

**20.07.2017 TARİHLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİDEN TAPUDA PAY DEVRALAN ÜÇÜNCÜ
KİŞİLERİN DURUMUNA ETKİSİ***

Dr. Öğr. Üy. Ayşe ARAT**

Dr. Öğr. Üy. Mehmet AKÇAAL***

**LEGAL EFFECTS OF DECISION OF CONSTITUTIONAL COURT
DATED 20.07.2017 TO THE THIRD PARTIES OWNERS OF
THE REGISTERED LAND SHARE IN ACCORDANCE WITH THE
CONSTRUCTION CONTRACT FOR LAND SHARE**

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.03.2018

Kabul Edildiği Tarih: 10.08.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.405809](https://doi.org/10.15337/suhfd.405809)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: aysena@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0001-8261-4302](https://orcid.org/0000-0001-8261-4302)

*** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: mehmetakcaal@hotmail.com

ORCID ID: [0000-0003-3228-8486](https://orcid.org/0000-0003-3228-8486)

ÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin olarak Yargıtay tarafından, yüklenici lehine olan tapu kaydına güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin güvenleri korunmamaktadır. Zira, burada korunmaya değer olan taraf arsa sahibi olarak kabul edilmektedir. Buna uygun olarak, Anayasa Mahkemesi de incelemeye konu bireysel başvuru kapsamında yükleniciden tapu devir alan üçüncü kişi niteliğindeki başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. Ancak, bahsedilen karar ve Yargıtay'ın yerleşik uygulaması oldukça eleştiriye açıktır.

ANAHTAR KELİMELER: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Arsa payı, Geriye etkili fesih, İleriye etkili fesih, Güven ilkesi.

ABSTRACT

Third parties are not protected by the Court of Appeals related to the construction contract for land share when they trust in registration benefit of contractors. Because land owners' interests are accepted that they need more protection than the other parties need. In conformity with this result, Constitutional Court made a decision related to a personal application that property rights of applicants were not breached because of a construction contract for land share. However these judgments are needed to be criticized by the doctrine.

KEY WORDS: The Construction Contract for Land Share, Land share, Termination, Dissolution, The Principle of Trust to the Land Registry.

I. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA KONU OLAY**1) Olay**

Anayasa Mahkemesi kararına¹ konu olan olayda, İstanbul ili Bakırköy ilçesinde bulunan 292 ada 148 parsel sayılı 954 m²'lik arsanın malikleri (G.N.Y., G.T.Y. ve V.O.) ile yüklenici E.A. arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Noterlikte 26.11.1985 tarihinde düzenlenen bu sözleşmeye göre, arsanın malikleri, 56/104 payın yükleniciye devrini; yüklenici de, altı dairesel bir binanın yapımını taahhüt etmiştir. Buna uygun olarak, arsa malikleri tarafından taahhüde konu paylar yüklenici adına tescil ettirilmiştir. Yüklenici

¹ Bkz. RG. T. 27.9.2017, S. 30193.

E.A. ise, henüz yapı tamamlanmadan 16/104'lük kat irtifakı arsa payını 6.2.1992 tarihinde Faik Tari (F.T.)'ye; 32/104'lük kat irtifakı arsa payını 9.3.1998 tarihinde Sultan Tari (S.T.)'ye satıp, tescil ettirmiştir. Ne var ki, yüklenici edimini sözleşmeye uygun sürede ve tarzda yerine getirmeyip, temerrüde düşmüştür. Bu sebeple, iş sahibi olan arsanın eski malikleri, sözleşmenin feshi ile F.T. ve S.T. adına olan tapu kayıtlarının iptali ve kendi adlarına tescili (TMK. m. 1025) maksadıyla 2009 yılında ilk derece mahkemesinde dava açmışlardır. Yerel mahkemenin 2011 tarihli kararında yüklenicinin kendi edimini taahhüt edilen zamanda ve tarzda yerine getirmediği, F.T. ve S.T.'nin de yüklenicinin edimini ifa etmemesi halinde kendilerine devredilen arsa paylarında, haklarının doğmayacağını bilerek yükleniciden bu payları devraldıkları, bu sebeple somut olayda TMK. m. 1023'ün uygulanamayacağı ve davanın kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. F.T. ve S.T.'nin temyiz talebi üzerine söz konusu karar, önce 2012 yılında Yargıtay² tarafından onanmış olup, 2014 yılında da aynı kişilerin karar düzeltme talepleri reddedilmiştir. Nihayet, F.T. ve S.T., 18.07.2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu başvuruda, arsa payları iptal edilen F.T. ve S.T., ilk derece mahkemesince verilen ve Yargıtay tarafından onanan kararın, mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlâl ettiğini iddia etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi tarafından, makûl sürede yargılanma hakkının (AY. m. 36) ihlâl edildiği iddiası kabul edilmiş olmakla birlikte, mülkiyet hakkının ihlâl edilip edilmediği iddiası tartışılmış ve olumsuz sonucuna varılmıştır. Söz konusu incelemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi öncelikle, mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasını, devletin mülkiyet hakkına yönelik pozitif yükümlülükleri bakımından incelemiştir. Mahkeme'ye göre, yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvurucuların, tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle gerçekleşen müdahale sonucunda mülkiyet hakkı ihlâl edilmemiştir. Zira başvurucular, yüklenicinin birer halefidir, tapu sicilinin düzeltilmiş olmasının sebebi, selefin, yani yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmasıdır. Mahkeme mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna bu gerekçeyle varmıştır. Oy çokluğuyla alınan bu kararın karşı oy gerekçesinde ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından uzun yıllar sonra, arsa sahiplerinin başvuruculara karşı dava açmış olmalarının dürüstlük kuralıyla (TMK. m. 2/1) bağdaşmayacağına ve ayrıca başvurucuların uğradıkları zarardan dolayı

² 15. HD. T. 3.10.2012, E. 2011/6160, K. 2012/5968.

yüklenici karşısındaki tazminat taleplerinin zamanaşımına uğrama riskinin bulunduğuna işaret edilmiştir.

2) Gerekçe

Karara göre, "...Başvuru konusu olayda tarafların birbirileriyle çatışan menfaatleri bulunmaktadır. Buna göre bir taraftan maliki oldukları taşınmazda bina inşa edilmesi kaydıyla bu taşınmazdaki arsa paylarını devreden arsa sahipleri, diğer taraftan da aynı sözleşme gereği yükleniciye düşen bu arsa paylarını devralan başvuruçuların hakları söz konusudur. Diğer bir deyişle başvuruçuların yükleniciye düşen arsa paylarını tapuda satın almakla mülkiyet hakları mevcut olmakla birlikte bu payları inşaat yapılması kaydıyla devreden arsa sahiplerinin de mülkiyet hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki tarafın da mülkiyet hakkını gözetmekle yükümlü bulunan devletin, maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dikkate alınarak sonuca varılmalıdır... Bu bağlamda ilk olarak başvuruçuların tapu kayıtlarının iptalinin belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuna dayalı olup olmadığı irdelenmelidir. Yargıtay içtihatlarında, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin, arsa sahibi veya sahipleri ile yüklenici arasında yapılan ve eser sözleşmelerinin bir türü olan sözleşme tipi olduğu açıklanmıştır. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin maliyeti kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmedir. İnşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin ana borçlarının bir inşaat (eser) meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borçları olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık bu tür sözleşmelerde iş sahibinin de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık "arsa payı devri" suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlandığı belirtilmektedir. Bu sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın (eşya) olarak ödenmektedir. Yargıtay ayrıca eser sözleşmelerinin niteliği gereği iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğunu, temerrüt hâlinde de uyuşmazlık tarihi itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı mülga Kanun'un 106-108. maddelerinin (6098 sayılı Kanun'un 123-125. maddelerine karşılık gelmektedir.) uygulanacağını belirtmektedir. Diğer taraftan Yargıtay içtihatlarında, yüklenicinin alacağın temlik hükümlerine göre arsa paylarını yazılı şekliyle satılabileceği ve yükleniciden arsa payını satın alan kişilerin ise yüklenicinin halefi oldukları kabul edilmiştir (bkz. 24-28)... Buna göre somut olayda tapu kayıtlarının iptalinin arsa sahibinin mülkiyet hakkının korunması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel kişilerin

