

ARSA SAHİBİNE, YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN KİŞİLERE KARŞI DAVA AÇMA HAKKI TANIYAN VE AVANS TAPU UYGULAMALARI OLARAK BİLİNER YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Şahin AKINCI *

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi bazen yüklenici eseri tamamlamadan arsayı yükleniciye devretmekte, o da üçüncü kişilere satış yapmaktadır. Böylece üçüncü kişiler satın aldıkları bağımsız bölümün maliki olmaktadır. Fakat yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi sözleşmeden dönerek üçüncü kişilere karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmakta, Yargıtay da bu davaları kabul etmektedir. Böylece üçüncü kişiler taşınmazlarını kaybetmektedir.

Yargıtay'ın bu kararları pek çok açıdan hatalıdır. İlk olarak, üçüncü kişiler yüklenicinin halefi değildir. İkinci olarak arsanın yükleniciye devrini avans olarak nitelendirmektedir. Fakat avans para borçlarında söz konusu olur. Üçüncü olarak Yargıtay, yükleniciden bağımsız bölüm alan kişinin hakkını bir şahsî hak olarak nitelendirmektedir. Fakat bu bir aynî haktır. Dördüncü olarak

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Prof., Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Istanbul, Turkey.

✉ sakinci@ticaret.edu.tr • ORCID 0000-0002-2894-3655.

✎ **Atf Şekli** | **Cite As:** AKINCI, Şahin: "Arsa Sahibine, Yükleniciden Bağımsız Bölüm Satın Alan Kişilere Karşı Dava Açma Hakkı Tanıyan ve Avans Tapu Uygulamaları Olarak Bilinen Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi" SÜHFD, C.33, S.1, 2025, s. 501-558.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Yargıtay, aynî etkili dönme görüşünü benimsemiştir. Beşincisi Yargıtay yükleniciden arsa payı alan kişileri peşinen kötü niyetli olarak kabul etmekte ve TMK m. 1023'ten yararlanamayacaklarına hükmetmektedir. Bu görüş de hem TMK m. 3'e hem de 1023'e aykırıdır.

Anahtar Kelimeler

• Avans Tapu • Halefiyet • Tapu Siciline Güven • Arsa Payı Karşılığı • Sözleşmeden Dönme

ANALYSIS OF COURT OF CASSATION RULINGS ON THE LANDOWNER'S RIGHT TO FILE LAWSUITS AGAINST BUYERS OF INDEPENDENT UNITS FROM THE CONTRACTOR, BASED ON THE SO-CALLED 'ADVANCE OWNERSHIP TRANSFER' PRACTICE

Abstract

In land share in exchange for construction agreements, the landowner sometimes transfers the land to the contractor before the construction is completed, allowing the contractor to sell units to third parties. As a result, these third parties become the owners of the independent units they purchase. However, when the contractor defaults, the landowner terminates the contract and files a lawsuit against these third parties for the rectification of the land registry. The Turkish Court of Cassation has consistently upheld such claims, leading to the loss of ownership rights for third-party buyers.

The Court of Cassation's rulings are flawed in several respects. First, third parties are not successors of the contractor. Second, the court characterizes the transfer of land to the contractor as an advance payment, even though advance payments typically apply to monetary debts. Third, the court classifies the right of third-party buyers as a personal right, whereas it is actually a real right. Fourth, the Court of Cassation has adopted the real-effect termination doctrine. Finally, the court assumes that individuals acquiring land shares from the contractor act in bad faith and denies them the protection of Article 1023 of the Turkish Civil Code (TMK). This approach contradicts both Article 3 and Article 1023 of the TMK.

Key words

• Advance Property Title Transfer • Legal Succession • Trust in the Land Registry • Construction Agreement in Return for Land Share • Rescission of Contract

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, kendisine devredilecek arsa payları karşılığında inşaat yapma ve bağımsız bölümlerin bir kısmını arsa sahibine teslim etme borcu altına girmektedir.

Bağımsız bölümlerin bir kısmı ise arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilmektedir. Yüklenici genellikle bu bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak kâr etmeyi hedeflemektedir. Çoğu zaman yüklenici, inşaat henüz proje aşamasındayken bu satışları gerçekleştirmektedir.

Uygulamada arsa payının yükleniciye devri farklı zamanlarda yapılabilmektedir. Genellikle bu tür sözleşmeler anahtar teslim sözleşme şeklinde yapılmakta ve yüklenici edimlerini eksiksiz olarak yerine getirdikten sonra arsa sahibi tarafından devir gerçekleştirilmektedir. Normal olan durum da budur. Zira TBK m. 97'ye göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça kendi edimini yerine getirmeyen yüklenici karşı edime hak kazanamaz. Böyle bir durumda yüklenici üçüncü kişilere satış yaparken, alacağın devri hükümlerine göre bağımsız bölümler üzerindeki alacak hakkını devretme yoluna gitmektedir. Bu ihtimalde alacağın devri (temlik) ile birlikte devralan kişi arsa sahibine karşı alacaklı olmaktadır. Böylece üçüncü kişi, arsa sahibine karşı tescile zorlama davası açma hakkına sahip olmaktadır. Fakat bu hak ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı olan tüm edimlerini ifa etmesiyle kullanılabilen bir haktır (TBK m. 188/I). Uygulama genelde bu yönde olmakla birlikte bazı sözleşmelerde inşaatın geldiği aşamaya göre kısmî devirler yapılacağı kararlaştırılmaktadır. Bu ihtimalde de arsa sahibi, bitirme oranına göre arsa paylarını yükleniciye devretmektedir. Bir kısım sözleşmelerde ise arsa sahibi daha sözleşme kurulur kurulmaz arsanın tamamını ya da yükleniciye kalacak bölümün mülkiyetini yükleniciye devretmektedir¹.

¹ **ARAT**, Ayşe, Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018, s. 143; **ARAT Ayşe/AKÇAAL Mehmet**, 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C, 26, S. 2, s. 373 vd. Yargıtay da bu konuda; “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin, yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) 364. maddesi hükmü doğrultusunda, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak taraflar yasa hükmünün aksine, arsa payının devrine ilişkin özel koşullar kararlaştırılabilir. Örneğin, üzerinde inşaat yapılacak arsanın müteahhide verilmesi öngörülen payının, peşinen devri kabul edilebileceği gibi, müteahhide isabet edecek bağımsız bölümlerin kat irtifaklı arsa paylarının, inşaatın belirli aşamalarında devri de kararlaştırılabilir.*” demektedir. Ancak aynı kararlarda Yargıtay, tapuda peşinen yapılan pay devrini avans olarak kabul etmektedir (Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K, pr. 36; HGK, 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 29; HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 17. www.kazanci.com). Aynı yönde bir başka karar: Yargıtay HGK,

Arsanın bir kısmının ya da tamamının mülkiyetine sahip olan yüklenici, tapu maliki olarak üçüncü kişilere satış yapabilmekte ve tapuda bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilere devredebilmektedir. Bu ihtimalde alacağın temlik değil gerçek bir satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır².

Arsanın mülkiyetinin yükleniciye devredildiği, onun da üçüncü kişilere devrettiği hâllerde bazen arsa sahibi, yüklenicinin edimini ifa etmediği gerekçesiyle sözleşmeden dönmekte ve arsanın iadesi için yolsuz tescilin düzeltilmesi (tapu sicilinin tashihi) davasını açmaktadır. Bu dava sadece yükleniciye değil, ondan bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilere hatta üçüncü kişilerden bağımsız bölüm satın alanlara³

15.12.2020 T, 2017/14-1765 E, 2020/1033 K, pr. 28. Anılan bu son karara göre, *“uygulamada en çok görülen devir şekli ise, arsa sahibinin devri gereken arsa paylarının satışını vaat etmesi, yüklenicinin de inşaat yapımını taahhüt etmesi şeklinde yapılan devirdir.”* (www.kazanci.com).

- 2 Aslında burada yükleniciden bağımsız bölüm satın alanları üçüncü kişi olarak kabul etmek de doğru değildir. Çünkü tapuda bir satış sözleşmesi yapılmıştır ve yükleniciden bağımsız bölümü satın alan kişi bu sözleşmenin tarafıdır. Ortada iki ayrı satış sözleşmesi bulunmaktadır: Birincisi, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsanın devrini konu alan satış sözleşmesi, ikincisi de yüklenici ile bağımsız bölüm satın alan kişi arasındaki satış sözleşmesi. Eğer alacağın devri hükümlerine göre bağımsız bölüm yüklenici tarafından devredilmiş olsaydı devralan üçüncü kişi olurdu. Oysa devralan bambaşka bir ilişkinin tarafıdır ve aşağıda açıklanmış olduğu üzere aslında bu ilişkide yüklenici adına yapılan tescil yolsuz tescil dahi değildir (Aynı düşünceler için bkz. **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem, Çalıştay, s. 111). Biz bundan sonraki açıklamalarımızda üçüncü kişi tabirini bu çekince ile kullanıyoruz.
- 3 *“Mahkemece yüklenici edimini yerine getirmediği için geriye etkili olarak feshine karar verilen sözleşme konusu inşaattan taşınmazı satın alan davalı, araya dava dışı üçüncü kişiler girse dahi, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, payın kat karşılığı verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümde hakkının doğmayacağını bilmekte veya bilebilecek durumda olduğundan, arsa sahibi tarafından yükleniciye avans olarak verilen bağımsız bölüm tapusunun iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmıştır. Davalının iyi niyet iddiası dinlenemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin uygulanma olanağı da bulunmadığından, mahkemece davalı üzerine kayıtlı bağımsız bölüm tapusunun iptali ile davacı arsa sahibi kooperatif adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi isabetli ve yerinde olmuştur”* (Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K. (www.kazanci.com); *“Mahkemece yüklenici edimini yerine getirmediği için geriye etkili olarak feshine karar verilen sözleşme konusu kaçak yapıdan ve henüz tamamlanmamış inşaattan hisse satın alan bu iki davalı, araya dava dışı üçüncü kişiler girse dahi, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, payın kat karşılığı verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendilerine bırakılan arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmekte veya bilebilecek durumda olduklarından arsa sahibi tarafından avans olarak verilen arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu*

dahi yöneltilebilmektedir. Yargıtay bu davaları kabul ederek hem yüklenici hem de üçüncü kişiler adına yapılan tescillerin iptaline ve arsa sahibi adına tescilin yapılmasına karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi de mülkiyet haklarının ihlâl edildiği iddiası ile üçüncü kişiler tarafından açılan davada 20.07.2017 tarihli kararıyla⁴ hak ihlâli olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay'ın avans tapu kararları olarak da bilinen bu istikametteki kararları pek çok bakımdan hatalıdır. Bu nedenle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır⁵. Ayrıca ciddi mağduriyetlere de yol açmaktadır.

devralmışlardır. Haklarında iyiniyet iddiası ileri sürülemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmadığından bu davalar üzerine kayıtlı hisselerin iptali ile davacı arsa sahibi mirasçılara adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi gerekir.” (Yargıtay HGK, 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 33. www.kazanci.com); “Yarım bırakılan bu inşaatla ilgili olarak çok basit bir incelemeyle dahi arsanın yükleniciye ait olmadığı anlaşılabilir durumdadır. Zira henüz tamamlanmamış inşaatla pay satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir. Eş söyleyişle bu iki davalı, araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve bilebilecek durumda olduklarından arsa maliki tarafından avans olarak verilen arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Hakkında iyiniyet iddiası ileri sürülemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Sözleşme yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle geriye etkili olarak feshedildiğinden, mahkemece davalar ... ve ...'e ait 4/120'er tapu paylarının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir (Yargıtay HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 20. www.kazanci.com).

⁴ Resmi Gazete, 27.9.2017 tarih, 30193 sayı.

⁵ Nitekim Adalet Bakanlığı tarafından 12-13 Ocak 2023 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen ve bizim de oturum başkanı olarak görev yaptığımız 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı'nda bu konu ele alınmış ve katılımcılar tarafından uygulamanın yanlışlığı dile getirilmiştir. Toplam kırk kişilik çalışma grubunda on dört akademisyenin yanı sıra Yargıtay üyeleri, tetkik hâkimleri, bazı bölge adliye mahkemelerinin daire başkanları, asliye ve ticaret mahkemesi hâkimleri, tüketici mahkemesi hâkimleri, çeşitli kamu kuruluşlarının baroların ve bazı özel kurumların temsilcileri yer almıştır. Toplantıya katılanlar tarafından Yargıtay'ın bu kararları çeşitli açılardan eleştirilmiş ve sonuçta iki katılımcının karşı oyu ile ve oyçokluğuyla Yargıtay'ın bu görüşünden dönmesinin doğru olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Toplantıya katılan akademisyenlerin tamamı uygulamanın hatalı olduğunu dile getirirken Yargıtay 6. Hukuk Dairesi adına toplantıya katılan tetkik hâkimi herhangi bir gerekçe zikretmeksizin, kararlarının arkasında olduklarını beyan etmiş ve bir istinaf mahkemesi başkanı da kararı doğru bulduğunu ifade etmiştir. (Alınan kararlar ve tartışmalar için bkz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 10. Yılında Borçlar Kanunu Çalıştayı, İstanbul 12-13 Ocak 2023, II. Grup Görüşmeleri, s.

Aşağıda Yargıtay'ın vermiş olduğu bu hatalı kararlar çeşitli açılardan ele alınarak değerlendirilmiştir. Değerlendirme yapılırken bazı kararlardan ilgili bölümler aktarılmış, aynı istikametteki tüm kararlar burada zikredilmemiştir. Öte yandan ne yazık ki Anayasa Mahkemesi de yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişinin açtığı davada Yargıtay kararlarını destekleyecek şekilde hak ihlâli olmadığına hükmetmiştir.

I. YARGITAY KARARLARINDA DAYANILAN GEREKÇELER

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında şöyle demektedir⁶:

“Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimler içerdiğinden, yüklenicinin peşinen kendisine devredilen tapuya hak kazanabilmesi için sözleşmede açık bir hüküm bulunmadıkça kendi edimini yüklediği özen borcu uyarınca kanuna, sözleşme hükümlerine fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmiş olması gerekmektedir. Eş söyleyişle yüklenici edimini tam olarak yerine getirdiğinde, kendi adına düşen bağımsız bölümlerin tescilini isteyebilecektir. Yükleniciden pay satın alan üçüncü kişiler de yüklenicinin halefi olduklarından ancak, yüklenici edimi tam olarak yerine getirip tapuyu almaya hak kazandığı takdirde hak sahibi olacaklardır. Nitekim yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ile devredilen tapunun iptalini isteme hakkı doğmaktadır. Zira ani edimli türden olan eser sözleşmeleri kural olarak geriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 25.01.1984 tarihli ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararında da kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak mülga BK'nın 106-108. maddeleri gereğince çözümlenmesi gerektiği, ancak olayın niteliği ve özelliği haklı gösteriyorsa TMK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar vermek gerektiği belirtilmiştir.

31. İnşaatın kısa sürede tamamlanması amacıyla inşaatın başında bu sözleşme uyarınca tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından

105 vd. (<https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/14072023125623tbk.pdf> ET, 25.01.2025).

⁶ Yargıtay HGK 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 30-31. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K, pr. 37-38; HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 18-19. (www.kazanci.com).

geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır. Bu durumda üçüncü kişiler için TMK'nın 1023. maddesi uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir. Bu sebeple TMK'nın 1023. maddesi hükmünün uygulanması için aranan iyi niyet şartı, üçüncü kişi açısından gerçekleşmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı ve 20.07.2017 tarihli kararında da, bu durumda yükleniciden tapuda devir suretiyle pay alan üçüncü kişilerin mülkiyet haklarının ihlâl edilmediğine karar vermiştir".

Yargıtay'ın bu kararlarını dayandırdığı belli başlı gerekçeler şunlardır:

1. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, üçüncü kişilerin yüklenicinin halefi olduğuna bu nedenle yükleniciye karşı ileri sürülebilecek taleplerin dolayısıyla def'ilerin, özellikle ödemezlik def'inin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğine hükmetmektedir.

2. Yargıtay, işin başında yapılan arsa devrinin avans niteliğinde olduğu ve bunun geri alınabileceği fikrindedir.

3. Yargıtay, böyle durumlarda üçüncü kişilerin iyi niyetli sayılamayacağı dolayısıyla TMK m. 1023'ün uygulanamayacağı kanaatindedir.

4. Yargıtay, dönme ile birlikte sözleşmenin baştan itibaren sona erdiğine ve tescilin de ilk andan itibaren yolsuz hâle geldiğine hükmetmektedir.

5. Yargıtay verdiği kararlara 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararını dayanak yapmaktadır.

II. YARGITAY'IN GEREKÇELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Konunun Ödemezlik Def'i Açısından Değerlendirilmesi

Yargıtay bu kararlarında öncelikle, yüklenicinin tapuya hak kazanabilmesi için kendi edimini sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi gerektiğini söylemektedir.

Yargıtay'a göre, "kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimler içerdiğinden, yüklenicinin peşinen kendisine devredilen tapuya hak kazanabilmesi için sözleşmede açık bir hüküm bulunmadıkça kendi edimini yüklediği özen borcu uyarınca kanuna, sözleşme hükümlerine fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmiş olması gerekmektedir. Eş söyleyişle yüklenici

edimini tam olarak yerine getirdiğinde, kendi adına düşen bağımsız bölümlerin tescilini isteyebilecektir. Yükleniciden pay satın alan üçüncü kişiler de yüklenicinin halefi olduklarından ancak, yüklenici edimi tam olarak yerine getirip tapuyu almaya hak kazandığı takdirde hak sahibi olacaklardır.”

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kendi edimini ifa etmeyen tarafın karşı edimin ifasını talep edemeyeceği TBK m. 97’de açıkça düzenlenmiştir. Aksi hâlde talepte bulunan taraf bir ödemezlik def’i ile karşı karşıya kalır. Diğer bir deyişle karşı taraf def’i ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınabilir. Arsa sahibinin edimi yükleniciye düşecek olan arsa paylarının devridir. Yüklenicinin de bu konuda bir alacak hakkı vardır. Yüklenicinin bu alacağı talep edebilmesi için kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir⁷. Fakat ödemezlik def’inin ileri sürülebilmesi için borçlunun önce ifa yükümlülüğünün bulunmaması ve edimini ifa etmemiş olması gerekir. Önce ifa yükümlülüğü bulunan veya kendi edimini önceden ifa eden taraf ödemezlik def’i ileri süremez⁸. Şu hâlde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de arsa sahibinin ödemezlik def’i ileri sürebilmesi için yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünün bulunması gerekir⁹. Önce ifa ile yükümlü olan arsa sahibi ödemezlik def’i ileri süremez. Kendi edimini ifa etmişse ödemezlik def’i ileri sürmesi zaten mümkün olmaz.

