

Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun

Etem Saba ÖZMEN*

* Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı.
(sabaozmen@hotmail.com) **ORCID ID:** [0000-0002-8622-9660](https://orcid.org/0000-0002-8622-9660)

NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞI YETKİSİ VERİLMESİNE İLİŞKİN KANUN

ÖZ

28 Haziran 2022 tarihli 31880 sayılı Resmi Gazete’de 7413 sayılı Torba Kanun il Noterlik Kanunu’nda yapılan değişiklikler neticesinde m. 60 ve m. 61/A hükümleri ile noterlerin taşınmaz satışı yapabilecekleri kabul edilmiştir. Çalışmamızın amacı öncelikle halihazırda tapu daireleri ve noterlikler tarafından geliştirilmiş olan bilimsellikten uzak uygulamaların eleştirilmesi ve bununla birlikte 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecek Kanun’un uygulama açısından ortaya çıkaracağı problemler ve bu problemlere ilişkin olarak çözüm önerilerinin sunulması oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler

taşınmaz satış sözleşmelerinde şekil

taşınmaz satış vadeleri

noter ve tapu dairelerinin görevi

tescilin niteliği

yetki

STRANGENESS CONSEQUENCES OF THE LAW AMENDMENT REGARDING THE AUTHORIZATION OF REAL ESTATE SALES TO NOTARY

ABSTRACT

As a result of the amendments made in the Omnibus Bill Law No. 7413, which is published in the Official Gazette dated 28 June 2022 and numbered 31880, Article 60 of Law no 1512 has been amended and article 61/A has been accepted. With the provisions of article 60 and 61/A, it has been accepted that the real estate sales contracts can be concluded before notary public. The aim of our article is primarily to criticize the unlawful practices that have already been developed by the land registry offices and notary publics, and to present the problems that will arise in terms of implementation of the Law, which will enter into force on 1 January 2023, and to propose solutions for these problems.

Keywords

form requirement in real estate sales contracts

real property promise to sell agreement

duties of notary and land registry offices

legal nature of registration

authorization

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Makaleye önyargı ile yaklaşılması amacıyla şu saptama ile başlamak istiyoruz. Çalışmanın yazarı, taşınmazda aynı hak değişikliği yaratan tüm borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) niteliğindeki sözleşmelerin noterde yapılması taraftarıdır; fakat arzu edilen bu konudaki kanun değişikliği ile Noterlere verilen yetkinin sadece taşınmaz satış sözleşmeleri ile sınırlı olmamasıdır.

28 Haziran 2022 tarihli 31880 sayılı Resmi Gazete’de 7413 sayılı Torba Kanun ile araya sıkıştırılan Noterlik Kanunu’nda yapılan değişiklik hukuk hayatımıza yenilik olarak sunulmuş oldu. Aşağıda ayrıntıları ile ağır eleştirilere konu edeceğimiz Noterlik Kanunu m. 60 ve m. 61/A hükümleri ile noterlerin taşınmaz satışı yapabilecekleri kabul edilmiş oldu. Ancak bu tür yeniliklerin ihtiyaca yönelik ve sorun çözümlenici olması beklenirken, yenilik tam aksine karmaşa yaratmaya aday bir düzenleme niteliği ile şimdiden yaratacağı sıkıntılarla konuşulur oldu. Bu sonuç hiç de şaşırtıcı olmamalıdır. Çünkü bu düzenleme, eski Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girdiği neredeyse bir asra yaklaşan süreçte tapu dairelerinin ve noterliklerin bilimsel temeli olmayan fahiş hatalarına eklenerek ilk yanlış iliklenen düğmenin yakada kapatılmaya çalışılmasının boşa gayretinden başka bir sonuç doğurmayacaktır.

Makalenin amacı, 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecek Kanun’un yürürlük öncesinde hazırlıksız yakalanılacak süreçteki muhtemel sıkıntıları konusunda önceden bilgilendirme yapmaya çalışmaktan ibaret olacaktır. Önerimizde değişiklik hükümleri hemen geri çekilmeli, önereceğimiz ve sorunları pratik çözecek bilimsel temele dayalı hazırlanmış taslak doğrultusunda bu konu yeniden düşünülmelidir.

Makaleye öncelikle bir asra yakındır süren bilimsellikten yoksun tapu daireleri ve noter uygulamalarını irdeleyerek başlayıp, devamında yeni değişikliğe eleştiriler getirerek öneri taslak hükmün sunumu yapılacaktır.

II. MEVCUT TAPU VE NOTER UYGULAMALARININ HUKUK BİLİMİ TEMELİNDEN YOKSUNLUĞU-HATALARI

Bu başlık altında vurucu bir cümleyle başlamak gerekirse noterler zaten yıllardır taşınmaz satış sözleşmeleri yapmaktadırlar. Şöyle ki; noterler taşınmaz satış vaadi olarak re'sen düzenledikleri senette yer alan irade uyuşumunun (TBK m.1) aşağıda irdeleneceği şekilde bugünkü tabirle “önsözleşme (TBK m.29; eBK m.22 akit yapmak vaadi)” olmaktan çıktığının asıl taşınmaz satış sözleşmesine vücut verdiğinin farkında değillerdir. Çünkü Yargıtay uygulamaları ile de artık taşınmaz satış vaadi adıyla yapılan sözleşmeye dayalı olarak temerrüt halinde doğrudan taşınmaz mülkiyetinin devri yolunda ifanın talep edilebildiği (TMK m.716) bir sözleşme karşısında farklı sonuca varmanın mümkün olmadığını gerekçeleriyle izah edeceğiz. Diğer yönden Noterlik Kanunu m.89'un “*Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ... bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir.*” şeklindeki başarılı ve isabetli hükmünün noterlere yıllardır ne denli geniş bir taşınmaza ilişkin sözleşme yapma yetkisi vermiş olduğunun bilincinde dahi olunmadığı açıktır.

Bu hükümden anlaşılacağı üzere bu makale ile önerimiz, taşınmazda aynı hak değişikliği yaratacak tüm sözleşmelerin düzenlenmesi konusunda noterlere yetki olarak verilmesi iken hiç kimse bu hükmün farkında olmamıştır. Şimdi sırasıyla noter ve tapu dairelerinde yapılan bilimsellikten uzak uygulamaları olması lazım gerekene (*de lege ferenda*) ışık tutması bakımından irdelemeye geçebiliriz.

A) NOTERLER VE TAPU DAİRELERİ KAZANDIRICI İŞLEM ÜST BAŞLIĞI ALTINDA YER ALAN BORÇLANDIRICI İŞLEM (TAAHHÜT MUAMELESİ) VE TASARRUF İŞLEMİ AYRIMINDAN HABERSİZDİRLER

1- Ayrımın Genel Olarak Borçlar/Eşya Hukuku Açısından Sonuçları

Özel hukukun temeli olarak Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku derslerinde borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi)–tasarruf işlemi ayrımı üzüntü ile saptadığımız sonuçla layıkıyla öğretilmemekte ve devlet ciddiyeti ile bağdaşmayan yönüyle noter ve tapu daireleri de bu yöndeki bilgidен yoksun işlemler gerçekleştirmektedirler. Bu makalenin artık zihinlere çarpıcı bir biçimde bu ayrımı yerleştirmesi bakımından bazı vurucu cümlelerle konunun ciddiyetine dikkat çekmek isteriz.

“*Malvarlığını etkileyen kazandırıcı işlem*” üst başlığı altında iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmeler, malvarlığının pasifini etkileyerek işlemi yapan kişiyi borç altına sokarlar. Buna karşılık tasarruf işleminin konusu eşya olduğu takdirde bu işlemler, üzerindeki hakkı kuran, sona erdiren ve değiştirmekle malvarlığının doğrudan aktifini etkileyen hukuki işlemlerdir. Örneğin; taşınır satış sözleşmesinde TBK m.1 vd. hükümlerince sözleşmenin esaslı noktası (TBK m.2; TBK m.207) taşınır ve bedel konusunda iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği ile alıcı ve satıcının bu yöndeki rızasının uyuşumudur. İşte sözleşme başka hiçbir şeye ihtiyaç duymaksızın anılan hukuki sonuca uygun olarak doğar. Satıcı önerisinin (icabının) alıcı tarafından kabulü ile satıcının malvarlığının pasifine alıcıya TMK m. 763 hükmünce zilyetliği devir ile mülkiyeti devir borcu girer. Bu konuda yapılan hukuki işlem satış sözleşmesi olup anlaşılacağı üzere sadece rızaların uyuşumuna dayalı sözleşme geçerli şekilde kurulur. Tüm sözleşmelerin kural olarak^[1] bu niteliği taşıması sonucu özel borç ilişkilerinde kullanılan tabir ile rızat sözleşme kurulmuş olur.^[2] Bu sözleşmeden doğan satıcı borcu, TMK m.763/I’in “*Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir*” şeklindeki hükmü uyarınca satıcının aktifinde yer alan mülkiyeti alıcıya teslimi ile (veya TMK m.977’de belirtilen diğer yollar ile) geçirmesi “tasarruf işlemi” niteliğindedir. Bu hukuki işlemler ise tamamen verdiğimiz kanun hükümlerinden anlaşılacağı üzere Eşya Hukukunun konusudur.

Bu konudaki bilgilerimizi öğrencilerimizin zihninde pekiştirmek için verdiğimiz bir örnekle vurgulamak isteriz. Örneğin; bir hırsızın çaldığı bir cep telefonunu alıcıya devir taahhüdü ile 10 Bin TL’ye satma önerisinin alıcı tarafından kabulü ile (TBK m. 1 vd. hükümleri) satış sözleşmesi başka hiçbir unsura gerek kalmaksızın (sözlü yapılmakla yazılı şekle bile gerek duyulmaksızın) geçerli olarak doğar. Eşya Hukuku konusu olarak bilgileri karıştırarak alıcının iyiniyetli olup olmadığının sorulması ise abesle iştigaldir. Çünkü elden rıza dışı çıkan bir taşınırdaki emin sıfatıyla zilyet olunamayacağı (TMK m. 988) için bu konuda iyiniyet tasarruf işlemi ile mülkiyetin kazanılmasında etkili olmayacaktır.

[1] Kural olarak diyoruz çünkü alacağın devri, borcun dış üstlenilmesi, ibra gibi sözleşmelerin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu unutulmamalıdır.

[2] Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I/1*, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2008), 93; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2020), 33.

Telefonda haksız, kötü niyetli, malik sıfatıyla zilyet olan hırsızın satış sözleşmesinden doğan borcunun ifası için teslimi gerçekleştirmesi halinde ise işte “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” (*Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) ilkesi tasarruf işlemi için geçerli olup mülkiyetin alıcıya intikali gerçekleşmemiş olacaktır. Bu işlemde alıcı üçüncü kişi zilyet ve fakat yine haksız, malik sıfatıyla, tek farklılıkla iyiniyetli zilyet sayılacaktır. Fakat bu iyiniyet onu malik kılmayacağı için telefonu üstün hak sahibine istihkak veya taşınır davası sonucu iade etmek zorunda kalacak ve bu defa hırsıza yönelecektir. İşte bu noktada satıcı hırsıza geçerli bir satış sözleşmesinden dolayı alıcının ödediği bedelin TBK m.117 hükmünce hırsızın tahsil ettiği tarihten itibaren kanuni faizi ile iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerince olmayacaktır. Tam aksine işte bu konuda verilecek bilginin Roma Hukukundan gelen yadsınamayacak muhteşemliği ile geçerli olan sözleşmenin kusurlu ifa imkânsızlığı sonucu TBK m.112 hükmünce 10 bin TL'ye almış olduğu telefona kavuşamaması sonucu piyasada ikinci el sürüm değerinin 20 bin TL olması halinde bu bedeli zararının tazmini olarak talep edecek olmasıdır.

2- Ayrımın Taşınmaz Mülkiyetinin Devrine İlişkin Sonuçları

Taşınmazlara gelince iki farklı noktada gösterilen özellik unutulmamalıdır. Buna göre TMK m. 706 hükmünce taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekle bağlı olması ve taşınmaz mülkiyetini devir borcu altına giren malikin TMK m. 1013/I hükmünce tescili talep etmesi üzerine bir idari işlem olarak Tapu Sicil Müdürlüğünün yetkili olması aynı esaslara bağlı olarak tasarruf işlemi ile mülkiyetin devrinin gerçekleşmesidir.

Aşağıdaki başlıklarda vereceğimiz bilgilerle bu basit sürecin ne denli karmaşık hale getirildiğini ve resmi mercilerin bilgisizliğine dayalı bilim-sellikten uzak uydurulan prosedürler ile ne denli sıkıntılara yol açtıklarını vurgulayacağız.

a) Taşınmazlarda Tescil, Mülkiyetin Devri ve Sınırlı Ayni Hak Kurulmasını Amaçlayan Sözleşmelerin İfası Sonucu Oluşur

Tapu Sicil Müdürlükleri, tescil makamı olma özelliği ile TMK m.705/I'nin “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur*” şeklindeki hükmü gereğini resmi merci olarak gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Bu konuda

tescilin öncesinde borçlandırıcı işlem yani rıza sözleşme TBK m.1 hükmünce karşılıklı irade beyanıyla oluşmaktadır. Bu sözleşmenin peşin satım niteliğine bağlı olarak tescilden ayrılması hukukçu olmayanlar için zor olabilir. Ancak vade ve koşula bağlı olarak ya da belirli bir vade kararlaştırılmasa da TBK m.90 hükmünce “işin özelliğinin” gerekli kıldığı bir süreçle mülkiyetin devrini veya bir sınırlı ayni hak kurulmasını amaçlayan sözleşme ile birlikte tescilin hemen yapılmasının gerekmediği hallerde ayırım bariz biçimde ortaya çıkmaktadır.

Borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) Borçlar Hukukunun konusu, tescil ise Eşya Hukukunun konusudur. Bu konuda kanuni düzenleme hükümleri zaten aksi sava geçit vermemektedir. Örneğin, taşınmaz satış sözleşmesi TBK m.237 vd. hükümlerinde düzenlenmiş iken tescil TMK m.1008 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Hal böyle olmakla tescilin yapılması yolunda tapuya müracaat halinde karşı tarafın beyanının söz konusu olmayacağı yolundaki görüşler eleştiriye açıktır.

Borçlar Hukuku açısından borçlandırıcı işlemle malvarlığının pasifini artırmış olan taşınmaz maliki, mülkiyetin devri veya bir sınırlı ayni hak tesisi taahhüdü içeren sözleşmeden doğan borcunu alacaklı (alıcı) adına tescilin gerçekleşmesi ile aynen ifa etmiş olur. İşte TMK m.716/1’in “*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*” şeklindeki hükmünde alacak hakkını (kişisel istem) doğuran sözleşme gereği malikinin temerrüdü karşısında alacaklının aynen ifada ısrar etmesi halinde düzenleme konusu yapılmış bir dava söz konusudur.

Bu kurguda temerrüde düşmeyen taşınmaz maliki, borcunu iradi olarak ifa etmek istediğinde alacaklıya taşınmaz mülkiyetinin devri veya sınırlı ayni hak kurma taahhüdünü tapuda tescil ile gerçekleştirir. İşte bu yönde tapuya başvurunun yani tescili talebin TMK m.1013 hükmü düzenleme ile düşülen yanlışlara değinmek istiyoruz.

b) Taşınmazlarda Tescil İkili (Dualist) Bir Nitelik Taşır

Geldiğimiz noktada taşınmaz mülkiyeti devir veya sınırlı ayni hak kurma yolunda borçlanmış taşınmaz malikinin yükümlülüğünün tescil talebi ile başlamasından daha doğal bir şey olamaz. Fakat TMK m.1013/1’in “*Tescil,*

tasarrufa konu olan taşınmaz malikin yazılı beyanı üzerine yapılır” şeklindeki hüküm üzerine öğretilerdeki baskın görüşten farklı düşünmekteyiz. Şöyle ki; aktardığımız bu hüküm gereği alacaklının yani adına tescil ile mülkiyet devri veya bir sınırlı aynı hak tesisi yapılması gereken kişinin bu yönde rızasının aranmamış olması tescil talebinin tek tarafı bir hukuki işlem olduğu yolunda değerlendirmelere yol açmaktadır.^[3]

Bu yönde karşı savımızı olmayana ergi (abes-e irca; reductio ad absurdum) metodu ile çok kolay ispat edebileceğimizi düşünüyoruz. Öncelikle savlarımızı gerekçelendirme yolunda güç aldığımız Wieland’ın görüşlerine^[4] tamamen katıldığımızı belirtmek isteriz.

Türk Hukukunda katılmadığımız görüşün gerekçesinin bir çok yerde andığımız yüz yıllık hatanın eseri olduğunu sanıyoruz. Çünkü taşınmaz mülkiyetinin devrinin tapu dairelerinde tescil ile sonuçlanması sürecinde vade ve koşula veya işin niteliğinin tescili ötelelediği hallere imkân tanınmaması olgusunu taşınmaz satışı için uyarlayacak olursak; satış türleri üst başlığı altında (peşin, ön ödemeli, veresiye) peşin satım dışında bir olasılık olmaması (bedeli nakden ve peşin aldım kayıtları da düşünüldüğünde) yanılığın kaynağı olarak ortaya çıktığını düşünmekteyiz. Ayrıca vurgulamak gerekirse TMK m.1013/I hükmünün deyimsel (lafzî) yorumuna aldanınca resmi senedin (akit tablosunun) matbu olarak imzalatılmasında taşınmaz satışına yönelik irade beyanının anî edimli mülkiyetin devrini de içerdiği kanısı söz konusu olacak ki katılmadığımız görüşe taraftar bulmaktadır.

Karşı çıktığımız bu görüşe sahip olanlar, TMK m.1013/I hükmüne atıf yapmalarına rağmen Tapu dairelerinin tam aksine resmi senet (akit tablosunun) matbu örneklerinde tescili talebin sadece taşınmaz malikin imzası ile değil aynı zamanda alacaklının da “*Taraflar işbu satım sözleşmesinin tescilini talep ettiler*” şeklindeki ifadesi altında imzalarını zorunlu kılmakla son derece doğru bir işlem yapmalarını göz ardı etmektedirler.

Artık savımızı güçlendiren gerekçelere yer vermek gerekirse; öncelikle Roma Hukukunun bir ilkesinden hareket etmek istiyoruz: “*Iure suo uti nemo cogitur (Hiç kimse hakkını kullanmaya zorlanamaz)*” şeklindeki

[3] Aynı görüşte olduğumuz ve aksi görüşte olduğumuz tüm yazarlar için bk. Hüseyin Tokat, *Ayni Akit*, (Ankara: Adalet, 2022), 150-154.

[4] Wieland, C., *Kanunu Medenide Ayni Haklar II*, (çev. İ. Hakkı Karafakı), 2. Baskı, (Ankara, 1946), 889-890.

ilknenin varlığı tokat gibi bir cevap olacaktır. Şimdi bu ilkeyi bir örneğe uyarlayarak görüşümüzü pekiştirmek istiyoruz. Olması lazım gelen yönü ile Tapu dairelerinin taşınmaz satış sözleşmelerini vadeye bağlı olarak gerçekleştirindiklerini ve alıcının belirli aralıkla ödeyeceği bedellerin bitiminde taşınmaz mülkiyetinin devri hüküm altına alınmış olsun. Bu sözleşmede saik olarak sözleşme yapma sebebi açıkça yer almasa da arazinin belli bir yüzölçümüne sahip olduğu bilgisi sözleşme yapılmasına etken olmuş olsun. Şöyle ki, uygulamadan edindiğimiz tecrübeyle bazı plan notlarında yer alan yönüyle Belediye sınırları içerisinde mülkiyeti devredilecek arazinin 5.000 m2 yüz ölçümünü aştığı bilgisi sözleşmenin doğumuna vücut vermiştir. Bu konuda subjektif esaslı nokta olarak alıcının inşaat yapma amacı ile edindiği bu hususa önem vermesinin nedeni 5000 m2'nin altında kalan imarlı arsalarda emsal 2.0 iken; 5000 m2 dahil ve fazlası yüzölçümüne sahip arsada 2.50 emsal hakkının varlığıdır. Böylece kapalı alan inşaatına dayalı ölçü ile 2.500 m2 fazla alan inşasına imkân veren bir imar hakkı fazlalığı doğmaktadır. Tapu sicilinde yer alan yüzölçümüne dayalı olarak taşınmaz satış sözleşmesini bu yanılığa dayalı olarak imzalamış alıcının adına tescilden önce bunu öğrenmesi durumunda karşı tarafın (satıcının) kasıtlı davranmasına bağlı olarak (*Kadastro sırasında yaptığı yolsuzlukla*) aldatma (hile; TBK m.36) veya kasıtlı olmaması halinde (*kadastro ölçümünü hatasını bilmeme durumunda*) yanılma (hata; TBK m.31) hükümleri uyarınca sözleşmeyi iptal hakkını kullanma hazırlığı içinde iken anılan aksi görüşte olan yazarlara göre daha önce geçerli olarak yapılmış satış sözleşmesine istinaden satıcının tek tarafı iradesi ile alıcı adına tescilin yapılması (*yani alıcının tapuda tescili kabul beyanının imza altına alınmamasına rağmen*) mümkündür. Oysa savunduğumuz görüşe göre verdiğimiz örneğin içeriği daha fazla beyanda bulunmayı gereksiz kılmaktadır.

B) NOTER VE TAPU DAİRELERİ TAŞINMAZLARDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNDEN HABERSİZLERDİR

Sözleşme özgürlüğü^[5] Anayasal güvence altında taraflara alt başlıklar altında irade serbestisi tanır. Borçlar genel öğretisinin temel bilgileri arasında yer alan bu konu hakkında araştırma hacmi gözetildiğinde bilgi aktarmayı gereksiz bulmaktayız. Doğrudan sonuç belirleyecek olursak; noter ve tapu

[5] Anayasa m. 48 hükmüne “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

daireleri tarafından sözleşme özgürlüğü başlığı altında sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme konusunda tanınmış olan irade serbestisi, Borçlar ve Medeni Kanunumuzun ruhuna tamamen aykırı yorumlarla ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Her iki özgürlüğe farklı başlık açarak uygulamadaki fahiş hatayı sürdürmenin temelsizliğini ortaya koymuş olacağız.

1- Taşınmazlarda Aynı Hak Değişikliği Yaratan Sözleşmelerde Sözleşme Tipleri Özgürce Belirlenebilir

a) Tapu Dairelerinin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler

i. Genel Olarak

Medeni Kanunumuz TMK m.706 “*taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşme*” şeklindeki ifadesinden aldığı güç ile bu özgürlüğü kişilere bahşetmiş bulunmaktadır. Sınırlı aynı hak türlerine bağlı olarak mülkiyet dışında diğer sınırlı aynı haklar da aynı yönde tekrar edilen hükümlerle (irtifak hakkında TMK m.781/I; taşınmaz yükünde TMK m.840/III; taşınmaz rehininde TMK m.856/II hükmünde resmi şekle değinilmekle) borçlandırıcı işlem olarak anılan aynı hakların tesciline yönelik sözleşmelerin kural olarak^[6] resmi şekle tabi olacağı vurgulanmıştır. Bu yolda hangi tür aynı hak olursa olsun sözleşme özgürlüğüne tabi olacağı bilgisi ile bu iddiamız, aynı hakların sınırlı sayıda, tipe bağlı olması ve içerik serbestisi olmaması konusunda mevcut emredici düzenlemelerin bilgisi ile çürütülemeyecektir. Çünkü Eşya Hukuku ilkelerine dayalı bu özellik tamamen tasarruf işlemine yöneliktir. Taşınmaz mülkiyetinin tescil ile devrine dayalı olarak mülkiyet hakkının içeriğini değiştirecek hükümlerle tescil yapılamayacağını bilincindeyiz. Bir örnek vermek gerekirse; taşınmaz mülkiyetini devreden malik, taşınmaz mülkiyeti üzerinde aynı hakkı olmasa da malikmiş gibi hak ve yetkilerin devamlılığını sağlayan bir tescili tapuda gerçekleştiremeyecektir. Ayrıca sıklıkla tapularda dile getirilen bir örnekle; ölmeden önce olası mirasçılarının taşınmaz mülkiyetini devreden malikin olası mirasçılarının bu taşınmazla ilgili üçüncü kişilere hiçbir zaman tasarruf yetkisi ile devir işlemi bulunamayacağı yolunda hükümler konması mümkün olmayacak, zaten bu yönde talepler tapu dairelerince reddedilmeye mahkûm olacaktır. Aşağıda

[6] Örneğin; banka ipoteklerinin Tapu Kanunu m. 26/X uyarınca bankalar tarafından sağlanan taşınmaz teminatlı kredilerde ipoteğin adi yazılı geçerliliği yolundaki istisna gibi.

irdeleneceği üzere malikin bu yöndeki arzusu borçlandırıcı işlem satış sözleşmesi içine konan bozucu koşul veya yüklemelerle gerçekleştirilebilecektir. Bu tür hükümler halef malikin anılan yapmama yükümlülüğüne aykırı ceza koşulu hükümleri ile baskı altına alınabilecektir. Örneklendirmek gerekirse, bağışlanan bir taşınmazda malik kılınacak bağışlanın kabulü ile tapuda yapılacak resmi senede taşınmazı devretmeyeceği yolunda yani yapmama edimi bozucu koşul (TBK m.173) olarak konabilmelidir. Bu sözleşmeye dayalı yapılan tescil tamamen geçerli olarak bağışlanana TMK m.992 hükmü uyarınca malik kılacaktır. Doğal olarak bağışlanan halef malik, taşınmazda hiçbir kısıtlama olmadan tasarruf edebilecek ve mülkiyeti üçüncü kişilere devredebilecektir. Bu kurguda taşınmazın mülkiyeti devredilen üçüncü kişilerin de iyiniyetli olup olmadıkları araştırılmaksızın tamamen geçerli bir mülkiyet hakkı edinmiş olacakları kuşkusuzdur. Bozucu koşulun etkisi bu yolda bağışlananın yapmama edimine bağlı olarak gerçekleşmiş olmakla; üçüncü kişi adına yapılan tescil hiçbir şekilde etkilenmeksizin bağışlama sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erecektir. Doğal olarak iade yolunda hukuki kurum, sebepsiz zenginleşme olmakla ve işin doğası gereği aynen iadenin mümkün olmaması sonucu bağışlanan TBK m.79/II “*Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa ... zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür.*” şeklindeki kural gereği sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere Borçlar Kanunumuzun genel hükümleri köklü geçmişiyile çıkacak uyumsuzluklarda çözümler barındırmaktadır.