mülkiyet haklarının çatıştığı bu gibi durumlarda bunlardan hangisine üstünlük tanınacağına takdiri, kanun koyucuya ve somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak derece mahkemelerine ait bir yetkidir. Bununla birlikte her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçsüz bir sonuca da yol açmaması gerekir. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir. Olayın bütün koşulları ve taraflara tanınan tüm imkânlar ile tarafların tutum ve davranışları gözönünde bulundurularak menfaatlerin adil bir şekilde dengelenip dengelenmediği değerlendirilmelidir... Derece mahkemelerinin tespit ettiği üzere başvuruçular, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde inşa edilecek yükleniciye düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın almışlardır. Dolayısıyla başvuruçular, yüklenicinin halefi sıfatıyla taşınmazın malikleri ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olarak görülmüştür. Ancak bu sözleşme doğrultusunda yüklenicinin kendisine düşen asıl edimi yani inşaatı yapma edimini yerine getirmedeği tespit edilmiştir. Bu durum nedeniyle daha önce edimini yerine getirmiş olan taşınmaz malikleri, temerrüt hükümlerine dayalı olarak sözleşmenin feshini talep etmişlerdir. Derece mahkemeleri de bu gerekçeyle ilgili hukuk kuralları gereğince sözleşmenin feshine ve tapunun iptaline karar vermişlerdir. Derece mahkemelerine göre başvuruçular satın alırken inşaatın henüz tamamlanmadığını ve ileride inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldıklarını bilebilecek durumdadırlar. Başka bir deyişle inşaat hâlinde olan bir yapının bağımsız bölümlerini satın alan başvuruçuların inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilmesini öngörmesi gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de başvuruçuların inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından açıkça anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki arsa paylarını satın alan başvuruçular, yüklenicinin halefi olduklarından taşınmazın maliklerine karşı, düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin haklarına da sahip olmuşlar ancak yine bu sözleşme kapsamında yüklenicinin edimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır... Dolayısıyla öncelikle başvuruya konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik yargısal içtihatların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün

olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkını korunması yükümlülüğü yönünden başvuruçuların usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağlandığı, kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır. Nihayet başvuruçuların mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin etki ve yeterli güvencelerin mevcut olduğu da anlaşılmaktadır. Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvuruçuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmaktadır...”.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciden tapuda pay devralmış üçüncü kişilerin durumu hakkındaki yerleşik uygulaması ile paraleldir. Ancak bu kararların medenî hukukun temel ilkeleri ve hukuk güvenliği bakımından taşıdığı sakıncalar göz önünde bulundurulduğunda, eleştiriye açık olduğu ortadadır. Bu sebeple eşyaya hukukuna ilişkin temel ilkeler, kararlarda dayanılan gerekçeler ve doktrindeki görüşler çerçevesinde bahse konu karar ve buna ilişkin uygulama incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1) Kavram ve Hukukî Nitelik

Arsa payı karşılığı inşaat (kat yapımı) sözleşmesi, arsa sahibiyle yüklenici arasında yapılan atipik bir sözleşmedir. Bu kapsamda, bahse konu sözleşme hukukî niteliği itibarıyla çift edimli bir karma sözleşmedir³. Arsa sahibi, bu sözleşmeyle para yerine arsasından yükleniciye pay vermekte, karşılığında kendi arsası üzerine bağımsız bölümlerin yapılması imkânına sahip olmaktadır. Böylece, malik arsasını değerlendirerek ayrıca para ödemeksizin bağımsız bölüm veya bölümler elde etmektedir. Yüklenici ise, devredilen veya devri taahhüt edilen payları üçüncü kişilere satmak suretiyle hem inşaatı tamamlamak için sermaye hem de kâr elde etmektedir⁴.

Uygulamada yaygın olarak kullanılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekle tâbidir. Bahse konu sözleşmeye resmiyet kazandıracak makam ise, kural olarak tapu memurudur. Ancak, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat

³ Tandoğan, s. 71; Çelik, s. 7; Eren, Özel, s. 873; Yavuz, s. 485; Zevkliler / Gökyayla, s. 19; Gümüş, s. 9; Erman, s. 4-5; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 407.

⁴ Yavuz, s. 554; Erman, s. 1 vd.; Kurşat, s. 7; Yakuppur, s. 190; Akıncı, B., Temerrüt, s. 14.

sözleşmesinin tapuda yapılmasına hemen hemen hiç rastlanmaz. Dolayısıyla, bahsi geçen sözleşmenin düzenleme şeklinde noterde yapılması gerekmektedir (TMK. m. 706, TBK. m. 237, Tapu Kanunu m. 26 ve Noterlik Kanunu m. 60, 89)⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli, karşılıklı borç doğuran, satış ve eser sözleşmelerinden unsurlar taşımakla birlikte, bu sözleşmelerin bağımsız özelliklerini kaybettikleri bir karma sözleşmedir⁶. Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararında⁷ belirtildiği gibi, bu sözleşmeler, "geçici-sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır⁸.

2) Sözleşmenin Düzenleme Biçimleri

Tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini çeşitli kapsam ve türde düzenlemeleri mümkündür. Bu durum, sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olmasına engel değildir; aksine, sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur⁹.

a) Arsanın Tamamının veya Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bir kısmı, arsanın tamamının başlangıçta yükleniciye devredilmesi suretiyle yapılmaktadır. Bu ihtimalde, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmede, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler, bunların nitelikleri, inşaatın süresi gibi hususlara da yer

⁵ Sarı, s. 279 vd.; Erman, s. 17 vd.; Yener, s. 372; Şahin, s. 120-121.

⁶ Eren, Borçlar, s. 208; Akıncı, Ş., Borçlar, s. 64; Şahin, s. 102, dpn. 334; Tandoğan, s. 71; Eren, Özel, s. 873; Yavuz, s. 485; Zevkliler / Gökyayla, s. 19; Gümüç, s. 9; Erman, s. 4-5; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 407.

⁷ YİBK. T. 25.01.1984, E. 1983-3, K. 1984-1 "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «ani edimli» sözleşmeler gurbunda mütalâa edilmekte ise 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..."(YKD. C.X, S. 4,Nisan 1984, s. 501 vd.) (RG. T. 15.12.1984, S. 18606).

⁸ Ancak, bu konu doktrinde tartışmalı olup, ayrıntılı bilgi için bkz. Gönen, s. 20 vd.; Şahin, s. 103 vd.

⁹ Erman, s. 11; Coşkun, s. 28.

verilmektedir. Bahse konu ihtimalde, arsa üzerinde kat irtifakı kurulması gerekli değildir¹⁰.

Arsa sahibi, sözleşmede öngörülen belli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye tapuda devretmiş de olabilir. Bu takdirde, arsa sahibi kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride meydana gelecek bağımsız bölümlere öngülenen belli (bağlı) payların mülkiyetini tapuda yükleniciye devretmektedir. Dolayısıyla, arsa sahibi arsa paylarının mülkiyetini başlangıçta yükleniciye devretmek suretiyle edimini ifa etmiş olmaktadır. Ayrıca, bu durumda, arsa sahibi lehine yükleniciye devredilen arsa veya arsa payları üzerinde ipotek konulabilmektedir. İnşaat belirli seviyeye ulaştıkça bu ipotek de kısım kısım kaldırılmaktadır. Böyle bir uygulama, daha ziyade, arsada kat irtifakı kurulmadığı takdirde ve arsa sahibinin bu tarz yükümlülüklerini azaltmak amacıyla tercih edilmektedir¹¹.

Arsa paylarının yükleniciye devri satış şeklinde gösterilmiş olabilir. Ancak, böyle bir durumda dahi devir işleminin sebebi taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Dolayısıyla, tapuda satış olarak gösterilmesine rağmen, devir ile inşaat sözleşmesinin bir arada ve bütün olarak değerlendirilmesi uygun olur¹².

b) Arsa Paylarının İnşaatteki Aşamaya Göre Kısım Kısım Devri

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kimi zaman arsa paylarının inşaatteki aşamaya göre devrinin gerçekleştiği görülmektedir. Bu durumda, satış veya satış vaadinden bahsedilmeksizin hangi pay veya bölümlerin yükleniciye, hangilerinin iş sahibine ait olacağı belirlenmektedir. Arsa sahibinin arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devretmeyip, kendisinde tutması menfaatine daha uygun bir koruma sağlamaktadır¹³.

Arsa sahibi, böyle bir sözleşme ile yükleniciye bırakılan payların, inşaatın belli aşamalara ulaşması durumunda üçüncü kişilere satış için vekâletname (temsil yetkisi) vermeyi de üstlenmektedir. Bu sayede, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine ait olacak arsa paylarını üçüncü kişilere satmaktadır. Her ne kadar bu durumda satış sözleşmesinde yüklenici,

¹⁰ Erman, s. 11-12; Coşkun, s. 28.

¹¹ Yavuz, s. 488; Erman, s. 12; Coşkun, s. 29.

¹² Erman, s. 13.

¹³ Yavuz, s. 488; İnal, s. 372; Erman, s. 14-15; Coşkun, s. 30-31.

arsa sahibinin vekili (temsilcisi) olarak gözüke de, satış bedeli kendisine ödenmekte ve dolayısıyla aslında satıcı kendisi olmaktadır¹⁴.

c) Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaad Etmesi ve Yüklenicinin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin paylarının satışını vaad etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu durumda, malik, belli arsa paylarının satışını vaad etmektedir. Buna karşılık, yüklenici de, bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt etmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada en çok bu şekilde gerçekleştirilmektedir¹⁵.