Eğer karşı edimi elde edememişse kendi edimini ifa eden tarafa sunulan imkân, karşı tarafı temerrüde düşürerek TBK m. 125’te tanınan

⁷ Yargıtay’ın bu istikamette pek çok kararı bulunmaktadır. Ayrıca yüklenici edimini önemli ölçüde ifa etmişse arsa sahibinin ödemezlik def’i ileri seremeyeceği dolayısıyla bağımsız bölümleri devretmek zorunda kalacağı yönünde de pek çok karar bulunmaktadır. (Örnek olarak bkz. Yargıtay 14. HD, 02.04.2010 T, 2010/1004 E, 2010/3646 K; 14. HD, 27.02.2012 T, 2012/2023 E, 2012/2663 K; 23. HD, 30.10.2013 T, 2013/4729 E, 2013/6638 K. Kararlar için bkz. <https://www.dejure.ai/dokuman/ ET, 10.02.2025>)

⁸ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Ankara 2023, s. 1123-1125; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1, Güncellenip Genişletilmiş 23. Bası, İstanbul 2023, s. 362-365; **AKINCI**, s. 346.

⁹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yükleniciye, inşaatı belirli bir seviyeye getirmesi şartıyla satış yetkisi vereceğini vaat etmişse o zaman yüklenicinin önce ifa yükümlülüğü söz konusu olur (**KILIÇOĞLU**, Ahmet, M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 25. Bası, Ankara 2021, s. 761). Bu durumda inşaat kararlaştırılan seviyeye gelmeden yüklenici veya ondan bağımsız bölüm satın alan kişiler tapunun devrini talep ederlerse arsa sahibinin ödemezlik def’i ileri sürme hakkı doğar.

haklardan birini kullanmaktır. İnceleme konumuz açısından üzerinde durulması gereken hak dönme hakkıdır. Sürekli borç ilişkilerinde ise fesih söz konusu olur (TBK m. 126). Şu hâlde tartışılması gereken husus ödemezlik def'i değil, dönme ve fesih kavramları ile bunların sonuçlarıdır. Zira sorun, arsa sahibinin kendi edimini ifa ettikten yani tapuyu yükleniciye devrettikten sonra yüklenici tarafından yapılan satışlardan kaynaklanan bir sorundur. Oysa Yargıtay, sanki ortada bir alacak devri varmış gibi, yükleniciden pay alan üçüncü kişilerin ancak yüklenicinin tapuyu almaya hak kazanmaları hâlinde hak sahibi olabileceklerine hükmetmektedir. Şayet arsa, arsa sahibinin üzerinde kayıtlı iken yüklenici, alacağın devri hükümlerine göre arsa payı alacağını üçüncü kişilere devretmiş olsaydı Yargıtay'ın bu tespiti doğru olurdu. Zira TBK m. 188/1'e göre *"borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir"*. Bu savunmalardan bir tanesi de ödemezlik def'idir¹⁰. Demek ki alacağın devri hükümlerine göre yükleniciden arsa payına ilişkin alacak hakkını devralan üçüncü kişinin, yüklenici edimini yerine getirmeden arsa sahibi aleyhine tescile zorlama davası açması hâlinde bir ödemezlik def'i ile karşılaşması mümkündür. Bu durumda hâkimin, üçüncü kişinin tescil talebini reddetmesi gerekir¹¹. Öte yandan alacağın devri hâlinde tapu arsa sahibinin üzerinde kayıtlı olduğu için üçüncü kişinin tapu siciline güven ilkesinden, dolayısıyla TMK m. 1023'ün koruyucu etkisinden yararlanması da mümkün değildir.

¹⁰ EREN, s. 1403.

¹¹ Yargıtay da böyle durumlarda alacağın devri (temlik) hükümlerinin uygulanacağına ve arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı TBK m. 97'ye göre ifadan kaçınabileceğine hükmetmektedir ki kanaatimizce Yargıtay'ın bu yöndeki kararları doğrudur. *"Üçüncü kişinin, arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması hâlinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. TBK'nın 188. maddesi gereğince; 'Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir' Buna göre temlik öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür def'iler ileri sürebilecekse, aynı def'ileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden kazanmadığı hakkı üçüncü kişiye temlik etmesinin arsa sahibi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye (davacıya) temlik etmişse, üçüncü kişi (davacı) TBK'nın 97. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz."* (Yargıtay HGK, 21.12.2021 T, 2018/14-174 E, 2021/1712 K (www.kazanci.com)).

Ancak önemine binaen tekrar ifade edelim ki incelemeye konu yaptığımız kararlar alacak devri ile ilgili değildir. Tartışmalı olan husus, arsa sahibinin mülkiyeti yükleniciye devretmesinden sonra yükleniciden bağımsız bölüm satın alan ve adına tescil yapılan üçüncü kişilerin hukukî durumudur. Yargıtay, alacağın devrine ilişkin hükümleri alacak devri ile ilgili olmayan bir konuda uygulamış gibi görünmektedir¹². Bu nedenle Yargıtay'ın yukarıda alıntılan görüşüne katılmıyoruz.

B. Halefiyet Kavramı ve Üçüncü Kişilerin Yükleniciye Halef Olup Olmadığı

Başkasına ait olan bir borcu ödeyen kişinin, bir kanun hükmüne dayanarak alacaklının yerine geçmesine halefiyet denir¹³. Bir başka tanıma göre halefiyet, borçlunun edimini ifa eden üçüncü kişinin, alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçerek onun aslî ve ferî haklarına halef olmasıdır¹⁴.

Halefiyet, akdî ve kanunî halefiyet olmak üzere iki türdür. Türk Borçlar Kanunu'nda sadece akdî halefiyet düzenlenmiştir. Bu nedenle eğer alacak bir sözleşme ile üçüncü kişiye devredilmişse halefiyet değil, alacağın devri söz konusu olur¹⁵. Üçüncü kişinin alacaklının yerine geçerek alacak hakkına sahip olması alacağın devri ile mümkündür. Alacağın devri, alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir. Oysa halefiyetin söz konusu olabilmesi için böyle bir sözleşmeye gerek yoktur. Alacak hakkı, taraflar bu sonucu öngörmese bile kanundan dolayı üçüncü kişiye geçer¹⁶.

Alacaklının yerine geçerek onun haklarına sahip olma anlamına gelen halefiyeti mirasta olduğu gibi bir malvarlığının hak ve borçları ile birlikte intikali anlamına gelen küllî halefiyet ile karıştırmamak gerekir. Halefiyet hâlinde borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkı üçüncü kişiye

¹² Kanaatimizce Yargıtay'ın, üçüncü kişinin hakkını şahsî hak olarak kabul etmesinin, halefiyetten ve avanstan söz etmesinin, yüklenicinin sahip olmadığı hakka üçüncü kişinin de sahip olamayacağına hükmetmesinin temelinde bu yanlış yatmaktadır.

¹³ **TEKİNAY**, Selâhaddin S./**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Halûk/**ALTOP**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 208; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 13. Baskıdan Genişletilmiş 14. Baskı, Konya 2021, s. 401; **OĞUZMAN/ÖZ**, C I, s. 275; Kılıçoğlu, s. 712.

¹⁴ **EREN**, s. 1057.

¹⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 208; **EREN**, s. 1057.

¹⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 275-276; **EREN**, s. 1057.

geçer. Fakat borç ilişkisi (külli halefiyet hariç) taraflar arasında devam eder. Diğer bir ifadeyle halefiyet, dar anlamda borç ilişkisinin alacaklı tarafını değiştirir. Borç ilişkisinin taraflarını değiştirmez. Fakat miras hukukundaki külli halefiyet, ölümle sona ermeyen sözleşmelerde borç ilişkisinin tarafını da değiştirmektedir¹⁷. Türk Borçlar Kanunu'na baktığımız zaman halefiyetin hem üçüncü kişinin alacaklının yerine geçmesi hem de mirasçılarının murise halef olması anlamında kullanıldığını görmekteyiz. Ancak inceleme konumuz açısından üzerinde durulması gereken halefiyet mirasçılarının halefiyeti değildir.

Verilen tanımlardan ve buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere halefiyet halinde (külli halefiyet hâriç) sadece alacak hakkı üçüncü kişiye geçmektedir. Üçüncü kişinin borçlunun yerine geçerek onun borçlarını da üstlenmesi veya bir kısmî ifa varsa kalan borçlardan sorumlu olması söz konusu değildir. Alacağın devri hükümlerine göre alacak hakkının üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde dahi üçüncü kişi borçlardan sorumlu tutulamaz. O sadece alacak hakkının sahibi olur. Borçlunun TBK m. 188/I hükmüne göre alacağı devralan üçüncü kişiye karşı ödemezlik def'i ileri sürebilmesi, üçüncü kişinin borçlardan da sorumlu tutulabileceği anlamına gelmez. Esasen alacağın devrini düzenleyen TBK m. 183 ve devamında üçüncü kişiye karşı borçluya tanınan tek imkân, bazı savunma vasıtalarını ileri sürebilmesidir ki bunların başında da def'iler gelir. Belirtelim ki TBK m. 183 ve devamında kanun halefiyetten söz etmemektedir.

Üçüncü kişinin borçlunun yerine geçerek ödeme yaptığı her olayda halefiyet söz konusu olmaz. Halefiyet istisnai bir durum olup ya borçlunun iradesine ya da kanuna dayanır. Halefiyet ile ilgili genel düzenleme TBK m. 127'de yer almaktadır. Buna göre iki hâlde üçüncü kişi borçlunun halefi olur: Birincisi, ödemeyi yapan üçüncü kişinin, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtarması ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynî hakkının olmasıdır. İkincisi ise borçlu tarafından alacaklıya, ifada bulunan üçüncü kişinin kendisine halef olacağıının ifadan önce bildirilmesidir. İlkinde halefiyet kanuna, ikincisinde ise borçlunun iradesine dayanmaktadır¹⁸.

Bu noktada belirtelim ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde TBK m. 127 anlamında bir halefiyet söz konusu değildir.

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 275 ve dn. 48.

¹⁸ EREN, s. 1058.

Halefiyet istisnai bir durum olup ya borçlunun irade beyanına veya kanuna dayanır¹⁹. Bazen kanun alacaklıya ödeme yapan üçüncü kişinin ona halef olacağını özel hükümlerle düzenler. Mesela müteselsil sorumlulukta TBK m. 62, müteselsil borçlulukta TBK m. 168/I, kefalette TBK m. 596, sigortacının halefiyetini düzenleyen TTK m. 1472 gibi. Eğer kanunda halefiyete ilişkin özel bir düzenleme yoksa halefiyetten söz edilemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de üçüncü kişinin yüklenicinin halefi olacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Sonuç olarak Yargıtay'ın, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin yükleniciye halef olacağı yönündeki görüşüne iki sebepten ötürü katılmıyoruz: Birincisi borçlar hukuku anlamında halefiyet sadece haklarda olur ve böyle bir halefiyet borçlunun borcunu ödeyen üçüncü kişiye tanınmıştır. Halefiyet halinde üçüncü kişiye sadece alacak hakkı fer'ileriyle birlikte geçer. Borç ve sorumluluk intikal etmez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde üçüncü kişi arsa sahibine bir ödeme yapmamaktadır. Hatta yüklenici ile aralarındaki işlem bir alacak devri bile değildir. Bu nedenle halefiyet ilişkisinden söz edilemez. Kaldı ki bir an için halefiyetten söz edilse bile halefiyet sadece hak tanır, borç yüklemes. Haklarla birlikte borçların da intikal ettiği halefiyet türü küllî halefiyet olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir küllî halefiyetin varlığından söz edilemez. İkincisi ise halefiyetin kanundan doğması ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin yükleniciye halef olacağına ilişkin kanunda düzenlenmemesidir.

C. Arsa Sahibi Tarafından Finansman Kolaylığı Sağlama Amacıyla Yükleniciye Avans Verildiği Düşüncesi

Yargıtay konuya ilişkin kararlarında, yükleniciye yapılan devirleri finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapılmış avans niteliğinde devirler saymakta ve eğer yüklenici edimini ifa edemediği için arsa sahibi sözleşmeden dönmüşse üçüncü kişinin bağımsız bölümü iade etmesi gerektiğine hükmetmektedir²⁰.

¹⁹ EREN, s. 1058.

²⁰ "38. İnşaatın kısa sürede tamamlanması amacıyla inşaatın başında bu sözleşme uyarınca tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden döndüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde

Öncelikle belirtmek isteriz ki arsa sahibi tarafından başlangıçta yapılan devirlerin finans kolaylığı sağlama amacıyla yapıldığı görüşüne katılamıyoruz. Çünkü yüklenici arsanın mülkiyetini devralmasa bile alacağın temliki hükümlerine göre bağımsız bölümleri üçüncü kişilere hem de adi yazılı bir sözleşme ile devretme ve arzu ettiği finansmanı sağlama imkânına sahiptir. Uygulamada da genellikle bu yola gidilmektedir. Bunun dışında yükleniciler, yaptıkları projeden bağımsız bölüm satın almak isteyen müşterilerini anlaşmalı bankalara yönlendirmektedirler. Banka ile müşteri arasında bir kredi sözleşmesi imzalanmaktadır. Fakat banka ile yüklenici ve müşteri arasında yapılan anlaşma gereğince tahsis edilen kredi doğrudan doğruya yüklenicinin hesabına aktarılmaktadır. Müşteri ise taksitler hâlinde kredi borcunu ödemektedir. Böylece müşteri satın almak istediği bağımsız bölüm için nispeten ucuz bir kredi temin ederken yüklenici de toplu para alarak finansman ihtiyacını gidermektedir. Sonuç olarak yüklenicinin finansman sağlayabilmek için arsa paylarını devralmaya ihtiyacı olmadığı gibi arsa sahiplerinin de çoğu zaman böyle bir niyet ve arzusu bulunmamaktadır. Öte yandan her sözleşmede tarafların farklı saiklerle hareket etmesi mümkündür. Arsa sahibinin yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için devri önceden yaptığını söyleyebilmek için tarafların açık ya da hiç değilse örtülü iradesinin bu yönde olması gerekir. Bu da

arsa sahibi tarafından geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır. Bu durumda üçüncü kişiler için TMK'nın 1023. maddesi uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir." (Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K. www.kazanci.com). "İnşaatın tamamlanmasından önce müteahhide pay devri yapılması, inşaat yapımı sırasında müteahhide gerekli olan sermayenin sağlanarak işin bir an önce bitirilmesi amacını gütmektedir. Peşinen tapuda yapılan bu pay devri bir nevi avans niteliğindedir." (Yargıtay HGK, 23.12.2021 T, 2018/1057 E, 2021/1756 K. www.kazanci.com). "30.Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temliki, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda "şahsi hak" elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, TMK'nın 1024. maddesi ve aynı Kanun'un 1023. maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir. Hukuki teslim ise yapılan inşaatın yasal mevzuata uygun olarak bitirilmesi (iskan izninin alınması) halinde gerçekleşmiş sayılır." (Yargıtay HGK, 15.12.2020 T, 2017/14-1765 E, 2020/1033 K. www.kazanci.com).

sözleşmenin yorumu ile anlaşılabilir bir husustur. Bazı sözleşmelerde arsa sahiplerinin finansman kolaylığı sağlama niyeti olsa bile bunun geliştirilmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce arsanın başlangıçta veya inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli olarak devredilmesinin sebebi yüklenicinin karşı edim alacağını garanti altına almak istemesidir. Peşin ya da kademeli devir, arsa sahibinin bağımsız bölüm tapularını devretmek istememesine veya devir için ilave şartlar koşmasına engel olmak için yükleniciler tarafından alınmış bir tedbirden ibarettir. Arsa sahipleri tarafından bu tür tekliflerin kabul edilmesinin sebebi ise arsa payının başlangıçta kendisine devrini talep eden yüklenicinin arsa sahibine diğerlerine göre biraz daha fazla bağımsız bölüm ya da para vermeyi teklif etmesidir.

Arsa sahibinin başlangıçta veya inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli olarak yaptığı devirlerin avans niteliğinde olduğu yönündeki Yargıtay görüşüne de katılma imkânı bulamıyoruz. Şöyle ki;

Avans, bir malın belirli bir zamanda satışı amacıyla satım bedeline mahsuben alıcı tarafından satıcıya veya iş görme edimlerinde işin görülmesinden önce iş sahibi tarafından işi görecek olana verilen ön ödeme niteliğindeki bir miktar paradır²¹. Şu hâlde avans para borçlarında olur ve para borcunun borçlusunun yaptığı ön ödemeyi ifade eder. Türk Borçlar Kanunu'nda avans ifadesinin geçtiği hükümler incelendiğinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira TBK'de bu tabir; 406, 416, 425, 443, 510, 604, 627 ve 643. maddelerde geçmekte olup, 406, 416, 425 ve 443. maddelerde avans kurumu hizmet sözleşmesi bakımından düzenlenmiştir. Zikredilen ilk üç madde işverenin çeşitli vesilelerle işçiye ödemek durumunda olduğu avansı düzenlerken 443. maddede sözleşmenin sona ermesi durumunda alınan avansların işçi tarafından iade edileceği hükme bağlanmıştır. TBK m. 510'da vekâlet sözleşmesinde müvekkilin, vekâletin gereği gibi ifası için vekil tarafından yapılan giderler ve verilen avansları ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. 604. madde kumar ve bahisler için bilerek verilen avanslara, 627. madde ortaklığa avans olarak para veren ortağın faiz isteyebileceğine, 643. madde ise kâr ya da zararın, ortakların verdiği avanslar iade edildikten sonra paylaşılacağına ilişkindir. Görüldüğü üzere TBK'de yer alan avans,

²¹ SONSUZOĞLU, Elif, Bir Vergi Hukuku Sorunu: Ücret Avansları ve Personele Verilen Borçlar, İ.Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 43.-44. Seri/Yıl 2003, s. 40.

tamamen para borçlarına ilişkin bir ön ödemedir. Bu nedenle avans kavramı para borçları dışındaki verme borçları için kullanılabilir bir kavram değildir. Öte yandan bu hükümlerle avansın ne zaman ve ne şekilde iade edileceği (TBK m. 443, m. 643) de düzenlenmiştir. Kumar ve bahis borçları için bilerek verilen avansların ise geri istenemeyeceği hükme bağlanmıştır (TBK m. 604) Şu hâlde avansı iade borcu kanundan doğmaktadır.

Sonuç olarak, avans sadece para borçlarında söz konusu olabileceği ve kanunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde başlangıçta devredilen arsa payının avans niteliğinde olduğu yönünde bir hüküm bulunmadığı için Yargıtay'ın avans görüşüne katılamıyoruz. Bu görüşün kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır²².

Bu noktadan sonra başlangıçta yapılan arsa devrinin hukukî niteliğinin ne olduğunu ortaya koymak gerekir.

