye ve üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığına ilişkin içtihadını ısrarla devam ettirmektedir. Ancak, arsa sahibinin kendisini koruyabileceği yöntemler varken⁸⁶ ve yüklenicinin seçiminde özenli olması gerekirken, arsa sahibi, bu imkanları tüketmeden doğrudan yükleniciye arsanın mülkiyetini tapuda devretmektedir. Yüklenici ve arsa sahibi arasındaki nispi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bütün riskleri de üçüncü kişi üstlenmektedir. Yargıtay’ın kabulüne göre, alıcı-üçüncü kişiler, “yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiği takdirde hak kazanabileceğini bilmesi gereken ve inşaatın tamamlanmaması riskini üstlenen kişilerdir”.⁸⁷ Oysa üçüncü kişi arsa payını, en güvenli şekilde tapuda devir almaktadır; burada riski üstlenen kişi baştan tapu devrini gerçekleştiren arsa sahibidir.⁸⁸ “Riskin tümüyle üçüncü kişi üzerinde bırakılması menfaatler dengesine aykırıdır”.⁸⁹ Bu yüzden güveni korunması gereken kişi arsa sahibi değil, alıcı-üçüncü kişilerdir.⁹⁰

Arsa sahibi, ekonomik çıkarlarını gözeterek “ticari bir risk olarak”,⁹¹ yükleniciye söz konusu tapu devrini gerçekleştirmektedir. Üçüncü kişinin, arsa sahibi

⁸³ Mehmet Deniz YENER, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 131; COŞKUN, *a.g.e.*, s. 147.; AYDIN, *a.g.e.*, s. 441-442.

⁸⁴ ÖZ, İnşaat, s. 262.

⁸⁵ 15.HD. 07.12.1988, 2889/4213. Mustafa Reşit KARAHASAN, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları Cilt 2*, Beta, İstanbul, 2002, s. 718.

⁸⁶ Örneğin, arsa sahibi yüklenicinin alacağı devri sözleşmesi yapmasını yasaklayabilir ya da kendi onayına tabi tutabilir. YENER, *a.g.e.*, s. 374.

⁸⁷ COŞKUN, *a.g.e.*, s. 132.

⁸⁸ COŞKUN, *a.g.e.*, s. 146.

⁸⁹ Emrehan İNAL, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, *İnşaat Hukuku ve Uygulaması* (Ed. Emrehan İnal/Başak Baysal), Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 378 (İnşaat Hukuku).

⁹⁰ AYDIN, *a.g.e.*, s. 441.

⁹¹ KAHRAMAN, *a.g.e.*, s. 445.; Gülşah Sinem AYDIN, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2019, 141, s. 419.

ile yüklenici arasında kişisel hak doğuran nispi sözleşme hükümlerini bilmesi ve bu sözleşmeden daha sonradan dönülmesi halinde kendi tapusunun da iadesinin gerekeceğini bilmesi ya da bilmesi gerekmesi mümkün değildir.⁹² Kaldı ki, arsa sahibi ve yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; yüklenici ile alıcı-üçüncü kişi arasında da duruma göre taşınmaz satış vaadi, taşınmaz satış sözleşmesi ya da alacağın devri⁹³ vardır. Bu sözleşmeler, Borçlar Hukuku'na ege-men olan ilkeler dolayısıyla nispi ile maluldür ve taraflar kendi aralarındaki sözleşmeler nedeniyle üçüncü kişiyi borçlu durumuna sokamazlar.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uygulamada ciddi sorunlara neden olmaktadır. Arsa sahibi tek kişi iken yükleniciden kimi zaman bağımsız bölüm satın alan on-larca kişi olmaktadır. İnşaat projelerinin de son zamanlarda nitelik değiştirmesi ile birlikte büyük projeler ile yüzlerce bağımsız bölümün satışı söz konusu ol-maktadır.⁹⁴ Bir tarafta arsa sahibi, diğer tarafta ise hayatları boyu birikim yaparak en güvenilir yatırım aracı olan gayrimenkule bütün emeklerini yatıran yüzlerce vatandaş bulunmaktadır.