Bahse konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımı öngörülmektedir. Dolayısıyla, bu tür sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Gerçekten de, bir yandan, arsa paylarının satışı vaad edilirken bir taşınmaz satış vaadi, diğer yandan da inşaatın yapımı suretiyle bir eser sözleşmesi yapılmaktadır. Böylece, her iki sözleşme bir arada düzenlenmektedir¹⁶.

3) Yüklenicinin Sözleşmeden Doğan Hakkını Üçüncü Kişilere Devretme Biçimleri

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini yerine getirdiği takdirde kişisel bir hak kazanır. Bu kapsamda, yüklenici, kendisine düşeceği önceden belirlenmiş olan bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarının tapuda kendi adına tescilini talep edebilir. Bunun gibi, yüklenicinin sahip olduğu hakkını üçüncü kişilere devretmesi de mümkündür. Bu devrin hukukî niteliği ise alacağın devridir (TBK. m. 183 vd.). Dolayısıyla, yüklenici, yazılı olmak suretiyle arsa sahibinin rızası gerekmeksizin bu kişisel hakkını üçüncü kişilere devredebilir (TBK. m. 183/1). Böylece, yükleniciye düşen bağımsız bölüm ve arsa payının mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkı üçüncü kişiye geçer¹⁷.

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile meydana getirmeyi taahhüt ettiği inşaattan, ileride kendisine düşecek bağımsız bölümlere dair

¹⁴ Erman, s. 14.

¹⁵ Yavuz, s. 489; İnal, s. 372-373; Erman, s. 15; Coşkun, s. 31-32.

¹⁶ Yavuz, s. 489; Erman, s. 15; Coşkun, s. 31-32.

¹⁷ 4. HD. T. 31.1.2002, E. 2002/276, K. 2002/549 (KBİBB.); Çelik, s. 37 vd.; Yener, s. 373-374.

taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de yapabilir. Yüklenicinin bu vaadini çeşitli biçimlerde yapması mümkündür. Meselâ, yüklenici, üçüncü kişiye bağımsız bölümün arsa payı üzerinden satışını vaat edebilir. Arsa sahibi, aralarındaki anlaşmaya göre inşaatın başında yüklenicinin edimine karşılık tapuda arsanın belli oranda payını yüklenici adına tapuda tescil ettirmiş olabilir. Bu ihtimalde, yüklenici kendisine düşen arsa paylarını ileride inşaatın bitiminden sonra kendisine ait olacak bağımsız bölümlerle denkleştirerek üçüncü kişilere satmayı vaat edebilir. Başka bir misal ise, taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulduğu ve yükleniciye kalacak bağımsız bölümlere ait irtifaklı arsa payları devredildiği durumda söz konusu olur. Bu halde, yüklenici, bahse konu arsa paylarını üçüncü kişilere satmayı vaat edebilir. Her iki ihtimalde de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçerli olur¹⁸.

III. MESELENİN ORTAYA KONULMASI

Yukarıda açıklandığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye, tapuda bu sözleşmeden dolayı kendine düşecek payları üçüncü kişilere devretme imkânı tanınmaktadır. Zira yüklenici daha inşaat tamamlanmadan kendine düşecek payları satarak sermaye elde etmektedir. Hatta günlük dilde temelden girme veya inşaattan girme olarak adlandırılan bu uygulamalar, inşaat tamamlandığında daha yüksek bir bedele ulaşacak bağımsız bölümü, daha düşük bir fiyatla satın alma imkânı sağladığı için toplumda tercih edilen bir yoldur. İnşaat tamamlanıp arsa sahibi ve yüklenici edimlerini yerine getirdiğinde, yükleniciden pay devralmış üçüncü kişilerin bağımsız bölümün mülkiyetini kazanmaları konusunda herhangi bir sorun çıkmamaktadır. Ancak, yüklenici edimini yerine getirmese, yani binayı tamamlamazsa ve bu sebeple sözleşme sona ererse, yükleniciden arsa payını veya kısmen tamamlanan binada bağımsız bölümü devralmış olan üçüncü kişilerin durumu ne olacaktır? Üçüncü kişilerin tapuda yapılan devirle elde ettikleri bu hakları korunacak mı, yoksa arsa sahibine geri mi dönecektir? Anayasa Mahkemesi'nin inceleme konusu kararında¹⁹, Yargıtay uygulaması benimsenmekte ve arsa sahibinden yana tavır alınmaktadır. Bu çerçevede öncelikle -Anayasa Mahkemesi kararında da yapıldığı gibi- Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması değerlendirilmiş, ardından kendi görüşümüz ortaya konulmuştur.

¹⁸ Erman, s. 183 vd.; Çelik, s. 43 vd.

¹⁹ RG. T. 27.9.2017, S. 30193.

IV. YARGITAY UYGULAMASI

1) Uygulama

Her şeyden önce, mesele hakkında Yargıtay'ın 25.1.1984 tarihli ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı önem arz etmektedir. Buna göre, eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmenin iş sahibi (arsa sahibi) tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak BK. m. 106-108 (TBK. m. 123-125) hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğine; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, TMK. m. 2 hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Böylece, Yargıtay'ın doktrindeki her iki görüşün²⁰ ortasında bir çözümü tercih ettiği söylenebilir²¹. O halde Yargıtay kararlarında benimsenen husus, kural olarak dönmenin geçmişe etkili sonuçlar doğurmasıdır. Böylece taraflar karşılıklı ifa yükümlülüklerinden kurtulup, daha önce ifa ettikleri edimleri birbirlerinden geri isteyebilirler (TBK. m. 125/III). Buna karşılık, dürüstlük kuralının haklı gösterdiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili feshi kabul edilmektedir. Özellikle inşaatın belirli seviyeye ulaştığı durumlarda, geriye etkili dönme haksız sonuçlar doğurabilir. Bunu bertaraf etmek, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi ile mümkün olur. Yargıtay'ın son dönemdeki kararlarında, temerrüde düşen yüklenicinin, arsa sahibinin fesih hakkını kullanması durumunda, ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az % 90 seviyeye ulaşmış olması gerektiğini aradığı görülmektedir²². Bu oranın tespitinde inşaatın fizikî olarak tamamlanma oranına bakılmaktadır²³.

20 Eser sözleşmesinin kural olarak ani edimli olmasına rağmen, aynı zamanda sürekli edimli sözleşme özelliği taşıyan yanı bulunduğunu, bu sebeple ani sürekli karması bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili sonuç doğurur. Dolayısıyla, yüklenici de bedelin yaptığı işle orantılı kısmını talep edebilir. Erman, s. 110-111. İkinci görüşteki yazarlar eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğunu kabul ettikleri için, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin de geçmişe (geriye) etkili sonuç doğuracağı kanaatindedirler. Tandoğan, II, s. 147 vd.; Öz, Dönme, s. 211, 220.

21 Erman, İnşaat, s. 5; Borçlu temerrüdü hakkında ayrıca bkz. Kizir, s. 70 vd.

22 15. HD. T. 04.06.1998, E. 2081, K. 2403 (Sütçü, s. 959).

23 15. HD. T. 18.3.2008, E. 2007/2159, K. 2008/1743 (KBİBB.); 15. HD. T. 14.1.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88 (KBİBB.); 15. HD. T. 30.5.2008, E. 2008/362, K. 2008/3514 (KBİBB.); Kurt, s. 375.

Bahsi geçen İctihadı Birleştirme Kararı'nda sözleşmeden dönülmesinin taraflar arasındaki ilişkiyi nasıl etkileyeceği çözüme kavuşturulmaya çalışılırken, bu esnada mevcut sözleşmeye istinaden hak kazanan üçüncü kişilerin durumunun ne olacağına değinilmemiştir. Bu İctihadı Birleştirme Kararı'nda tartışılmamış olsa da üçüncü kişilerin durumu, uygulamadaki ihtilaflarda önemli bir yer tutması sebebiyle pek çok Yargıtay kararına ve yukarıda zikrettiğimiz Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur.

Yargıtay, yükleniciye düşecek payların tapuda üçüncü kişiye devredilmesinde, üçüncü kişinin arsa malikinden tescil talebinde bulunabilmesini yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmesine bağlamaktadır²⁴. Eğer üçüncü kişi lehine tapuda devir gerçekleşmişse (yükleniciye düşecek paylar kısmen veya tamamen devredilmişse), yüklenici edimini yerine getirmeyip, temerrüde düştüğü takdirde arsa sahibinin, yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye istinaden üçüncü kişi lehine gerçekleşen tapu devirlerinin iptalini ve yeniden kendi adına tescili (tapu sicilinin düzeltilmesi) talebini kabul etmektedir²⁵. Tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde, arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkar ve kayıt yolsuz tescil haline gelir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından geri istenebilir. 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. m. 1023 uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir²⁶. Bu sebeple TMK. m. 1023 hükmünün uygulanması için aranan iyiniyet şartı, üçüncü kişi açısından

²⁴ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.); 23. HD. T. 9.5.2017, E. 2016/6432, K. 2017/1407 (KBİBB.).