Türk Borçlar Kanunu m. 90'a göre taraflar aksini kararlaştırmamışsa veya hukukî ilişkinin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça her borç doğduğu anda muaccel olur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de aynı kural geçerlidir. Sözleşme kurulur kurulmaz her iki tarafın da edimi muaccel olur. Fakat sözleşmede aksi kararlaştırılmasa bile işin özelliği gereği taraflardan biri bir vadeden istifade edebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi niteliği gereği derhal ifa edilebilecek bir edim değildir. Çünkü bu edimin ifası bir takım hazırlık çalışmalarını gerektirir. Bu da yüklenicinin zorunlu olarak bir vadeden istifade etmesi demektir. Wade çoğu zaman sözleşme ile belirlenir. Fakat sözleşmede hüküm yoksa tedbirli ve tecrübeli bir yüklenicinin böyle bir işi hangi süre içinde bitirebileceğine bakılarak vade tespit edilir²³. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 97 gereğince taraflardan biri kendi edimini ifa etmeden karşı tarafın edimini talep edemeyeceği için arsa sahibinin edimi de ancak yüklenicinin edimi ile birlikte muaccel olur. Bu konuda TBK m. 479'da özel bir düzenleme yer almaktadır. Hükme göre "*iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur*". Demek ki arsa sahibinin borcunun

²² "Keza, arsa sahibinin tapuyu yükleniciye devretmesinin 'avans' niteliğinde olduğu, mülkiyetin ancak yüklenicinin tüm borcunu ifa ettikten sonra geçeceğini kabul edilmesi de hukuki dayanağı olan bir kabul değildir. Zira hukukumuzda 'yolsuz tescil' terimi mevcut olmasına rağmen 'avans tapu' terimi mevcut değildir". Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

²³ SEÇER, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2023, s. 290-291.

muaccel olacağı an yüklenicinin bağımsız bölümleri bitirip arsa sahibine teslim ettiği andır²⁴.

Her ne kadar arsa sahibinin borcu yüklenicinin borcundan önce muaccel olmasa da sözleşme ile arsa sahibinin daha işin başında ya da inşaatın geldiği aşamaya göre belli zamanlarda edimini kısım kısım ifa edeceği kararlaştırılabilir²⁵. Böyle bir durumda arsa sahibi açısından bir önce (peşin) ifa söz konusu olur²⁶. Sözleşme ile arsa sahibinin ediminin daha önce muaccel olacağı belirlenmiştir ve belirlenen tarihte edim ifa edilmiştir. Bunu bir çeşit avans olarak kabul etmek mümkün değildir. Aksi hâlde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini daha önce ifa ettiği her durumda bir avanstan söz etmek gerekir. Mesela taşınır satımında özellikle ticari satımlarda satıcı edimini daha önce ifa ettiğinde bunu bir avans saymak ve önce ifa edene her hâl ve şartta edimini geri alma hakkı tanımak gerekir. Böyle bir yorumun isabetli olmayacağı açıktır. Bir taşınır satımında satıcı malı hemen teslim edecek alıcı parayı üç ay sonra ödeyecekse bunu avans olarak mı kabul etmek gerekir? Bunun gibi taksitli satışlarda satıcının, ön ödemeli satışlarda alıcının edimini avans olarak mı kabul edeceğiz? Böyle bir kabul Yargıtay'ın bakış açısına göre, önce ifa ile yükümlü olana karşı taraf edimini ifa etmediği takdirde sözleşmeden dönme ve verdiği geri isteme hakkı tanımak anlamına gelir. Oysa TBK m. 235/III'de, *“satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.”* denilmektedir. Taşınır satımında bile sözleşmede açıkça saklı tutulmamışsa satıcıya dönme hakkı dahi tanınmazken taşınmaz devrinde, devreden arsa sahibine hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın dönme hakkının tanınması ve bununla da yetinilmeyerek eşya hukuku kurallarını alt üst etme pahasına avans verilen arsanın mülkiyetinin geçmeyeceğinin, bu nedenle geri istenebileceğinin kabul edilmesi ne kadar doğrudur?

²⁴ **ERMAN**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul 2010, s. 52; **SEÇER**, s. 599.

²⁵ **ERMAN**, s. 52; **SEÇER**, s. 599.

²⁶ **KAHRAMAN**, Zafer, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 783.

Açıkladığımız nedenlerden ötürü Yargıtay'ın arsa payının devrini avans olarak kabul eden görüşüne katılmıyoruz. Bu yorum, hiçbir kanunî dayanağı olmayan son derece zorlama bir yorumdur.

D. Üçüncü Kişinin İyi Niyetli Sayılıp Sayılmayacağı

1. İyi Niyetin Düzenleniş Biçimi Yargıtay'ın Konuya Bakışı

Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesine göre;

“Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.

Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz”.

Aynı Kanun'un 1023. maddesine göre ise *“tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur”.*

Bu düzenlemeler karşısında yükleniciden arsa payını (bağımsız bölümü) devralan üçüncü kişi iyi niyetli ise yüklenici adına yapılan tescil başlangıçtan itibaren yolsuz olsa veya sonradan dönme ile yolsuz hâle gelse bile devrin geçerli olacağını kabul etmek gerekir. Ancak Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olunca TMK m. 1023'ün uygulanamayacağına hükmetmekte, adeta bu hükmü yok saymaktadır.

Yargıtay'ın, üçüncü kişinin TMK m. 1023 hükmünden yararlanamayacağı yönündeki görüşüne katılma imkânı bulamıyoruz. Zira TMK m. 992'ye göre tapu kütüğüne tescil edilmiş bir aynî hakkın mevcut ve geçerli olduğu karine olarak kabul edilir. Böyle bir tescile dayanarak iyi niyetli üçüncü kişiler TMK m. 1023'e göre aynî hak iktisap edebilirler. Ancak bu hükme göre bir aynî hakkın kazanılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Şu hâlde tartışılması gereken en önemli husus, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciden bağımsız bölüm tapusunu devralan üçüncü kişi açısından TMK m. 1023'ün şartlarının oluşup oluşmadığıdır. Yargıtay ilginç gerekçelerle aşağıda açıklamış olduğumuz şartların pek çoğunun gerçekleşmeyeceğine hükmetmektedir.

2. Türk Medenî Kanunu M. 1023'e Göre İyi Niyetle İktisabın Şartları ve Yargıtay Uygulaması

a. Bir yolsuz tescilin bulunması

Tapu siciline güvenerek TMK. m. 1023'e göre bir aynî hak iktisap edebilmek için gerekli olan ilk şart yolsuz tescildir. Arsa sahibinin

sözleşmeden dönmesi ile birlikte yüklenici adına yapılan tescil artık yolsuz tescil hâline gelir²⁷ ve bu ilk şart gerçekleşir. Tescilin baştan itibaren yolsuz hâle gelip gelmediği ayrı bir tartışma konusudur. Bu konu aşağıda incelenmiştir. Ancak katılmamakla birlikte dönmenin tescili baştan itibaren yolsuz hâle getireceği kabul edilse bile böyle bir tescil öteki şartların da oluşması durumunda iyi niyetli üçüncü kişiye aynî hakkı kazandırır²⁸ ve bu hakka artık itiraz edilemez.

Türk Medenî Kanunu m. 1024/II'ye göre, *“bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur”*. Bağlayıcı olmayan dolayısıyla yolsuz olan tescil hiçbir hukukî sebebi olmayan tescil olabileceği gibi butlan, şekil eksikliği, ehliyetsizlik gibi sebeplerle geçersiz sayılan tescil de olabilir. Demek ki yolsuz tescil baştan itibaren mevcut olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir²⁹. Bir başka ifadeyle bir aynî hakkın kurulabilmesi için yeterli olmayan ve gerçek hak sahipliği durumunu yansıtmayan her tescil yolsuzdur. Böyle bir yolsuzluk tescilin kurucu unsurlarındaki sakatlık sebebiyle ortaya çıkabileceği gibi sakat bir terkin veya tadil yüzünden de olabilir. Mesela malik veya yetkili temsilcisinin talebi olmaksızın yapılan tescil yolsuz tescildir. Bunun gibi başlangıçta hak durumuna uygun olduğu hâlde hakta meydana gelen değişiklik veya hakkın sahibinin değişmesi yahut sona ermesi sebebiyle daha sonra gerçeğe uymayan tescil de yolsuz tescildir³⁰. Şu hâlde eğer Yargıtay'ın kabul ettiği üzere dönme ile birlikte sözleşmenin ve tasarruf işleminin baştan itibaren ortadan kalkacağı söylenecek olursa TMK m. 1023'e göre iyi niyetle iktisabın ilk şartı gerçekleşmiş olmaktadır.

Tescil yapıldığı zaman geçerli bir hukukî sebep olmadığında bu tescil yolsuz tescil sayılıp diğer şartların da oluşması hâlinde müktesibin TMK m. 1023'ten yararlanabilmektedir. Tescilin hiçbir hukukî sebebi yokken iyi niyetli müktesip TMK m. 1023'ten yararlanabiliyorsa, tescil

²⁷ **ÖZYİĞİT**, M. Hulusi, Türk Hukukunda Yolsuz Tescil, Ankara 2019, s. 120-121.

²⁸ **ÖZ**, Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1985, C. 13, S. 16, s. 150.

²⁹ **CANSEL**, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 26 vd.; **ÜNAL**, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel, Şekî Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara 2018, s. 399.

³⁰ **ŞENGÜL**, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, Ankara 2013, s. 488.

dönme ile sonradan yolsuz hâle gelmişse –dönmenin geçmişe etkili olduğu kabul edilse bile- evleviyetle yararlanabilmesi gerekir.

b. Tapu Siciline Güvenerek Hak İktisap Eden Kişinin Üçüncü Kişi Olması

Bir aynî hakkı TMK m. 1023'e göre kazabilmek için gerekli olan ikinci şart, tapu siciline güvenen kişinin üçüncü kişi olmasıdır. Üçüncü kişi gerçek hak sahibi olmadığı gibi tapuda adına yolsuz tescil bulunan kişi de değildir. Diğer bir ifadeyle, yolsuz tescile yol açan işlemlere taraf olarak katılmamış olan kişiler üçüncü kişidir³¹. Yüklenici adına yapılan tescilin tarafları arsa sahibi ve yüklenici olduğuna göre üçüncü kişi bunların dışında kalan kişidir. Bununla beraber adına yolsuz tescil bulunan kişinin külli halefleri üçüncü kişi sayılmazlar ve TMK m. 1023'ten yararlanamazlar³². Mesela ölmüş olan A adına kayıtlı bir taşınmazı B, sahte bir veraset ilamı ile kendi adına kaydettirse ve daha sonra ölse, B'nin mirasçuları iyi niyetli bile olsalar mülkiyeti kazanamazlar. Çünkü onlar üçüncü kişi değildir³³. Bu durumda TMK m. 1023 uygulanmaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken şey üçüncü kişinin küllî halef olmamasıdır. Yargıtay kararları incelendiği zaman yükleniciden bağımsız bölümü devralan kişilerin yüklenicinin halefi olması sebebiyle TMK m. 1023'ten yararlanamayacağına hükmettiği anlaşılmaktadır. Halefiyet konusundaki düşüncelerimiz yukarıda açıklanmıştır. Üçüncü kişi yüklenicinin halefi değildir. Külli halefi hiç değildir. Ancak öyle anlaşılıyor ki Yargıtay üçüncü kişiyi sanki küllî halef gibi değerlendirerek hüküm tesis etmiştir.

İnceleme konumuz açısından baktığımızda yükleniciden arsa payı devralan kişilerin arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin tarafı olmadığı noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Eğer yüklenici tapu devrini gerçekleştirdiği anda tescil yolsuzsa o vakit devralan kişinin üçüncü kişi olduğu konusunda tereddüt olmaması gerekir.

c. İktisap Edilen Hakkın Aynî Hak Olması

İyi niyetle iktisabın üçüncü şartı, iktisap edilen hakkın bir aynî hak olmasıdır. TMK m. 1023'e dayanarak şahsî hak iktisap edilemez. Mesela

³¹ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 403.

³² CANSEL, s. 11, 55; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 403; ŞENGÜL, s. 489; ÖZYİĞİT, s. 181.

³³ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 403.

adına yolsuz tescil bulunan kişi ile yapılan bir kira sözleşmesi gerçek maliki bağlamaz³⁴.

Arsa sahibinden işin başında arsanın mülkiyetini devralan yüklenicinin hakkının bir aynî hak olduğu konusunda tereddüt olmaması gerekir. Fakat bazı kararlarında Yargıtay, arsa sahibinden arsayı devralan ve adına da tapuda tescil ettiren yüklenicinin ve dolayısıyla ondan devralan üçüncü kişinin hakkını ilginç bir şekilde aynî hak olarak dahi kabul etmemiş, bunun bir şahsî hak olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay'a göre bu şahsî hak ancak yüklenicinin edimini ifa etmesiyle birlikte aynî hakka dönüşmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu açıkça, yüklenicinin hakkının şahsî hak olduğuna ve ondan iktisapta bulunan üçüncü kişilerin, TMK'nin 1023 ve 1024. maddelerinden yararlanamayacağına hükmetmektedir. Konuya ilişkin kararlardan bir tanesinin ilgili bölümü şu şekildedir:

“Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen ‘avans’ niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda ‘şahsi hak’ elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, TMK’nin 1024. maddesi ve aynı Kanun’un 1023. maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir”³⁵.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hangi sözleşmeyle olursa olsun bir taşınmaz tapuda devredilmişse devralanın hakkı aynî haktır. Şahsî hak olamaz. Tabiatıyla ondan devralan üçüncü kişinin hakkı da şahsî hak olamaz³⁶. Burada tartışılması gereken husus aynî hakkın yüklenici ve ondan devralan üçüncü kişiler tarafından usulüne uygun ve geçerli bir biçimde kazanılıp kazanılmadığıdır. Yüklenicinin hakkını şahsî hak olarak kabul eden anlayış eşya hukuku sistemimize tamamen aykırıdır. Bu anlayış bizi, karşı edim ifa edilmediği müddetçe devralanın

³⁴ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 402.

³⁵ Yargıtay HGK, 15.12.2020 T, 2017/14-1765 E, 2020/1033 K. pr. 30. (www.kazanci.com).

³⁶ Aynı görüşler için bkz. AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Çalıştay, s. 111.

hakkının (devredilen ister taşınır ister taşınmaz olsun) şahsî hak olduğu sonucuna götürür. Diğer bir deyişle mülkiyetin devrini karşı edimin ifası şartına bağlı hâle getirir. Oysa mülkiyetin intikali için taşınırlarda zilyetliğin devri taşınmazlarda ise tescil gerekli ve yeterlidir. Ücret ödemededen mülkiyetin geçmemesi ancak mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılması hâlinde mümkündür ki bu da istisnai bir durumdur. Bununla beraber şayet arsa yükleniciye tapuda devredilmemiş olsaydı onun hakkı bir şahsî hak olurdu. Yüklenici bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürerek tescil talebinde bulunabilirdi. Böyle bir durumda yüklenicinin satış yaptığı kişilerin hakkı da bir şahsî hak olurdu. Zira bu ihtimalde bir alacağın devri söz konusu olmaktadır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere Yargıtay, alacağın devri ile yüklenicinin malik sıfatıyla yaptığı devirleri birbirine karıştırmış görünmektedir.

Sonuç olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin hakkı da ondan bağımsız bölüm satın alan kişinin hakkı da aynî hak olduğu için iyi niyetle iktisabın bu şartı da gerçekleştirmiş olmaktadır.

3. Müktesibin İyi Niyetli Olması

Dördüncü şart müktesibin iyi niyetli olmasıdır. Buradaki iyi niyet TMK m. 3'te düzenlenen iyi niyettir. Buna göre, üçüncü kişi aynî hakkı iktisap ederken tapudaki kaydın yolsuz olduğunu bilmemeli, bilebilecek durumda olmamalıdır.

Müktesip, tescilin yapıldığı daha doğrusu tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği anda iyi niyetli olmalıdır. Tescilin yolsuz olduğunun yevmiye defterine kayıt yapıldıktan sonra öğrenilmesi iyi niyeti ortadan kaldırmaz³⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesine göre bir hakkın kazanılabilmesi için iyi niyetin arandığı hâllerde hakkı kazananın iyi niyetli olduğu karine olarak kabul edilir. Bu nedenle iyi niyetli olduğunu iddia eden kişi bunu ispat etmek zorunda değildir. Bilakis müktesibin kötü niyetli olduğunu iddia eden kişi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Şu hâlde üçüncü kişi iyi niyetli olduğunu değil, arsa sahibi üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunu ispat etmek durumundadır³⁸.

³⁷ CANSER, s. 84; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 405; ŞENGÜL, s. 494-495. Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

³⁸ EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 282; BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet, Medenî Hukuk Dersleri –

Kural böyle olmakla birlikte Yargıtay bu kuralı da tersine çevirmiş ve adeta bir kötü niyet karanesi yaratmıştır³⁹. Yargıtay kararları incelendiğinde yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin peşinen kötü niyetli olarak kabul edildikleri, iyi niyet iddialarının dinlenmeyeceğine hükmedildiği görülmektedir. Mesela Yargıtay bir kararında⁴⁰ “...zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir. Bu sebeple TMK’nın 1023 hükmünün uygulanması için aranan iyiniyet şartı, üçüncü kişi açısından gerçekleşmez.” demektedir.

Bir başka kararda ise Yargıtay⁴¹ “olayların açıklanan bu gelişim sürecinden davalının inşaat aşamasındaki binadan bağımsız bölüm satın aldığı açıkça anlaşılmaktadır. Mahkemece yüklenici edimini yerine getirmediği için geriye etkili olarak feshine karar verilen sözleşme konusu inşaatın taşınmazı satın alan davalı, araya dava dışı üçüncü kişiler girse dahi, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, payın kat karşılığı verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümde hakkının doğmayacağını bilmekte veya bilebilecek durumda olduğundan, arsa sahibi tarafından yükleniciye avans olarak verilen bağımsız bölüm tapusunun iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmıştır. Davalının iyi niyet iddiası dinlenemeyeceği gibi TMK’nın 1023. maddesinin uygulanma olanağı da bulunmadığından, mahkemece davalı üzerine kayıtlı bağımsız bölüm tapusunun iptali ile davacı arsa sahibi kooperatif adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi isabetli ve yerinde olmuştur.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Bu kararlardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, bir kimsenin kötü niyetli sayılması için tapu dışındaki bir kısım unsurları bilmesini veya bilebilecek durumda olmasını yeterli görmektedir⁴². Bu durumda yükleniciden bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin hangi hususlarda

I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 229; ŞENGÜL, s. 494.