Topraktan (maketten) satış durumlarında, inşaat firmaları lansman toplantıla-rı düzenleyerek hem alıcıları cezbetmektedir hem de inşaatın devamı için finans-man kaynağı sağlamaktadır. Uygulamada bağımsız bölümlerin satışı çoğunlukla bu yöntem ile gerçekleşmektedir. Çoğu durumda tüketici konumunda bulunan alıcının, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmeyi ve sözleşmenin koşulları-nı bilmesi mümkün değildir. Çoğunlukla tüketici olan alıcının, yüklenicinin yap-tığı işleri ve ekonomik durumunu tespit edebilmesi, araştırma yapması mümkün değil iken arsa sahibi işi herhangi bir yükleniciye vermeden önce bu araştırmaları yapmakla yükümlüdür; aksi takdirde yüklenici ile yaşayacağı sorunların kaynağı kendisi olmaktadır. Alıcı-üçüncü kişi, bu araştırmayı yapabilecek durumda değil iken; arsa sahibi, yüklenicinin inşaatın giderlerini karşılamak için üçüncü kişilere satış yapacağını ya da yapması gerektiğini bilmektedir.⁹⁵ Arsa sahibinin yüklenici ile gerekli araştırmayı yapmadan akdettiği sözleşmenin sonradan geçmişe etki-li olarak yürürlükten kaldırılması durumunda sözleşmeden doğan bütün riskler üçüncü kişi üzerine bırakılmaktadır. Bu durum ise ne menfaat dengesi açısından ne de temel hukuk ilkeleri açısından kabul edilebilir.

⁹² COŞKUN, a.g.e., s. 144.

⁹³ Yargıtay'ın alacağın devri şeklinde içtihat geliştirmesi de doktrinde eleştirilere konu olmuştur: "Ala-cağın temliki ile tarafların üçlü bir ilişkiye sokulmaları doğru değildir". AYAN, a.g.e., s. 312.; Yükle-nicinin edimini yerine getirmediği durumlarda, üçüncü kişinin arsa sahibinin defileri ile karşılaşma ihtimali bulunmaktadır. KAHRAMAN, a.g.e., s. 452.; Uygulamada karşılaşılan her uyumsuzluğa pratik bir çözüm sunulması amacı ile olsa da tahvil uygulanmamalıdır. AYAR BİRKİN, a.g.e. s. 117-118.

⁹⁴ İNAL, a.g.e., s. 1204.

⁹⁵ İNAL, a.g.e., s. 1213.

Yargıtay'ın benimsediği görüşü ele aldığımızda orada da çeşitli sorunlar bulunmaktadır. Aynı etkili görüş benimsense dahi üçüncü kişiyi korucuyu farklı teoriler geliştirilebilir. Tapu sicili, devletin sorumluluğu altında ve aleni olan, kişilere taşınmazların durumu ve hak sahipliği konusunda güven veren bir sildir.⁹⁶ Tapudaki kayıtlar aksi ispat edilinceye kadar gerçek durumu yansıtmaktadır. Tapudaki bir kayda güvenen vatandaşın, resmi bir sicilin arkasında olabilecek uyuşmazlıkları düşünmesini beklemek makul değildir. Hukukçuların dahi içinden kolaylıkla çıkamadığı uyuşmazlıkların yükünü üçüncü kişilere yüklemek hakkaniyetli değildir; doktrinde ve yargı kararlarında tartışılan bir konunun çözümünü, Yargıtay'ın arsa sahibinin devrettiği paylara gerekçesiz bir şekilde avans demesi ve aynı etkili dönme görüşünü⁹⁷ hukuki gerekçelendirmeden ve hakkaniyet duygusundan uzak bir şekilde benimsemesi kabul edilemez. Doktrindeki bir kısım yazarlar da aynı etkili dönme görüşünü benimsemelerine karşın üçüncü kişinin TMK m.1023 hükmü ile korunması gerektiğini ısrarla belirtmektedir.