²⁵ 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818 (KBİBB.); 15. HD. 04.03.2005, E. 3299, K. 1234 (Kostakoğlu, s. 1216); 15. HD. T. 1.6.2004, E. 2003/6241, K. 2004/3055 (KBİBB.); 15. HD. T. 6.5.2003, E. 2002/6192, K. 2003/2460 (KBİBB.).

²⁶ 15. HD. T. 15.11.1993, E. 1992/6469, 1993/4599 (KBİBB.); 15. HD. T. 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (KBİBB.).

gerçekleşmemektedir²⁷. Hatta üçüncü kişi, yükleniciden devraldığı payı, başka kişiye satarsa o kişi için de TMK. m. 1023'ün şartları oluşmaz. Aynı şekilde yüklenici arsa sahibinin kendisine verdiği vekâletname uyarınca üçüncü kişilere tapuda arsa payı devretmiş olsa bile temerrüt sebebiyle arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde işlem sebepten yoksun hale gelir. Böylece Yargıtay, sözleşmeden dönmenin kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurduğunu, tarafların iade borçlarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceğini, yükleniciye devredilen arsa paylarının tapudaki kayıt yüklenicinin üstünde olmasa bile (üçüncü kişinin veya onun devrettiği kişinin üstünde olsa bile) arsa sahibi tarafından, mülkiyetin iadesi için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabileceğini kabul etmektedir²⁸.

Üçüncü kişilere yüklenici tarafından tapuda yapılan arsa devirleri, arsa sahibinin verdiği vekâlete dayanıyor olsa bile Yargıtay, yapılan devirleri aynı gerekçelerle geçerli kabul etmemektedir. Üçüncü kişi devraldığı payı, bir başka kişiye satmış olsa bile temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönüldüğünde arsa sahibinin o kişiye karşı da tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğine hükmedilmektedir. Gerçekten de, Yargıtay²⁹, böyle bir somut olayda, üçüncü

²⁷ HGK. T. 23.5.2001, E. 2001/1-422, K. 2001/434 (KBİBB.); 23. HD. T. 14.1.2013, E. 2012/5665, K. 2013/2 (KBİBB.); 15. HD. T. 1.6.2004, E. 2003/6241, K. 2004/3055 (KBİBB.); 15. HD. 15.11.1993, 6469/4599 (Sütçü, s. 1281).

²⁸ 15. HD. T. 07.03.2008, E. 709, K. 486; 15. HD. T. 25.01.2010, E. 4989, K. 218 (Coşkun, s. 132, 133).

²⁹ 15. HD. T. 27.10.2005, E. 2005/375, K. 2005/5775, "...Davacı ile davalılardan İ.Y. arasında 12.9.1997 tarihli re'sen düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, davacının davalıya finans kolaylığı sağlamak amacıyla tapuda devir yetkisini de içeren vekâletname verdiği ve davalı İ.'nin bu vekâletnameye dayanarak diğer davalılara pay satışı yaptığı anlaşılmalı olmakla yapılan satışın yükleniciye kalan bölümlere ilişkin olduğu açıktır. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, BK'nın 358. maddesi uyarınca, arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteme hakkı doğar. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaattan daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekâletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Davadan önce Gaziosmanpaşa 3. Asliye Hukuk

kişilerin lehine olan tescilin yolsuz olduğuna, dolayısıyla da iyiniyetlerinin korunamayacağına hükmetmiştir³⁰.

Sözleşmeden dönülmesi halinde üçüncü kişi arsa payını tapuda devir olsa bile iyiniyetli olduğunu arsa sahibine karşı ileri sürmesine imkan vermez. Arsa sahibi, üçüncü kişiye karşı tapu iptal ve tescil davası açabilir. Bu durumda üçüncü kişinin yapabileceği şey, bağımsız bölümü arsa sahibine iadesi sebebiyle uğradığı zararı, yükleniciden talep etmektir. Yüklenici de dönme halinde, arsa sahibinden arsa paylarının devrini isteyemez, sadece sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca arsa sahibinin malvarlığında yaptığı inşaatlardan dolayı meydana gelen artışın para olarak iadesini isteyebilir³¹.

Yargıtay, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurmasını kabul etmekle³² birlikte, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. m. 2. hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuçlar doğurabileceğini öngörmektedir³³. Bu şekilde belirli bir aşamaya (%90 ve üstü) gelen inşaat, yüklenici temerrüde düştüğünde, arsa sahibi ileriye etkili olarak sözleşmeyi feshedebilmektedir³⁴. Fesih ileriye etkili olduğunda yüklenicinin iş devam

Mahkemesinin 2002/129 Değişik İş sayılı dosyası ile yaptırılmış olan tespit raporu ile daha sonra alınan bilirkişi raporlarında, davalı yüklenicinin belediyeden ruhsat almadan kaçak olarak bodrum katı kaba inşaat olarak yaptığı, zemin kat kolon betonarmesini ikmal ettiği, daha sonra kaçak olarak yapılan bu kısımların da yıkıldığı açıklanmıştır. Bu durum karşısında, yapılan işin seviyesi dikkate alındığında, 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı uyarınca, akdin ileriye etkili sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilmiş olmasında usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Sözleşme geriye etkili olarak feshedilmiş olmakla, yükleniciye önceden ödenen iş bedelinin iadesi gerekir. Davada bu iş bedeli arsa payı devri karşılığı olarak yapılmış olduğundan, iade de bu paya ilişkin olacaktır...” (KBİBB.).

³⁰ Hâlbuki, Şahin'e göre, payın devralındığı tarihte vekâletname geçerli olduğu için burada arsa payını devralan üçüncü kişi malik olmuştur. Bkz. Şahin, s. 288-289. Ayan ise, aynı sonucu temsil yetkisinin soyutluğundan hareketle kabul etmektedir. Bkz. Ayan, s. 302, dpn. 536.

³¹ 14. HD. T. 13.05.2010, E. 4902, K. 5603.(KBİBB.).

³² 14. HD. T. 14.2.2008, E. 2008/192, K. 2008/1692 (KBİBB.); 15. HD. T. 1.10.2004, E. 2004/4730, K. 2004/4801 (KBİBB.).

³³ 15. HD. 1.5.2006, 756/2546 (Sütçü, s. 1298).

³⁴ 15. HD. T. 14.01.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88 "...Sözleşmenin feshi geriye dönük etkili olur. Taraflar arasındaki ilişki ilk haline döner. Bir başka anlatımla, hiç sözleşme kurulmamış gibi olur. Bu durumda taraflar birbirlerinden aldıklarını geri vermekle

borcu sona ererken aynı zamanda alacağı arsa payı bu oranda indirilmiş olur. Eğer baştan alacağı arsa payının tamamı kendisine devredilmişse hak ettiğiinden fazlası tamamlama oranında geri alınır³⁵. İleriye etkili fesihte, yüklenici inşaatı getirdiği fiziki orana uygun bağımsız bölümün tapusunu isteyebileceği için üçüncü kişiye yapılan ve bu fiziki orana uygun olan devirler geçerlidir³⁶.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tapuda işlem yapılmadan üçüncü kişilere harici satış yapılmasını yüklenicinin kişisel hakkının devri saymaktadır. Böylece, bu tarz sözleşmeler, geçerliliği bakımından adi yazılı şeklin (TBK. m. 184) yeterli olduğu alacağın devrine (temlikine) dahil kabul edilmektedir (TBK. m. 182). Üçüncü kişilerin bu devre istinaden yüklenicinin haklarından yararlanabilmeleri için yüklenicin arsa sahibine karşı edimini yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmeden arsa sahibinden arsa payının devrini isterse TBK. m. 97 uyarınca ödemezlik def'i ile karşılaşır. Arsa sahibi bu def'i hem yükleniciye hem de üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir. Zira arsa sahibi, alacağın devri ile alacağı devralan kişiye, yükleniciye karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazları ileri sürebilir³⁷ (TBK. m. 188).

Yükleniciye kalan bağımsız bölüm veya bölümlerin tapuda doğrudan arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilmesiyle de uygulamada sıkça

yükümlüdürler. Bu kuralın bir istisnası kat karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili 25.01.1984 gün ve E. 3 K. 1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla getirilmiştir. İnşaatın büyük oranda tamamlanması (% 90 üzerinde) durumunda Medenî Kanununun 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir. Bundan amaç, yüklenicinin hak ettiği oranda tapu payını elde edebilmesidir..." (<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=54698>); 15. HD. T. 18.3.2008, E. 2007/2159, K. 2008/1743 (KBİBB.); 15. HD. T. 14.1.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88 (KBİBB.); 15. HD. T. 30.5.2008, E. 2008/362, K. 2008/3514 (KBİBB.).

³⁵ Öz, İnşaat, s. 182.