³⁹ KAHRAMAN, s. 789. Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

⁴⁰ Yargıtay HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 19. (www.kazanci.com)

⁴¹ Yargıtay HGK, 28.06.2022 T, 2022/14-69 E, 2022/1050 K, pr. 43. (www.kazanci.com)

⁴² KIRCA, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2007, s. 91.

inceleme yükümlülüğünün bulunduğu konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Peşinen belirtelim ki müktesibin inceleme yükümlülüğü kural olarak sicildeki kayıtlarla sınırlıdır. Sicil dışında meydana gelen ve borç ilişkisinden kaynaklanan iddialar veya gerçekliği bizzat müşahade edilen hukukî ilişkiler iyi niyete engel olmaz. Mesela malikin aynı taşınmazı daha önce noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile bir başkasına sattığını bilen bir kimse bu taşınmazı satın alırsa iktisabı geçerli olur. Çünkü borçlandırıcı işlem hakta bir değişiklik yapmadığı gibi sicildeki kaydı yolsuz hâle de getirmez⁴³.

Demek ki önemli olan tescilin yolsuz olduğunun bilinip bilinmemesidir. Nitekim TMK m. 1020/III'te, *"kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez"* denilmektedir. Bununla beraber bazı hâllerde doğal aleniyyetin de yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten de bazen sicilde açıkça yazılı olmayan hususlar ya tapudaki kaydın bir gereği veya taşınmazın niteliğine bağlı olarak mevcut ve bilinir farz edilir. Böyle bir durumda mevcut hukukî veya fiilî durumun bilinmediği, dolayısıyla buna bağlı olan statü ya da yüküle bağlı olunmadığı ileri sürülemez. Mesela mülkiyetin paylı mülkiyet olması durumunda kanunun buna bağladığı ön alım hakkı gibi bir sonucun bilinmediği ileri sürülemez. Bunun gibi, inşaat hâlinde olan veya yapımı yeni bitmiş bir bina üzerinde kendi lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilenler, TMK m. 893/I-3'te sayılan kişilerin taşınmaz üzerinde yapı ipotegi adı verilen bir kanunî ipotek haklarının bulunduğunu bilmediklerini ileri süremezler⁴⁴. Fakat her iki örnekte de kanundan doğan bir hak söz konusudur ve hiç kimse kanunu bilmediğini iddia edemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise durum tamamen farklıdır. Yargıtay'a göre yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların, günün birinde arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğini ve kendileri aleyhine dava açabileceğini bilmeleri gerekir.

Bu noktada belirtelim ki doğal aleniyyet bizim hukukumuzda sadece açıktan geçirilen mecra irtifakı için kabul edilmiştir (TMK m. 727/III). Hükme göre eğer mecra dışarıdan görülebiliyorsa noterde düzenlenen senetle birlikte bu hak doğar. Tescile gerek yoktur. Taşınmazı iktisap eden kişi mecra irtifakı tescil edilmese bile irtifakla yüklü olarak iktisap etmiş

⁴³ ŞENGÜL, s. 495; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 406-407. Aynı görüşte KIRCA, s. 91.

⁴⁴ ŞENGÜL, s. 477.

olur. Mecra irtifakının sicilde kayıtlı olmadığını bu nedenle kendisini bağlamadığını ileri süremez⁴⁵.

Doktrinde mecra irtifakı dışında da bazı hâllerde doğal aleniyete üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak konu son derece tartışmalıdır ve hukukî güvenlik ilkesini ihlâl edeceği için bu fikre ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Ayrıca doğal aleniyeti kabul edenler bile son derece istisnai hallerde bu yola gidilebileceği fikrindedirler⁴⁶.

Kanaatimizce mecra irtifakı dışında bizim hukukumuzda doğal aleniyetin kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır. Bununla beraber tapu dışındaki bazı hususlar müktesibin iyi niyetli olup olmadığını belirlemede rol oynayabilir. Mesela tescilin yolsuz olduğunu üçüncü kişilerden duyarak öğrenen müktesip artık iyi niyetli sayılamaz.

Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesinin I. fıkrasında her ne kadar bir iyi niyet karinesi konulmuş olsa da II. fıkrada, "...durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen..." kimsenin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre hukukî sakatlığı bilebilecek durumda olduğu hâlde gerekli dikkat ve özeni göstermediği için öğrenemeyen kimse iyi niyetli olduğunu ileri süremez. Mesela bir taşınmaz üzerinde aynı hak edinirken tapu siciline bakılmamış olması, kanunen bilinmesi gereken bir hususun araştırılmaması anlamına gelir ve artık kural olarak iyi niyet öne sürülemez⁴⁷.

İyi niyet iddiasında bulunan kişiden beklenen özenin ölçüsü objektiftir. Bu nedenle ortalama zekâyâ sahip, dürüst, güvenilir ve makul bir kişinin aynı durum ve şartlar içinde göstereceği özen esas alınır⁴⁸. Söz konusu olan tapu sicili ise böyle bir özen yükümlülüğünün her durumda aranması gerektiği ileri sürülemez. Tapu sicilindeki verilerle çelişse bile fizikî yapısı itibariyle kolayca anlaşılamayan, ayrı bir emek veya uzmanlık gerektiren durumlarda üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğünden söz edilemez. Bu konudaki genel eğilim, tapu siciline duyulan güven konusunda ciddi şüphe uyandıracak durumların varlığı

⁴⁵ ŞENGÜL, s. 499-500; ZENGİN, Hüseyin Kağan, Mecra Hakkı, Ankara 2022, s. 286.

⁴⁶ ŞENGÜL, 501 vd.

⁴⁷ EDİS, s. 284-286; CANSEL, s. 80. Muhalefet Şerhi: Y. 6. HD, 07.05.2024 T, 2023/2861 E, 2024/1351 K. (www.kazanci.com)

⁴⁸ BAYGIN/NAR, s. 229.

hâlinde üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğünün bulunduğu yönündedir⁴⁹.

Yargıtay, üçüncü kişinin inşaatın fizikî durumuna bakarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını bilmesinin gerektiğinden hareketle üçüncü kişiyi iyi niyetli kabul etmemektedir. Oysa her şeyden önce üçüncü kişinin inşaatı incelemek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yurt dışında yaşayan ve yatırım amacıyla konut ya da iş yeri satın alan kişi bir kampanyaya katılmış olabilir. Öte yandan uygulamada yap-sat usulü denilen sistem de çok gelişmiştir. Bu usulde proje sahibi kendi arsası üzerine inşaat yapıp henüz proje aşamasında satışa başlamaktadır. Lansman satışları olarak bilinen satışlarda müşterilere cazip fiyatlar sunulmakta ve çoğu zaman hafriyata dahi başlanmadan satışlar yapılmaktadır. Yap-sat usulünde de proje sahibi satıcı, arsayı bir başkasından satın almaktadır. Böyle bir durumda acaba arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile mi yoksa yap-sat usulü ile mi inşaat yapılmaktadır? Bunu üçüncü kişiler bilemez, bilmeleri kendilerinden beklenemez. Dahası bilmeleri de gerekmemektedir. Onların araştırması gereken tek şey satıcının arsanın maliki olup olmadığıdır. Tapuyu incelediklerinde malik olarak satıcıyı görmüşlerse devletin tuttuğu tapu siciline güvenmekte haklıdırlar.

Son zamanlarda giderek yaygınlaşan bir başka sözleşme tipi gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesidir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi de aslında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile aynı amaca hizmet etmektedir. Aradaki en önemli fark arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibine bağımsız bölüm verilirken, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin satılarak paranın paylaşılmasıdır. Hatta Yargıtay, bu sözleşme tipinde de aynî paylaşımın olabileceğini kabul etmektedir⁵⁰. Fakat Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat

⁴⁹ ŞENGÜL, s. 504.

⁵⁰ "7. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında arsa sahipleri davalılar ile yüklenici A...A.Ş. arasında 14.10.2005 tarihinde akdedilen "Satış Vaadi Şeklinde Düzenlenen Hasılat Paylaşımlı Konut Yapım Sözleşmesi" hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; sözleşme gereğince arsa sahiplerinin sadece arsalarını vermeyi, yüklenici şirketler ise bu arsa üzerinde konut yapmayı, bilahare konutların reklam finansman ve tüm tanıtım giderleri ile pazarlama giderlerini karşılamayı, konutları satmayı, satış bedelini tahsil ettikten sonra bir hafta içinde arsa sahibine ödemeyi yüklenmiştir. Sözleşmenin (16/7) maddesinde yüklenicinin bir hafta içinde ödemeyi yapmazsa %10 cezai şart ödeyeceği ve yine sözleşmenin (17/4) maddesinde de inşaatın süresinde bitirilmemesi halinde "arsa maliklerine düşecek konut sayısınının 500 YTL ile çarpımı kadar bedeli" aylık cezai şart olarak ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Bunun

sözleşmelerinde üçüncü kişileri peşinen kötü niyetli kabul ederken, aynı amaca hizmet eden gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde farklı bir yaklaşım sergilemekte arsa sahibini üçüncü kişiye karşı yüklenici ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutmaktadır⁵¹. Mesela gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin söz konusu olduğu bir olayda davacı arsa sahibi, yüklenici ortaklık ile “gelir paylaşımli kat karşılığı inşaat sözleşmesi” imzalamıştır. Daha sonra kredi temin edebilmek amacıyla arsa yüklenici adi ortaklığın ortaklarından R’ye devredilmiş, R de çektiği kredi karşılığında bir banka lehine ipotek tesis ettirmiştir. Yüklenici ortaklığın edimini zamanında ifa edememesi üzerine arsa sahibi sözleşmeden dönmüş ve arsanın iadesi ile birlikte ipoteğin de kaldırılmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından “yüklenicilerin sözleşmedeki hususları yerine getirmemeleri sebebiyle sözleşme geriye yönelik olarak feshedildiğinden, yüklenicinin henüz haketmediği taşınmazın tapu kaydına ipotek konulduğundan, bu ipoteğe dayanılarak davalı banka tarafından hak talebinde bulunulamayacağı, konulan ipoteğin tescilinin yolsuz olmasından dolayı davalı bankanın TMK’nın 1023. maddesinin korumasından yararlanamayacağı, iyiniyet savunmasının dinlenemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne, davaya konu taşınmazların kaydına davalı banka lehine konulan ipoteklerin terkinine” karar verilmiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, “gelir paylaşımli kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi” geçersiz sayılsa ve hüküm kesinleşse de, “tapuya güven ilkesi gereği tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak aynı

yanında, sözleşmenin (17/5) maddesinde ekonomik kriz vb. sebeplerle reklam kampanyalarına rağmen satılan konut sayısı toplam konut sayısının %25’ine ulaşmadığı takdirde yüklenicinin arsa sahibine %23 hissesini karşılayacak konut vereceği veya bir kısmını konut, bir kısmını para veya senet olarak vereceği ve böylelikle edimini yerine getirmiş olacağı, tüm ek süreler sonunda arsa maliklerinin hissesine düşen %23’lük pay konut veya para olarak arsa maliklerine teslim edilmediği takdirde yapımıcının, inşaatı mevcut haliyle arsa sahibine iade edeceği kabul edilmiştir. Sözleşme, özetlenen bu hükümleriyle birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde adi ortaklık sözleşmesi olmayıp, hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesidir. Bu nedenle, davada eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği açıktır.” (Yargıtay 3. HD, 06.03.2024 T, 2023/2788 E, 2024/1044 K. www.kazanci.com).

⁵¹ Örnek karar olarak bkz. Yargıtay 6. HD, 04.06.2024 T, 2023/1129 E, 2024/1935 K. (<https://www.dejure.ai/dokuman/f397e5c6-7958-44ba-949e-994a71ea5e23> ET, 11.02.2025; Yargıtay 6. HD, 30.01.2024 T, 2023/1518 E, 2024/394 K. <https://www.dejure.ai/dokuman/8d510065-145b-4fff-a237-bb71ec44a799> ET, 11.02.2025; Yargıtay 7. HD, 14.02.2023 T, 2021/6951 E, 2023/851 K. <https://www.dejure.ai/dokuman/829767d6-93d7-4a10-a54e-086d61eb3bf3> ET, 11.02.2025)

hak kazanan iyi niyetli kişinin korunması gerektiği, davalı banka lehine ipotek tesis edilirken sözleşme taraflarınca tapu siciline şerh verilmemiş veya beyanlar hanesine işlenmemiş adi yazılı ve bila tarihli, gelir paylaşımli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arasındaki sonuçları ile davalı bankanın kazanılmış aynı hakkının bertaraf edilemeyeceği, T.M.K.'nın 1023. maddesi gereğince iyiniyetli bankanın aynı hak kazanımının korunması gerektiği, davacı tarafça davalı bankanın tapu sicilinde şerh olmasa bile taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkileri bildiği ve kötü niyetle dava konusu taşınmazlar üzerinde ipotek tesis ettirdiğinin ispatlanamadığı” gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına hükmedilmiştir. Bu karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır⁵².

Görüldüğü üzere gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde iyi niyetli üçüncü kişi korunmaktadır. Yap-sat usulünde de tescil yolsuz olsa dahi korunacağı açıktır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğunda üçüncü kişi korunmamakta, üçüncü kişiden, yapılan sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğunu ve arsa sahibinin günün birinde sözleşmeden dönebileceğini bilmesi beklenmektedir. Oysa gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde de dönme tehlikesi bulunmaktadır ki yukarıda zikrettiğimiz olayda verilen karar dönme üzerine verilmiştir. Yargıtay farklı sözleşme tiplerinde farklı uygulamalar benimsemektedir. Oysa üçüncü kişiden tapuda malik olarak görünen satıcının hangi sözleşme ile arsayı temin ettiğini araştırması beklenemez, böyle bir özen yükümlülüğü üçüncü kişiye yüklenemez. Kaldı ki üçüncü kişi araştırırsa bile çoğu zaman sağlıklı bir bilgiye ulaşamaz. Zira satıcı, arsayı devralırken yaptığı sözleşmeyi üçüncü kişilere genellikle göstermez. Öte yandan bir sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemek hâkimin görevidir. Taraflar sözleşmeye başka bir isim verseler mesela gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi olarak adlandırsalar ve üçüncü kişi de bu ifadeye bakarak bağımsız bölüm satın alsa bile hâkim bu sözleşmeyi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirebilir.

Sonuç olarak, aynı amaca yönelik olan diğer sözleşmelerde iyi niyetli üçüncü kişiler korunurken arsa yapı karşılığı inşaat sözleşmesinde korunmamasının haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

⁵² Yargıtay 11. HD, 01.12.2020 T, 2020/2692 E, 2020/5571 K. (<https://www.dejure.ai/dokuman/5fabbb4cd-bc5d-4266-ad12-40b7e7899873> ET, 11.02.2025).

Yargıtay kararlarında iyi niyet bakımından eleştiriye açık olan bir diğer husus da şudur: Yargıtay, üçüncü kişinin yolsuz tescili değil, ileride tescilin yolsuz olabileceğini bilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yani aslında devir anında ortada bir yolsuz tescil bulunmamaktadır. Ancak mesela yirmi yıl sonra arsa sahibi sözleşmeden dönebilir ve tescilin hukukî sebebi ortadan kalkabilir. Nitekim yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi 26.11.1985 tarihinde imzalanmış, davaya konu olan bağımsız bölümlerden biri 06.02.1992, diğeri ise 09.03.1998 tarihinde davalı üçüncü kişilere yüklenici tarafından devredilmiştir. Arsa sahipleri sözleşmeden döndüklerini beyan ederek 2009 yılında dava açmışlardır⁵³. Şu hâlde dönme, ilk devirden on yedi, ikinci devirden on bir sene sonra gerçekleşmiş ve Yargıtay'a göre dönme ile birlikte tescil baştan itibaren yolsuz hâle gelmiştir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi bu olayda yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilerin iyi niyetli olmadığına hükmetmiştir. Belirtmek gerekir ki bir projeden bağımsız bölüm satın alan hiç kimseden on beş yirmi yıl sonra sözleşmeden dönülebileceğini ve kendisine karşı dava açılabilceğini bilmesini/öngörmesini beklemek ve sırf bu yüzden onu kötü niyetli kabul etmek adalet duygularını incitir, hukukî güvenlik ilkesini ihlâl eder ve yargıya olan güveni zedeler. Bitmemiş bir inşaattan bağımsız bölüm satın alan bir kimsenin günün birinde sözleşmeden dönülebileceğini bilmesini beklemek ve bu yüzden onu kötü niyetli saymak TMK m. 3'e ve m. 1023'e de aykırı düşer. Çünkü bilme yükümlülüğü tescilin yolsuz olup olmadığına ilişkindir. Günün birinde yolsuz olabileceğine ilişkin bir bilme yükümlülüğü değildir. Önemli olan devir anında tescilin yolsuz olup olmadığı ve eğer yolsuz ise o anda bunun müktesip tarafından bilinip bilinmediğidir. Bizim de katıldığımız bir fikre⁵⁴ göre yükleniciden bağımsız bölüm devralan üçüncü kişinin iyi niyeti, devir esnasında arsa sahibinin yüklenici ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndüğünü bilmemesi şeklindedir. Şayet üçüncü kişi dönmeyi bilerek bağımsız bölümü devralmışsa bu ihtimalde zaten bir muvazaa iddiası da gündeme gelecektir.

⁵³ ARAT/AKÇAAL, s. 369.

⁵⁴ YAKAN, Burak/DOĞAN, Murat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi ve Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Aynen İfadan Vazgeçilerek Müspet Zararın İstendiği Hâllerde Sözleşmenin Şerhinin Hukuki Akıbeti, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2024, C. 14, S. 2, s. 1316. Ayrıca bkz. KIRCA, s. 93 vd.

Bu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olmasının üçüncü kişinin iyi niyetini etkileyip etkilemeyeceği konusuna da kısaca temas etmekte yarar görüyoruz.

Hâkim fikre göre kanunun, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhine imkân tanınmasının sebebi yükleniciyi korumaktır. Çünkü arsa sahibi yüklenici ile sözleşme yaptıktan sonra arsayı bir üçüncü kişiye devredebilir. İşte şerh, yüklenicinin şahsî hakkını, bu üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilmesini sağlar⁵⁵.