Artık duraksamaksızın varacağımız sonuçla uygulamada tapu dairelerinde taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerde tip serbestisi yolunda irade özgürlüğü asla tanınmamaktadır.^[7] Bu konuda taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler yalnızca Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün internet sitesindeki Tapu İşlemleri Rehberi'nde yer alan sözleşmelerle sınırlı tipte işlemlerdir. Bu nedenle çarpıcı bir örnek vermek gerekirse; bir kişinin ileride ifa edeceği hizmet edimi karşılığında taşınmaz malikinin ani edimle peşin olarak taşınmaz mülkiyetini devir isteği, tapu dairelerinde tüm yasallığına rağmen karşılanmayacaktır. Bu konuda son derece yasal arzunuzu resmi senet tanzimi sırasında dile getirdiğinizde

[7] Bu konuda 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Kanunu'nun 8. maddesinde atıf yaptığı ekli I sayılı tarife cetvelinde “Tapu İşlemleri” başlığı altında satış, mal değişim sözleşmeleri, bağış, ölünceye kadar bakma akdi sözleşmeleri olarak sınırlı sayıda sayılmıştır.

verilecek cevap, “*Biz buraya satış yazalım. Emlak vergisi bedeli üzerinden bedel kararlaştırılmış gibi gösterelim. Alıcı olarak görünen taraf hizmeti size ifa etsin.*” şeklinde olacaktır. Böylesine temelsiz cevaba muhatap olan duyarlı hukukçuların kanının çekildiğini hissetmekteyiz. Çünkü sürekli edim niteliğinde kişi varlığı ile hizmet edimini yerine getirecek kişinin bu isimsiz atipik sözleşme uyarınca malvarlığının pasifinde yer alan bu borcu ifa sürecine başlamadan veya başladıktan sonra ölmesi örneğinde olduğu gibi araştırmanın hacmi bakımından değinemeyeceğimiz bir sürü ifa sorunu çıkacağını belirtmemiz^[8] herhalde kâhinlik olarak nitelendirilemeyecektir. Peki, satış gösterilip üstelik aşağıda değineceğimiz bilgiyle bedeli nakden ve peşin aldım kaydının varlığı karşısında bu konuda anlatılan sorunda selef taşınmaz malikinin yaşayacağı sorunların çözümü konusunda ne söylenebilecektir?

Ayrıca kanımızın yine donduğu başka bir uygulama mal değişim (TBK m.282-284) eski tabirle trampa sözleşmesinin taşınmazla taşınırın değişimi üzerine yapılmasında hiçbir engel akla dahi getirilemeyecekken tapu daireleri çalışanlarının taşınmazla taşınmaz değişimi dışında bütün istekleri geri çevirmesidir. Örneğin; bir el yazması kuran ile bir taşınmazın mal değişim sözleşmesinin tapuda resmi senede geçirilmesi olanaklı değildir. Cevap yine aynı olacaktır; “*biz emlak vergi değeri üzerinden satış gösterelim siz haricen kuranı teslim alırsınız*”. Bu tür akıl dışı cevaba karşılık her zaman verdiğimiz örnekle: peki kuran sahte çıktığı takdirde veya taşınmaz mülkiyetini devretmeme karşılık kuranın tesliminin on beş gün sonra olacak olması durumunda sel sularına kapılarak yok olmasında (hasar), taşınmaz mülkiyetimin iadesini aldatmadan (hile; TBK m.36) dolayı sözleşmeyi bozucu yenilik doğurucu hakla geçmişe doğru; sel sularına kapılmada ise sonradan borçlunun sorumlu tutulmayacağı nedenlerle borcun ifasının mümkün olmaması (objektif imkânsızlık; TBK m.136/I) halinde mesele nasıl çözülecektir? Sebepsiz zenginleşme davasını açabilmek (TBK m.136/II) için resmi senedin satış olarak gösterildiği durumda para borcunda imkânsızlık olmayacağı için, ne tür bir güçlük çekileceğinin farkında olunabileceğini tahmin ediyoruz.

[8] Örneğin; hizmetin ifasının kişisel edim niteliği ile sözleşmenin doğumundan sonra mümkün olmayacak hale gelmesi halinde Roma Hukukundan beri günümüze gelen boyutuyla sebebin gerçekleşmemesi sonucu (*condictio ab causam secutam /futuram*) sebepsiz zenginleşmeye konu olmaktadır (TBK m. 77/son).

Uygulaması en çok görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde noterde düzenlenen resmi senedin sonrasında arsa malikinin yükleniciye tapu devrini yeniden resmi senet düzenleyerek TMK m.1013 hükmünce yaptığı tescil talebinin aynı gerekçeyle satış gibi gösterildiği yolundaki hatalı uygulamalar bir yana, konunun farkında olan bir kısım tapu dairelerince ise “*kat karşılığı temlik*” gibi temelsiz bir tabirin kullanıla geliyor olmasının izahında güçlük çekmekteyiz. Çünkü TMK m.1009 hükmünde sırf şerhine imkân tanınmak için adlandırılmış bir sözleşme tipi olmakla “*kat karşılığı*” ve “*temlik*” tabirleri ne ifade etmektedir? Tapu Sicil Tüzüğü’nün yeni hükmünce 47. maddede başarılı bir tabir ile TMK 1009 ve Tapu Kanunu m. 26 ile uyumlu “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” tabiri kanuni temeli ile doğru kullanılmış iken anılan uygulamaların sürdürülüyor olması gerçekten düşündürücüdür. Bu tür olumsuz sonuçlar; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’nün ilgili memurlarının yeterince eğitilemediğinin açık göstergesidir.

Bu gibi durumlarda bazı duyarlı mahkeme hâkimlerinin içtihatlarıyla TMK m.7’ nin “*Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığına ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir.*” şeklindeki hükmü gereği her türlü delille ispat imkânının tanınması anılan hatalı uygulamaların kurtarıcısı gibi gözükebilir. Özellikle Roma Hukukundan bu yana inançlı devir (yine burada temlik tabiri kullanılmamalıdır) “*fiducare*” tabiri ile bilinmekte iken resmi senede geçirilmesi taleplerinin kanuna karşı hile olmadığı halde ve de TMK m.706 ve Tapu Kanunu m. 26 hükmünce tarafların serbest iradesi sonucu hiçbir sorun yokken; tapuda bu işlemi yaptırana şapka çıkartacağımızı belirtmek isteriz. Bizim inandığımız görüşle tapu dairelerinin resmi senet tanzimini bilimsel temelle TBK m. 27 ve diğer geçersizlik sebepleri yaratan kanun hükümlerinin varlığının bilinci ile sözleşme tipinin doğru yazılması gerektiğini ve TMK m.7’ nin kurtarıcı işleminin ispat güçlüğüne tabi olmaması gerektiğini savunuyoruz.

Bir diğer tapu dairelerince yok sayılan yani resmi senede konu edilmeyen sözleşme adı altında aslında tasarruf işlem niteliğindeki alacağın devri (temlik) sözleşmesidir. Unutulmamalıdır ki; devre konu asıl alacak resmi şekle tabi olsa da alacağın devri sözleşmesi TBK m.184 hükmünce adi yazılı şekilde kural olarak geçerli şekilde yapılabilecektir. Meğerki; kanunda “*sözleşme veya işin niteliği engel olmuş (TBK m.183/I)*” olsun. Kural olarak dememizin sebebi bu yönde öncesinde istisna barındıran bir hüküm bulunmamakta iken

yeni Borçlar Kanunumuzun hiçbir şekilde hukuki bir yarar bulunmaksızın alım (iştirâ) ve geri alım (vefa) sözleşmelerinin devrinin, devre konu hakların resmi şekle tabi olması sonucu (noterde düzenleme şeklinde) devrinin de bu şekle tabi olduğunu hükme bağlamış olmasıdır. Bu değişikliği hiçbir şekilde isabetli bulmamaktayız. Çünkü önalım hakkının temelde hiçbir farklılık barındırmamasına rağmen adi yazılı şekilde yapılabilmesi gerçeği karşısında, alacağın devrinin de adi yazılı şekilde yapılabilmesi mümkün iken bu suni ayırımı tabi farklılık hiçbir mantıklı temel barındırmamaktadır.

Bu konuda taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan TMK m. 716 hükmüne tabi tescili isteme yolunda kişisel (nisbi) alacak hakkı, TBK m.183 vd. hükümlerince her alacak gibi devre konu olabilecektir. Taşınmazlara yönelik bu alacak hakkının tapuda alacaklı lehine tescilden önce adi yazılı şekilde devri mümkün olmakla ^[9] doğal hukuki sonucu gereği tapuda alacağın devri sözleşmesine dayalı olarak tescili isteme beyanını taşınmaz maliki ile birlikte talebi halinde kabulü gerekir. Böylece resmi senedin alacağın devri sözleşmesine vücut verecek şekilde tapu memuru tarafından yeniden yapılmasına gerek olmaksızın, adi yazılı alacağın devri sözleşmesinin resmi senet düzenlenmesini gerektirmeyen hallere ek olarak tarafların tescili talep beyanları ile cüzi halef alacağı devralan adına yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu konuda miras paylaşım sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasına yönelik TMK m.676/son fıkra hükmüne tabi sonucu gözetilerek 10.12.1952 tarihli 1950/2E.-1952/4K. ve 26.11.1980 tarihli 1980/5E.-1980/3K numaralı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında da yerleşik (müstakar) uygulamaya vücut vermesi sonucu Tapu Sicil Tüzüğü 20. maddede bu yönde hüküm konmasının isabeti adi yazılı şekilde yapılmış alacağının devri sözleşmelerine de uyarlanmalıdır. Çünkü yukarıda bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kararından aktaracak olursak miras paylaşımının adi yazılı şekilde yapılmasına dayalı olarak “*Mirasa dâhil gayrimenkullerin taksimi hakkında mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin muteber olması için yalnız yazılı olması kafi olup, bu akdin ayrıca Tapu Memuru huzurunda*

[9] Bu konuda mali müşavirlerce bu yönde beyanlarımızı devletin harç alacağına ilişkin vergi ziyana sebep olduğumuz yolundaki beyanlarını hayretle işitmiş bulunmaktayız. Neyse ki Yargıtay’ımızın isabetli içtihadı ile alacak hakkına vücut veren sözleşmenin resmi şekle tabi olmasına rağmen bu sözleşmeden doğan tescili isteme hakkının TBK m.184 hükmüne adi yazılı şekilde devrinin geçerli olduğu yolunda kararın varlığı bu tür mesnetsiz iddialara karşı her zaman savunma zırhımızı oluşturmuştur.

resmi senede bağlanması mecburiyeti yoktur.” şeklindeki gerekçe alacağın devri (temlik) sözleşmesine de yukarıda andığımız boyutu ile aktarılmalıdır.

Bu bilimsel gerçekliğe rağmen adi yazılı alacağın devri sözleşmesinin resmi senet düzenlenmesini gerektirmeme iddiamız kabul edilmeyerek hiç olmazsa alacağın devrini resmi senede bağlanmasını gerektiğini kabul etmeleri bile büyük bir başarı olacaktır. Çünkü bu konuda alacağın devri yoluyla bir taşınmazın TMK m.716 hükmünce tescili isteme hakkını elde eden kişinin adına tescilin yapılması gerektiğini kabul eden tapu dairesi bulmak gerçekten zordur.

Bu sonuçla taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan TMK m.716 hükmüne ilişkin tescili isteme hakkının alacaklı tarafından devrinin tapu dairelerinde kabulü gerekecektir. Biraz önce bahsettiğimiz alım ve geri alım haklarının devrine ilişkin resmi şekil açısından isabetsiz bulduğumuz hükmün bu konuda tapu dairelerine yasal bir gerekçe olarak bu yönde işlemlerin yapılmasını kanun emri olarak zorunlu kıldığı kabul edilmelidir.

ii. Tapu Dairelerinin Taşınmaz Satış Vaadi (Önsözleşme) Yapmamaları

Başlığın yadırgatıcı olacağının farkındayız. Tapu Kanunu m.26/I fıkranın *Mülkiyete, mülkiyetin gayri ayni haklara ...irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*” şeklindeki ifade ile tapu dairelerinin gayrimenkul (taşınmaz) satış vaadi (önsözleşme) sözleşmesini yapma yolunda görevli oldukları kuşku barındırmamaktadır. Ancak uygulamanın aldığı yönle bu bilginin anlaşılmadığı ya da belki bilinmesinin istenmediği açıktır.

Biz bu hükümden evleviyetle (*a fortiori*) yorumla tapu daireleri uygulamasının çarpıcı bir sonucunu ortaya çıkaracağız. Buna göre tapu dairelerinin taşınmaz satış sözleşmelerini vade ve koşula bağlı olarak ani edimle tescilin talep edildiği hallerde görevi noterlere satış vaadi adı altında atmalarının ne denli yanlış olduğunu ispatlamış olmaktadır.

Çünkü aşağıda ifade edeceğimiz üzere taşınmaz satışı ile ilgili olarak suni bir ayırım oluştuğunu göreceğiz. Vade ve koşula bağlı olmadan taşınmaz mülkiyetinin ani edimle tescilin alıcı adına yapıldığı hallere ilişkin satış sözleşmesinin gerçekleştirilmesinde tapuların yetkili olduğu aksi halde taşınmaz satış vaadi ile noterlerin yetkili olduğu kabul edilmektedir.

b) Noterlerin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler

Noterlerde tapu dairesinden pek farklılık taşımayan hatalı uygulamalarıyla Medeni Kanunumuzun ilkeleriyle bağdaşmayan sınırlılıktaki sözleşmeler yapabilmekte ve de bazı haklı sözleşme taleplerini reddedebilmektedirler. İlk olarak noterler onlarca yıldan beri gayrimenkul (taşınmaz) satış vaadi sözleşmeleri ile asıl sözleşmeyi (kanuni tabirle ileride kurulacak sözleşmeyi) yaptıklarının farkında değillerdir. Bu konuda TBK m. 29 hükmünce önsözleşme olarak adlandırılması gereken (eBK m. 22 ve Tapu Kanunu 26/XIII hükmünce akit yapma vaadi) bir sözleşme niteliği taşımayan işlemlerin bu adla adlandırılmasına rağmen neden bu sonuca varıldığını anlamak kolaydır. Çünkü önsözleşme (akit yapma vaadi) ismi ile bu yönde niteliğine kavuşmuş olsa idi taşınmaz malikinin temerrüdü halinde aynen ifade ısrarla açılacak davalarda hâkimin ileride kurulması amaçlanan sözleşmeyi kabul yolunda irade beyanında bulunmaya mahkûm eden ilamları söz konusu olacaktı. Oysa pratik düşüncelerle –ki, Yargıtayca çoğu zaman olduğu tapu dairesinin kanuni talepleri reddetmesinde kurtarıcı çözümlerle- tercih edilmeyerek doğrudan TMK m.716 hükmünce “tescili isteme (ferâğ icbar)” davalarının açılması uygulamada yerleşmiş ve bu gelişme karşısında Sungurbey önderliğinde^[10] çok haklı olarak isabetle kabul edildiği üzere noterlerin aslında bu isim altında taşınmaz satış sözleşmeleri yaptıklarını kabul etmek gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Bu konuda tapu dairelerinin yukarıda andığımız kanuna aykırı uygulamaları ile vade ve koşula bağlı taşınmaz satış sözleşmelerinin gerçekleştirilmeyerek tapu noterlere atması sonucunda noterlerin andığımız nitelikte taşınmaz satış sözleşmesi sonuçları doğuran taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri yapmalarına ilişkin fiili durum şu sonucu ortaya çıkarmıştır: Tarafların taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya yönelik iradeleri ile vade ve koşulun sübjektif esaslı unsur olarak sözleşmede yer almasını istemediği hallerde yani taşınmaz mülkiyetinin devrinin ani edim olarak TBK m.90 hükmünce işin özelliğinin aksi yönde sonuca varmayı engellediği hallerde, tescilin borçlandırıcı işlemin hemen akabinde gerçekleşme arzuları tapuda gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık tam aksi yönde vade ve koşulun tescili ötelediği durumlarda ve de doğal nitelikte tescilin mutlaka zorunlu olarak yapılmasının gerekmediği

[10] İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, İstanbul 1963, 8 vd; Aksi yönde bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), N. 1469

düşünülecek olursa (koşulun gerçekleşmeme ya da vade sonunda temerrüde dayalı olarak aynen ifade ısrar olasılığı halinde) noterlerin satış vaadi altında yaptıkları sözleşme (borçlandırıcı işlem) artık asıl sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

Diğer yünden tapu dairelerine yaptığımız aynı eleştiri ile noterlerin de taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin tipini belirleme özgürlüğüne pek riayet ettikleri de söylenemeyecektir. Üst başlığımızda tapu dairelerince gerçekleştirilmeyen sözleşmelerin abartmış olmamakla noterlerin çoğunluğu tarafından da reddedileceğini bilmekteyiz.

En son duyduğumuz fahiş hatalı bir uygulama olarak paylı mülkiyet konusu bir arazide paydaşlardan birinin payını satma arzusu ile taşınmaz satış vaadi ile talebiyle noterlere başvurusunda, diğer tüm paydaşların rızası olması gerektiğini söyleyen kulağımıza gelen ret uygulamasında hukuk biliminden bu kadar uzaklaşılabilmesi gerçekten kanımızı dondurmuş bulunmaktadır. Bu konuda işlem yapan noterlere şunu söylemek isteriz: Yanılığa düşmenize sebep TMK m.733/II'nin “*Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.*” şeklindeki hükmünce önalım hakkından somut bir satışta feragatin geçerli olabilmesi için her paydaştan alınması gereken adi yazılı belgenin anılan düzenlemeye konu olması, uygulamada düşülen bir yanılığa ise o zaman Sakallı Celal'in şu sözü haklılık payı ile ortaya çıkmaktadır: “*Cehlin ol mertebesi ancak tahsille mümkündür.*”^[11]

Ayrıca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi içine konabilecek içerik düzenleme serbestisinin de kabul görmediği hollere rastlamaktayız. Bazı hukuki kurumlar bilinmemekte olup, ya fahiş hatalı terimler ile ifade edilmekte ya da kanunun getirmiş olduğu terimlerin hatalı yorumlandığını görmekteyiz. Örneğin; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerini ifade etmek üzere “*Gayrimenkul Satış Vaadi Şeklinde Kat Karşılığı Temlik/İnşaat*” gibi son derece bilgisizlik malulü terimlerden bir türlü vazgeçilememektedir^[12]. Temelsiz

[11] Ayrıca bkz. Orhan Karaveli, *Sakallı Celal*, (İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınları, 2020).

[12] Uygulamada noterlerce yapılmış fahiş hatalı başlıklı sözleşme örneği vermek gerekirse; “Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşım İşi” ve “Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Karşılığı İnşaat ve Kat Karşılığı Satış Vaadi Sözleşmesi” Bu konuda ayrıntılı eleştiri için bakınız. Etem Sabâ Özmen ve Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

tabirlere bir diğer örnek ise “inşaatçı ipoteği/inşaat teminat ipoteği”dir. TMK m.851/I. fıkradaki alacak miktarının belli olmamasına dayalı teminat lehtarını alacaklının bütün istemlerini karşılayan miktarın yazılmasından ibaret ipoteğin, üst sınır ipoteği (eski tabirle eMK m.766 azami had ipoteği) olarak adlandırılması gerekirken resmi senet metinlerde düzenleme yapan noterlerin bilimsellikten ne denli uzaklaştıkları açıktır.

Taşınmaz mülkiyetinin devri dışında tapu uygulamalarına benzer hata ile aslında Tapu Kanunu m.26/I’ de “*Mülkiyete, mülkiyetin gayrı aynı haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakilen istimale elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanununun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*” hükmünün gereği olarak son derece kötü ve hatalı olarak kaleme alınmış metninden noterlere değinilen “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*” hükmünde sınırlı aynı hakların irtifak kurma vaadi şeklinde belirtilmemiş olması aksi ile kanıtından (mefhum-u muhalif) noterlerce gerçekleştirilmeyeceği sonucunu çıkarmak kabul edilemez. Çünkü resmi şekle bağlı (TMK m781/I) irtifak sözleşmelerinin borçlandırıcı işlem olarak TMK m. 1013 hükmünce tescil talebiyle sonuçlanmayacaksa yani vade ve koşula bağlı müeccel olma durumunda tapu dairelerinde yapılmayacak olma gerçeğiyle kanuni bu hakkın ne şekilde gerçekleştirileceği sorusu cevapsız kalır. İşte bu yönde I. fıkrada yine kötü ve hatalı tabirle Kat Mülkiyeti Kanununun 1965 yılında yürürlüğe girmesinden önce bulunmuş elverişsiz çözümle (bugün dahi bu yönüyle anılan bir uygulamadır) bir arazi üzerinde mevcut yapının bağımsız bölümünden münhasır yararlanma yetkisinin o zamanki Medeni Kanun 753 hükmüne şimdiki hükümle 838’e tabi kural olarak devredilemeyen irtifak hakkı niteliğinde kurulabilmesi olanağı tanıyan irtifak tesisi vaadi sınırlamanın amaçsız ve yararsız bir kısıtlama olduğu anlaşılacaktır. Bu gerekçelerle ortaya konacağı

Konusunda Uygulama Hataları,” *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 1 (Ocak-Şubat 2013).

üzere bir taşınmaz mülkiyeti devrini sağlayan tasarruf işlemleri yanında bir sınırlı ayni hak kurulmasını amaçlayan tasarruf işlemlerinin altında yatan borçlandırıcı işlemin tapuda yapılması yolunda bir engel bulunmamakta olduğu gözetilerek aynı yöndeki sözleşmelerin vade ve koşula bağlı olarak bu defa yine hatalı uygulama ile sınırlı ayni hak kurma vaadi olarak noterlerde yapılması gerektiği ve bu konuda bilinçli noterlerce gerçekleştirilen uygulamaların varlığı herhalde yadırganmayacaktır.

Sonuç olarak noterler, aslında vade ve koşula bağlı olmayan satış sözleşmelerini hatalı satış vaadi tabiriyle borçlandırıcı işlem niteliği ile asıl sözleşme olarak yıllardan beri yapmaktadırlar. Bu yolda eleştirilere boğduğumuz kanun değişikliği ile sadece taşınmaz satış vaadi tabiri kullanmadan taşınmaz satış sözleşmeleri başlıklı yapabilecekler ve fakat yine fahiş hata ile tarafların tescili talep beyanlarını tapuda işlem yapmamayı tercih etmemekle kendilerine başvuru sonucunda karşılıklı olarak resmi senede geçirerek tapuya elektronik ortamda bildirmiş olacaktırlar. Yoğun eleştirilerimizin odaklanacağı husus olarak artık taşınmaz satış vaadi tabirine kural olarak gerek olmaması ve bu vesileyle taşınmaz satış sözleşmesinin vade ve koşula bağlı borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) olarak yapılabilmesi gerçeği yine atlanmış olacaktır. Böylece vade ve koşula bağlı olmakla ileride taşınmaz satış alacaklısının muaccel olan tescili isteme hakkının tapuda iradi olarak gerçekleştirilmesine olanak tanıyan taşınmaz satış sözleşmelerini yine bilimsel sonuçla göremeyeceğimiz açıktır.

Şöyle ki; değişiklik uyarınca bilimsellikten uzak uygulama yine noter ve tapu daireleri arasında sürüp gidecektir. Değişikliğe dayalı olarak noterlerin başına bela olacak uygulama ile taşınmaz satış sözleşmesi tarafları taşınmaz mülkiyetinin vade ve koşula bağlı olmadan alıcı adına devredileceği yani tescilin gerçekleşeceği satışı artık tapuda değil noterde yapmak isteyebileceklerdir. Çünkü ülkemize özgü bazı masraflardan kaçınmak arzusu bu yönde eğilime sebep olabilecektir.

İşte bu sonuçla uygulamaya hâkim cahillik sürdürülecek ve taşınmaz mülkiyetinin ani edimle devredileceği hallerde sözleşme taşınmaz satışı olarak adlandırılacak; buna karşılık vade ve koşula bağlı mülkiyetinin devrinin taahhüt edildiği hallerde ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu olacaktır. İşte bir asırdır süren hata bu sonuçta yatmakta olup değişiklik perçinleşmiş olarak sürüp gidecektir.

Aynı bilimsellikten uzak tavırlar noterlerce yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de görülmektedir. Bu sözleşmelerin ısrarla “*Taşınmaz (Gayrimenkul) Satış Vaadi Şeklinde Kat Karşılığı Temlik*” şeklinde resmi senede konu olması yüzünden eleştirilerimizi yıllardır ifade etmekte iken neden sürdürüldüğünü anlamak gerçekten güçtür. Alışkanlıkları terk ederek bilimsel davranmak nasıl bu kadar güç olabilir^[13]?

2- Taşınmazlarda Aynı Hak Değişikliği Yaratan Sözleşmelerde Sözleşme İçeriği Özgürce Belirlenebilir.

Bu başlık altında tarafların özgürce belirleyecekleri aynı hak değişikliği yaratacak sözleşme tipinin bu defa içeriğinin düzenlenmesinde yedek hukuk kurallarının aksine veya böyle bir hüküm bulunmaması sonucunda sözleşme özgürlüğünün sınırlarına tabi olacak şekilde konabilecek özel nitelikte hükümlerine yer verilmesine yönelik taraf isteklerinin tapu ve noterlerde pek kabul görmediğini düşünmekteyiz.

a) Tapu Dairelerinin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler

Tapu dairelerinde kendilerini bağlayan 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Kanunu'nun 8. maddesinde atıf yaptığı ekli I sayılı tarife cetveli^[14] ile tebliğler ve bir de tapu işlemleri rehberi altında vatandaşa da broşür olarak ya da görünür yerlere asılan ilan duyuruları ile bilgilendirmelerde belirli tip sözleşmelerin yapılabilmesine olanak tanıdığını artık anlamış bulunuyoruz. Bu tiplerin de yapılmasına yönelik sözleşmelerde içeriğinde özel düzenlemelere yer verilmesi istemleri, işlemi gerçekleştirecek memurların hoşuna gidecek bir talep olmamaktadır. Böyle bir talep ile karşılaşıldığında “*bunu aranızda ayrıca kararlaştırırsınız*” şeklinde bilimsellikten uzak beyanların varlığı şaşırtıcı olmamalıdır. Oysa TBK m.13'ün “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*” şeklindeki hükmü uyarınca gösterilen yol gereği adi yazılı hükümlerin hiçbir

[13] Ayrıntılı ilgi için bakınız Etem Sabâ Özmen, “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler,” *İstanbul Barosu Dergisi*, (Temmuz Ağustos 2012): 42 vd.

[14] Bu tür hükümler açık norm (*Blankettnorm*) olarak adlandırılmakla atıf yapılan metni kanuni düzenleme içine almaktadır.

şekilde geçerli olmayacağına bilimsel gerçekliği karşısında vatandaşa hukuksuz yol önerilmesinden başka bir şey yapılmamaktadır. Elektronik ortamda bilgisayar teknolojisi ile üstelik bilinçli tarafların avukat ile başvurusunda bir flash bellek tuşuna basılarak aktarılacak resmi senetlerin ne sakıncası olacağı sorusu hala günümüz teknolojisinde cevabını bulamamaktadır. Bu konuda Tapu Sicil Müdürlüklerinin gözünden kaçacak hükümlerin konması endişesi duyulmamalıdır. Çünkü TBK m.27/II ve diğer emredici hükümler uyarınca sözleşme özgürlüğünden doğan sınırlar yargı denetimine tabi olmakla; bu konuda ilgili memurların sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Değerli bilgili tapu çalışanlarının kabul edeceği üzere bir taşınmaz satış sözleşmesini özel hükümlerle bilinçli hukukçu emeğiyle bezemek gerekeceği tereddütsüzdür. Örneğin; TBK m. 244/II gereği resmi ölçüme konu taşınmaz yüzölçümünün “*Satılan taşınmaz, resmî bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir.*” hükmünün yedek hukuk kural olması sonucu aksinin sözleşmeye konulmak istemesinden daha doğal bir sonuç olamaz. Buna karşılık taşınmaz satışının peşin satım olma zorunluluğu olmadığı yolunda bilince de sahip tapu memuru bulmak Diyojen’in fenerle arayacağı güçlükte olmamalıdır. Bunu aşmak için ileride ödenecek aralıklı edimlerin (taksitle satışın taşınırlara özgü bir kurum olmakla taksitle ödeme tabirini kullanmak gerekir) ödenmemesi halinde sözleşmeden dönme hükmü tapuda düzenlenecek resmi senede konmayacak olursa yaşanacak sıkıntıyı izah etmek abesle iştigal olacaktır. Çünkü TBK m.235/III’ün “*Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.*” şeklindeki hükmünün aksinin resmi senette yer alması gerekeceğini bilmek gerekir. Böylece taşınmaz satışında satıcının karşı ivazının para borcu olarak temerrüde konu olması halinde dönme hakkı sonucu taşınmazın iadesi mümkün olmayacaktır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu başlıklı kanun gereği tarım arazilerinde bölünme yasağının varlığına ilişkin TMK m.731’in emredici hükmünün varlığına dayalı gerekçeyle mirasbırakanın ölümüyle elbirliği ortağı mirasçılarının tarım arazisinde paylı mülkiyete geçiş taleplerinin tapu dairelerinde karşılanmadığını esfle görmekteyiz. Ey bu yolda talepleri karşılamayan bilgisizlik esiri uygulayıcılar; TMK m.688’nin I. fıkrasının tanımlayıcı hükmünde olduğu gibi paylı mülkiyetin “*maddi*

olarak bölünmüş olmayan eşyanın” her paydaşa her zerresinde hak sağladığı bilgisinden nasıl yoksun olunabilmektedir? Üstelik iki yıl içinde üç değişiklik ile doğruyu nihayet kavrayabilmiş ve paydaşlardan birinin payını bir bütün olarak satabilmesine imkân tanınmış iken hala bu değişiklikten^[15] bile haberdar olunmaksızın talepleri reddediyor olmanız karşısında Tapu ve Kadastro Yüksekokulunda ders vermiş eski bir öğretim üyesi olarak bu tür davranışlar hakkında görevi ihmal suçundan ilgili tapu müdürünün yargılanması gerektiğini vurgulamak isteriz.

Aynı şekilde artık kolayca anlaşılacağı üzere tapu dairelerinde geçerli şekilde yapılması emredilen sınırlı ayni hak kurma (irtifak hakkında TMK m.781/I; taşınmaz yükünde TMK m.840/III; taşınmaz rehininde TMK m.856/II hükmünde resmi şekle değinilmekle) sözleşmelerinin içeriğinde de ivazın para olması gerekmemekle, zaten bağışlama sebepli (causa donandi ifadesi ile bağışlamadan farkını vurgulayarak) olma düzenlenmesi yanında paradan başka bir ivazın kararlaştırılmasında tamamen özgürce düzenlemeler yapılabileceği konusunda bir an dahi duraksama yaşanmaz. Örneğin; yukarıda verdiğimiz örneğe paralel olarak bir peyzaj mimarının bir şirketin fabrika binasının peyzajını yapma karşılığında ölünceye kadar yararlanabileceği bir bağımsız bölüm üzerinde intifa hakkı kurma sözleşmesi tamamen yasal olarak karşılanması gereken taraf arzularına dayalı gerçekleştirilmelidir.

Bu ve benzeri tüm Türkiye'nin tapu dairelerinde örneklerine rastladığımız yapmama fiillerinin ceza hukuku açısından görevi ihmal suçu oluşturduğuna ilişkin tekrar edeceğimiz beyanımıza hangi gerekçe ile alınganlık gösterdiğinizizi anlayabilmüş değiliz.

[15] Madde 8/B- (Ek: 30/4/2014-6537/5 md.) Mirasa konu (...) tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır. (5) Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemleri mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanır. Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması ve 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmaması hâlinde, bu Kanununun 8/Ç maddesi hükümleri uygulanır. (Ek fıkra: 28/10/2020-7255/18 md.) Tarım arazilerinde; ifraz, hisselendirme, pay temlik, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, elbirliği mülkiyetinin devri, paylı mülkiyet olarak intikal, taksim ve vasıf değişikliği işlemleri Bakanlığın izni ile yapılır.

b) Noterlerin Uygulamalarına Yönelik Eleştiriler

İçerik belirleme konusunda bu başlık altında daha fazla detaya girmeyerek noterliklerde de tapu dairelerinden farklı uygulamalara rastlamadığımızı söyleyebiliriz. Ancak yine de vurgulamak gerekirse; yukarıdaki başlıkta değindiğimiz üzere Anayasa m. 48 ve TBK m. 26 hükmünce sözleşme içeriğini irade serbestisi ile düzenleme hakkına sahip tarafların irade beyanlarının TBK m. 27 ve diğer kamu düzenine ilişkin hükümlerin varlığına aykırı olmamakla noterlerce resmi senede geçirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

III. NOTER VE TAPU DAİRELERİNİN RESMİ SENET DÜZENLEME YETKİSİ KARŞI EDİMİN İFASINA BAĞLI TUTULAMAZ

Konuyu noterler ve tapu daireleri bakımından ikiye ayırmaksızın her iki merciin de aynı temelsiz uygulamayı sürdürmesine bağlı olarak ortak başlıkta irdedeceğiz. Daha önce yazdığımız makalede^[16] her iki merci için de konunun ciddiyetini bilimsel bir araştırmaya konu yapmış ve de bu makamların hatalı uygulamasının vatandaşın dolandırıcılığa maruz kalmasında devletin katkısına yol açmaktan başka bir işe yaramadığını ifade etmiştik.

Bu konuda yeri gelmişken belirtmek gerekirse; tapuda fahiş hatalı uygulamanın zirveye oynaması sonucu sürdürülen “*bedeli nakden ve peşin aldım*” şeklindeki kayıtlarının zorunluluk arz ettiği yolundaki bilgisizce düşüncenin eseri olarak hemen hemen her resmi senede konmaya devam etmesi konusunda söylenecek söz bulamamaktayız. Bu konuda ağır eleştirilerimizi “*Motorlu Taşıt ve Taşınmaz Satışında Sözleşmeye Konulan Bedelin Nakden ve Peşin Alındığına Dair Kayıtların Yarattığı Sancılar Üzerine Düşünceler*” başlıklı makalemizde^[17] tüm kamuoyu ile paylaşmış bulunuyoruz. Sadece bir gerekçe vermek gerekirse; TMK m.893/b.1.’ün “*Satıştan doğan alacağı için*

[16] Etem Saba Özmen ve Gülşah Sinem Aydın, “Motorlu Taşıt ve Taşınmaz Satışında Sözleşmeye Konulan Bedelin Nakden ve Peşin Alındığına Dair Kayıtların Yarattığı Sancılar Üzerine Düşünceler,” *Legal Hukuk Dergisi*, (2014): 27 vd.

[17] Özmen ve Aydın, “Motorlu Taşıt ve Taşınmaz,” 27 vd. Bu makalemizin yayımını takiben bir meslektaşımızın Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’ne bilgi edinme amaçlı başvurusu üzerine Genel Müdürlüğün “*Satış bedelinin ödenmesi peşin olacağı gibi bir vadeye ve taksit de bağlanabilir.*” şeklindeki cevabı ile anılan yönde beyanların resmi senede geçirilmesinin zorunlu olmadığı yönünde görüş verilmiştir. Ancak Genel Müdürlük düzeyinde doğru bilginin tabana neden yayılmadığı sorgulanmalıdır.

satılan taşınmaz üzerinde satıcı kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilir” şeklindeki hükmü uyarınca kanuni ipotek hakkının varlığı sürdürülen hatalı uygulamaya bu tokat gibi cevap olacak olup daha fazla açıklamayı duyarlı hukukçulara saygıyla abesle iştigal olarak görmekteyiz. Hata şu noktada toplanmaktadır: Noterler daha önce trafik siciline kaydedilmiş motorlu taşıt araçlarının satışında ve tapu dairelerinde taşınmazların ivazlı devrinde (yukarıda açıkladığımız gibi karşı ivazın para dışında bir şey olmasını kabul etmedikleri gibi) formüller bir şekilde “*bedeli nakden ve peşin aldım*” kaydını koymadan resmi senet düzenlememektedirler. Makalemizden sonra bazı mercilerde bu uygulamadan vazgeçildiğini ve özellikle tapu dairelerinde yapılan uygulamaya karşı Ankaralı bir meslektaşımızın makalemize atfen yaptığı başvuruda bu kaydın resmi senede konmasının zorunlu olmadığı yolunda 26.09.2014 tarihinde T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından 75467089-120.05.01/64410 numaralı mukteza verilmiştir.

Bu konuda süregelen hatalı uygulamaya karşı kanunun verdiği yetkiyle bundan sonra noterlerin de tescille sonuçlanan taşınmaz sözleşmelerini yapma görevi üstlendikleri için uyarmak istiyoruz. Üstüne basa basa vurgulamak gerekirse; motorlu taşıt aracı ve taşınmaz mülkiyetini iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmelerde karşı tarafın para ve diğer taşınır mal varlığı değerleri ile değişiminde noter ve tapu dairelerinin resmi şekle tabi sözleşmeyi gerçekleştirmeleri metinde karşı edimin esaslı nokta (TBK m.2) olarak yer almasına bağlı ve fakat bu edimin ifa edilmiş olma zorunluluğuna bağlı değildir. Zihinlere çakılması açısından taşınmaz mülkiyeti peşin satımla (ani edimle) hemen devredilmekteyken bedel (semen) gelecekte muaccel olacak (atiye matuf) veya kuşkulu bir olayda eklenmek üzere (meşkûk) karşı edim muaccel olmaksızın geçerli olarak tasarruf işlemi tescil yapılabilecektir. İşte bu noktada karşı edimin para, taşınır veya diğer bir malvarlığı hakkı (esere ilişkin ruhsat, şirket ortaklık payı, taşınıra ilişkin sınırlı aynı hak kurma taahhüdü gibi) resmi senede sözleşme özgürlüğüne yazılmalı ve fakat bu karşı edimin ifasının yapıp yapılamayacağı ve ileride yapılması olasılığı asla noter ve tapu dairelerinin görevine dâhil olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü motorlu taşıt aracı ve taşınmaz mülkiyetini devir borcu karşılığı karşı ivazın bir malvarlığı değeri olarak ne tür bir tasarruf işlemi ile ifaya konu olacağı ve bu ifanın yapıp yapılmayacağı noter ve tapu dairelerini ilgilendirmez. Bu borcun TBK m. 112 vd. hükümlerince ifa sorunu olarak

çıkacak uyuşmazlıklar adli yargının konusudur. Meğerki karşı edimin ifası TBK m.27 vd. emredici hükümlere dayalı olarak imkânsızlıkla malul olsun.

Tekrar üstüne basa basa vurgulamak gerekirse; borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımından bihaber tapu daireleri ve noterler iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin taşınmaz aynı hak sahibi dışında karşı tarafın malvarlığı değeri ile ifa edeceği karşı edimin tasarruf işlemi konusunda hiçbir şekilde yetkili olmadıklarının bilincine sahip olmaları gerekir.

Mevcut uygulama sonucu tapu ve noter daireleri içine düştükleri fahiş hatalı yanlış ile daha önce trafik siciline tescil edilmemiş motorlu taşıt araçlarının ve bundan sonra taşınmaz satışının ve de doğrudan tapu dairelerinin taşınmaz satışına ilişkin mevcut uygulamaları karşısında Roma hukukundan kalma ve günümüzde geçerli olmayan “real sözleşmeleri” (*contractus realis*) ile baş başa kaldığımız açıktır. O dönemde kullanma (ariyet) ve tüketim ödücü (karz) ile saklama (vedia) sözleşmelerinde eğer karşı edim söz konusu ise ifa edilmedikçe doğmayan sözleşme özelliği bugün borçlar hukukumuzda söz konusu olmayıp hatalı uygulama ile adeta hortlatılmış gözükmektedir.

Konumuz taşınmaz satımı olmakla karşı tarafın para borcu ifası TBK m.103 hükmünce düzenlenen “makbuz” ile ispata konu olmaktadır.^[18] Bu sonuçla artık karşımızda başka bir hukuki kurum söz konusudur. Bu nedenle geçerlilik şekline tabi olmamakla HMK m. 200 hükmünce ispat şekli devreye girecek ve bu konuda tapu dairesinde ve noterde resmi şekle vücut verilmesini takiben yapılacak taşınmaz dışındaki karşı edim ifasında genel hükümlere bağlı olarak yapılacak tasarruf işleminin gerçekleşip gerçekleşmediği bu yönde “makbuzla” ispat edilebilmelidir. Kanun koyucunun TBK m.103 hükmünce makbuzu para borçlarının ifasında düzenlemiş olması yadırganmamalıdır. Çünkü para borcu dışında karşı edim taşınmaz mülkiyetinin devri borcu dışında, ifanın konusu çok çeşitlilik arz edebilecektir. Örneğin; bir taşınmaz mülkiyetinin devri dışında başka bir taşınmazda sınırlı aynı hak tesisinde ifanın ispatı konusunda makbuza gerek kalmaz. Eser hakkına dayalı olarak karşı edimin ifasında örneğin; ünlü bir beste ve güftecinin tam ruhsatla (lisanla) belirli bir süre tüm şarkılarını münhasır icra etme hakkı, bir taşınmaz mülkiyetinin devri karşısında gerçekleşecekse bu

[18] TBK m.103 hükmü şu şekildedir: “Borcu ödeyen borçlu, bir makbuz ve borcun tamamı ödenmişse, buna ilişkin borç senedinin geri verilmesini veya iptalini isteyebilir. Borcun tamamı ödenmemiş veya borç senedi alacaklıya başkaca haklar da vermekte ise borçlu, ancak makbuz verilmesini ve ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebilir.”

ruhsatın fikir ve sanat eserlerine tabi olarak verilmesi bu yöndeki mevzuata tabi olacaktır. En çok rastladığımız boyutuyla bir taşınır mülkiyetinin devri halinde TMK m.763 ve bu hükmün de tabi olacağı TMK m. 977 hükmüne dayalı olarak zilyetliğin devrinin yapıp yapılmadığı maddi bir olgu olarak tanımla ispat edilebilecek ve iradi olarak makbuz alınması tavsiye olunacaktır.

Özluce vurgulamak gerekirse; bu dolandırıcılık vakalarının artmasına neden olan “*bedeli nakden ve peşin aldım*” ibareli sözleşme kesitleri uygulamasından noterlerin taşıt aracı da dâhil taşınmaz işlemleri konusunda vazgeçmesi ve bu konuda çıkacak yönetmelikte bu hususun özellikle vurgulanması gerekir.

IV. OLMASI LAZIM GELEN (DE LEGE FERENDA) YÖNÜYLE GÖRÜŞLERİMİZ

A) NOTERLERE TAŞINMAZLARDA AYNİ HAK DEĞİŞİKLİĞİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞME YAPMA YETKİSİ VERİLMELİDİR

Bu makale ile yanılığa düşülerek sakın ola ki noterlerin taşınmazlara ilişkin borçlandırıcı işlem yapma yetkisine karşı olduğumuz anlaşılmamalıdır. Girişte ifade ettiğimiz boyutuyla sadece satış sözleşmesi değil taşınmazlara yönelik aynı hak değişikliği yaratacak tüm borçlandırıcı işlem sözleşmelerini yapma konusunda noterler yetkili kılınmalıdır. Aynı hak değişikliği ile yalnızca bir aynı hakkın devrini amaçlayan değil aynı zamanda sınırlı aynı hak tesisini amaçlayan sözleşmelerin de bu kapsamda kanun metninin ilk değişikliğinde göz önüne alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

1- Yapılacak Değişiklikle Taşınmaz Satış Vaadi ve Diğer Aynı Hak Değişikliğine İlişkin Önsözleşmeler (Akit Yapma Vaatleri) Noterlik Kanunu ve Tapu Kanunundan Çıkarılmalıdır

Yukarıda verdiğimiz bilgiler doğrultusunda TBK m. 29 hükmünce önsözleşmelerin muhafaza edilmesi sonucu bir taşınmaza yönelik olarak taraflar gerçekten arzu ederse bu yönde yine 29. maddenin son fıkrasına tabi olarak “*Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.*” şeklindeki hükmü uyarınca asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle tabi olarak önsözleşme yapabilmelidirler. Borçlar Kanunumuzun bu hükmü yeterli olup ayrıca Tapu Kanunu’nda ve Noterlik Kanununda uygulamanın hatasına dayalı olarak tapu dairelerinde vade ve koşula bağlı satış sözleşmelerinin yapılmaması sonucunda ortaya

çıkmıştır. Fakat Sungurbey'in bu yöndeki Yargıtay kararlarının sonucuna bağlı olarak haklı olarak saptadığı ve mutlak sonucu ile satış vaadi ibaresini taşısa da taşınmaza yönelik asıl sözleşmenin noterlerce yapılmasına dayalı kurgu artık bu araştırmaya konu düzenleme ile kaldırılmalıdır. Mevcut hüküm değiştirilmeyecek olsa bile hazırlanacak uygulama yönetmeliğine bu bilimsel veri ile bu yönde hüküm konmalıdır.

2- Noterlerin Taşınmazda Aynı Hak Değişikliğine Yol Açacak Vade ve Koşula Bağlı Olmayan Yaptıkları Sözleşmelere Dayalı Olarak Tapuda Yapılacak Tasarruf İşlemine Esas Tescili Talep Beyanlarını Almaları ile İşlem Tamamlanmalıdır

Olması lazım gelen boyutuyla noterler, yukarıda andığımız kapsamda taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açan sözleşmelerde resmi şekle vücut veren merci olarak kalmalıdır. Bu konuda anılan sözleşme tescili talep beyanının vade ve koşula bağlı olmadığı hallerde bu yöndeki irade beyanları da ilgili tapu sicil müdürlüğüne elektronik ortamda iletilmelidir. Bu görüşümüzle Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün tescil makamı olarak varlığı kaçınılmaz olup; ilgili Bakanlığın görev alanına dâhil olmakla bu yetkinin noterlere devri mümkün olmamalıdır. Önerimizce noterler karşı çıkarak ısrarla bu yetkiyi üstlerine almamalıdır.

Noterlerin bu yönde ilgili Bakanlık kontrolünde Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün yanında açık bir kanun hükmüyle yetkili kılınması gerektiği ileri sürülebilecekse de böyle bir yetkinin aşağıdaki eleştiri başlığımız altında karmaşa yaratmaktan başka bir sonuç doğurmayacağı görülecektir. Oysa görüşümüz doğrultusunda Tapu Daireleri taşınmazda aynı hak değişikliği yapan sözleşmeler konusunda yetkili olmaktan çıkarılarak bu görevin noterlere verilmesi tapu teşkilatının tescil makamı olarak kalması sağlanmalıdır. Böylece devlet fonksiyonu açısından önemli tapu daireleri bir asra yakındır üstlenmiş oldukları misyonları ile tapu güvenliğini sağlamaya devam etmelidir. Çünkü bir öneri olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün tamamen devre dışı bırakılarak taşınmaza yönelik tüm işlemlerde tüm tescil yükü de dâhil olmak üzere (kadastro hariç) noterlerin yetkili kılınmasının erken olduğu söylenebilecektir.

Görüşümüz doğrultusunda noterlere taşınmazda aynı hak değişikliği yaratan tüm sözleşmelerin istisnasız resmi şekle büründürülmesi yetkisi verilmelidir. Takiben tescile esas olmak üzere tescilin olmazsa olmaz koşulu (*non sine qua non*) hukukçuların atladığı husus olarak aynı sözleşme (*dengliche*

Vertrage) gereği TMK m. 1013 hükmünce taşınmaz malikinin tescil talebi ve karşı tarafın (satışta alıcının) kabulü ile elektronik ortamda genel müdürlük nezdinde tutulan TAKBİS üzerinden sorumluluk noterlerden çıkmakla ilgili tapu dairesinin sorumluluğunda tescil sonuçlandırılmalı ve diğer tapu yazım işlemleri (şerh, beyan, düşünceler sütununa yazım gibi) gerçekleştirilmelidir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmasına bağlı olarak TMK m. 1009/I ve Tapu Kanunu m. 26/XIII hükmünce yüklenici lehine şerhin ayrıca yapılması talebi de ilgili tapu dairesinde sicile işlenmelidir.

Bu görüşümüzle hiçbir şekilde noterler TMK m. 1007 hükmünce tapu sicilinin tutulmasından doğan hazinenin sorumluluğu yanında ayrıca kusursuz sorumlu olarak veya hazinenin sorumluluğuna dayalı olarak tazminine dayalı rücu talepleri ile karşı karşıya kalmamalıdır. Çünkü bir tescilin ve diğer tapu yazımlarının tarafların serbest iradesi ile Medeni Kanun siciline işlenmesinin mümkün olmaması ilgili tapu dairesinin elindeki resmi belge ve bilgilere dayalı olarak cevaplanabilecek bir olgudur. Bu yönde ilgili noterliğin tarafların talebi ile taşınmazda aynı hak değişikliği yapacak sözleşmenin ani edimle tescilinin talep edilmesi halinde daha ilk başvuru anında elektronik ortamda bu talebin karşılanmayacağı bilgisi ilgili noterliğin bilgisayar ortamına düşmeli ve tarafların bu bilgiye rağmen borçlandırıcı işlemi ileride koşula bağlı olarak yapma arzularının devam etmesi halinde sözleşme yapılmalı, aksi takdirde başvuru noterlerce reddedilmelidir. Tıpkı başvurunun ilgili tapu müdürlüğünde reddi gibi Noterlik Kanunu hükmünce de bu talep reddi iki resmi merciin organize bilgi paylaşımı ile gerçekleştirilmelidir. Örneğin; tarafların bir taşınmaz satımı sözleşmesi amacıyla noterliğe başvurması halinde tescilin hemen talebinin arzu edilmesi bilgisine sahip olan noterlikçe elektronik ortamda TAKBİS üzerinden yapılan işlem başvurusu iflas veya konkordato ile verilen mehil şerhinin varlığına dayalı olarak mümkün olmayacağı bilgisi notere ulaştırılmalıdır. Buna karşılık şerhin bu yönde (TMK m. 1010/b.2) varlığına rağmen koşula bağlı talebin kabul ile tescilin gerçekleşmeyeceği bilgisi bu hatırlatma ile noter tarafından alıcı tarafa bu takyidatın bilgisi verilmelidir. Aksi takdirde aşağıda eleştireceğimiz gibi noterlerin tescil talebinin tapuya iletilmesine rağmen bu yönde aynı hakkı kazandığı yolunda güven duyan her karşı tarafın noterlere kusursuz sorumluluk ilkesince başvurması aklın alabileceği bir olasılık olarak ortaya çıkacaktır.

3- Resmi Senet Altında “Takyidatları Kabul Ediyorum” Şeklindeki Beyanın İmza Altına Alınmasına Dair Düşünceler

Tapu dairelerinde Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Tapu Sicil Tüzüğü'nün 10. maddesinin “*Tapu kaydında taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülükler varsa, bunlar hakkında taraflara bilgi verilir ve mevcut sınırlama ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlem yapılmasının istenip istenilmediği sorulur. Mevcut sınırlama ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlemin sonuçlandırılması talep ediliyorsa, taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülükler resmî senede doğru ve tam olarak yazılarak, bunların kabul edildiğine dair beyan alınır*” şeklindeki hükmü uyarınca resmi senet altına elle yazılan irade beyanının alıcı tarafından imzalanması uygulamasının değiştirilmesi gerektiğine inanıyorum. Bu konuda ayrıntılı bilgiyi “*İpotekle Yüklü Taşınmazın Devralınmasında Tapu Dairelerinin Tutumu ve Yargıtay'ın Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi*” adlı makalemde anlatmıştım.^[19]

Bu başlık altında özlüce tekrarlamak gerekirse; aşağıda tasarının 61A/III maddesinde yer verildiği üzere noter tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak fiziki olarak arşivlemek üzere sözleşmeye “*Tapu sicilinin açıklığı uyarınca bilgi sahibi oldum*” şeklinde alıcı beyanının elle yazımı ve imzası alınmalıdır. Aksi takdirde uygulamanın makalemizde aktardığımız gibi ve Yargıtay'ın içtihadında^[20] konu olduğu üzere “*Takyidatları kabul ediyorum*” şeklindeki beyanın altındaki imzasına bağlı olarak borcun dış üstlenilmesi niteliğinde alıcıyı, mevcut ipoteğin kişisel borçlusu yapan sonucu ile tam bir garabete yol açmıştır.. Oysa ipoteğin varlığına ve aynı hak niteliğine bağlı olarak alıcı bankaya karşı ileri sürülebilme özelliği muhatabı taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile satışına katlanma yükümlülüğü altına sokmuş bulunmaktadır. Bu halde alıcı İpoteğin teminat altına aldığı borcun (TBK m.131'e bağlı hak niteliği ile) kişisel borçlusu sıfatına kavuşmaz. Fırsat doğmuş iken yönetmelikte de bu yönde tedbir alınmalıdır.

[19] Etem Saba Özmen ve Yılmaz Yüreklı, “İpotekle Yüklü Taşınmazın Devralınmasında Tapu Dairelerinin Tutumu ve Yargıtay'ın Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, (2018): 13 vd.

[20] 3 HD, E. 2005/240, K. 2005/435, K.T. 31/01/20005 (www.lexpera.org)

B) ELEŞTİRİMİZ DOĞRULTUSUNDA YAPILACAK DEĞİŞİKLİKLE ŞERHLER SİSTEMİ YENİDEN DÜZENLENMELİDİR

Yaptığımız eleştiriler sonucunda yapılacak ilk değişikliğin içeriği belli olmuştur: Buna göre noterlere taşınmazda aynı hak değişikliği yaratan sözleşmeler kapsamında taşınmaz satış sözleşmesi yetkisi verilmesi kabul edilince ortaya şu sakınca çıkacaktır: TMK m.1009, Tapu Kanunu m.26/VIII hükümlerinde şerhine yönelik kanunla belirlenmiş sınırlı sayıdaki sözleşmelerden biri olan taşınmaz satış vaadi hep andığımız hatanın başlangıcını oluşturmuştur. Şöyle ki; TMK m.1009 hükmünün karşılığı olan mehz kanununun ZGB art 959 hükmünce pek doğal sonuçla taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yer almadığı açıktır. Eski Medeni Kanunumuzun 959 uncu maddesinde de o zamanki tabirle akit yapma vaaadinin doğru yaklaşımla yer almadığını görüyoruz. Bu konuda yüzyıla yakındır süren hatayı Tapu Kanunu m.26/VIII hükmü yaratmış ve bu hata hala sürdürülüyor iken TMK'nın 1009/I hükmüne tam bir kanunkoyucu bilgisizliği ile "taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin" şerh edilebileceği ifadesinin yer alması Medeni Kanunumuzun bu konudaki bütünlüğünü bozmuştur. Şöyle ki; hemen saptanacağı üzere TBK m.29 "akit yapma vaadi" karşılığında "önsözleşme" tabirini kullanmışken Medeni Kanunumuz, Tapu Kanunu m.26/VIII hükmü uyarınca şerhine müsaade edilen ve tapu dairelerinin vade ve koşula bağlı satış sözleşmesi yapmamaları sonucuna bağlı taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini Medeni Kanun'un hükümleri içine almış olmakla; karşı çıktığımız hatanın sürdürülmesine yol açmış bulunmaktadır.

Taşınmazlarda aynı hak değişikliğine yol açan sözleşmelerin tümünün Noterlerce yapılabilmesine yönelik hüküm önerimizin peşi sıra bu tür sözleşmelerden bağışlama sebepli (causa donandi) olmayan yani bir karşılık (ivaz) içeren türde olanların tümünün şerhine imkân verilmesi gerektiği görüşündeyiz. Çünkü uygulamada söze sadakat (ahde vefa) ilkesinin zayıflamasına bağlı olarak bir ivazın varlığına dayalı olarak taşınmazda aynı hak değişikliği taahhütlerinin tümünün şerhine imkân verilmesi ile mehz İsviçre Medeni Kanunundan bu yönde uzaklaşılmasına herhalde kimse karşı çıkmayacaktır.

Önerimizce kabul edilecek olursa taşınmaz satış vaadi şerhinin (Tapu Kanunu m. 26; TMK m.1009/I) süregelen hatalı uygulamasına dayalı olarak vade ve koşula bağlı olan satış sözleşmelerinin şerhi olarak anlaşılması gerekecektir. Bu görüşe varılınca, gerçek anlamı ile yani ileride kurulması amaçlanan satış sözleşmesine yönelik taşınmaz önsözleşmelerinin şerhine

gerek kalmayacağını söyleyebiliriz. Çünkü taşınmaz satış sözleşmesinin ileride kurulması olasılığına dayalı olarak maliki taşınmaz önsözleşmesi şerhi ile kısıtlamak doğru olmayacaktır.

V. MEVCUT YASAL DÜZENLEMeye AĞIR ELEŞTİRİLER

Bu başlık altında Noterlik Kanunu'na eklenen 60 ve 61/A maddelerinin metinlerini yazarak hemen altında şerh niteliğinde yukarıda verdiğimiz bilgilerle tekrar olsa da özet bir eleştiri vermek istiyoruz.

1512 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“3. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak,”

Bu yeni değişik fıkra ile noterlere taşınmaz satış sözleşmesi ile sınırlı bir yetki verilmesi doğru olmamıştır. Bu yönde tapu işlemleri rehberinin bile gerisine düşerek yalnızca satış sözleşmesi ile sınırlandırmak hiçbir pratik yarar sağlamayacaktır. Çünkü zaten hep vurguladığımız üzere taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tabiri altında noterlerin resmi şekilde düzenlenmekle tarafların malvarlığının aktifini değiştirmeksizin pasifini artıran kazandırıcı işlem niteliğiyle borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) niteliğinde artık ileride kurulması düşünülen asıl sözleşme yaptıklarını biliyoruz. Bu yönde satış sözleşmesi yapmak olarak ifade edilen yetki verilince taşınmaz satış vaadi diye bir sözleşmeye gerek kalmamalıdır. Yok eğer yine aynı temelsiz uygulama ile taşınmaz satış vaadini vade ve koşula bağlı olarak tescil talebinin yapılmadığı, buna karşılık taşınmaz satış sözleşmesi ile de tescil talebinin vade ve koşul içermeksizin anı edim olarak gerçekleştiği sözleşmeler olarak algılanmaya devam edilecekse hatada ısrarı anlamayacağımızı belirtmek isteriz. Ayrıca taşınmaz vaadi tabiri ile yeni Borçlar Kanunumuzun terminolojisinden de uzaklaşıldığının, bu konuda artık akit yapma vaadi değil önsözleşme tabirinin kanuni terim kullanılması gerektiğini bu metinleri kaleme alan hukuk biliminden uzak kişilere hatırlatmak isteriz

Görüşümüz kabul edilecek olursa TBK m. 29'da düzenlenen önsözleşmelerin kanundaki varlığına dayalı olarak taşınmazlara ilişkin yapılabilmekle olasılığı kaldırılmayacak olsa da bu yönde noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmekle önsözleşmeler konusunda yukarıda sıraladığımız

gerekçelere dayalı temelsiz uygulamaya dayalı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapma arzusu duyan kalmayacaktır.

Tekraren önermekle; noterlerin taşınmazlarda aynı hak değişikliği yaratan tüm sözleşmeler konusunda vade ve koşula bağlı veya ani edimle tescili talep beyanını da eklemekle sözleşmelerin sözleşme özgürlüğü kapsamında tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğü ile gerçekleştirilmesi yolunda değişiklik fırsatının kaçırıldığını üzülenek görmekteyiz.

Taşınmaz satış sözleşmesi:

MADDE 61/A- Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir.

(I) Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetir.

Bu metin tapu ve eşya hukuku mevzuatından hiçbir şekilde nasibini almamış kişilerce kaleme alınmıştır. Yukarıda gerekçeli şekilde vurguladığımız üzere borçlar hukuku ikinci sınıf bilgisinden habersiz kişiler borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) bilgisinden habersizdirler. Kendilerine bu konuda monografik eserlere atıfla bilgi sahibi olmaya davet etmekteyiz^[21]. Bu bilimselliğe davet karşısında teori başka pratik başka, “*öğretim üyeleri dışarıdan ahkâm kesiyor*” gibi beyanların sahiplerine eleştiride artık sınır tanımayacağımı belirtmek isteriz. Teoriden ayrılan pratik yukarıda gerekçelendirdiğimiz gibi bilimsellikten uzaklaşmadan başka bir anlam taşımaz. Ayrıca bilim insanlarının dışarıdan ahkâm kesen olarak nitelendirildiği bir ülkenin de ne hallere düşeceği izahtan varestedir.

Andığımız ayırmadan habersiz olan metin yazarları ilk fıkradaki garabet hataları ile bir taşınmaz mülkiyetinin devrini borçlanma yolunda imkânsızlık, emredici kurallara aykırılık şeklinde sözleşme özgürlüğünün sınırlarını vurgulayan TBK 27 hükmünden habersizdiler. Bu yönde iflas veya konkordato ile verilen mehil şerhi bulunması halinde tapu dairelerinin yapmaktan alıkonulduğu işlem tasarruf işlemi tescildir. Buna karşılık notere satım sözleşmesi yapmak üzere başvuran kişilere “taşınmaz satışı ile ilgili olduğu” gerekçesiyle bu işlemin yapılamayacağı bilgisi verilerek, taşınmaz satış vaadi yapmayı

[21] Kudret Ayiter, *Tasarruf Muameleleri*, İstanbul 1953, s. 10; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014, s. 49 vd.

önermek bu makalenin yazarını sadece acı acı gülümsetecektir. Çünkü taşınmaz satışı sözleşmeleri Roma Hukukunun günümüzde rastlanmayan real sözleşmelerini^[22] hortlatması sonucu ani edimli olarak tescille malikin mülkiyet hakkını kaybettiği sözleşmeler olarak kabul edilirse ve bu yönde yukarıda andığımız şekilde “*pratik bu yönde gelişmiştir*” denecek olursa artık söyleyecek sözümüz bulunmamaktadır. Taşınmaz satış vaadi ile taşınmaz satışı arasında borçlar genel teorisi bilgisine dayalı ayırmadan tamamen kopuk olarak farkı, taşınmaz satış vaadini tescil talebinin vade ve koşula bağlı olduğu; buna karşılık taşınmaz satış sözleşmesinin ise tescil talebi ile ani edimli olarak mülkiyetin devrine yol açan sözleşme ayırımında görenler için zaten hukuk biliminden yoksunluğa dayalı neredeyse yüzyıla yakındır süren hata eleştirisiyle yetiniriz.

(II) Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce tapu kayıt örneği ve diğer belgeler tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar bu sistem üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek sisteme aktarılır. Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır.

Bu konudaki yeni hüküm andığımız gibi taşınmaz satış vaadi değil noterin satış sözleşmesini düzenlemesini takiben tescil talebinin ani edimle hemen Medeni Kanun siciline dayalı tescille sonuçlanmasının istendiği hallere özgü olacaktır.

Noterler ile paylaşılacak olan tapu kayıt örneği ve diğer belgelerin varlığı da düşündürücüdür. Doğal olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak için malik olmak gerekmediği bilgisi ile yukarıda andığımız suni ve hataya dayalı ayırımı yaratan düşünce tescil talebini tasarruf yetkisi sahibi olan malikin yapması gerektiği bahsiyle noterin taşınmaz satış sözleşmesi yapmak üzere başvuran kişinin doğal olarak aynı hak sahibi malik olması gerektiği esası ile kaleme alınmıştır. Böylece yüklenicilerin ön ödemeli konut satışında malik olmaksızın yaptıkları noter satışı olarak adlandırdıkları satışın taşınmaz satış vaadi olarak yapılması gerektiği bilgisi ile kaleme alındığı açıktır.

[22] Hüseyin Tokat, *Aynı Akit*, Ankara 2022, s.70-71; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2021, 254.

Belgelerin eksik olması halinden ne anlaşılması gerektiği gerçekten düşündürücü bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Her bir taşınmaza ilişkin tapu dairelerinde bulunması gereken tamamlayıcı evrak (evrak-ı müsbite) dosyasının tamamı gönderilmek mi gerekecektir? Bu konuda alıcı bu dosyayı incelemek istediğini söylerse noterin sabrı ve mesaisi buna yetecek midir? Bu incelemeye müsaade edilmeyecek olursa aşağıda inceleyeceğimiz noterlerin kusursuz sorumluluğu karşısında noter hep endişe duymak zorunda mı kalacaktır?

Oysa TMK m.992 hükmünce mülkiyet karinesi esas olmakla taşınmaz mülkiyetini veya diğer bir aynı hakkı tescil ile kazanacak kişiler TMK m.1023 hükmünce iyiniyetli olarak korunmuş iken ve tapularda bu yönde tamamlayıcı evrakla ilgili hiçbir bilgi sunulmaz iken bu fıkra hükmü ile noterlerin kusursuz sorumluluk uyarınca Demokles'in kılıcı altında bulunma endişeleri haksız mı olacaktır?

Kayıt ve bilgilerin eksikliği konusunda bu eksikliğin sonuçları ayrı ayrı mevcut olma olasılığı karşısında eksikliğin varlığını saptama yolunda takdir hakkı nasıl kullanılacaktır? Aşağıda irdeleyeceğimiz şekilde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sözleşme özgürlüğüne dayalı sınırla yapılamayacağı haller başka; bu konuda sözleşmenin geçerliliğine rağmen tescilin yapılamayacağına ilişkin haller çok başkadır.

Noterlerce hak sahibinin belirlenmesi ilkesi yine bu konuda kusursuz sorumluluğu paylaşma yolunda bir endişe kaynağı olmaya devam edecektir. Bu yönde noterlere hiçbir yükümlülük getirilemez. TMK m. 992/I'ın "*Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır.*" şeklindeki hükmü gereği noterler TAKBİS'e girme yetkisi ile son tescile bağlı olarak mülkiyet karinesi zaten bu konuda noterlere irdelemeyi gerektirmeksizin tasarruf yetkisine sahip malikin kim olduğunu adi karine olarak belirler. Bu yönde noterlerin TMK m.1023 hükmünün atfıyla TMK m.3/II'nin "*Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*" şeklindeki hükmü gereği iyiniyetli olmayı ortadan kaldıran gerekli dikkat ve itinaı gösterme külfeti yalnızca alıcılara ait olmalı; noterlerin bu konuda dedektiflik görevi taşımaları abesle iştigal olur. İşte bu yönde mutlak karine TMK m.1020/II'nin "*Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet*

iddiasında bulunamaz.” şeklindeki hüküm gereği alınmış olup bu konuda külfet altında olan “*ilgilisi*” kavramına noterler dâhil edilemez.

Taşınmazın satışına engel hukuki durum olup olmadığı tabiri de akıllarındaki sisteme dayalı olarak hatalı ifade edilmiştir. Buradaki ifade “*tesciline engel olup olmadığı*” şeklinde kaleme alınmalıydı. Çünkü tesciline engel olmakla birlikte satışına engel olmayan hususun en güzel örneği iflas olmakla, taşınmaz maliki iflas masasının rızasını alarak bu yönde mülkiyeti devredeceği taahhüdü altına girebilecektir. Bu konudaki beyanımızın boşuna olduğunun farkındayız; çünkü bu takdirde taşınmaz satış vaadi yapmamız önerilecektir.

(III) Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir.

Dikkat edilirse fahiş hata ile “*sözleşme imzalandığı anda*” ifadesi ile –ki, bu konudaki bilimsel temeldeki yoksunluk bizi şaşırtmamaktadır- aslında tarafların aynı sözleşmeye (dinglicher Verträge) vücut veren tescili talep beyanına karşılık kabulde oluşan ikili hukuki işlem barındıran tescilin irade mutabakatı anlaşılması gerekmektedir. Ancak bu beyanla harekete geçen tapu dairesi kıdeme itibar ilkesince (prior tempore potior iure) aynı haklarda çatışmaya yol açmamak için yevmiye defterine kayıt ancak bu talep üzerine gerçekleştirilebilir.

Fiziki olarak arşivlenmek tabirinin ne olduğu anlaşılammıştır. Bu konuda tamamlayıcı evrak dosyasına konması gerekecek olup tamamlayıcı evrak dosyasının elektronik ortamda tutulmasında hiçbir engel bulunmayacağı bu konudaki teknolojinin gelişmesine bağlı olarak her türlü işlemin gerçekleştirilmesi sağlanabilecektir.

(IV) Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yaparlar.

Şimdiden dekriminilizasyona uğrayacak bir hüküm olacaktır. Çok açık bilmekteyiz ki bu işlemler noter başkâtipleri tarafından matbu belgeler üzerine notere imzaya sunulacaktır. Biraz alaycı bir ifade ile belirtmek gerekirse; yirmi- otuz sayfalık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterlerce resen düzenlenmesi gerekirken yani noterin bizzat yetmiş- seksen maddelik sözleşmeyi tek tek tarafların huzurunda dinleyip resmi metne aktarması sanki yıllardır yapılmıyormuş gibi bu hükmün konması şimdiden ihlale açık

olmakla hukuk ciddiyetini ortadan kaldırmaktadır. Andığımız sözleşmelerde biliyoruz ki; giriş sayfası ve kimlik bilgisine yer veren son sayfası araya bellek aygıtı çıktısı olarak sokulmakla imzalanan sözleşmeler uygulaması bu yönde de devam edecektir.

(V) Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez.

Yeni hükmün en garabet kurallarından biri bu hükümle getirilmektedir. Taşınmaz satış vaadi ve taşınmaz satış sözleşmesi kavramları altında borçlar genel teorisi dışında andığımız şekilde farklılık yaratan temelsiz bilgiye dayalı olarak bu fıkra da yer alan ifadenin tescile engel bir hukuki durumun varlığı halinde olarak anlaşılması gerekecektir. Çünkü tekrar vurgulamak gerekirse; TMK m.992 ve TMK m.1020 hükümleri gereği malikin (yani tasarruf yetkisine haiz hak sahibinin) belirlenememesi kural olarak mümkün değildir. Bu bilgimizle tapuda tescil yapılmasa dahi veya öncesinde reddedilen işlemin tescili talep istemi (TMK m.1013/I) olduğu unutulmayarak taraflar arasında imzalanmış sözleşmenin geçerliliği yolunda talep gelebileceği unutulmamalıdır. Örneğin; mahkemece verilmiş bir ihtiyati tedbir talebi halinde tescilin mümkün olmaması bilgisine rağmen taraflar ihtiyati tedbirin kalkacağı olasılığına dayalı olarak sözleşmenin geçerliliği tartışmasız olarak mümkün olmakla yapılmasını talep edebileceklerdir. Tabi yine karşımıza eleştirilerimiz doğrultusunda bu yönde noterin zeyilname ile sözleşmenin adını taşınmaz satış vaadi olarak değiştirmesi gerektiği bilgisi ortaya çıkabilecektir.

(VI) Noterler tarafından yapılacak taşınmaz satış sözleşmelerinden yalnızca 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (4) sayılı tarifenin "I-Tapu işlemleri" başlıklı bölümünün (20) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca tapu harcı alınır. Bu işlemler için 492 sayılı Kanunun tapu harçlarına ilişkin hükümleri ve gerekli harcı tamamen almadan işlem yapan noterler hakkında aynı Kanunun 128 inci maddesi hükmü uygulanır.

(VII) Taşınmaz satış sözleşmeleri damga vergisinden ve bu işlemlere ilişkin düzenlenen kâğıtlar değerli kâğıt bedellerinden istisnadır.

Bu hükümler Vergi mevzuatını ilgilendirmekte olup Tapu Kanunu uyarınca ilgili müdürlüklerde yapılan işlemlerde vergilendirme tekrar edilmiştir.

Bu konuda zaten işlemin tapuda yapılması halinde alınan harçların devlet tüzel kişiliği adına noterlerce tahsili görevi verilmiş olup bu harcın alınmadan yapılacak işlemler hakkında noterlerin sorumluluğu düzenlenmiştir.

(VIII) Bu madde kapsamında yapılan işlemler karşılığında noter ücreti dışında herhangi bir ücret alınmaz. Noter ücreti taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz ve ücret tarifesinde gösterilir. Bu miktarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında takvim yılı başından geçerli olmak üzere artırılarak uygulanır.

Bu hükümle noterlerin meslek erbabı olup faaliyetlerinin ücreti gerektirmesi sonucu satış sözleşmesine dayalı emeklerinin karşılığı (ivazı) düzenlenmiştir.

(IX) Taşınmaz satış işlemleri için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere hizmet bedeli alınır ve bu işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmez.

Bu hükümle hizmeti tamamını olmasa da noterlere verdirmekte ve fakat TKGM'nin döner sermayesinin gelirden mahrum olmaması için işlemin tapuda yapılmasıyla hiçbir fark gözetilmeyerek tapuca verilen hizmetin karşılığı da ayrıca alınmaktadır.

(X) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mütalaası alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

Bu fıkra ile yönetmeliğin Adalet Bakanlığınca hazırlanması gerekliliği doğru ve fakat görüşü alınacak kurum olarak Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün ve Noterler Birliği'nin kamu görevini bu yönde doğrudan üstlenmiş varlıkları göz ardı edilmekle ortaya çıkacak yönetmeliği gerçekten merak etmekteyiz.

1512 sayılı Kanununun 162 nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve maddenin mevcut ikinci fıkrasında yer alan “birinci fıkra” ibaresi “birinci ve ikinci fıkralar” şeklinde değiştirilmiştir.

“Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde

Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.”

İşte gerçekten hukuk faciası bir değişiklik ile karşı karşıya bulunmaktayız. Noterler zaten Noterlik Kanunu m.162 hükmünce kusursuz sorumlu olmakla ayrıca TMK m.1007/1’de devletin kusursuz sorumluluğuna vücut veren “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.*” şeklindeki kuralın gereği devletçe ödenecek tazminatların niçin noterlere rücu edileceği gerçekten aklın alabileceği bir boyut taşımamakla bu soru cevapsız kalmaktadır. Bu konuda kendilerine hatırlatmak isteriz ki; devletin (hazinenin) kusursuz sorumluluğu tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluktur. Bu nedenle notere bir satış sözleşmesi ile başvurulması halinde kadastro işleminden ötürü henüz Kadastro Kanunu m.12’deki süre geçmeden hatalı kadastro tespitleri ile adına yolsuz tescil yapılan kişiden TMK m.1023’e dayalı olarak iyiniyetli aynı hak kazanan kişilerden dolayı hazinenin sorumluluğuna gidildiğinde, anılan satışı yapmaktan ötürü notere bir rücu davası açılabileceğini düşünmek garabetin zirvesini oluşturacaktır. Bu vb. hallerde noterler ancak yaptıkları resmi şekle vücut veren sözleşmeleri yapmakla sorumlu olur. Yoksa andığımız örnek ve bu örneğin benzerleri halinde noterlerin sorumluluğu TMK m.5’in atfıyla TBK m.61 ve m.62 hükmünce asla söz konusu olamaz.

KAYNAKÇA

- Ayiter, Kudret. *Tasarruf Muameleleri*. İstanbul, 1953.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Karaveli, Orhan. *Sakallı Celal*. İstanbul Kırmızı Kedi Yayınları, 2020.
- Oğuzman, Kemal, Seliçi Özer ve Oktay Özdemir Saibe. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Özmen, Etem Sabâ. “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler.” *İstanbul Barosu Dergisi*, no. 4 (Temmuz Ağustos 2012).
- Özmen, Etem Sabâ ve Akçura Karaman Tuba. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları.” *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 1 (Ocak-Şubat 2013).
- Özmen, Etem Sabâ ve Aydın, Gülşah Sinem. “Motorlu Taşıt ve Taşınmaz Satışında Sözleşmeye Konulan Bedelin Nakden ve Peşin Alındığına Dair Kayıtların Yarattığı Sancılar Üzerine Düşünceler.” *Legal Hukuk Dergisi*, (2014).
- Özmen, Etem Sabâ ve Yürekli Yılmaz. “İpotekle Yüklü Taşınmazın Devralınmasında Tapu Dairelerinin Tutumu ve Yargıtay’ın Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, (Aralık, 2018).
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: 1963.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I/1*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2008.
- Tokat, Hüseyin. *Aynî Akit*. Ankara: Adalet, 2022.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah: *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014.
- Wieland, C. *Kanunu Medenîde Aynî Haklar*. (Çev. İ. Hakkı Karafakı), 2. Baskı. Ankara, 1946.
- Zevkliler Aydın ve Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2020.