³⁶ 23. HD. T. 31.03.2016, E. 10445, K. 2017 "...Fesih ileriye etkili sonuçlar yaratacak şekilde yapılmış veya bunun koşulları oluşmuş ise feshin doğal sonucu olarak yapılacak tasfiye işlemi yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölün tapusunu isteyebilir... Burada arsa sahibi yüklenicin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararın ödenmesini de ister..."; 15. HD. T. 16.01.2009, E. 69, K. 103; 15. HD. T. 07.04.2004, E. 4795, K. 1968 (Coşkun, s. 159).

³⁷ 14. HD. T. 13.05.2010, E. 4902, K. 5603; HGK. T. 21.01.2009, 817/19 (KBİBB.); 14. HD. T. 30.6.1987, 4792/5647 (YKD., S. 1, 1988, s. 79-80); 14. HD. T. 11.3.1986, 5387/1644 (YKD., s. 11, 1986, s. 1673).

karşılaşmaktadır. Bu uygulamanın sebebi ise, özellikle gelir veya kurumlar vergisi, KDV, tapu harçları gibi mali yükümlülüklerden kurtulmaktır³⁸.

2) Yargıtay Kararlarındaki Karşı Oy Gereçekleri

İlk olarak, TMK. m. 1023'deki iyiniyet unsurunun üçüncü kişilerde bulunamayacağından hareket eden Yargıtay'ın yaklaşımı, bazı karşı oy gerekçelerinde eleştirilmektedir. Gerçekten de, Yargıtay'ın³⁹ konuya ilişkin bir kararındaki muhalefet şerhine göre, yükleniciden arsa payı veya bağımsız bölüm satın alan iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının tapuya güven ilkesi gereğince korunması gerekir. Üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunun ispatlanması halinde ise bu ilkeden istifade edilemez. Bununla beraber, yüklenici adına yapılan tescil işlemini mutlak surette yolsuz tescil olarak değerlendirmek, toplumda telafisi mümkün olmayan zararlara yol açar. Dolayısıyla, aksi ispat edilmedikçe yaptığı araştırma sonucunda tapu kaydının yüklenici adına olduğunu tespit eden birinin iyiniyetli olmadığını söylemek mümkün değildir. Bu sebeple, böyle bir kişinin kazanımının TMK. m. 1023 hükmü gereğince korunması gerekir.

Keza, Yargıtay'ın mağduru değil de, kendisini farklı imkânlarla koruyabilecek durumda olan arsa sahibini koruyucu kararlarında da bunu eleştiren muhalefet şerhleriyle karşılaşmaktadır. Nitekim, yukarıda

³⁸ Bkz. 15. HD. T. 10.5.2011, E. 2010/1404, K. 2010/2835 (Sütçü, s.107-108); 1. HD. T. 31.3.2004, E. 2004/3324, K. 2004/3631, "...Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişmeli 27 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bina inşa edilmek üzere davacının davalılardan yüklenici Yaşar ile 3.4.2000 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığı, bilahare taşınmazda 14.9.2000'de kat irtifakı tesis edildiği, davalılarında kat irtifakı kurulan taşınmazdaki 1, 2, 3 ve 5 nolu bağımsız bölümler karşılığı pay satın aldıkları görülmektedir. Daha sonra kayıt maliki davacının yüklenici ile aralarında mevcut inşaat sözleşmesini onunla anlaşmak suretiyle 27.8.2001 tarihinde karşılıklı olarak feshettikleri anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir..." (KBİBB.). Yargıtay'ın bu kararındaki yorumunun isabetli olduğu görüşü için bkz. Ayan, s. 303, dpn. 536; Şahin, s. 289.

³⁹ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.).

bahsedilen muhalefet şerhinin⁴⁰ devamına göre, risk almak istemeyen arsa sahibi, tapudaki devrin sözleşme sebebiyle yapıldığını tapunun beyanlar hanesine şerh vermek suretiyle üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf edebilir. Bu imkândan kaçınan bir arsa sahibinin iyiniyetli üçüncü kişiler karşısında, onların zararına sebep olacak tarzda korunması menfaatler dengesine aykırı düşer. Keza, böyle bir yaklaşım, tapuya güven ilkesine de aykırı niteliktedir. Üstelik, aynı muhalefet şerhinin devamında haklı olarak belirtildiği üzere, Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik uygulaması, çok uzun süredir mala malik olan üçüncü kişileri de mağdur etmektedir. Gerçekten de, buna göre, *"...Davalılardan ... dışındaki tüm davalılar hisse veya bağımsız bölümlerini yüklenicinin satış yaptığı üçüncü kişilerden satın almışlardır. Yani dördüncü kişi durumundadırlar. Sözleşme tapuya tescil edilmemiştir. Davalıların kötüniyetli oldukları davacı tarafından ispat edilememiştir. Dava konusu B blok % 93.17 oranında tamamlanmıştır. Davalılar uzun süreden beri satın aldıkları bağımsız bölümlerinde oturur vaziyettedir. Hal böyle olunca yukarda izah edilen temel ilkeler gereğince tüm davalıların TMK'nın 1023. maddesi çerçevesinde "tapuya güven" ilkesinden yararlanmaları kanuni zorunluluktur..."*.

Nihayet, diğer bir Yargıtay kararında arsa sahibi lehine tapu iptal ve tescile hükmedilmiş, üçüncü kişi yükleniciden ödediği bedeli istemiş, ancak yüklenicinin aceze düştüğü için zararını karşılayamaması üzerine arsa sahibine karşı bedelin iadesi için açtığı dava reddedilmiştir. Ancak karşı oy yazısında arsa sahibinin de sebep sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹.

⁴⁰ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2017/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.). Aynı görüşteki başka bir muhalefet şerhi için bkz. 23. HD. T. 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593, (KBİBB.).

⁴¹ HGK. T. 28.03.2001, E. 2001/13-200, K. 2001/286, *"Davalı arsa sahibi öncelikle 7.1.1991 tarihinde dava dışı yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparak kurucu bir akit düzenlemiştir. Bu akit ön akit mahiyetinde olup yeni sözleşmelere yetki vermektedir. Nitekim müteahhidin davacıya satış vaaında bulunması da bunun bir sonucudur. O halde davalı arsa sahibi müteahhidin arsa ile ilgili işlemlerine icazet vermiş ve muvafakatname ile bu icazetini perçinlemiştir. Arsa sahiplerinin sorumluluğunu gerektiren diğer bir husus da özen eksikliğidir. Arsa sahiplerinin çeşitli yetkilerle donattığı müteahhidi seçerken Bayındırlık Bakanlığında müteahhitlik karnesinin olup olmadığını soruşturması gerekir. Zira o karne, müteahhidin o güne kadar yaptığı iş kapasitesini gösterir... Dava konusu işte olduğu gibi arsa sahibi satın alanın zararına sebep olmuştur. O halde sebep sorumluluğunu yüklenmiştir. Bu tip sorumluluk, her ne kadar "kusur sorumluluğu" başlığı altında toplanıyorsa da kusur*

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDAKİ KARŞI OY GEREKÇESİ

Karşı oy yazısında, olaydaki üçüncü kişilerin (yükleniciden bağımsız bölüm alan kişiler), inşaatın yapılmasından ve bağımsız bölümlerin kullanılmaya başlanılmasından yıllar sonra tescilin yolsuz olup olmadığını bilemeyeceği, buradaki menfaat çatışmasında arsa sahibinin mi üçüncü kişinin mi tercih edileceğinin hangi tarafın daha iyiniyetli olduğuna bağlı bulunduğu belirtilmiştir. Arsa sahiplerinin, binanın projesi ve yapı kullanım izni alamayacağını bilmelerine rağmen yükleniciye tapuda arsa payı devredip, onun üçüncü kişilere yaptığı devirlere ses çıkarmamaları, bina ekonomik ömrünü tamamlayıp arsa olarak daha fazla değer kazanmaya başladığında dava açmaları iyiniyetli olmadıklarının göstergesi olarak kabul değerlendirilmiştir. Arsa sahiplerinin başkalarına zarar vermek amacıyla olmasa bile kazanç sağlamak amacıyla dava açtıkları, üstelik somut olay bakımından üçüncü kişilerin yükleniciye karşı olan taleplerinin zamanaşımına uğramış olma ihtimali ifade edilerek karara muhalif kalındığı belirtilmiştir.

aranmaz, kusurun yerini tasarrufları araştırma ve objektif özen borcunun eksikliği dolayısıyla meydana gelen "sebeplere" unsurunu alır. Davalı arsa sahiplerinin gereken özeni göstermeden davalı müteahhit ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapması ve satış yetkisi vermesi sebeple sorumluluğunun tipik örneğidir... Bu tip sözleşmelerin akdinden sonra müteahhitlerin inşaatı yarıda bırakması ve aciz içine düşmesi olağan hale gelmiştir. Bu halde arsa sahiplerinin özen borcuna ne kadar çok dikkate etmeleri gerektiğinin ispatıdır. Meydana gelen bu üçlü hukuki işlemde, eğer müteahhidin ekonomik gücü ve tecrübesi yeterli olsa idi inşaat tamamlanacak ve zarar meydana gelmeyecektir. Yarım kalan inşaat sebebiyle satın alanların zararını karşılayacak olan kişi sözleşmenin tarafı olarak müteahhittir bunda hiç şüphe olmaz. Ne var ki müteahhit acze düşer ve tahsil edecek hiçbir şeyi kalmazsa satın alan buna tek başına mı katlanacaktır?...O halde satın alan kişi olan davacı, davalı arsa sahibinden onun mamelekine geçen zenginleşmeyi sebepsiz zenginleştiği oran nispetinde isteyebilir." (Coşkun, s. 157, 158).