Şerhin arsa sahibini de koruyup korumadığı, özellikle arsanın işin başında yükleniciye devredilmiş olması ve yüklenicinin edimini ifa edememesi durumunda sözleşmeden dönen arsa sahibinin, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilere karşı şerhe dayanarak bir aynî talep ileri sürüp süremeyeceği son derece tartışmalıdır⁵⁶. Bizim de katıldığımız bir fikre göre edimin gereği gibi ifa edilmemesi riskine rağmen hiç de mecbur olmadığı hâlde arsa payını daha başlangıçta yükleniciye devreden arsa sahibinin korunması için bir sebep yoktur. Kaldı ki o kendisini daha başka yollarla koruma imkânına da sahiptir. Kanun koyucunun şerhe imkân tanınmasının sebebi yüklenicinin korunmasıdır⁵⁷. Fakat şerhin arsa sahibini de koruyacağı kabul edilecekse bu koruma son derece sınırlı bir koruma olmalıdır. Şöyle ki; arsa sahibi sözleşmeden döndükten sonra üçüncü kişi yükleniciden bağımsız bölümü devralmışsa o zaman şerhin üçüncü kişinin iyi niyetini ortadan kaldırma noktasında bir etkisi olabilir. Çünkü dönmeden sonra tescil yolsuz hâle gelir ve bu yolsuz tescile dayanılarak hak kazanılabilmesi için iyi niyetli olmak gerekir. İşte böyle bir durumda şerh sayesinde, üçüncü kişinin, dönmeyi bildiği veya bilebilecek durumda olduğu, dolayısıyla iyiniyetli olmadığı ileri sürülebilir⁵⁸. Fakat bu ihtimalde dahi üçüncü kişinin dönmeyi bildiği veya bilmesi gerektiği ayrıca ispat edilmelidir. Şerhin varlığı tek başına dönmenin bilindiği anlamına gelmez.

Yargıtay, üçüncü kişinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığını bilmesi gerektiğinden hareketle iyi niyetli olamayacağına

⁵⁵ **ARAT**, Ayşe, Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018, s. 202; **YAKAN/DOĞAN**, s. 1306 vd.; **KOÇAK DİKER**, Duygu, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72 (3) 2023, s. 1440 vd.

⁵⁶ Farklı görüşler için bkz. **KOÇAK DİKER**, s. 1444 vd.; **YAKAN/DOĞAN**, s. 1310 vd.

⁵⁷ **KOÇAK DİKER**, s. 1446.; **AKİPEK ÖCAL**, Çalıştay, s. 117.

⁵⁸ **YAKAN/DOĞAN**, s. 1316.

hükmetmektedir. Oysa yüklenici tapuda mali olarak görünüyorsa hangi sözleşme ile taşınmazı devraldığının hiçbir önemi yoktur. Bu nedenle, bizim de katıldığımız bir fikre göre üçüncü kişinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsanın yükleniciye devredilmiş olmasını bilmesi bile onun iyi niyetini ortadan kaldırmaz⁵⁹.

Sonuç olarak Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde üçüncü kişiyi peşinen kötü niyetli olarak kabul eden yaklaşımının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

4. Üçüncü Kişinin İktisabının Diğer Şartlar Bakımından da Geçerli Olması

İyi niyetle iktisabın son şartı, bu iktisabın diğer şartlar bakımından da geçerli olmasıdır. Buna göre eğer üçüncü kişi ile yapılan işlem, ehliyet, şekil, irade bozukluğu gibi bir sebeple sakatsa üçüncü kişinin iktisabı da geçersiz olur⁶⁰. İnceleme konumuz bakımından Yargıtay uygulamalarında bu açıdan üzerinde durulması gereken bir husus bulunmamaktadır.

E. Dönmenin Sözleşmeyi Baştan İtibaren Ortadan Kaldıracağı ve Tescilin İlk Andan İtibaren Yolsuz Hâle Geleceği Görüşü

Yargıtay'a göre, “, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır.”⁶¹

Yargıtay bu görüşüyle aynî etkili dönme teorisini benimsemiş bulunmaktadır.

Sözleşmeden dönüldüğünde dönmenin hukukî niteliğini açıklayan başlıca dört görüş bulunmaktadır: Bunlar, klasik dönme görüşü, kanunî borç ilişkisi görüşü, aynî etkili dönme görüşü ve yeni dönme görüşüdür.

Klasik dönme görüşüne göre dönme ile birlikte sözleşme yani borçlandırıcı işlem baştan itibaren ortadan kalkar. Borçlandırıcı işlem ortadan kalktığı için tarafların henüz ifa edilmemiş olan edimleri ifa yükümlülükleri sona erer. Fakat dönme tasarruf işlemini geçersiz

⁵⁹ ERMAN, s. 178.

⁶⁰ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 407-408; ŞENGÜL, s. 493.

⁶¹ Yargıtay HGK 23.12.2021 T, 2018/23-1057 E, 2021/1756 K, pr. 31.

kılmayacağından dolayı dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı haklar kendiliğinden hakkı devredene dönmez. Bununla beraber tasarruf işleminin sebebi ortadan kalktığı için devredilen hakkın bir sebepsiz zenginleşme davası ile iade edilmesi gerekir. Açılacak dava sebepsiz zenginleşme davası olduğuna göre zamanaşımı süresi de sebepsiz zenginleşmenin tâbi olduğu zamanaşımı süresidir⁶².

Doktrinde hâkim olan görüş hâli hazırda klasik dönme görüşüdür. Bu görüş kabul edildiğinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi arsasını geri alabilmek için yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşme davası açmak durumundadır. Fakat sebepsiz zenginleşme davası şahsî bir dava olduğu için üçüncü kişilere karşı açılmaz. Böyle bir durumda yükleniciden bağımsız bölüm devralanlar dönmeden etkilenmezler. Hatta üçüncü kişi bağımsız bölümü devralırken arsa sahibinin dönme hakkının olduğunu bilse bile sonuç değişmez. Ancak muvazaalı devirler bundan müstesnadır. Muvazaa hâlinde her zaman tapu sicilinin düzeltilmesi davası üçüncü kişilere karşı açılabilir⁶³. Bu görüşe göre dönmeden önce tapuda yapılan tescil, dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak yolsuz tescil hâline gelmez⁶⁴.

Klasik dönme görüşüne göre borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalksa bile tasarruf işlemi bundan etkilenmez. Dolayısıyla dönme aynı hakka etki etmez, devredilen hakkın kendiliğinden devredene dönmesini sağlamaz⁶⁵. Yüklenici adına yapılan tescil, geçerli bir tescil olup yolsuz tescil değildir⁶⁶. Taşınmazı devreden kişi sebepsiz

⁶² ÖZ, s. 138-139; ÖZ, M., Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, İstanbul 1990, s. 102-103; ARAT, s. 139; ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024, s. 675; GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, İstanbul, 2024, s. 397; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014; SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016, s. 153; SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s. 60; KAHRAMAN, s. 788. s. 143- 144

⁶³ ARAT, s. 141; KAHRAMAN, s. 788.

⁶⁴ ARAT, s. 141.

⁶⁵ GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 397; ÖZ, s. 130-141; ERMAN, s. 177; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 145-146; KAHRAMAN, s. 788.

⁶⁶ ERMAN, s. 177; KAHRAMAN, s. 788.

zenginleşmeye dayanan bir tescile zorlama davası açmak durumundadır⁶⁷.

Sebepsiz zenginleşme görüşü de denilen kanunî borç ilişkisi görüşüne göre de dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Fakat dönmenin tasarruf işlemine bir etkisi yoktur. Dönme ile birlikte devredilmiş olan hak kendiliğinden devredene geri dönmez⁶⁸. İfa edilen edimler sebepten yoksun olmadığı için ortada gerçek bir sebepsiz zenginleşme bulunmamaktadır. Dönme ile birlikte taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanundan doğan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Bu nedenle zamanaşımı süresi on yıldır. İade borcunun kapsamını belirleme noktasında sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır⁶⁹. Bu görüşe göre de dönmenin tasarruf işlemine bir etkisi olmaz⁷⁰.

Son zamanlarda giderek daha çok taraftar toplayan⁷¹ ve bizim de katıldığımız yeni dönme görüşüne göre ise dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz. Dönme, ifa edilmemiş edimleri geleceğe etkili olarak ortadan kaldırır. Taraflar ifa etmiş oldukları edimleri geri isteme hakkını kazanırlar. İade borcu sözleşmeye dayanır. Dönme beyanı ile borç ilişkisinin içeriği değişir ve taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulur⁷².

⁶⁷ **ERMAN**, s. 177; **ÖZ**, s. 130-141; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 145-146.

⁶⁸ **KOLLER**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Bern 2017, pr. 55.134; **ÖZMEN**, E. Saba/**ÜREM**, Müge, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s. 6; **SEÇER**, Eser, s. 153.

⁶⁹ **TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Halûk/**ALTOP**, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 968; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul 2023, s. 549; **SEROZAN**, s. 61 vd.; **ÇETİNER**, s. 676; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 145; **SEÇER**, İnşaat, s. 153.

⁷⁰ **KOLLER**, pr. 55.134; **SEÇER**, s. 713; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 145.

⁷¹ **FIKENTSCHE**R, Wolfgang/**HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston 2017, s. 321; **EREN**, s. 1427; **GÜNERGÖK/KAYIHAN**, s. 398; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 156.

⁷² **FIKENTSCHE**R/**HEINEMANN**, s. 322; **STURNER**, Michael, Prütting-Wegen-Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Hrsg: Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd), 13. Auflage, Hürth 2020, s. 655, (**PWW/Stürner**); **BROX/WALKER**, Besonderes Schuldrecht, 29. Auflage, München 2004, s. 270 vd; **LOOSCHELDERS**, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2021,

Dönüşüm teorisi⁷³ de denilen yeni dönme görüşünün Türk Hukuku'ndaki en önemli temsilcisi olan Serozan'a göre dönme ile aynî hak devredene kendiliğinden geri dönmez⁷⁴. Onun verdiği geri almaya yönelik bir nispi hakkı vardır ve bu hakkını sadece sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürebilir. Kötü niyetli bile olsa üçüncü kişiye karşı ileri süremez. Fakat üçüncü işi sadece kötü niyetli değil aynı zamanda bozuk niyetliyse onun bu davranışı TBK m. 49/II (eBK m. 41/II)'ye aykırı olacağı için tazminat talep edebilir⁷⁵.

Yeni dönme görüşüne göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şöyle bir sonuç ortaya çıkar: Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda ifa edilmemiş edimler bakımından sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmadığı için dönmeden önce tescil yolsuz tescil hâline gelmez. Böyle bir tescile güvenerek bir aynî hak iktisap eden üçüncü kişinin bu iktisabı korunur. İktisap anında tescil yolsuz olmadığı için TMK m. 1023'e gitmeye dahi gerek yoktur. Ancak müktesip iyi niyetli değilse kanaatimizce TBK m. 49/II'den önce muvazaa ihtimali gündeme gelebilir.

Aynî etkili dönme görüşüne göre ise dönme sözleşmeyi baştan itibaren ortadan kaldırır. Aynî hakkın geçirildiği andan itibaren sözleşmeyi yok saymak gerekir. Bunun mantikî sonucu dönme gerçekleşmişse aynî hakkın hiç kurulmamış sayılmasıdır. Şu hâlde dönme ile birlikte sadece borçlandırıcı işlem değil tasarruf işlemi de geçersiz olur ve mülkiyet hakkı kendiliğinden devredene döner⁷⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu görüşün sonucu şudur: Mademki dönme ile sözleşme hiç kurulmamış gibi ortadan kalkmakta ve tasarruf işlemi de baştan itibaren geçersiz olmaktadır, o zaman yüklenici lehine yapılan tescil de baştan itibaren yolsuz hâlde gelmiştir. Yükleniciden

s. 306; SEROZAN, s. 68-70; EREN, s. 1427; ÇETİNER, s. 676-677; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 399; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 149-150.

⁷³ ÇETİNER, s. 676; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 398; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 148.

⁷⁴ Ayrıca bkz. PWW/Stürner, s. 655 vd.

⁷⁵ SEROZAN, s. 94-95, 568-569.

⁷⁶ ÖZ, s. 141. Öz'e göre sadece soyutluk görüşü benimsenirse dönmenin geçmişe yürürlü etkisi daha önceden yapılmış olan iktisabın geçerli olmasına izin verir. Öz'e göre bu görüş, (eserin yayınlandığı tarih itibarıyla) sadece kendisi tarafından savunulmaktadır (ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 218). Görüş hakkında ayrıca bkz. KOLLER, pr. 55.134.

bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin iktisabı da bu sebeple geçerli değildir. Bununla beraber üçüncü kişi iyi niyetli ise bu iktisabın TMK m. 1023'e göre korunması gerekir⁷⁷.

Görüldüğü üzere dönmeyi izah eden teorilerden üç tanesi dönme hâlinde üçüncü kişinin iktisabını geçerli sayarken sadece aynî etkili dönme teorisi bu iktisabın geçersiz olduğunu savunmaktadır. Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediği anlaşılmaktadır. Bununla beraber Yargıtay aynî etkili dönme görüşü taraftarlarının da bir adım önüne geçmiştir. Zira bu görüşü savunanlar bile iyi niyetli üçüncü kişinin iktisabının TMK m. 1023'e göre korunacağını kabul ederken Yargıtay, yükleniciden arsa payını devralan üçüncü kişinin m. 1023'ten yararlanamayacağı görüşündedir. Yargıtay'a göre üçüncü kişi tarafından "... iyiniyet iddiası ileri sürülemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmamaktadır"⁷⁸. Görüldüğü üzere Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğunda TMK m. 1023'ü adeta yok saymaktadır.

Yukarıda kısaca açıklanmış olduğu üzere dönmeyi açıklayan başlıca dört teori bulunmaktadır ve Yargıtay bu görüşlerden aynî etkili dönme görüşünü tercih etmiştir. Bu görüşlerin hangisinin daha isabetli olduğu yönündeki bir tartışma bu makalenin boyutlarını da amacını da aşmaktadır. Bu nedenle dönme teorilerini uzun uzadıya tartışmadan aynî etkili dönme teorisinin bazı sakıncalarından söz etmek istiyoruz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki dönme kanunda tanımlanmamıştır. Bu nedenle söz konusu görüşlerden hangisinin kabul edileceği bir tercih meselesidir. Her görüşün savunulabilecek yönleri kadar eleştiriye açık yönleri de bulunmaktadır⁷⁹. Bir görüş ya da yorum tarzı diğerlerine tercih edilirken teorik dayanağı kadar uygulamada ortaya çıkaracağı sonuçlar da önemlidir. Daha açık bir ifadeyle, hukukçu yorum yaparken teorik tartışmalar arasında boğulmamalı, savunduğu görüşün pratik sonuçlarını da hesap etmelidir. Unutmamak gerekir ki hukukun amacı adalettir. Hâkim karar verirken çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmak zorundadır. Bu nedenle teorik olarak daha doğru gibi görünen bir görüş uygulamada haksızlıklara yol açıyorsa kabul edilmemelidir.

⁷⁷ ÖZ, s. 149-150; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 103, dn. 95. Ayrıca bkz. ÇETİNER, s. 675-676.

⁷⁸ Yargıtay HGK, 21.01.2020 T, 2018/23-240 E, 2020/43 K, pr. 20. (www.kazanci.com)

⁷⁹ GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 399.

Hukukumuzda bunun örnekleri de vardır. Mesela hukukî işlemin en temel kurucu unsuru irade beyanıdır. İrade beyanı yoksa hukukî işlem de yok hükmündedir. Ayırt etme gücü olmayanın iradesinden söz edilemeyeceğine göre geçerli bir irade beyanının varlığından da söz edilemez. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin yaptığı sözleşmenin yok hükmünde olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat doktrindeki hâkim kanaate ve Yargıtay'a göre ayırt etme gücü olmayanın yaptığı işlem kesin hükümsüz, eski tabiriyle bâtıldır. Yokluk yerine kesin hükümsüzlüğün kabul edilmesinin sebebi ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiyi korumak ve onu yokluğun ağır sonuçlarından kurtarmaktır⁸⁰.

Türk Medenî Kanunu m. 1'e göre kanun sözüyle ve özüyle birlikte uygulanır. Bir hükmün anlamı ortaya konulurken kanunun lâfzının yanı sıra kanun koyucunun amacına da bakılır. O hâlde sadece lâfza bağlı kalmamak ve kavram içtihatçılığı yapmamak gerekir.

Kanun bazen kamu düzeni, genel ahlâk gibi sebeplerle bir kısım sözleşmeleri geçerli olarak kabul etmez. Bazen de sözleşmenin korunmaya lâyık tarafını diğer taraf karşısında himaye etme amacı güder. Korunmaya lâyık olan taraf kesin hükümsüzlükte zayıf olan, iptal hâlinde ise iradesi sakatlanan taraftır. Dönmede de bu hak kendisine tanınan taraf korunmaya lâyık olan taraftır. Borçlunun mütemerrit olması durumunda korunmaya lâyık olan tarafın alacaklı olduğu açıktır. Bu nedenle temerrüt durumunda alacaklıya dönmenin yanı sıra daha başka haklar da tanınmıştır (TBK m. 125). Dönmede temerrüde düşen borçlunun alacaklıya karşı korunması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Fakat kusuru ile temerrüde düşen üçüncü kişi değil, yüklenicidir. Dolayısıyla üçüncü kişinin korunmaması için bir sebep yoktur. Bu ilişkide arsa sahibi ne kadar masumsa iyi niyetli üçüncü kişi de o kadar masumdur. Bu durumda masum olan iki taraftan hangisi tercih edilecektir?

Kanaatimize, aşağıdaki sebeplerle arsa sahibi karşısında iyi niyetli üçüncü kişinin tercih edilmesi ve korunması gerekir:

Birincisi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için arsanın peşinen devri zorunlu değildir. Arsa sahibinin, sözleşmede hüküm yoksa inşaatın geldiği aşamaya göre devir

⁸⁰ Ayırt etme gücü olmayanın yaptığı işlemler hakkında bkz. **ERKAN**, Vehbi Umut/**YÜCER**, İpek, Ayırt Etme Gücü, AÜHFD, 60 (3) 2011, s. 499 vd.

mecburiyeti de bulunmamaktadır. Devrin, yüklenicinin işi eksiksiz bir biçimde tamamlaması şartıyla yapılacağı sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Bu ihtimalde bağımsız bölümleri daha işin başında satarak kredi temin etmek isteyen yüklenici, alacağın temliki yoluyla amacına ulaşabilir. Böyle bir durumda yüklenici edimini ifa etmediğinde arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği ödemezlik def'i üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği için arsa sahibi korunmuş olur. Şu hâlde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsanın peşinen devri bir zorunluluk olmadığı gibi yüklenicinin kredi temin edebilmesi için de olmazsa olmaz bir şart değildir. O zaman, hiçbir zorunluluğu olmadığı hâlde arsayı devreden ve yükleniciyi tapuda malik hâline getiren arsa sahibi ortaya çıkardığı bu durumun sonucuna katlanmalıdır.

Ortada inşaat yokken bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin korunmaması gerektiği yönündeki fikre de katılmıyoruz. Çünkü aynı eleştirinin arsa sahibine karşı yöneltilmesi de mümkündür. O da henüz ortada bina yokken hiçbir karşılık almaksızın arsasını devretmiştir. Arsa sahibinin, mülkiyet hakkını devrettikten sonra yüklenicinin mülkiyet hakkından kaynaklanan bütün yetkileri kullanabileceğini bilmesi gerekir⁸¹.