Neticede, AYM kararının da incelenmesi gerekmektedir. AYM, kararında, *“Bu bağlamda ilk olarak başvuruçuların tapu kayıtlarının iptalinin belirli, ulaşılabılır ve öngörülebilir bir kanuna dayalı olup olmadığı irdelenmelidir”*⁹⁸ şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çifte tipli bir isimsiz sözleşme iken ve bu sözleşmeye uygulanacak hükümler kıyas yolu ile tespit edilirken; dönme sonucu tapu kayıtlarının arsa malikine döneceğine ilişkin ulaşılabılır ve öngörülebilir bir kanun olmadığı ortadadır. Yukarıda detaylıca yer verildiği üzere, sözleşmeden dönme durumunda tasfiyenin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin açık bir kanun hükmü yoktur ve Yargıtay kimi kararlarında klasik görüşü⁹⁹ savunurken kimi kararlarında ise aynı etkili dönme görüşünü savunmaktadır. Yargıtay'ın dahi içtihatlarının değiştiği bir konuda vatandaşın hukuki öngörülebilirliğe sahip olduğu iddiası yersizdir.

AYM, kararında taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunmasına ve taraflardan biri aleyhine ciddi dengesizlik yaratacak sonuca varılmamasına dikkat

⁹⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 150 vd.

⁹⁷ Yargıtay, başka bir kararında tasfiyenin sebepsiz zenginleşmeye göre yapılacağını ifade etmektedir: 15. HD, 14.05.2012 T., E. 2011/6559, K. 2012/3377, *“Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde sözleşmenin tarafları ve onların halefleri sözleşme gereği verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre diğer taraftan talep edebilirler.”*; 15 HD, 10.03.2003 T., E. 2003/492, K. 2003/1152; 15 HD, 6.11.2003 T., E. 2003/1903, K. 2003/5288. KAHRAMAN, a.g.e., s. 439, dp. 56.

⁹⁸ AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

⁹⁹ *“Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde sözleşmenin tarafları ve onların halefleri sözleşme gereği verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre diğer taraftan talep edebilirler.”*; 15 HD, 10.03.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152, KAHRAMAN, a.g.e., s. 439, dp. 56.

çekmektedir.¹⁰⁰ Son olarak AYM, üçüncü kişilerin hukuken hak arama yollarının açık olduğunu ve yükleniciye karşı tazminat davası açabileceklerini hatta arsa sahibine karşı sebepsiz zenginleşmeden ötürü de dava açabileceklerini ifade etmektedir.¹⁰¹ Ancak AYM ve Yargıtay'ın gözden kaçırmış olduğu husus şudur ki meydana gelen uyuşmazlıkların birçoğunda yüklenici ya inşaatı çoktan terk etmiştir ya da ne arsa sahibine ne de üçüncü kişiye ödeme yapacak mali gücü kalmıştır.¹⁰² Dolayısıyla Yüksek Mahkemelerin yaptığı bu açıklama teorik kalmaktadır. Uygulamada üçüncü kişiler yükleniciye ulaşmamaktadırlar. Arsa sahibinden sebepsiz zenginleşmeye dayanarak bir talepte bulunsalar dahi birden fazla üçüncü kişi olması durumunda bu tazminin çok sınırlı kalacağı açıktır.¹⁰³ AYM ve Yargıtay, her ne kadar arsa sahibini korumayı tercih etmiş bulursa da yüklenici seçimini gerçekleştiren, arsa payını peşinen yükleniciye devreden, arsa payına ipotek koydurma imkânı olan¹⁰⁴ ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişiye satımı ile inşaatın finansmanında menfaati bulunan arsa sahibinin üçüncü kişiler karşısında korunmaya ihtiyacı olmadığı ortadadır.¹⁰⁵ Arsa sahibi, sözleşmenin başında, arsa paylarını yükleniciye devrederken, adeta “açık bir çek” vermektedir.¹⁰⁶ Arsa sahibi, bu açık çekin sonuçlarına da katlanmalıdır. Bu sözleşmelerde, üçüncü kişilerin “en zayıf halka”¹⁰⁷ olduğu görülmektedir ve menfaatler dengesi hakkaniyete göre tespit edilmelidir.

Ayrıca, arsa sahibinin aynı hakka ilişkin talebi herhangi bir zamanaşımına bağlı değilken;¹⁰⁸ yüklenicinin arsa sahibinden sebepsiz zenginleşme talebi

¹⁰⁰ “Bununla birlikte her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçsüz bir sonuca da yol açmaması gerekir. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir”. AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

¹⁰¹ “Başvuru konusu olayda, başvuruçuların borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuruçuların arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir”. AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

¹⁰² İNAL a.g.e., s. 1215.

¹⁰³ A.e., s. 1215-1216.

¹⁰⁴ KURT, a.g.e., s. 329.

¹⁰⁵ KAHRAMAN, a.g.e., s. 446.

¹⁰⁶ Semih YÜNLÜ, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, Prof. Dr. Hasan ERMAN’a Armağan, Der, İstanbul, 2015, s. 925.

¹⁰⁷ A.e., s. 926.

¹⁰⁸ Çalışmamızda incelediğimiz Faik Tari başvuru AYM kararında aradan 24 yıl geçmiş olmasına rağmen, AYM arsa sahibinin istemini haklı bulmuş ve başvuruçular açısından hak ihlali olmadığına karar vermiştir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi gereğince hakkını kötüye kullanan arsa sahibinin bu imkândan yararlandırılmaması hakkında bkz. Pelin ÇAVDAR, “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321

2 yıllık kısa zamanaşımı süresine bağlıdır. Aynı etkili dönme görüşünün taraflar arasında yarattığı bu dengesizlik arsa sahibinin mevcut durumunu iyice güçlendirmektedir.¹⁰⁹ Üçüncü kişi, yüklenicinin sebepsiz zenginleşme talebini devralmış olsa da uygulamada çoğu durumda bu zamanaşımı dolmuş olacaktır.

Üçüncü kişiyi koruyucu bir başka yöntem ise dönme hakkının sınırlandırılması ile sağlanabilir. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunda iş sahibinin kullanabileceği dönme hakkı, TBK m.475/III hükmü ile sınırlandırılmıştır. Ayıbın önemli olması halinde ve iş sahibinin kabule zorlanamayacağı durumlarda dönme hakkı kullanılabilir.¹¹⁰ Ayıbın inşaatın mevcut durumuna göre daha az ehemmiyet taşıdığı durumlarda dönme yaptırımının ağır sonuçlarından yüklenici korunmak istenmiştir.¹¹¹ Bu hüküm temerrüt halinde de kıyasen uygulanabilir.¹¹² Ayıp ve temerrüt halinde korunmak istenen menfaatler birbirine yakındır¹¹³ ve bu yöntemin benimsenmesi suretiyle üçüncü kişiler de daha iyi bir korumaya sahip olacaklardır. Dönme hakkının hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması ile üçüncü kişilerin kazanımları korunabilir.

Ayrıca sözleşmeden dönmeyi ve aynı etkili dönme görüşünü kabul etmek bazı durumlarda, arsa sahibine normalde elde edemeyeceği faydalar sağlayabilmektedir,¹¹⁴ bu nedenle karar verilirken de menfaatler arasındaki dengenin çok açılmaması adına her somut olaya göre bir hüküm kurmak isabetli olacaktır. Yargıtay'a göre, sona eren her arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmüştür; aynı etkili dönme gereği taşınmaz arsa sahibine geri dönecektir ve üçüncü kişi her koşulda kötünietlidir. Bu içtihatla ısrarlı olmak ise hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracak, somut olay adaletini sağlamaktan uzak kalacaktır.

Bu konuda üçüncü kişilerin kendilerini korumak için yüklenici ile aralarında akdettikleri sözleşmelere arsa sahibini de taraf olarak dahil etmeleri; yüklenicilerin de kendilerini korumaları için arsa sahibi ile sözleşme akdederken söz-

Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nın Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24, 1, 2018, s. 434-435.

¹⁰⁹ Bu güçlüğü, dürüstlük kuralı ile aşılması hakkında bkz.: ÖZ, İnşaat, s. 175.

¹¹⁰ EREN, *a.g.e.*, s. 655-656.; GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 121-122.

¹¹¹ ERMAN, *a.g.e.*, s. 82-83.; GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 122.; Yaratılan şeylerin korunması ilkesi ve daha detaylı açıklamalar için bkz. ÖZ, Dönme, s. 125-126. Berk Kenan KOYUNCU, "Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirilme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 11, 145-146, s. 1087.; ŞENOCAK, *a.g.e.*, s. 50-51.

¹¹² AKKAYAN YILDIRIM, *a.g.e.*, s. 78.; ERMAN, *a.g.e.*, s. 82-83.

¹¹³ AKKAYAN YILDIRIM, *a.g.e.*, s. 78.

¹¹⁴ *A.e.*, s. 73.; ÇAVDAR, *a.g.e.*, s. 431.

leşmenin sona ermesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmeleri uyumsuzlukları önleme anlamında bir yol olarak önerilebilir.¹¹⁵

Yargıtay, esasında, dönme, sebepsiz zenginleşme, aynı etki ve tasfiye gibi hukuki kurumları birbirine karıştırmaktadır.¹¹⁶ Yargıtay, arsa sahibini korumak amacı ile hukuki kurumları ve mevcut düzenlemeleri bertaraf ederek hukukilik dışına çıkarak bu içtihadını geliştirmiştir. Yukarıda detaylıca açıklanan doktrin görüşleri ile mevcut kanun hükümlerinde bir değişiklik yapmadan alıcı-üçüncü kişileri korumak mümkündür; Yargıtay'ın bu noktada doktrindeki eleştirileri ve önerileri dikkate alarak içtihadını değiştirmesi gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tipik bir sözleşme olarak değerlendirilmesi ve somut olayın koşulları değerlendirilmeden birçok farklı duruma aynı neticenin bağlanması hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği gibi TMK m.1023 gibi emredici hukuk kurallarını da ihlal etmektedir.

Her ne kadar doktrin, alıcı-üçüncü kişileri koruyan ve menfaat dengesini bozmayan çeşitli teoriler öne sürmüş ise de burada da fikir ayrılıklarının olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, uygulamada bu kadar sık karşılaşılmaması nedeni ile artık tipikleşmiş bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunla düzenlenmesi ve bu düzenleme içerisinde özellikle tasfiye durumunda tarafların yükümlülüklerinin ve üçüncü kişilerin konumlarının menfaat dengesine ve temel hukuk ilkelerine göre netlikle belirlenmesi en makul yöntem olacaktır. Yapılacak düzenlemelerde de üçüncü kişilerin özellikle edindikleri mülkiyet hakkının korunmasına ve sözleşmeden doğan riskin taraflar arasında hakkaniyetli bir şekilde paylaşılmasına dikkat edilmelidir.

VI. Sonuç

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çifte tipli karma sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanır. Yüklenicinin temerrüdü halinde genel hükümler uygulama alanı bulur. Yüklenici ile arsa sahibi sözleşmeyi akdettikten sonra, çoğunlukla arsa sahibi arsanın mülkiyetini yükleniciye geçirmektedir. Daha sonra inşaatın zamanında tamamlanamaması nedeniyle arsa sahibi yükleniciyi temerrüde düşürdüktan sonra dönme hakkını kullanmaktadır. Ancak sözleşmeden dönme halinde tarafların iade yükümleri noktasında çeşitli uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır.

İnşaatın yapımı devam ederken yüklenici finansman sağlamak amacı ile üçüncü kişiler ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ya da alacağın devri sözleşmesi yapmaktadır. Borçlandırıcı işlem gerçekleştikten sonra yüklenici arsa payını devretmeden önce arsa sahibi sözleşmeden dönerse üçüncü kişiler sözleşmelerden kaynaklanan nispi haklarını arsa sahibine karşı ileri süremezler.

¹¹⁵ ERMAN, a.g.e., s. 85-86.

¹¹⁶ İNAL, İnşaat Hukuku, s. 377.

Alacağın devri söz konusu olduğu durumda, üçüncü kişiler, arsa sahibinin yüklenici aleyhine olarak zenginleşmesini alacağın devri koşullarına göre talep edebilirler; bu imkân sınırlı olsa da üçüncü kişiler için koruma sağlayabilir.

Yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı tapuyu, aralarındaki borçlandırıci işlemin ifasına yönelik olarak üçüncü kişiye devretmesi halinde ise artık sözleşme geçerli iken bu devir işlemi yapıldığı için üçüncü kişi mülkiyet hakkının sahibidir. Ancak Yargıtay, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin aynı etkili olduğu görüşündedir. Bu nedenle de yüklenicinin üçüncü kişiye devrettiği arsa paylarının da arsa sahibine dönme ile birlikte geri döneceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın kabul ettiği aynı etkili dönme görüşü ve üçüncü kişilerin her durumda kötüniyetli olduğuna yönelik içtihadı doktrinde sıkça eleştirilmektedir. Sözleşmeden dönülmesi halinde tarafların iade yükümlülükleri kanunda belirlenmemiştir. Ancak klasik görüş, yasal borç ilişkisi görüşü ve yeni dönme görüşüne göre, sözleşme geçerli iken yapılan tasarruf işlemleri daha sonra sözleşmenin geçersiz olmasından etkilenmez. Bu süreçte üçüncü kişilere yapılan devir, TMK m.1023 uygulamasına gerek olmaksızın geçerlidir.

Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olduğu zamanda tapu devrini alan ve iyiniyetli olan üçüncü kişilerin bu kazanımları TMK m.1023 hükmü uyarınca da korunmalıdır. Aynı etkili dönme görüşü kabul edilse de üçüncü kişilerin dönme hakkını ve dönme hakkının etkilerini bilmesi mümkün değildir; bu yüzden üçüncü kişilerin TMK m.1023 hükmü kapsamında iyiniyetli oldukları ortadadır. Mevcut kanuni düzenlemeler ve dönmeyle ilişkin teoriler çerçevesinde alıcı-üçüncü kişinin kazanımının korunması mümkündür. Ancak Yargıtay, arsa sahibini korumayı tercih ederken temel hukuk normlarını da ihlal etmektedir. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan riskin sadece üçüncü kişi üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun değildir. Arsa sahibinin menfaati de bağımsız bölümlerin satılması ve inşaatın bir an evvel tamamlanması yönündedir. Bu yüzden satışlardan haberdar olan ve bazı durumlarda üçüncü kişi nezdinde güven yaratan arsa sahibinin sözleşmeden doğan riski üstlenmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Yargıtay, yerleşik hale gelmiş bu içtihadı yüzünden daha fazla mağduriyet oluşmaması için içtihadından vazgeçmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çifte tipli isimsiz sözleşme özelliği göstermesi ve uygulanacak hükümlerin tespitinde görüş ayrılıkları yaşanması, ayrıca uygulamada bu kadar sık karşılaşılması nedeniyle, uyuşmazlıkların içtihat farklılıkları olmaksızın çözüme kavuşturulması ve taraflar açısından hukuki öngörülebilirlik ve güvenlik sağlaması için kanun koyucunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ve sözleşmenin sona ermesi halinde tarafların yükümlülüklerini düzenlemesi önerilmektedir.

Kaynakça

- ARIKAN, Mustafa; ERDOĞAN, Kemal; “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri”, *Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Der.* 2015, 34, 145-172.
- AYAN, Serkan; *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2008.
- AYAR BİRKİN, Zeynep; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri*, Seçkin, Ankara, 2019, <https://www.turcademy.com>.
- AYDEMİR, Efrail; *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2016, <https://www.turcademy.com>.
- 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”, *TBB Dergisi*, 2019, 141, 417-453.
- BUZ, Vedat; *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin, Ankara, 1998.
- BÜYÜKAY, Yusuf; *Eser Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 2013.
- COŞKUN, Gürkan; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yetkin, Ankara, 2010.
- ÇAVDAR, Pelin; “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı’nın Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24, 1, 2018, 415-439.
- DUMAN, İlker Hasan; “İnşaat Hukukunda Somut Olayın Özelliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 165, 15, 2020, 1030-1044.
- ENLİ, İsa; “Belirli Süreli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdün Şartları, Hüküm ve Sonuçları”, *TÜHAD*, C. 1, S. 2, 2016.
- ENLİ, İsa; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2017, <https://www.turcademy.com> (Kat Karşılığı İnşaat).
- EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2020.
- ERMAN, Hasan; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İÜ Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler- Cilt 2*, Vedat, İstanbul, 2010 (Cilt 2).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, Filiz, İstanbul, 2018 (Kısa Ders Kitabı).
- HAVUTÇU, Ayşe; “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyum Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağan*, Turhan, İstanbul, 2011, 317-337.
- HAVUTÇU, Ayşe; “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz İşlemlerin Tahvili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 1-4, 1987, 640-681 (Tahvil).

- İNAL, Emrehan; “Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku II. CİLD*, Yetkin, Ankara, 2017.
- İNAL, Emrehan; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, *İnşaat Hukuku ve Uygulaması* (Ed. Emrehan İnal/Başak Baysal), Onikilevha, İstanbul, 2017, 371-393 (İnşaat Hukuku).
- KAHRAMAN, Zafer; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, *Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- KAPLAN, İbrahim; *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2013.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit; *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları Cilt 2*, Beta, İstanbul, 2002.
- KARATAŞ, İzzet; *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2004.
- KARTAL, Bilal; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Matsa, Ankara, 1993.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KOYUNCU, Berk Kenan; “Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilirliği İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirilme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 11, 145-146, 1069-1093.
- NOMER, Haluk Nami; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Vedat, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II*, Vedat, İstanbul, 2016 (II).
- ÖZ, M. Turgut; *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte*, Kazancı, İstanbul, 1989 (Dönme).
- ÖZ, M. Turgut; *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2013 (İnşaat).
- ÖZMEN, E. Saba; “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi”, *TBB Dergisi*, 2018, 135, 491-516.
- ÖZMEN, E. Saba; ÜREM, Müge; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan ‘Avans Tapu’ Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 2016, 13-31.
- SEROZAN, Rona; *Sözleşmeden Dönme*, Vedat, İstanbul, 2007.

- SİRMEN, A. Lale; *Eşya Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2020.
- SÜTÇÜ, Nezi; *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Seçkin, Ankara, 2018, <https://www.turcademy.com>.
- ŞAHİN, Turan; “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü” (Doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012.
- ŞENOCAK, Zarife; *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- TANDOĞAN, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Vedat, İstanbul, 2008.
- TANDOĞAN, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2010.
- UYGUR, Turgut; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II*, Seçkin, Ankara, 2012.
- YAŞAR, Halis; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları”, *TBB Dergisi*, 102, 2012, 289-322.
- YAVUZ, Cevdet; ACAR, Faruk; ÖZEN, Burak; *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2019.
- YENER, M. Deniz; “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, *İÜHFİM*, LXV, 2, 2007, 371-382.
- YENER, M. Deniz; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- YÜNLÜ, Semih; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri*”, *Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015, 909-928.

Elektronik Kaynaklar

- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>
- <https://www.kazanci.com>
- <https://legalbank.net>
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://www.turcademy.com>