VI. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erdirilmesinin sonuçları doktrinde tartışmalıdır⁴². Gerçekten de, bir görüşe⁴³ göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 25.01.1984 tarih 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtildiği üzere "geçici-süreklî karmaşığı" bir sözleşme özelliği taşır ve kural olarak ileriye etkili olarak feshedilebilir. Fesih tarihine kadar yerine getirilen edimler geçerli olduğu için üçüncü kişiler aynı hak iktisaplarını gerçek malikten elde etmiş olmaktadır. Arsa sahibinin, yükleniciye devrettiği arsa payları, geçerli bir hukukî sebebe dayanmaktadır ve yüklenici adına yapılan tescil geçerlidir. Yüklenicinin kendisine düşen edimi yerine getirmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder; ancak, bu, tapudaki kaydı yolsuz hale getirmez. Sözleşmenin geçersiz hale gelmesiyle sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade gerçekleşir. Burada arsa sahibinin açacağı dava tapu iptal ve tescil davası, yolsuz tescil sebebiyle mülkiyet hakkına dayanan bir istihkak davası değil, hukukî sebebin geçersiz olmasına dayanan bir istirdat davasıdır⁴⁴.

⁴² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bahse konu tartışma bakımından dönmenin hukukî niteliğine ilişkin tartışma da önemlidir. Dönmenin hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Eren, Borçlar, s. 1291; Oğuzman/Öz, I, s. 511 vd.; Akıncı, Borçlar, s. 293, dnp. 8.; Buz, s. 118 vd.; Öz, Temerrüt, s. 34 vd. Serozan, Dönme, s. 59 vd. Bu hususta doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan Klâsik görüşe göre dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran bir sebeptir. Ayrıca aynı görüşe göre dönme, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla sözleşme ortadan kalktıktan sonra, tarafların o ana kadar ifa edilmemiş edimleri talep etme hakları sona ererken, yerine getirilmiş edimlerin ise iade edilmeleri gerekir. Bkz. Öz, Temerrüt, s. 138 vd.; Serozan, Dönme, s. 59 vd.; Eren, Borçlar, s. 1290-1291; Buz, s. 118-119; Akıncı, Ş., Borçlar, s. 293, dnp. 8. Hâlbuki, yeni dönme görüşüne göre sözleşme ilişkisi, dönme ile birlikte geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkmayıp, onun muhtevası değişikliğe uğrar. Zira bu görüşe göre dönme değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple, dönmenin etkisi de geçmişe değil, geleceğe yönelik olarak gerçekleşir. Dolayısıyla, dönme ile birlikte taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulmuş olur. Böylece dönme halinde henüz ifa edilmemiş edimler sona erer ve artık talep edilemezken, önceden ifa edilen edimleri geri verme borcu ise sözleşme ilişkisinden doğar. Öz, Temerrüt, s. 136-137; Eren, Borçlar, s. 1291; Oğuzman/Öz, I, s. 515-516; Serozan, Dönme, s. 68 vd.; Buz, s. 123 vd.; Akıncı, Ş., Borçlar, s. 293, dnp. 8. Ayrıca doktrinde kanunî borç ilişkisi teorisi ve aynı etkili dönme teorisi olarak adlandırılan diğer iki teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, s. 120 vd.

⁴³ Erman, s. 177. Benzer görüş için bkz. İnal, s. 379; 15. HD. T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (KBİBB.); 15. HD. T. 3.10.2002, E. 2002/1785, K. 2002/4393 (KBİBB.).

⁴⁴ Erman, s. 177; HGK. T. 6.10.1982, E. 1982/15-356, K. 1982/817 (KBİBB.)

Sözleşmenin geriye veya ileriye etkili olması, yükleniciye devredilen payların tamamen veya kısmen iptali yönünden önem taşır, yoksa üçüncü kişileri etkilemez. Arsa sahibi, sözleşmeden dönülse de sözleşme feshedilse de arsa sahibinin taleplerini sonuçsuz bırakmak amacıyla yapmış olmadıkça üçüncü kişiler karşı tapuda devredilen arsa paylarının iadesi için dava açamaz.

Bir başka görüşe⁴⁵ göre sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa kural olarak talepler, sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK. m. 77-82) tâbi olacağı, burada “sona eren sebebe dayanan zenginleşme (condictio ob causam finitam)”nin bulunduğu kabul edilmektedir. Arsa sahibi devrettiği arsa paylarını yükleniciden; yüklenici de inşaat sırasında arsa sahibine kazandırdığı değerleri sebepsiz zenginleşme hükümleri ile isteyebilir. İade kural olarak sebepsiz zenginleşmeye dayanır ancak arsa sahibinin iade talebi bir tescile zorlama davası ile değil, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile yapılmalıdır. Zira dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkınca yüklenici adına yapılan tescil, yapıldığı andan itibaren yolsuz olur. Arsa sahibi mülkiyeti hiç kaybetmemiş sayılır ve tescilin düzeltilmesi talebini zamanaşımı süresine bağlı olmaksızın ileri sürebilir. Yüklenicinin üçüncü kişilere tapuda devrettiği paylar ise üçüncü kişiler tarafından iyiniyetli olmak kaydıyla kazanılabilir. Ancak bu kişilerin kötüniyetli olduğunu arsa sahibinin ispatlaması gerekir. Yüklenicinin temerrüde düştüğünü, arsa sahibinin sözleşmeden döneceğini bilerek payı devralan ve bu durumun arsa sahibince ispatlandığı hallerde, üçüncü kişi kötüniyetli kabul edilebilir ve TMK. m. 1023’ten yaralanamaz⁴⁶.

Yargıtay’ın kararları incelendiğinde, ikinci görüşe yakın olduğu, sözleşmenin hiç yapılmamış gibi farz edilerek tarafların birbirine verdiklerinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca isteyebilecekleri, dönme ile tapudaki tescilin yolsuz hale geldiği görüşlerinden anlaşılmaktadır⁴⁷. Ancak Yargıtay, üçüncü kişileri baştan kötüniyetli varsayıp, TMK. m. 1023 hükmünün uygulanmayacağını kabul ederek bu görüşten ayrılmaktadır⁴⁸. Ancak,

⁴⁵ Öz, İnşaat, s. 174; Öz, Dönme, s. 240 vd.

⁴⁶ Öz, Dönme, s. 240 vd.

⁴⁷ 15. HD. T. 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847 (KBİBB.,4721/m. 1023,1024)

⁴⁸ Yargıtay zamanaşımı konusunda da bu ikinci görüşten ayrılmaktadır. Taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı bu görüşte sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tutulurken, Yargıtay sözleşmeden doğan zamanaşımını uygulamaktadır. Bkz. HGK. T. 2.2.1955, E. 15, K. 14 (Bu karar ve aynı konu hakkındaki diğer kararlar ve değerlendirmeleri için bkz. Buz, s. 130 vd., dpn. 50).

Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, üçüncü kişileri baştan kötünietli kabul etmesi, tapudaki kayda dayanarak hak kazanan üçüncü kişileri korumaması, tapu kütüğünün aleniyeti ve tapuya güven ilkeleri ile iyiniyet gibi medenî hukukun temel ilkelerini farklı yorumlaması ve menfaat dengesi aksini öngörmesine rağmen arsa sahibini korumayı tercih etmesi sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir⁴⁹.

VI. DEĞERLENDİRME

Sözleşmenin geçmişe veya ileriye etkili olmasına bakılmaksızın arsa sahibinin sözleşmenin başında yaptığı tapu devrine istinaden mülkiyeti kazanan yüklenici bu mülkiyeti üçüncü kişilere devrettiğinde, üçüncü kişiler zaten devir anında mülkiyeti kazanırlar. Mülkiyetin kazanıldığı anda yolsuz tescil bulunmadığından, tescilin sonradan yolsuz hale gelmesi de üçüncü kişileri değil sadece arsa sahibi ile yükleniciyi etkileyeceğinden, mülkiyet devir anında üçüncü kişilere geçmiş olur⁵⁰. O halde yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa sahibi sözleşmeden dönerse üçüncü kişiler bundan etkilenmemelidir⁵¹. Zira üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin yapıldığı anda tapuda geçerli bir kayıt bulunmaktadır. Tescilin olumlu etkisi sebebiyle bu kayda güvenerek işlem yapanlar, aynı hakkı kazanırlar. Sözleşme geçmişe etkili olarak sona ererse, yani arsa sahibi sözleşmeden dönerse bu yüklenici ile kendi arasındaki sözleşmeyi etkiler, üçüncü kişiye bir etkisi olmaz⁵².