İkincisi, iyi niyetli üçüncü kişiler kanun (TMK m. 1023) tarafından da korunmaktadır. Bu korumanın sebebi tapu siciline güven ilkesidir. Şayet tapu siciline güven korunmazsa hukukî işlem güvenliği, dolayısıyla hukukun en temel ilkelerinden olan hukukî güvenlik ilkesi de ihlâl edilmiş olur.

Üçüncüsü, bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden iyi niyetle mülkiyet ya da sınırlı aynî hak iktisap eden kişinin bu iktisabı korunur (TMK m. 988). Müktesibin korunmasının tek sebebi iyi niyetli olması değil aynı zamanda malikin yanaltıcı bir görünüş yaratmasıdır. Malik, güvenilmeyecek bir kişiye eşyasını emanet ederek onun malik olduğu noktasında yanaltıcı bir görünüş yaratmıştır. O hâlde bunun sonuçlarına katlanmalıdır⁸². Gerçi TMK m. 1023 görüntüye güveni değil tapu siciline güveni korumaktadır. Fakat yüklenicinin tapu sicilinde malik olarak görünmesini sağlayan arsa sahibi olduğuna göre, meydana getirdiği bu görüntünün olumsuz sonuçlarına katlanması gereken de arsa sahibidir.

⁸¹ EROL, Mustafa, Çalıştay, s. 126.

⁸² BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet, Medenî Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 215- 216.

Arsa sahibi sadece tapuyu devretmekle kalmamış arsayı da teslim ederek bir nevi emin sıfatıyla zilyetlik de meydana getirmiştir. Böylece üçüncü kişinin yanılmasına yol açmıştır. O hâlde arsa sahibi bu davranışının sonuçlarına katlanmalıdır.

Dördüncüsü, yüklenicinin işi yarım bırakıp arsayı üçüncü kişilere devrederek ortadan kaybolması ihtimaline karşı arsa sahibinin kendisini koruyabileceği bazı yollar bulunmaktadır. Mesela arsayı devrederken kendi lehine bir geri alım hakkı tesis edebilir. Bu durumda arsa kimin eline geçerse geçsin arsa sahibi ona karşı dava açarak arsasını geri alabilir. Geri alım hakkı tapuya şerh edileceğinden üçüncü kişilerin bunu bilmiyordum deme imkânları da kalmaz. Dilerse arsa sahibi devir esnasında kendi lehine bir ipotek tesis ettirerek de hakkını güvence altına alabilir. Dahası, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilmesi de mümkündür. Arsa sahibi bunların hiçbirini yapmamaktadır. Bunun sebebi masraftan kaçınmaktır. Kendini koruyabileceği çok farklı yollar varken bunların hiçbirini yapmayan, kendi küçük menfaati (tapu harcı ödememek) için üçüncü kişilerin menfaatlerini hiçe sayan arsa sahibinin korunmaya lâyık bir tarafı bulunmamaktadır.

Beşincisi, yükleniciyi bulan üçüncü kişi değil, arsa sahibidir. Yüklenicinin ekonomik durumunu, dürüstlüğünü, güvenilirliğini yeterince araştırmadan sözleşme yapan arsa sahibi bu tercihinin sonuçlarına katlanmalıdır. Uygulamada arsa sahipleri yüklenicilerden birini diğerine tercih ederken alacağı bağımsız bölüm sayısını hesap etmekte ve kim daha yüksek bir oran teklif ederse onunla sözleşme yapmaktadır. Küçük hesaplar bazen büyük sorunlara yol açmaktadır. Mesela sırf noter harcı ödememek için resmî şekilde yapılması gereken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapılmakta ve arsa sahibi işi tamamlayamadığında geçersizlik müeyyidesi ile karşı karşıya kalınmaktadır. O hâlde oran olarak biraz daha fazla arsa payına sahip olma düşüncesiyle güvenilir olmayan bir yüklenici ile sözleşme yapan arsa sahibinin iyi niyetli üçüncü kişi karşısında korunmaması gerekir.

Altıncısı, arsa sahibinin her halükârda korunması, yüklenici ile arsa sahibinin anlaşarak piyasayı dolandırmalarına da zemin hazırlayabilir.

Yedincisi, arsa sahibi bu ilişkide zayıf olan taraf değildir. Yüklenici ile yaptığı sözleşmenin şartlarını belirleme imkânına sahiptir. Oysa yükleniciden bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişi çoğu zaman tüketicidir ve kural olarak tüketici korunur.

Sekizincisi, arsa sahibi korunduğu takdirde, arsasını, arsa üzerinde yapılan ve üçüncü kişilere devredilen bağımsız bölümlerle birlikte geri almaktadır. Bu durumda üçüncü kişinin yapabileceği tek şey yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava açmaktır. Bu ihtimalde yüklenici çoğu zaman borca batık olacağından üçüncü kişinin eline hiçbir şey geçmeyecek, başını sokacak bir ev almak hayaliyle dışından tırnağından arttırdığı paraları kaybedecektir. Dahası, aynı etkili dönme görüşüne göre arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı açacağı dava zamanaşımına uğramazken, üçüncü kişinin yükleniciye karşı açacağı sebepsiz zenginleşme davası zamanaşımına uğramış olabilecektir. Başta da belirttiğimiz üzere hukukun amacı adalettir. Kanun koyucunun amacı böylesine haksız bir sonucun ortaya çıkması olamaz.

Dokuzuncusu, alacağını alamayan arsa sahipleri çok sayıda bağımsız bölümün üzerine tedbir koydurarak dava açmaktadır. Bazen bağımsız bölümlerin toplam değeri arsa sahibinin alacağının üzerinde de olabilmektedir. Konulan tedbirler sebebiyle bağımsız bölüm malikleri yıllarca bağımsız bölümlerini satamamakta, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini istediği gibi kullanamamaktadır. Mesela bağımsız bölümünü ipotek ettirip kredi çekmek istediğinde bunu yapamamaktadır. Bu ise mülkiyet hakkının dolaylı olarak ihlali anlamına gelir. Ayrıca sonuçta davayı kazansalar bile kat malikleri yıllarca tedirgin edilmektedir. Hiç mecbur olmadığı hâlde arsanın mülkiyetini başta devreden arsa sahibini korumak adına üçüncü kişilerin yıllarca huzursuz edilmesi ve mülkiyet haklarının kısıtlanması doğru değildir. Bu nedenle korunması gereken taraf üçüncü kişidir.

Onuncusu, bu uygulama devam ederse, her ne kadar bazı sıkıntılar yaşansa da ülkemizde başarılı bir şekilde uygulanan ve pek çok kişinin konut sahibi olmasını sağlayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine güven kalmayacak, bu sözleşme önemini kaybedecektir.

Nihayet, arsa sahibi korunurken asıl malik olduğu düşüncesiyle korunmaktadır⁸³. Oysa üçüncü kişinin iktisap ettiği hak da bir mülkiyet hakkıdır ve bu hakkı iktisap ederken bedelini de ödemiştir.

⁸³ “Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır” (Yargıtay 1. HD, 14.02.2022 T, 2021/2279 E, 2022/1114 K; 1. HD. 14.11.2022 T, 2022/10913 E, 2022/12914 K. www.kazanci.com).

Görüldüğü üzere bu ilişkide arsa sahibinin değil, üçüncü kişinin korunması gerekmektedir⁸⁴. Fakat aynı etkili dönme görüşü arsa sahibini korumaktadır. Artık azınlıkta kalan⁸⁵ bu görüş terk edilmelidir.

Bu görüşün haksız sonuçları kadar hukuken eleştiriye açık pek çok yönü de bulunmaktadır.

İlk olarak bu görüş, dönme ile birlikte sözleşmenin adeta hiç kurulmamış sayılacağını yani yok hükmünde olacağını savunmaktadır. Aslında klâsik dönme görüşünün taraftarları da aynı düşüncededir. Fakat aradaki en önemli fark, aynı etkili dönme görüşüne göre tasarruf işleminin de geçersiz sayılmasıdır. Klâsik dönme görüşü hiç değilse tasarruf işlemine dokunmamakta, verilenlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁶.

Kanaatimizce dönme ile birlikte sözleşmenin yok hükmünde olacağını geçerli bir hukukî temeli bulunmamaktadır. Çünkü yokluk hukukî işlemin kurucu unsurlarının eksikliği hâlinde söz konusu olur⁸⁷. Borç sözleşmelerinde kural olarak bir tek kurucu unsur vardır, o da irade beyanıdır. Bu kuralın istisnası malın teslimini de şart kılan real sözleşmelerdir⁸⁸ ki Roma Hukukunda bir zamanlar yaygın olan real sözleşmeler bugünkü hukukumuzda istisnadır. Dönme hâlinde ise kurucu unsurları tamam olan, geçerli bir şekilde kurulan hatta yıllarca geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuran bir sözleşme bulunmaktadır. Böyle bir sözleşmeyi kurucu unsurları bulunmayan bir sözleşmeyle (aslında buna sözleşme bile denemez) aynı sonuçlara tâbi tutmak mümkün değildir.

⁸⁴ Yüklenici seçiminde gerekli özeni göstermeyen, edimini peşinen ifa eden ve yükleniciden alabileceği teminatları almayan arsa sahibinin üçüncü kişi karşısında korunmaması gerektiği yönünde bkz. **KAHRAMAN**, s. 792.

⁸⁵ **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 194.

⁸⁶ **ÖZ**, s. 138-139.

⁸⁷ **KOCAYUSUFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası, İstanbul 2008, s. 579. **EREN**, s. 383; **AKINCI**, s. 193; **DEMİRSATAN**, Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 18; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2016, s. 127-128.

⁸⁸ **EREN**, s. 383.

Dönme hâlinde sözleşmenin baştan itibaren ortadan kalkacağı fikrinin temel dayanaklarından biri, TBK m. 125/III'te (eBK m. 108/II) geçen "sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle" ifadesidir⁸⁹. Oysa Serozan'ın da haklı olarak belirttiği gibi dönme, ne dönmeyi haklı kılacak olgular ne de sonuçları yönünden hükümsüzlükle bir tutulamaz. Çünkü dönmeyi haklı kılacak maddî olgular geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkan ve her zaman sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırılık bile taşıyabilen ifa engelleridir. Bu nedenle dönme ile sözleşmenin hükümsüz hale geldiği söylenemez. Öte yandan TBK m. 125/III'ten dönme ile sözleşmenin baştan itibaren ortadan kalktığı yönünde bir sonuç da çıkarılamaz⁹⁰.

Klasik dönme görüşü ve onun en aşırı şekli olan aynî etkili dönme görüşü dönmeyi hükümsüzlükle bir tuttuğuna göre hükümsüzlük kavramına kısaca bir göz atmak ve dönme ile mukayese etmekte yarar görüyoruz.

Borçlar hukukunda hükümsüzlük (geçersizlik), klasik ayırma göre, kesin hükümsüzlüğü (butlanı), iptali ve eksikliği içine alan bir üst kavramdır. Bu ayırmda en ağır müeyyide kesin hükümsüzlük (butlan) olup sözleşmenin baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaması demektir. Kesin hükümsüzlük kural olarak kamu yararı düşüncesiyle öngörölmüş bir müeyyidedir. Bu nedenle def'i değil, itiraz olarak ileri sürölür ve hâkim kesin hükümsüzlüğü resen dikkate alır. Ayrıca kesin hükümsüzlüğü, işlemin geçersiz sayılmasında menfaati bulunan herkes ileri sürebilir. Kesin hükümsüzlük kural olarak sözleşmeyi (borçlandırıcı işlemi) baştan itibaren geçersiz kıldığı için sebebe bağılılığın benimsendiği bir hukuk sisteminde tasarruf işleminin de geçersiz olacağı açıktır. Bu durumda devredilen aynî haklar istihkak veya taşınmazlarda tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla geri alınırlar⁹¹. Fakat kesin hükümsüzlük durumunda bile çoğu kez tapudaki yolsuz tescile güvenen üçüncü kişilerin iktibası korunur⁹². Mesela muvazaa hâlinde hâkim fikre göre sözleşme kesin hükümsüzdür. Bazı yazarlar ise yok hükmünde olduğu fikrindedir⁹³. Ancak her iki durumda da muvazaalı olarak adına yolsuz

⁸⁹ ÖZ, s. 163; OĞUZMAN/ÖZ, s. 546; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 397.

⁹⁰ SEROZAN, s. 68, 74.

⁹¹ EREN, s. 387-388.

⁹² CANSEL, s. 26 vd.

⁹³ ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017, s. 113-115.

tescil yapılan iyi niyetli üçüncü kişiler TMK m. 1023'e göre korunurlar⁹⁴. Hile⁹⁵ ile veya sahte vekâletle⁹⁶ yapılan kayıtlarda bile üçüncü kişi korunmaktadır. Şu hâlde sahte vekâletle yapılan tescillerde ve kesin hükümsüzlük (butlan) hâlinde bile yolsuz tescile güvenerek iyi niyetle aynî hak iktisap edenin bu iktisabı korunurken dönme hâlinde aynî etkiden söz ederek müktesibi korumamak açık bir çelişkidir.

Bu noktada dikkat çekmek istediğimiz bir diğer husus da şudur: En ağır geçersizlik türü olan kesin hükümsüzlükte bile sözleşmenin ölü

⁹⁴ EREN, s. 416; AKINCI, s. 150; ATAMULU, s. 152 vd.

⁹⁵ CANCEL, s. 87-88.

⁹⁶ Vekil vekâlet görevini kötüye kullanmışsa fakat vekil ile sözleşme yapan kişi iyi niyetliyse vekilin yaptığı sözleşme müvekkili bağlar (ÜNAL/BAŞPINAR, s. 404-405). Yargıtay da sahte vekâletle yapılan devirlerde bile tapudaki kayda iyi niyetle güvenen kişinin korunması gerektiğine hükmetmektedir. Sahte vekâletle yapılan devirler kanaatimizce yok hükmündedir. Çünkü gerçek malikin irade beyanı bulunmamaktadır. Bir an için şeklen de olsa bir irade beyanının olduğu ancak tasarruf yetkisinin bulunmadığı ileri sürülse bile en azından böyle bir devri kesin hükümsüz saymak gerekir. Fakat ister yok hükmünde ister kesin hükümsüz sayılsın, Yargıtay bu tür devirlerde TMK m. 1023'ün şartlarının oluşup oluşmadığının araştırılması ve üçüncü kişi iyi niyetli ise tapudan kazandığı hakkın korunması gerektiğine hükmetmektedir. Bir kararında Yargıtay sahte vekâletle yapılan devri bâtil addetmiş ancak davalının TMK'nin 1023. maddesinden yararlanabileceğine hükmetmiştir. Karara konu olan olayda dava konusu taşınmaz davacı adına kayıtlı iken sahte vekâletname ile S tarafından davalılardan M'ye temlik edilmiş, ondan da Halit devralmıştır. İlk derece mahkemesi ilk devrin yok hükmünde olduğuna karar vermiş ve H aleyhine açılan davayı kabul etmiştir. Yargıtay, "*ne var ki, davalı Halit 2.el durumunda olup iyiniyet savunmasında bulunmuştur. Gerek öğretide gerekse uygulamada ilk elden sonraki malikler bakımından M.K nun 1023.maddesinin uygulama yeri bulacağı kabul edilen bir olgudur. Bu kabule ters düşen mahkeme gerekçesinin yasal olduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır*" diyerek karar bozmuştur (Yargıtay 1. HD, 19.06.2022 T, 2022/6828 E, 2002/7823 K. www.kazanci.com). Başka bir olayda ise şu şekilde hüküm tesis etmiştir: "*...açılan davada ileri sürülen sahtecilik olgusunun davanın taraflarınca kabul edildiği, çekişmeli taşınmazın davacı Mustafa'nın iradesi dışında, davalı Mehmet'e ondan da Murat'a temlik edildiği anlaşılmaktadır. Esasen bu husus mahkemenin de kabulündedir. İlk el Mehmet yönünden sahteciliğe dayalı olarak yapılan temlik ve tescilin geçersiz ve yolsuz olduğu tartışmasızdır. Ne var ki, ikinci el konumundaki Murat'ın, koşulları oluşması halinde Medeni Kanununun 1023. maddesinde öngörülen koruyuculuktan yararlanacağı da kuşkusuzdur*" (Yargıtay 1. HD, 14.11.2020 T, 2002/10913 E, 2002/12914 K. www.kazanci.com). Sahte vekâlet ya da ehliyetsizlik gibi daha ağır durumlarda bile üçüncü kişi TMK m. 1023'e göre tapuya güven ilkesi gereği korunurken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şerh de yoksa malikten devralanların da korunması gerektiği yönünde bkz. MEYDAN, Ahmet, Çalıştay, s. 116. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZYİĞİT, s. 47 vd.

doğduğu, baştan itibaren geçersiz sayılacağı ve bir daha asla geçerli olamayacağı fikri giderek terk edilmeye başlanmıştır. Son zamanlarda daha çok taraftar bulan esnek hükümsüzlük teorisine göre hükümsüzlüğün sonuçlarını doğurduğu an değişken olup, her zaman geçmişe etkili değildir. Hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuç doğurduğunu kabul edebilmek için bu sonucun ihlâl edilen kanun hükmünde açıkça düzenlemiş olması gerekir⁹⁷. En ağır hükümsüzlük türünde bile hükümsüzlüğün geçmişe etkisi tartışılırken dönmenin geçmişe etkili olacağını,-üstelik açık bir kanunî dayanağı bile yokken-peşinen kabul etmek dogmatik bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

Hükümsüzlüğün bir diğer türü iptaldir. İptal hâlinde sözleşmenin kural olarak baştan itibaren geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁹⁸. Bunun mantıklı bir sebebi vardır: Eğer iptal sebepleri varsa sözleşme daha doğarken sakat doğmuştur. Çünkü sözleşmeyi kuran irade sağlıklı bir irade değildir. Ya hile veya korkutma ile sakatlanmıştır. Bazen de irade ile beyan arasında uygunsuzluk vardır. Aşırı yararlanma (gabin) durumunda da karşı taraf, zor durumda olanın bu durumundan yararlanarak onu sömürme kastıyla hareket etmiştir. Bütün bu durumlarda iradesi sakatlanan veya iradesi ile beyanı arasında uygunsuzluk bulunan yahut gabine maruz kalan kişinin korunması gerekir. Baştan itibaren sözleşmeyi geçersiz kılmak hem bu kişilerin korunabilmesi bakımından hem de zaten sözleşme doğuştan sakat olduğu için anlamlıdır. Öte yandan iptal hâlinde korunmaya lâyık taraf, aldatan, korkutan, sömüren taraf değil, işleminden zarar gören taraftır.

İptal sadece borçlandırıcı işlemi değil, tasarruf işlemi de baştan itibaren geçersiz hâle getirir⁹⁹. Bununla beraber iptalin geçmişe etkisi mutlak değildir. Sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde iptal geleceğe etkilidir. Ayrıca iptal bir hak düşürücü süre ile sınırlanmıştır. Bu süre içinde sözleşme iptal edilmezse geçerli bir biçimde varlığını sürdürür. Dahası, tıpkı kesin hükümsüzlükte olduğu gibi iptalde de, sözleşme iptal edilmeden önce tapudan iyi niyetle bir aynî hak kazanan kişinin bu kazanımı korunur¹⁰⁰.

⁹⁷ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 588 vd.; EREN, s. 388-389; ANTALYA, s. 125-126.

⁹⁸ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 586; GÜL, s. 143.

⁹⁹ GÜL, s. 96.

¹⁰⁰ CANSEL, 31.

Görüldüğü üzere gerek kesin hükümsüzlükte gerekse iptalde hem sözleşmenin (borçlandırıcı işlemin) hem de tasarruf işleminin baştan itibaren geçersiz sayılmasının son derece mantıklı ve tutarlı sebepleri bulunmaktadır. Fakat aynı şey dönme için söylenemez. Zira dönme bir geçersizlik sebebi değildir. Bu nedenle dönmeyi, yokluk, butlan ve iptal gibi ağır geçersizlik türleri ile aynı sonuçlara tâbi tutmanın doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. Dönme borç ilişkisini ortadan kaldırır. Sebebe bağlılığın kabul edildiği bir hukuk sisteminde borç ilişkisi ile birlikte bu ilişkiye dayanılarak gerçekleştirilen tasarruf işleminin de ortadan kalkması gayet doğal ve mantıklı bir sonuçtur. Fakat problem tasarruf işleminin dönme ile birlikte, geleceğe etkili olarak mı yoksa baştan itibaren mi ortadan kalkacağı noktasında toplanmaktadır. Yeni dönme görüşünün dışındaki tüm görüşler dönme ile borçlandırıcı işlemin baştan itibaren ortadan kalkacağını ancak tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceğini kabul etmektedirler. Sadece aynı etkili dönme görüşü tasarruf işleminin de baştan itibaren geçersiz olacağını savunmaktadır. Ancak bu görüş pek çok sakıncayı bünyesinde barındırmaktadır.

Her şeyden önce ifasına başlanmış bir sözleşmeyi özellikle bu sözleşme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise yıllar sonra ortadan kaldırmak ve sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle yapılan her şeyi yok saymak, hiç olmamış farz etmek adil olmadığı gibi somut gerçekliğe de uygun düşmez. Özellikle sözleşmenin geçerli olduğuna güvenilerek yapılan tasarruf işlemlerini yapılmamış saymak hukukî güvenlik ilkesini de ihlâl eder¹⁰¹.

Bizim hukukumuzda borç ilişkisini sona erdiren sebepler; fesih, geri alma, bozma sözleşmesi ve dönmedir. Bunlardan fesih sürekli borç ilişkilerini geleceğe etkili olarak sona erdirir¹⁰². Geri alma ise kısmen fesih kısmen dönmeye benzetilmektedir. Sürekli borç ilişkilerinde geleceğe etkilidir. Bazı ani edimli borç ilişkilerinde ise geçmişe etkili olacağı kabul edilmektedir¹⁰³.

Bozma sözleşmesi (ikale), tarafların daha önceden yaptıkları bir sözleşmeyi, bu sözleşmeden doğan alacak ve borçlarından vazgeçmek

¹⁰¹ Bu noktada Öz'ün felsefik açıklamalarına katılmadığımızı belirtmekle yetiniyoruz (ÖZ, s. 171).

¹⁰² EREN, s. 1424.

¹⁰³ EREN, 1428; AKINCI, Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s. 54-56.

suretiyle sona erdirmeleridir. Bunun için her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına ihtiyaç vardır. Bozma sözleşmesi ilke olarak geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Taraflar bunun aksini de kararlaştırabilirler. Özellikle sürekli borç ilişkilerinin ifasına başlandıktan sonra bozma sözleşmesinin geleceğe etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir¹⁰⁴. Buna göre, taraflardan sadece birinin edimi sürekli nitelikte olsa ve ifasına başlansa artık bozma sözleşmesi geleceğe etkili hüküm ve sonuç doğurur¹⁰⁵.

Görüldüğü üzere sadece ani edimli borç ilişkilerinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilceği kabul edilmektedir. Ancak bu kabul, tasarruf işleminin de mutlaka baştan itibaren ortadan kalkacağı anlamına gelmemektedir. Fakat bir an için ani edimli borç ilişkilerinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkarken tasarruf işleminin de baştan itibaren geçersiz olacağı kabul edilse bile varılan bu sonuç arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için geçerli olmaz. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi satış ve eser sözleşmesinin bazı unsurlarının bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulan bir karma sözleşmedir. Doktrinde¹⁰⁶ eser sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalı olup ani edimli olmadığı yönünde görüşler de vardır. Bir kısım yazarlarla birlikte Yargıtay da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini “geçici-sürekli karmaşığı” bir sözleşme olarak kabul etmektedir. Bu nedenle mesela satım gibi ani edimli bir sözleşmeye uygulanan kuralların bir yönüyle ani, bir yönüyle sürekli edimli sözleşme olarak kabul edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması doğru olmayacağı gibi adil olmayan sonuçlara da yol açar. Nitekim Yargıtay 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında¹⁰⁷ bu gerçeği ifade etmiştir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararına göre “iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ‘ani edimli’ sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise

¹⁰⁴ EREN, s. 1422-1423; SEROZAN, s. 77-78.

¹⁰⁵ SAVAŞ, Abdurrahman, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, (2016), Sayı 26, s. 130-134; BUYRUKÇU, Ömer, Türk Borçlar Hukuku’nda Bozma Sözleşmesi (İkale), Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2020, s. 72. Serozan’a göre ikalede (bozma sözleşmesinde) geri verme edimleri sözleşmeye dayanır. İki yanlı bir işlem olan ikalede benimsenen akdî çözümler çözümünün tek yanlı bir işlem olan dönmede kabul edilmemesinin haklı bir sebebi olamaz. Çünkü her ikisinde de menfaat durumu aynıdır (SEROZAN, s. 78).

¹⁰⁶ Farklı görüşler için bkz. SEÇER, 77 vd.

¹⁰⁷ Yargıtay İBK, 25.01.1984 T, 1983/3 E, 1984/1 K (www.kazanci.com).

de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri 'geçici- sürekli karmaşığı' bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir."

...

"Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde 'hakkı şekle mahkûm edecek derecede' adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir".

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmesine rağmen, kanunda bu sözleşme düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara da yer verildiğine vurgu yapılmıştır. İnşaat sözleşmelerinin ise genellikle uzun bir zaman dilimine yayılması sebebiyle sürekli borç ilişkilerine uygulanan kuralların dikkate alınması gerektiğine işaret edilmiş ve inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Kararda ayrıca, ani edimli borç ilişkileri için öngörülen Borçlar Kanunu'nun 106-108. (TBK m. 125) hükümlerinin "geçici - sürekli karmaşığı" olan inşaat sözleşmelerine uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Bize göre de bu görüş doğru bir görüştür ve aynî etkili dönme görüşü hatta klâsik dönme görüşü, bir an için ani edimli borç ilişkileri bakımından doğru kabul edilse bile anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'na açıkça aykırıdır.

Aynî etkili dönme görüşünü savunanlar diğer görüşlerin kabul edilmesi durumunda asıl malikin yeterince korunmadığını ifade etmektedirler. Bu fikre göre özellikle üçüncü kişinin kötü niyetli olması durumunda tasarruf işlemine dokunulmadığı için asıl malik taşınmazını geri alamayacak, tazminatla yetinmek zorunda kalacaktır. Bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Çünkü yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere arsa sahibi (asıl malik) her ne kadar temerrüde düşen yüklenici karşısında korunması gereken taraf olsa da üçüncü kişi bakımından korunmaya lâyık olan taraf değildir. Öte yandan üçüncü kişiyi en az

koruyan yeni dönme görüşüne göre bile eğer dönmeden sonra üçüncü kişiye devir yapılmışsa devredenin tasarruf yetkisi artık kalmadığı için yapılan devir geçerli olmayacaktır. Bu ihtimalde üçüncü kişi sadece iyi niyetli olması hâlinde korunur. Dönmeden önceki devirlerde de arsa sahibi büsbütün çaresiz değildir. Çünkü eğer üçüncü kişi kötü niyetli ise bu devir çoğu zaman muvazaalı olacaktır. Zira üçüncü kişi kötü niyetli iken devreden yüklenicinin iyi niyetli olma ihtimali yok denecek kadar azdır. Ayrıca arsa sahibinin İİK 277 vd. hükümlerine göre korunması da mümkündür. Gerçi bu hükümlere göre dava açabilmek için bazı şartların oluşması gerekir ve çoğu zaman davacı davayı kazansa bile elde edeceği şey devrettiği taşınmaz değil, bir miktar paradır. Fakat sonuçta büsbütün çaresiz değildir. Fakat aynî etkili dönme görüşü kabul edildiği takdirde üçüncü kişi büsbütün çaresiz kalmaktadır. Yargıtay'a göre üçüncü kişinin iyi niyetli olması bile sonucu değiştirmemektedir. Taşınmazını kaybeden üçüncü kişi ya alacağı zamanaşımına uğradığı için ya da yüklenici borca batık olduğundan dolayı verdiği parayı dahi geri alamamaktadır. Öte yandan eski malik (arsa sahibi) mutlaka taşınmazına kavuşacak diye bir kural da bulunmamaktadır. Unutmamak gerekir ki arsa sahibi zorunlu olmadığı hâlde arsayı daha işin başında devretmiş ve dönme ihtimaline karşı hiçbir tedbir almamıştır. O hâlde bu tedbirsizliğinin sonucuna katlanması gereken taraf arsa sahibidir. TMK m. 23 gibi bazı istisnalara bir kenara bırakılırsa özel hukuk ilişkilerinde, özellikle borçlar hukuku alanında kendini korumayanı kanun korumaz. Arsa sahiplerini ne pahasına olursa olsun korumak için hukukçular gayret etmemeli, arsa sahipleri kendilerini korumak için gayret etmelidir.

Sonuç olarak, aynî etkili dönme görüşünün dışındaki bütün görüşlere göre dönme tasarruf işlemine etki etmez. Dönmeden önceki tasarruf işlemleri geçerli kalmaya devam ederler. Bu nedenle dönmeden önce tapudaki tescil yolsuz tescil değildir. Böyle bir tescile dayanarak aynî hak iktisap eden kişinin iyi niyetli olması bile gerekmez¹⁰⁸. Dönmeden sonra devir yapılmışsa, tescil artık yolsuz hâle geleceği için ancak o vakit müktesibin iyi niyetli olması gerekir. Bize göre de dönmeden önce bir yolsuz tescil bulunmamaktadır. Tescilin yolsuz hâle gelmediği bir dönemde yapılan devirler geçerli olup TMK m. 1023'e gitmeye lüzum yoktur. Bu nedenle yükleniciden bağımsız bölüm devralan kişilerin iyi niyetli olup olmadığını dahi araştırmaya lüzum yoktur. Aynı durum

¹⁰⁸ **ERMAN**, s. 177. Aynı görüşte, **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem, Çalıştay, s. 111; **YILDIRIM**, Abdülkerim, Çalıştay, s. 113.

ipoteke gibi sınırlı aynî haklar edinenler için de geçerlidir. Fakat arsa sahibinin sözleşmeden döneceğini fark eden yüklenici elini çabuk tutup üçüncü kişilere devir yapmışsa o zaman üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmaması önem taşır. İyi niyetli değilse ve şartları oluşmuşsa muvazaa hükümlerine göre yolsuz tescilin düzeltilmesi talep edilebilir.

F. Konunun 25.01.1984 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Açısından Değerlendirilmesi

Yargıtay, eleştiriye konu olan kararlarında sık sık 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapmaktadır. Fakat yukarıda kısaca değerlendirdiğimiz bu karar Yargıtay'ın avans tapu kararlarına dayanak olamaz. Bilakis avans tapu kararlarının anılan İçtihadı Birleştirme Kararı ile çeliştiği kanaatindeyiz. Çünkü avans tapu kararları ancak ani edimli borç ilişkileri için kabul edilebilecek olan aynî etkili dönme teorisini kabul etmektedir. Oysa İçtihadı Birleştirme Kararında eser sözleşmesi "geçici-süreklî karmaşığı" bir sözleşme olarak kabul edilmiştir. Ayrıca söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında üçüncü kişilerin TMK m. 1023'ten yararlanamayacağına ilişkin en ufak bir ibare yoktur. Karar feshin ne zaman ileriye etkili ne zaman geçmişe dönük sonuç doğuracağına dair olup yüklenicinin hangi şartlarda olumlu zararını isteyebileceğini açıklamaya yöneliktir.

III. YARGITAY KARARLARINDAKİ ELEŞTİRİYE AÇIK OLAN DİĞER HUSUSLAR

Yargıtay'ın avans tapu kararları olarak bilinen bu kararları pek çok bakımdan eleştiriye açık kararlardır.

A. Nispidilik İlkesi Bakımından

Bilindiği üzere borç ilişkileri nispidir. Nispidilik ilkesi gereğince üçüncü kişilerin borç ilişkisine dâhil olarak haklar elde etmeleri mümkün olmadığı gibi borç ilişkisinden doğan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi de mümkün değildir¹⁰⁹. Yargıtay'ın avans tapu kararları borçlar hukukunun en temel ilkelerinden biri olan nispidilik ilkesini ihlâl etmektedir¹¹⁰. Öyle ki arsa sahibini korumak uğruna (ki bu ilişkide üçüncü kişi karşısında korunmaya lâyık taraf değildir) arsa sahibinin elinin sadece yükleniciye değil, üçüncü hatta dördüncü, beşinci kişilere

¹⁰⁹ EREN, s. 52 vd.; AKINCI, s. 22.

¹¹⁰ ÖZMEN/ÜREM, s. 27.

kadar uzanabileceği, yükleniciye karşı ileri sürebileceği hakları bunlara karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir.

B. İyiniyet Bakımından

Yukarıda bu konu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ancak şu kadarını belirtelim ki Yargıtay'ın üçüncü kişiyi peşinen kötü niyetli kabul ederek adeta bir kötü niyet karanesi yaratması¹¹¹ hatta iyi niyet araştırmasına dahi lüzum görmemesi kabul edilemez. Öte yandan TMK m. 3'e göre bir hakkın kazanılabilmesi için kanun iyi niyeti şart kılınmışsa iyi niyet araştırması yapılır. Bir hakkın kazanılması iyi niyete bağlı değilse hakkı kazananın iyi niyetli olup olmadığı önemli değildir. TMK m. 1023'e göre bir taşınmazı iktisap edebilmek için öncelikle tapuda devreden adına bir yolsuz tescil olmalıdır. Tescil yolsuz değilse iyi niyet araştırmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü müktesip taşınmazı malikten devralmıştır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulan aynî etkili dönme görüşünün dışındaki tüm görüşlere göre üçüncü kişinin taşınmazı iktisap ettiği anda henüz dönme gerçekleşmemişse tapuda bir yolsuz tescil bulunmamaktadır. Devir tarihinde devreden maliktir. Dönme tasarruf işlemini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmadığı için devreden devir anında tasarruf yetkisi de vardır ve bu nedenle devralan malik olur. Devir anında tescil yolsuz olmadığı için iyi niyet araştırmasına da lüzum yoktur¹¹². Bunun istisnası ancak muvazaalı devirlerde olabilir.

C. Yargıtay'ın Devri Şarta Bağlı Devir Gibi Görmesi

Bizim de katıldığımız bir fikre göre Yargıtay bu kararlarıyla arsa sahibi tarafından yükleniciye yapılan devri bir şartlı devir hâline getirmiştir. Bu şart karşı edimin ifası şartıdır. Karşı edim ifa edilirse devir geçerlilik kazanacak, ifa edilmezse bozucu şart gerçekleşecek ve taşınmaz arsa sahibine geri dönecektir. Bu suretle adeta bir askıda mülkiyet durumu yaratılmıştır. Askı hâli ifa ile sona ermektedir¹¹³.

Oysa böyle bir uygulama taşınmaz hukukuna özellikle tapu sicili sistemine yabancıdır. Çünkü tapu sicilinde devir şarta bağlı olarak yapılamaz. Tescilin geciktirici şarta bağlanamayacağı konusunda tereddüt yoktur. Bozucu şarta bağlı olarak da yapılamaz. Bunun istisnası bağışlayana dönme koşullu bağışlama (TBK m. 292/II) ve art mirasçı atamanın bu kuralın istisnaları olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu iki

¹¹¹ KAHRAMAN, s. 789.

¹¹² ÖZMEN/ÜREM, s. 28.

¹¹³ ÖZMEN/ÜREM, s. 25.

hâlde dahi bozucu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte tasarruf işleminin sona erip aynî hakkın devredene geri dönüp dönmediği tartışmalıdır.¹¹⁴ Özellikle iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından tescilin hükmünün kesin olması gerekir¹¹⁵. Öte yandan bu yaklaşım, tasarruf işleminin geçerliliğini bedelin (karşı edimin) ödenmesi şartına bağlamaktadır. Bizim hukukumuzda mülkiyetin geçişi (mülkiyeti saklı tutma anlaşmaları dışında) bedelin ödenmesi şartına bağlı değildir.

Gerçekten de TBK m. 243 hükmü gereğince bir taşınmaz şarta bağlı olarak satılmışsa şart gerçekleşmeden tapu siciline kaydedilemez. Aynı maddenin II. fıkrasına göre mülkiyeti saklı tutma şartı da tescil edilemez. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 16/II. maddesine göre de tescil talebi "*tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz*". Taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemini bozucu şarta bağlayıp şerh yoluyla üçüncü kişilere karşı ileri sürme imkânı da yoktur. Çünkü bu konuda *numerus clausus* ilkesi geçerli olup şerh edilebilecek hususlar kanunda sınırlı olarak sayılmıştır¹¹⁶.

Mülkiyetin şartlı olarak üçüncü kişiye geçtiği yönündeki bir kabul mülkiyet hakkı kavramı ve bu hakkın sahibine tanıdığı yetkilerle de bağdaşmamaktadır. Çünkü mülkiyet hakkı tasarruf yetkisini de sağlar. Yargıtay, tapuda malik olan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını adeta askıya almakta, tasarruf yetkisini ise büsbütün ortadan kaldırmaktadır. Sadece üçüncü kişinin yaptığı satışlar değil, tesis ettiği sınırlı aynî haklar mesele ipotekler dahi geçersiz sayılmakta, lehine ipotek tesis edilenin iyi niyetli olmasının bir önemi kalmamaktadır. Böyle bir sonuç yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin belirsiz bir süre boyunca taşınmazı üzerinde tasarruf işlemleri yapamamalarına neden olur. Zira bağımsız bölümün yükleniciden satın alındığını ve günün birinde arsa sahibinin sözleşmeden dönerek kendisi aleyhine dava açabileceği ihtimalini bilen hiç kimse üçüncü kişiden mülkiyet ya da sınırlı aynî hak kazanmak istemez. Sonuçta üçüncü kişi açısından içi boşaltılmış bir mülkiyet kavramı ile karşı karşıya kalırız.

D. Yargıtay'ın Bu Kararı Benzer Konularda Verdiği Diğer Kararlarla Çelişmektedir.

¹¹⁴ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 191 vd.

¹¹⁵ CANSEL, s. 7.

¹¹⁶ SEROZAN, s. 571; ÖZMEN/ÜREM, s. 26.

Yargıtay'ın avans tapu kararları sadece 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile değil, benzer konularda vermiş olduğu pek çok kararlar da çelişmektedir. Zira Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin dışında hemen hiçbir sözleşmede üçüncü kişinin TMK m. 1023'e göre aynî hakkı kazanamayacağını söylememekte, bilakis şartları oluşmuşsa kazanacağına hükmetmektedir. Mesela yukarıda da ifade edildiği üzere gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaktadır. Sahte vekâlet ile yapılan devirler ile inançlı devirlerde de üçüncü kişi iyi niyetliyse mülkiyeti kazanacağına hükmedilmektedir. Öte yandan Yargıtay yakın zamana kadar üçüncü kişi lehine ipotek tesis edilmişse bu ipoteğin de geçersiz olduğuna hükmederken¹¹⁷ bu konudaki görüşünü değiştirmiş ve isabetli bir biçimde iyi niyetli üçüncü kişinin korunması gerektiğine hükmetmeye başlamıştır¹¹⁸. Fakat Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz

¹¹⁷ Bölge İdare Mahkemesi'nin "Satıcı Şirketin şeklen malik görüldüğü tapu kaydına, satış sözleşmesinin yapıldığı 01.04.2011 tarihinden ve 31.12.2012 tarihindeki teslimden sonra, 25.06.2014 tarihinde ipotek koyan davalı bankanın teminata konu edilen taşınmazın mevcut durumunu bilmediği, kat irtifaklı yer üzerindeki binalardan habersiz olduğu ve bu binaların mesken olarak kullanıldığından bilgisi olmadığını savunması için davalı bankanın satıcı şirkete kredi verirken ipotek kurulacak taşınmazı araştırma ve değerlendirme, risk analizi oluşturma, değer tespiti yapma ve bu taşınmazlar üzerinde eksper incelemesi yaptırmaması yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasının gerektiği, davalı bankaların teminat karşılığı kredi vermek için sadece tapu kayıtları ile yetinmesinin mümkün olmadığı, teminatın tapu dışı unsurlar bakımından da ayrıntılı eksper raporları ile desteklediğinin bilinen bir gerçek olduğu, harici satışla taşınmazın başkasına satılması uygulamada sıkça rastlanılan bir durum olması karşısında, satış nedeni ile yapılan ödemeleri basit bir araştırma ile tespit edebilecekken araştırmadan veya beklenen haklarının olup olmadığını sorgulamadan kredi vererek ipotek kurmak basiretli bir tüccarın niteliklerinden olan, Bankacılık Kanunu'nda da özenle araştırma yükümlülüğününün davalı kredi veren bankaya yüklenmesine karşın bu araştırmanın yapılmadığı, davacının sözleşme tarihi itibarı ile, yani ipotekten evvel ödemelerinin şirket hesaplarında kayıtlı bulunduğu, bankanın inşaat yapıp satış yapan şirkete kredi verirken bu dairelerin tüketicilere satılması gerçeği üzerinde hiç durulmadığı ve TMK'nın 1024. maddesi kapsamında durumu bilebilecek durumda olan bankanın gerekli özeni göstermediği..." gerekçesiyle ipoteğin kaldırılması yönünde verdiği karar Yargıtay tarafından onanmıştır. (Yargıtay 7. HD, 27.3.2024 T, 2023/802 E, 2024/1789 K. www.kazanci.com).

¹¹⁸ "Davalı bankanın, kanun hükümlerine aykırı davrandığı mahkemece belirlenmemiş olup, şekle aykırı yapıldığı için geçersiz olan ve tapu siciline şerh verilmeyen bir sözleşmeden dolayı, bu sözleşmenin ifasıyla ilgili konuları kredi vermeden ve ipotek koydurmadan önce araştırmadığı, özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle sorumlu tutmanın haklı gerekçesi bulunmamaktadır.

Emredici kanun hükümlerine aykırı davranan davacının kusurlu halleri bir tarafa bırakılarak, kanun hükümlerine aykırı bir davranışı ispatlanamayan, tapu kaydına güvenerek

konusu olduğunda üçüncü kişilerin ileriye etkili fesih dışında TMK m. 1023 hükmünden yararlanamayacağına hükmetmektedir. İleriye etkili feshi ise ancak inşaatın önemli bir kısmı tamamlanmışsa kabul etmektedir.

E.Yargıtay Kararları İnsanların Adalet Duygularını İncitmektedir.

Ülkemizde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yaygın bir uygulaması bulunmakta ve on binlerce belki de yüzbinlerde insan yüklenicilerden bağımsız bölüm satın almaktadır. Arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde üçüncü kişiler aleyhine dava açmakta ve Yargıtay da bu davaları kabul etmektedir. Sonuçta dışından tırnağından arttırdığı paralarla başını sokacak bir ev alabilen kişilerin evleri ellerinden alınmaktadır. Davanın sonunda bağımsız bölümünü kaybeden üçüncü kişiler yükleniciden tazminat da alamamakta ve mağduriyetleri ikiye katlanmakta, haklı olarak isyan etmekte, adalete olan güvenleri sarsılmaktadır. Eğer Yargıtay görüşünü değiştirmezse mağdurların sayısı artacak ve belki de bu mağduriyetler bir sosyal patlamaya yol açacaktır¹¹⁹.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin işin başında arsayı yükleniciye devretmesi ve yüklenici tarafından arsa paylarının üçüncü kişilere satılması durumunda, yüklenicinin temerrüde düştüğü gerekçesiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda Yargıtay, arsa sahibinin üçüncü kişilere karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'a göre arsa sahibi tarafından yapılan bu devirler yükleniciye verilmiş bir avans niteliğindedir ve arsa sahibi verdiği avansı geri alabilir. Üçüncü kişi yüklenicinin halefi olduğu için yükleniciye karşı açılacak davalar üçüncü kişiye karşı da açılabilir. Böyle bir durumda üçüncü kişi TMK m.

diğer davalıya genel kredi sözleşmesiyle kredi kullandıran davalı bankayı, kredinin teminatı bağımsız bölümü adı yazılı sözleşmeyle tapu dışı yolla üçüncü bir kişinin alıp almadığını araştırmadığı için basiretli davranmadığından sorumlu tutmak ve 4721 Sayılı Kanun'un 1023. maddesinden yararlanmayacağını söyleyebilmek adil ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme değildir." (Yargıtay 7. HD, 17.9.2024 T, 2023/2943 E, 2024/3886 K. www.kazanci.com)

¹¹⁹ **ÜRE**, Müge, Çalıştay, s. 108. Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü'ne bu konuda binlerce şikâyet geldiği yönündeki açıklama için bkz. **GÜNGÖR ÖZÇELEBİ**, Derya, Çalıştay, s. 119. Tapu kadastro Hukuk Müşavirliğine binlerce şikâyet ulaştığı yönündeki açıklama için bkz. **ÇELEBİ**, Ömer Sinan, Çalıştay, s. 122.

1023'ten yararlanamaz. Arsanın yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile devralındığını bilmesi gereken üçüncü kişinin iyi niyetinden söz edilemez.

Yargıtay'ın bu istikametteki kararları pek çok açıdan hukuka aykırı ve eleştiriye açıktır.

Her şeyden önce arsa sahibi tarafından yapılan devrin avans niteliğinde olduğu söylenemez. Avans para borçlarında söz konusu olur. Ayrıca bu görüşün kanunî bir dayanağı da bulunmamaktadır. Arsa sahibinin yaptığı devir olsa önce ifa yükümlülüğünün bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

Üçüncü kişinin yüklenicinin halefi olduğu gerekçesiyle ona karşı dava açılabileceğini söylemek de mümkün değildir. Sadece küllî halefiyet durumunda devredene karşı ileri sürülebilecek talepler devralana karşı da ileri sürülebilir. Ayrıca alacağın devri (temlik) hükümlerine göre yapılan devirlerde de arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği talepleri üçüncü kişilere karşı ileri sürmesi mümkündür. Ancak bu sonuç kanundan doğmaktadır. Oysa yüklenici tapu maliki sıfatıyla devir yapmışsa alacağın devri hükümleri uygulanmaz. Nihayet, halefiyet bazen borçlunun iradesinden ama çoğu zaman kanundan doğar. İnceleme konusu olan ilişkide ne borçlu iradesinden ne de kanundan doğan bir halefiyet vardır.

İki tarafa borç yükleyen, Yargıtay'ın ifadesiyle karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde taraflardan birinin karşı edimi iktisap edebilmesi için kendi edimini iktisap etmesi gerektiği yönündeki Yargıtay görüşü, sadece edimler ifa edilmeden önce kabul edilebilir. Zira edimler ifa edilmeden önce kendi edimini ifa etmeyen ya da ifaya hazır olduğunu fiilen göstermeyen, karşı taraftan olan alacağını talep edemez. Aksi hâlde bir ödemezlik def'i ile karşılaşır. Fakat taraflardan biri edimini ifa etmişse diğer taraf geçerli bir biçimde hakkı iktisap eder. Bizim hukukumuzda hakkı iktisabı karşı edimin ifası şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle Yargıtay'ın, yüklenicinin ancak kendi edimini ifa ettiği takdirde mülkiyeti kazanacağı yönündeki gerekçesine katılmak mümkün değildir. Yüklenici tescil ile birlikte malik olur.

Yargıtay, üçüncü kişiye peşinen kötü niyetli saymakta ve üçüncü kişinin inşaata bakarak yüklenicinin arsayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden devraldığını, arsa sahibinin günün birinde sözleşmeden dönebileceğini ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini bilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe de katılma

imkânı bulamıyoruz. Çünkü tapu siciline güven ilkesi bakımından üçüncü kişinin bakmak zorunda olduğu şey sadece tapu sicilidir. İnşaatın fizikî durumuna bakmak zorunda değildir. Bununla beraber yolsuz tescili tapu dışı yollarla öğrenmişse kötü niyetli sayılabilir. O hâlde TMK m. 1023'ün şartlarının oluşup oluşmadığını tespit edebilmek için üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığı araştırılmalı, kötü niyeti TMK m. 3 gereğince davacı ispat etmelidir. Öte yandan üçüncü kişinin iktisabı esnasında henüz dönme gerçekleşmemişse üçüncü kişiyi sadece muvazaa varsa kötü niyetli saymak mümkün olabilir. Bu ihtimalde de zaten muvazaa hükümlerine göre tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir. Üçüncü kişi günün birinde arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğini hesap etmek zorunda değildir.

Üçüncü kişinin TMK m. 1023'e göre mülkiyeti kazanabilmesi için iyi niyetin dışında daha başka şartlara da ihtiyaç vardır. Bunlardan birincisi tapuda bir yolsuz tescilin olmasıdır. Eğer aynî sonuçlu dönme görüşü benimsenir ve dönme ile birlikte tescilin baştan itibaren yolsuz olduğu kabul edilirse bu şart gerçekleşmiş olur. TMK m. 1023'ün öteki şartlarının da gerçekleşmesi durumunda üçüncü kişi mülkiyet hakkını kazanır. Diğer görüşlerin benimsenmesi durumunda ise dönmeden önce yapılan devirlerde yolsuz tescilden söz edilemeyeceği için devir geçerli olur. Bu durumda iyi niyete gerek kalmaksızın devir anında üçüncü kişi malik olur. Dönmeden sonra yapılan devirlerde ise üçüncü kişinin mülkiyeti kazanabilmesi için TMK m. 1023'ün diğer şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Çünkü dönme anından itibaren tescil yolsuz hâle gelmiştir.

İkinci şart ise tapuda bir aynî hakkın kazanılmış olmasıdır. Şahsî haklar m. 1023'e göre iktisap edilemezler. Yargıtay üçüncü kişinin iktisabını şahsî hak olarak kabul etmektedir. Bu görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü üçüncü kişi tapuda malik olan yükleniciden mülkiyet hakkı kazanmıştır. Alacağın devri hükümlerine göre alacak hakkını devralmamıştır. Şu hâlde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payını devralan üçüncü kişi açısından bu şart da gerçekleşmiş olmaktadır.

İyi niyet dışındaki üçüncü şart, arsa payını devralanın üçüncü kişi olmasıdır. Üçüncü kişi, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmeye taraf olmayan kişidir. Yüklenicinin küllî halefleri üçüncü kişi değildir. Yükleniciden arsa payı devralanlar hem sözleşmenin tarafı hem de küllî halef olmadıkları için üçüncü kişi sayılırlar.

Nihayet iktisabın ehliyet, şekil gibi sebeplerle geçersiz olmaması gerekir.

Bütün bu şartlar gerçekleşmişse TMK m. 1023'e göre üçüncü kişi mülkiyet hakkını kazanır. Bu durumda yapılması gereken şartların oluşup oluşmadığını çok iyi tetkik etmek, özellikle üçüncü kişinin kötü niyetli olup olmadığına bakmaktır.

Yargıtay kararları incelendiğinde aynî etkili dönme teorisine göre karar verdiği görülmektedir. Ancak bu teori özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde son derece adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Bu teori kabul edildiğinde arsa sahipleri korunmakta ama asıl korunması gereken iyi niyetli üçüncü kişi korunmamaktadır. Oysa bu ilişkide arsa sahibi üçüncü kişi karşısında korunmaya lâyık taraf değildir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu avans tapu kararları borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan nispiyet ilkesine de aykırıdır. Çünkü arsa sahibine üçüncü, hatta dördüncü beşinci kişilere karşı bile yüklenicinin borcundan dolayı dava açma imkânı verilmektedir. Öte yandan Yargıtay, yüklenici edimini tam olarak yerine getirmediği sürece üçüncü kişiye malik olarak görmemekte ve devri şartlı devir gibi kabul etmektedir. Yıllar sonra beklenmedik bir anda tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile karşılaşan üçüncü kişiler, tedbir kararları sebebiyle mülkiyet haklarını diledikleri gibi kullanamamakta, yıllarca tedirgin ve huzursuz olmakta, taşınmazlarını kaybettiklerinde ya zamanaşımı sebebiyle yükleniciye karşı dava açamamakta veya dava açıp kazansalar bile yüklenici borca batık olduğu için hiçbir şey elde edememektedirler.

Yargıtay kararları benzer konularda verilmiş başka kararlarla da çelişmektedir. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde, sahte vekâlet ile yapılan devirlerde, inançlı temliklerde TMK m. 1023'ün uygulanabileceğini kabul eden Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu hükmün uygulanamayacağını söylemektedir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı, İstanbul 12-13 Ocak 2023 (Kısaltılmış Çalıştay).
(<https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/14072023125623tbk.pdf> ET, 25.01.2025).
- AKINCI**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 13. Baskıdan Genişletilmiş 14. Baskı, Konya 2021.
- AKINCI**, Şahin: Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004 (AKINCI, Vekâlet).
- ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2016.
- ARAT**, Ayşe: Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018.
- ARAT**, Ayşe/**AKÇAAL**, Mehmet, "20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 26, S. 2, s. 367-396.
- ATAMULU**, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017.
- BAYGIN**, Cem/**NAR**, Ahmet: Medenî Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2024.
- BROX/Walker**, Besonderes Schuldrecht, 29. Auflage, München 2004.
- BUYRUKÇU**, Ömer: Türk Borçlar Hukuku'nda Bozma Sözleşmesi (İkale), Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2020.
(<http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/bitstream/handle/123456789/6230/T06862.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- CANSEL**, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.
- ÇETİNER**, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024.
- DEMİRSATAN**, Barış: Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, İstanbul 2021.
- EDİS**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Ankara 2023.

- ERKAN**, Vehbi Umut/**YÜCER**, İpek, “*Ayırt Etme Gücü*”, AÜHFD, 60 (3) 2011, s. 485-522.
- ERMAN**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul 2010.
- FIKENTSCHER**, Wolfgang/**HEINEMANN**, Andreas: Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston 2017.
- GÜL**, İbrahim: İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Ankara 2020.
- GÜNERGÖK**, Özcan/**KAYIHAN**, Şaban: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, İstanbul, 2024.
- KAHRAMAN**, Zafer, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi*”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.781-797.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 25. Bası, Ankara 2021.
- KIRCA**, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2007, s. 77-109 (<https://www.lexpera.com.tr/literatur/sempozyum-makaleler/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmelerinde-sozlesmeden-donmenin-ucuncu-kisilere-etkisi-ii-tapu-1/1>).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008.
- KOÇAK DİKER**, Duygu, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72 (3) 2023, s. 1427-1467.
- KOLLER**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Bern 2017.
- LOOSCHELDERS**, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2021.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul 2023.

- ÖZ, M. Turgut**, “*Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi*”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 1985, C. 13, S. 16, s. 131-172.
- ÖZ, M., Turgut**: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, İstanbul 1990 (ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme).
- ÖZMEN, E. Saba/ÜREM, Müge**, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler*”, *T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, s. 13-30.
- ÖZYİĞİT, M. Hulusi**: Türk Hukukunda Yolsuz Tescil, Ankara 2019.
- SAVAŞ, Abdurrahman**, “*Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, (2016), Sayı 26, s. 105-141.
- SEÇER, Öz**: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2023.
- SEÇER, Öz**: Eser Sözleşmesinin İş Sahibi tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016 (SEÇER, Eser).
- SONSUZOĞLU, Elif**, “*Bir Vergi Hukuku Sorunu: Ücret Avansları ve Personele Verilen Borçlar*”, *İ.Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 43.-44. Seri/Yıl 2003, s. 37-51.
- ŞENGÜL, Mehmet**: Tapu Sicilinin Aleniyeti, Ankara 2013.
- STURNER, Michael**: Prütting-Wegen-Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Hrsg: Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd), 13. Auflage, Hürth 2020 (PWW/Stürner).
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel**: Şeklî Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara 2018.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah**: Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.
- YAKAN, Burak/DOĞAN, Murat**, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi ve Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Aynen İfadan Vazgeçilerek*

Müspet Zararın İstendiği Hâllerde Sözleşmenin Şerhinin Hukuki Akıbeti'', Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2024, C. 14, S. 2, s. 1299-1344.

ZENGİN, Hüseyin Kağan: Mecra Hakkı, Ankara 2022.