⁴⁹ Öz, İnşaat, s. 175; Erman, s. 178; Coşkun, s. 142 vd.; İnal, s. 378 vd.; Yakuppur, s. 194.

⁵⁰ Erman, s. 177.

⁵¹ Yargıtay'ın arsa sahibinin yükleniciyle aralarındaki sözleşmeye istinaden pay devrini, avans niteliğinde kabul eden görüşü de haklı olarak isabetli bulunmamaktadır. Avansın para borçları için kullanılan bir kavramdır. Burada yükleniciye devredilen para değil, arsa payıdır. Üstelik arsa payı devri, tapuda gerçekleştirilmektedir. Yargıtay'ın bu değerlendirmesinin, bir bakıma arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan nisbi hakkı, tapuda devirle kazanılan aynı hakkın önüne geçirdiği görüşü için bkz. Coşkun, s. 145; Sütçü, s. 1292.

⁵² Bununla birlikte, Yargıtay'ın aksi görüşte olduğu uygulaması için bkz. 15. HD. T. 1.3.2007, E. 2005/8104, K. 2007/1294, "...Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi (dönme), tapu iptali ve tescil istemlerine ilişkindir. Yükleniciden satın alan üçüncü kişilerin satın aldıkları bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için yüklenicinin, öncelikle kendisinin bu bölümlere hak kazanması gerekir. Davalı üçüncü kişiler, yükleniciden bağımsız bölüm satın aldıklarından, yüklenicinin bu durumunu bilmeleri gerekeceğinden, iyiniyet savunmasında bulunamazlar. Bu nedenle, davalılara intikal

Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinde (yani inşaatın ulaştığı oran haklı gösterdiğinde) ise o zamana kadar ifa edilen edimler geçerliliğini korumaktadır. Arsa sahibi baştan mülkiyeti devrettiği, yüklenici de kendisine devredilen payı üçüncü kişilere devrettiği için üçüncü kişi tapudaki kayda istinaden zaten mülkiyeti kazanmış olur. Bir başka deyişle sözleşmeye istinaden baştan yapılan devir geçerli bir hukukî sebep teşkil ettiği için yüklenici adına yapılan tescil geçerlidir. Bu tescile istinaden üçüncü kişiye yapılan devir de geçerlidir.

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibini koruyucu bir tavır sergilemektedir. Üstelik bunu Türk Medenî Kanunu'nun temel düzenlemelerinden bazılarını (TMK. m. 1023, m. 3) farklı yorumlayarak gerçekleştirmektedir. En başta ifade edilmek gerekirse, tapuda pay (aynî hak) devri yapılmışsa, korunmaya layık olan üçüncü kişidir. Zira üçüncü kişi, bağımsız bölüm satın aldığını düşünmektedir. Tapuda adına yapılan devre ve işlemin yapıldığı anda geçerli olan bir sözleşmeye güvenmektedir. Türk Medenî Kanunu, tapudaki kayda güvenerek ki o kayıt yolsuz bile olsa, işlem yapan iyiniyetli kişiyi korumaktadır (TMK. m. 1023)⁵³. Bu hüküm taşınırlandaki emin sıfatıyla zilyetten hak elde eden kişinin korunması esasının taşınmazlardaki görünümüdür. Tapudaki kayıtlar, emin sıfatıyla zilyedin, eşyaya zilyet olma sebebiyle sağladığı aleniyeti gerçekleştirmektedir.

ettirilen tapu kayıtları, deyim yerindeyse yükleniciye verilen avans niteliğinde sayılır. Bu itibarla, davalı üçüncü kişiler üzerindeki tapu kayıtlarının da iptaliyle, davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir...”, (KBİBB.); HGK. T. 25.10.2000, E. 2000/1-1280, K. 2000/1554 (KBİBB.). Ancak, Yargıtay'ın diğer bir kararına göre ise, 23. HD. T. 6.7.2017, E. 2016/314, K. 2017/2025, “... Ancak, davalı yüklenici, 7 ve 11 numaralı daireleri dava tarihinden önce davalı şirkete tapuda devretmiştir. Bu durumda, mahkemece, TMK'nun 1023. madde hükmü gereğince davalı şirketin iyiniyetli olup olmadığı konusunda, tarafların delilleri toplanıp değerlendirilmeli...”, (KBİBB.).

⁵³ Tapu kütüğünde gerçek hak durumunu göstermeyen tescilin (yolsuz tescilin), geçerli bir kazanıma yol açabilmesi için TMK. m. 1023'teki şartların gerçekleşmiş olması aranır. Bunlar, kütükte aynî hakka ilişkin yolsuz bir tescilin varlığı, yolsuz tescile dayanarak bir aynî hakkın iktisap edilmesi, yolsuz tescile dayanarak aynî hak iktisap edenin üçüncü bir kişi olması, üçüncü kişinin iyiniyetli olması ile üçüncü kişinin iktisabında tasarruf yetkisi dışında diğer geçerlilik unsurlarının mevcut olmasıdır (Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 200; Akipek / Akıntürk, 356-357; Eren / Başpınar, s. 246; Ünal / Başpınar, s. 397-398; Ertaş, s. 156; Sirmen, s. 219; Reisoğlu, Eşya, s. 195; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 269; Homberger, s. 410; Schwab / Prütting, s. 91; Esener / Güven, s. 143-144; Saymen / Elbir, s. 181).

Tapuda adına devir işlemi yapılan üçüncü kişinin, tapudaki kaydın yükleniciye ait olduğunu veya yüklenicinin arsa sahibinin yetkili vekili olduğunu bilmesi devrin geçerli olması için yeterlidir.

Yargıtay, TMK. m. 1023 uyarınca tapudaki kayda güvenerek hak kazanabilmek için aranan unsurlardan biri olan iyiniyetin, bu sözleşmedeki üçüncü kişide bulunmadığını kabul etmektedir⁵⁴. Bunun sebebi, üçüncü kişilerin yüklenici edimini yerine getirirse, arsa sahibinin tam olarak mülkiyeti kendilerine devredeceğini bilmeleri gerektiğidir. Zira tapudaki akit tablosunda arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine ilişkin kayıtlar açıktır ve tapuda işlem yapan üçüncü kişiler de bunu görmektedirler. Yargıtay'ın bu görüşü, doktrinde ifade edilen “doğal aleniyet” görüşü ile paralellik arz etmektedir. Bu görüşe göre “taşınmazın içinde bulunduğu fizikî durum”dan anlaşılan bir husus, alenî kabul edilir⁵⁵. Üçüncü kişinin arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin varlığını bilmesi bu aleniyeti sağlar. Zira üçüncü kişi, yükleniciden devraldığı payın, arsa sahibince bu sözleşmeye istinaden

⁵⁴ 23. HD. T. 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593 (KBİBB.,818/m. 108/1,162); 23. HD. T. 31.3.2014, E. 2013/8737, K. 2014/2416; 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; 23. HD. T. 9.5.2017, E. 2016/6432, K. 2017/1407“...Oysa, davalıların henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin TMK'nın 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun'un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunması mümkün değildir...” (KBİBB.). Bazı yazarlara göre, burada TMK. m. 1023 hükmüne gitmeye gerek yoktur. Zira tescil baştan geçerlidir, dönme iradesinin kabul edildiği andan itibaren ileriye etkili sonuçlar doğurur. Üçüncü kişinin aynı hakkı her durumda korunur (Erman, s. 177; Yakuppur, s. 193).

⁵⁵ Akkanat, s. 96 vd.

verildiğini bilir veya en azından tapu kayıtlarına istinaden bilmesi gerekir. Bu durumun bilinmesi ise iyiniyet iddiasını ortadan kaldırır⁵⁶.

Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin doğal aleniyet anlayışı içerisinde değerlendirilmesi fikri isabetli değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, tapuda kendisine devredilen hakkı devreden yüklenici, üçüncü kişiye oranın mülkiyetini devretme amacı gütmekte; üçüncü kişi de aynı amaçla bu işlemi gerçekleştirmektedir. Tapuda arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin görülmesi, tek başına üçüncü kişide bu taşınmazın aslında arsa sahibine ait olduğu düşüncesini doğurmaz. Kaldı ki, doğal aleniyet olması için mecra hakkında olduğu gibi taşınmazın bizzat kendisinden durumun anlaşılması gerekir. Üçüncü kişinin tapuda aksi bir kayıt olmadan sadece taşınmaza bakarak bunu anlamasını beklemek hakkaniyetli bir yaklaşım olmaz⁵⁷.

Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı durumların TMK. m. 1023'ün kapsamına girmeyeceği ise şüphesizdir. Ancak burada, yükleniciden pay devralan üçüncü kişinin, kendi iyiniyetini ispat etmesi gerekmez. Zira kanunen iyiniyetin arandığı durumlarda bunun varlığı kabul edilir. Aksini iddia edenin (arsa sahibinin), üçüncü kişinin kötünietini ispat etmesi gerekir. Burada arsa sahibi ancak yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki işlemin kendi aleyhine bilerek ve istenerek yapıldığını ispat ederse, üçüncü kişi kötünietli kabul edilebilir. Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmüşse, yüklenicinin kendi payından devrettiği üçüncü kişinin kötünietini ispatlandığı takdirde, ona devredilen pay geri alınabilir. Kötünietin ispatı, devir bedelinin çok düşük olması ile veya çok kısa süre içinde satış yapılmasının ortaya konulması suretiyle olabilir. Arsa sahibinin iade davasını sonuçsuz bırakmaya yönelik devirlerde veya dönme hakkının doğmasından sonra yapılan devirlerde ya da dönme hakkı kullanılmamakla birlikte kısa sürede kullanılacağına belli olmasına rağmen yapılan devirlerde kötünietin bulunduğu kabul edilebilir⁵⁸. Yargıtay'ın farklı yaklaşımı aslında iyiniyet kurumunu uygulayış biçiminden kaynaklanmaktadır. Kanunun iyiniyeti aradığı hallerde esas olan onun varlığıdır. Kötüniet iddia eden bunu ispatlamalıdır. Yargıtay'ın adeta arsa sahibinin yerine geçerek 3. kişinin kötünietini, afaki bir bilmeye bağlaması hakkaniyetli bir yaklaşım olmasa gerektir.

⁵⁶ Akkanat, s. 96

⁵⁷ Aynı görüş için bkz. Yakuppur, s. 104.

⁵⁸ Erman, s. 177; Öz, s. 260.

Yargıtay'ın arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde, bu kayda güvenerek işlem yapan üçüncü kişileri korunaksız bırakan kararları hukuk güvenliği açısından da isabetli değildir. Tapuda yapılan devirle mülkiyet hakkı elde ettiğini düşünen üçüncü kişi, yükleniciye karşı sözleşmeden dönülmesiyle birlikte, arsa sahibinin kendisine yönelttiği tapu iptali-tescil davasına maruz kalır. Belki yıllarca oturlan evler, bu davalarla kendini malik sanan, tapuya güven ve hukuk güvenliği ilkeleri uyarınca böyle düşünmekte haklı da olan üçüncü kişilerin elinden, aslında malik olmalarına rağmen alınmış olur. Yargıtay'ın kararlarıyla ortaya çıkan uygulama⁵⁹ maalesef bu yönde olmaktadır.

VII. SONUÇ

Tapuda devir gerçekleşmeden, yüklenici tarafından adi senetle veya satış vaadi ile üçüncü kişiye yapılan satışlarda, üçüncü kişi bir aynı hak kazanmamaktadır. Yüklenici borcunu yerine getirmez ve temerrüde düşerse ve arsa sahibi sözleşmeyi bu sebeple sona erdirirse, üçüncü kişiler devralamadıkları bağımsız bölümlere yönelik taleplerini sadece yükleniciye karşı ileri sürebilirler.

Yargıtay'ın toptancı bir yaklaşımla, tüm arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden pay devralan üçüncü kişilerin hukukî durumunu çözmeye çalışması isabetli değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılış biçimi, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi etkiler. Özellikle baştan mülkiyetin tamamen veya kısmen yükleniciye devredildiği veya arsa sahibinin yükleniciye satış için vekâlet verdiği durumlarda, üçüncü kişinin kazanımı korunmalıdır.

Yargıtay kararlarında tercih edilmiş olsa da aslında arsa sahibi, sözleşmenin korunmaya muhtaç tarafı değildir. Hatta kendini koruyabilecek tedbirleri alabileceken bunu yapmayı ihmal eden taraftır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken, arsa sahibi kendini koruyacak tedbirler alabilir. Her şeyden önce arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye tapuda devretmeyebilir veya seçeceği yüklenicinin güvenilir ve ekonomik olarak güçlü olmasına özen gösterebilir ya da bunu yapmayan arsa sahibini, tapudaki kayda güvenerek payı devralan üçüncü kişiye karşı tercih etmek hukuk güvenliğini sarsmaktadır.

Tapuda arsa sahibi ile yüklenici arasında devir yapılmışsa, bu işlem geçerlidir. Yüklenici adına yapılan tescil, geçerli bir hukukî sebebe

⁵⁹ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.).

dayanmaktadır. Bu nedenle, yüklenicinin bahse konu tescile dayanarak üçüncü kişi lehine yaptığı devir de geçerli olur. Sözleşmeden dönülmesi yüklenici ile arsa sahibi arasındaki ilişkiyi etkiler. Üçüncü kişinin yüklenici ile yaptığı sözleşmeye istinaden adına tapuda yapılan tescil geçerliliğini korur. Üstelik, yüklenici adına olan tescilin, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sonradan yolsuz hale geldiği görüşü kabul edilse bile, bu takdirde de TMK. m. 1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişi hak kazanmış olur. Üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunu ispat yükü ise arsa sahibindedir.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın açıklamaya çalıştığımız yerleşik uygulamasını oy çokluğu ile de olsa haklı bulmuştur. Kanaatimiz, Türk Medenî Kanunu'nun temel ilkelerinin ve hukukî güvenliğin, tapudaki kayda güvenerek hak kazanan üçüncü kişilerin bu güvenlerini korumayı gerektirdiği yönündedir. Zira, hukukî güvenlik ilkesinin özel hukukta somutlaşmış hallerinden biri de tapuya güven ilkesidir⁶⁰.

⁶⁰ Nitekim, Yargıtay'a göre, "...Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir...", 14. HD. T. 31.5.2016, E. 2016/5242, K. 2016/6426 (KBİBB.).

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017 (Kısaltılmışı: Akıncı, Ş., Borçlar).
- Akıncı, Bekir : Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar, Konya 2014 (Kısaltılmışı: Akıncı, B., Temerrüt)
- Akipek, Jale G. / Akıntürk : Turgut : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 2017.
- Arıkan, Mustafa / Kemal, Erdoğan : Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri, Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Dergisi, 2015; (34): s. 145-172.
- Ayan, Serkan : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Bucher, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf., Zürich 1988 (Kısaltılmışı: Bucher, OR).
- Buz, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Coşkun, Gürkan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010.
- Çelik, Hülya : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukukî Durumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar).
- : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Eren, Özel).
- : Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011 (Kısaltılmışı: Eren, Mülkiyet).
- Eren, Fikret / Başpınar, Veysel : Toprak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Erman, Hasan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010.
- Ertuş, Şeref : Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir 2012.
- Esener, Turhan / Güven, Kudret : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/ Rey, Heinz : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohneauservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 2, 7. Auf., Zürich 1998.
- Gönen, Doruk : İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul 2016.
- Gümüş, M. Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.

- Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol : Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- Homberger, A. : Aynî Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicilli, (Çev. Suat Bertan), Ankara 1950.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2013.
- Kizir, Mahmut : Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012.
- Kurşat, Zekeriya : İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- Kurt, Leyla Müjde : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : BorçlarHukuku, Genel Hükümler, C. 1, 12. Baskı, İstanbul 2014 (Kısaltılmışı: Oğuzman / Öz, I).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Baskı, İstanbul 2016(Kısaltılmışı: Oğuzman/Öz, II).
- Oğuzman, M. Kemal / Selîçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe : Eşya Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2009.
- Öz, M. Turgut : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016 (Kısaltılmışı: Öz, İnşaat).
- Öz, M. Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Kısaltılmışı: Öz, Dönme).
- : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klâsik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD., C. 13, S. 16, 1979-80-81, s. 131-172 (Kısaltılmışı: Öz, Temerrüt).
- Reisoğlu, Safa : Türk Eşya Hukuku, C. 1, 7. Baskı, Ankara 1984 (Kısaltılmışı: Reisoğlu, Eşya).
- Reisoğlu, Safa : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı: Reisoğlu, Borçlar).
- Rey, Heinz : DieGrundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. 1, Bern 1991.
- Sarı, Suat : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHF., C. 64, S. 2, 2006, s. 273-300.
- Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

- Schwab, Karl Heinz / Prütting, Hanns : Sachenrecht, 26. Auflage, München 1996.
- Serozan, Rona : Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007(Kısaltılmışı: Serozan, Dönme).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdükadir : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Baskı, İstanbul 2016, (Kısaltılmışı: Serozan, İfa).
- Sirmen, A. Lâle : Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Şahin, Turan : Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012.
- Tandoğan, Halûk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008.
- Tekinay, Selâhattin S./ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atillâ : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel : Şeklî Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Ürem, Müge : Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017.
- Yakuppur, Sendi : Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016.
- Yavuz, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Yener, Mehmet Deniz : Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İÜHFM., S. 65/2, 2007, s. 371-382.
- Zevkililer, Aydın/ Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/ Aydoğdu, Murat/Cumalioğlu, Emre : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013.

KISALTMALAR CETVELİ

BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFMD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi