

ÖZEL HUKUK

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler*

Opinions on the Problem of the Using Legal Preemption in
the Construction Agreement in Return for Land Share

Cevdet YAVUZ**

ABSTRACT

The determined charges in a construction agreement in return for land share arises after the parties sign the contract. As mentioned, in construction agreements in return for land share, while the contractor's principal obligation is to create a construction (a building), the land owner's encumber is to transfer the land share as the payment to the contractor. As a rule, the contractor's right to demand their allotment earned from fulfilling the obligations of the construction agreement in return for land share originates with the dedition of apartments agreed to the land owner. However, in practice, stakeholders usually transfer this to the contractor as "an advancement" before the end of construction with an independent section in the agreement.

In construction agreements in return for land share, the land owner's required payment to the contractor (or third party or parties in accordance with the contractor) has been determined as not cash but land share. Furthermore, it is stated that this disposition is not transferred for sale purposed but as the payment of the agreed independent section to the contractor. Hence, because this dedition cannot be classified as "transfer for sale", the transferred dividends cannot be the subject of pre-emption cases. In short, there needs to be an agreement on the fact that the right of pre-emption cannot be exercised in these transfers. In a contrary case, this will not agree with the usual flow of life or good faith rule, especially for standing construction agreements.

Keywords: Legal preemption, construction agreement in return for land share, construction law, land owner, contractor.

* Makale gönderim tarihi: 04.12.2017. Makale kabul tarihi: 19.12.2017.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

Giriş

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ülkemizde yaygın uygulaması olan ve iş-yeri ve konut ihtiyacının sürekli artması vb. ekonomik ve sosyal ihtiyaçların bir sonucu olarak hukuk uygulamasında ortaya çıkan bir sözleşme tipidir. Böylece, bir taraftan kendi mali imkanları ile inşaat tamamlayamayacak arsa sahibi taşınmazını değerlendirmekte, diğer yandan yüklenici (müteahhit) yeni iş yapma imkanı ve sadece inşaat maliyetini üstlenerek bağımsız bölümlerin satışından maliyetini karşılamaktadır.

Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özelliği ve niteliği birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin (yüklenicinin), yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak uygulamada paylı taşınmaz mülkiyetinde paydaşlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde, ekonomik koşulların yarattığı bir sorumluluk olarak, inşaatın tamamlanmasından önce, yükleniciye inşaatı tamamlamak için gereken mali imkânı sağlamak amacıyla, pay devretmektedir. İşbu yöntem ise, beraberinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye yapılan bu devrin, satış amaçlı bir devir olup olmadığı ve bu bağlamda önalım hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı sorununu getirmektedir. Bu noktada, menfaatler dengesi korunarak ve tarafların gerçek amaçlarını irdelenerek, hukuk ve somut olay adaletine uygun bir çözüme varmak gerekir.

Çalışmamız dört bölümden oluşmakta olup, birinci bölümde önalım hakkına dair genel açıklamalarda bulunulmuş ve yasal önalım hakkının tanımı, doğumu ve kullanılması hususları üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve gerçekleşmesi çeşitleri ortaya konulmuştur. Ardından üçüncü bölümde, birinci ve ikinci bölümde izah edilen hususlar nazara alınarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan pay devrinin, satış amaçlı bir devir olup olmadığı ve bu minvalde önalım hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı hususları doktrindeki görüşler ve ilgili Yargıtay kararları ışığında incelemeye tabi tutulmuştur. Çalışmamızın son bölümü ise varılan sonuçların özetlendiği bir sonuç bölümüyle noktalanmıştır.

I. Önalım Hakkı

A.Önalım Hakkı, Hukuki Niteliği ve Türleri

“Önalım hakkı”, yasal önalım hakkı esas tutularak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 732., 733. ve 734. maddelerinde düzenlenmiştir. Alman Hukukunda “Vorkaufsrecht” , Fransız Hukukunda “droit de préemption” , İngiliz Huku-

kunda “right of pre-emption”, Latince “ius protimiseos” olarak adlandırılmakta olan önalım hakkına ilişkin olarak kanunlarımızda açık bir tanım bulunmamaktadır.

Öğretide, önalım hakkına dair çok sayıda tanım yer almakla birlikte¹, akdi ve yasal önalım hakkını birlikte açıklayıcı nitelik taşıyan en kapsamlı tanımı vermekte fayda görüyoruz;

FEYZİOĞLU²na göre²; “Şufa hakkı, kanun veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini husule getiren, subjektif aynı mahiyette öyle bir inşai haktır ki, borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefi, kararlaştırılan bedeli ödeyerek meşfuun mülkiyetinin tercihen kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş akdi şufada vaki zararın tazminni muayyen müddet için talep selahiyetini bahşeder.”³.

Paylı taşınmaz mülkiyetinde kanuni (yasal) bir önalım tanınmasının temelinde; bu tür mülkiyet türünde paydaşlar arasında meydana gelebilecek faydalanma ve yönetime ilişkin anlaşmazlıklar nedeniyle hukuk hayatında pek de arzu edilmeyen bu paylı mülkiyet ilişkisinin bir bütün olarak tek elde toplanmasını sağlamak, yani tek mülkiyete dönüştürmek düşüncesi baskındır. Bunun yanında ikincil bir amaç ise, ortaklığa istenmeyen yabancı kişilerin girmesini engellemektir. Bu iki amaç, tarihin ilk çağlarından beri mülkiyet hukukunda baskın olmuş ve kanuni (yasal) önalım hakkının sosyal fonksiyonunu ön plana çıkarmıştır. Öyle ki, bu sosyal amaç nedeniyle çeşitli hukuk sistemlerinde kanuni (yasal) önalım kurumu sadece paylı mülkiyet ilişkisi ile sınırlı kalmamış, diğer bazı hukuki ilişkilere de bu kurumun tanınması yoluna gidilmiştir. Nihayet kanuni düzenleme ile tanınan önalımın yanında, tarafların iradelerinden doğan (akdi)

1 “Şufa hakkı, konusunu oluşturan şey malik tarafından üçüncü şahsa satıldığı zaman, onu, tek taraflı, yönetilmesi ve varması gerekli bir irade açıklaması ile öncelikle satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır.”: Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II: Mülkiyet*, 2. Baskı, Konya, 2000, s. 294; Tekinay’a göre; “Şufa hakkı, başkasına ait olup da onun tarafından üçüncü kişiye satılan bir şey üzerindeki mülkiyetin öncelikle (tercihan) devrini isteyebilmek yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır” (bkz. Selahattin S. Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri: II/1*, İstanbul, 1998, s. 16).

2 Yazarın -bugünkü şartlar dahilinde- oldukça ağır ve anlaşılması güç olan tanımını günümüz hukuk diline uyarlayarak şu şekilde verebiliriz: “Önalım hakkı, kanun veya sözleşmeden doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade açıklaması ile hükümlerini doğuran, şahsi-ayni nitelikte öyle bir kurucu haktır ki, borçlu hakkın konusu olan şeyi, tamamen kendi isteği ile, paydaşlar dışındaki kişilere geçerli bir satış sözleşmesi neticesinde sattığı takdirde, önalım hakkı sahibine kararlaştırılan bedeli ödeyerek önalım konusu şeyin mülkiyetinin öncelikli olarak kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş sözleşmeden doğan önalımda meydana gelen zararının giderimini belirli süre içinde talep yetkisini sağlar.”, Şükran T. Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı*, 1. Baskı, s. 4.

3 Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Şufa Hakkı*, İstanbul, 1959, s. 5.

önalım hakkı modern hukuklarda yerini almıştır⁴. Bu kapsamda, Türk Hukukunda önalım hakkı, meydana geliş şekillerine göre, taraf iradelerinden (hukuki işlem) ya da kanundan doğmaları açısından; sözleşmeden doğan (TMK. m.735)⁵ ve kanundan doğan (TMK.m.732) önalım hakkı olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Biz bu çalışmamızda, yalnızca kanundan doğan (yasal) önalım hakkını incelemeye tabi tutacağız.

B. Yasal Önalım Hakkının Tanımı, Doğumu ve Kullanılması

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Devir Hakkının Kısıtlamaları" üst başlığı altında "Yasal önalım hakkı" kenar başlıklı 732. maddesi; "*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen⁶ üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkının kullanabilirler.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Taşınmaz mülkiyetinde devir hakkının kısıtlamalarından olan

4 Şıpka, s. 210.

5 Sözleşmeden doğan önalım hakkı hem Türk Medeni Kanunu'nda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda önalım hakkı, "Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları" üst başlığı altında ele alınmakta olup, iradi kısıtlama sebebi olarak sözleşmeden doğan önalım hakkı m.735'de şu şekilde düzenlenmiştir. TMK. m.735: "*Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır*" (f.1); "*Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihten itibaren on yıl geçmekle sona erer*" (f.2); "*Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır*" (f.son). Türk Borçlar Kanunu'nda ise önalım hakkı, "Satış İlişkisi Doğuran Haklar" üst başlığı çerçevesinde m.240 vd. şu şekilde düzenleme alanı bulmuştur; Önce, m.240'da "ileri sürülmesi" ele alınmış, sonra m.241'de "koşulları ve hükümleri" ve son olarak m.242'de "kullanılması ve hükümleri"ne değinilmiştir. TBK. m.240'a göre, "*Önalım hakkı, taşınmazın satışı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hallerinde kullanılabilir. -Taşınmazın mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hallerinde önalım hakkı kullanılamaz.*". Önalım hakkının "koşulları ve hükümleri" ise TBK. m.241'de şu şekilde düzenlenmiştir: "*Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır*" (f.1); "*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez*" (f.2); "*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır*" (f.3); "*Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de yukarıdaki hükümler uygulanır*" (f.son). Yine, TBK. m.242'ye göre; "*Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır*".

6 "EMK'da önalım hakkı sahibinin, bu hakkını paydaşın payını bir üçüncü kişiye satması halinde kullanabileceği öngörülmüş; ancak paydaşın payın tamamını değil bir kısmını üçüncü kişiye satması halinde de önalım hakkını kullanabilip kullanamayacağı hükme bağlanmamıştır. Yeni Yasa, 732.maddesinde bu konuyu aydınlığa kavuşturmuş; paylı mülkiyette paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkının kullanılabilmesi öngörülmüştür." (Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 351).

yasal önalım hakkı⁷; paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmazın üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma hakkı veren kurucu yenilik doğuran bir haktır. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay içtihatlarında, önalım hakkının tam, doğru ve sağlam satış sözleşmesinin kurulduğu andan başlayarak kullanılabileninde görüş birliği bulunmaktadır⁸.

O halde yasal önalım hakkından söz edebilmek için gerekli şartlar kısaca şu şekilde sıralanabilecektir⁹:

1) Yasal önalım hakkı, yalnız paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olur.

Yasal önalım hakkı, sadece paylı mülkiyette söz konusu olur, diğer mülkiyet çeşitlerinde, özellikle elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde uygulanmaz¹⁰. Kişiyeye değil, paya bağlı bir haktır. Kim paydaş olursa o, bu hakka sahiptir. Bir başka deyişle, hukuken paydaş sayılmayan kişi, önalım olayı meydana gelmiş de olsa önalım hakkının sahibi olamayacaktır.

2) Yasal önalım hakkı taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen veya kısmen satılması halinde söz konusu olur (önalım olgusu).

Mülkiyet hakkının kanundan doğan bir dolaylı tasarruf sınırlaması olarak, paylı mülkiyet ilişkisine bağlı önalım kurumunda, paya malik olan her paydaş, ileride gerçekleşmesi muhtemel bir önalım hakkına bağlı yenilik doğuran hakkın hem sahibi hem de muhatabı olmaktadır¹¹. Önalım hakkının kullanılmasına

7 Yargıtay'ın 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı inançları birleştirme kararı ile de desteklendiği gibi, taşınmaz mal mülkiyetinin daraltılmalarından (takyitlerinden) biri de, yasal önalım hakkıdır.

8 "Öyle ki, Yargıtayın içtihatları (örneğin, HGK. 7.11.1951 tarih ve 1/34-157 sayılı kararı ; 16.4.1958 tarih ve 6/51-44 sayılı kararı; 6. HD. 26.3.1953 tarihli ve 867-1953 sayılı kararı; 30.6.1966 tarihli ve 2254-3337 sayılı kararı) bu yönden kökleşmiştir." (Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Türk Eşya Hukuku*, C.1, İstanbul, 2002, s. 988).

9 Fikret Eren, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 103-126; "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.12.2015 gün ve 2014/6-324-2015/2787 sayılı onama ilamında da açıklandığı üzere; Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla da kullanılabilir hale gelir." (Yargıtay 14. HD. 26.12.2016 tarih ve E.2015/6448, K.2016/10863 sayılı kararı).

10 "Elbirliği ile mülkiyete bağlı taşınmazlarda, pay satışı söz konusu değildir. Böyle olunca, önalım hakkının doğmasından söz edilemeyeceği için, hak sahibinin varlığı düşünülemez. Gelgelim, Medeni Yasanın yürürlüğe girmesinden önce ölen bir kimse üzerinde bulunan taşınmazlarda müşterek (paylı) mülkiyet hükümleri uygulanacağından, mirasçılar paylarını satabilirler. İşte böyle bir taşınmazda pay satılır ise, öteki paydaşlar, önalıcı niteliğine dayanarak önalım hakkını kullanabilirler." (Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Eşya Hukuku*, C.I, İstanbul, 2002, s. 974).

11 Şipka, s. 43.

imkan veren bu duruma “Önalım olgusu=Vorkaufsfall” denir¹². Önalım olgusu, zorla (cebri) olmayan, iradi (isteğe bağlı); ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de satış sözleşmesiyle gerçekleşir¹³. Önalım hakkı, yalnız payın satılması halinde kullanılacağı için üzerinde paylı mülkiyet bulunan –paylı mülkiyete tabi taşınmazın payının değil- taşınmazın bizatihi kendisinin tamamının veya bir kısmının satılması halinde kullanılmaz. Çünkü, taşınmazın tamamı veya bir kısmı paydaşların tümü tarafından satıldığı takdirde, paydaşlar aynı zamanda paylı mülkiyet ilişkisini de oybirliğiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırmış olmaktadır.

3)Yasal önalım hakkı üçüncü kişilere yapılan pay satışlarında söz konusu olur.

Yasal önalım ancak paydaş olmayan bir kimseye yapılan satışta kullanılabilir. Yani, bir paydaşa yapılan satışta diğer paydaşlar önalım hakkına sahip değildir¹⁴.

4) Yasal önalım hakkı, hak sahibi paydaşın üçüncü kişi aleyhine açacağı önalım davasıyla kullanılır¹⁵.

Önalım davası, yenilik doğuran bir dava; dava sonucu verilen karar, yenilik doğuran bir karardır. Bu kararın kesinleşmesi ile önalım konusu payın mülkiyeti önalım hakkı sahibine intikal eder. Önalım hakkı sahibi, bu karara dayanarak tapu memurundan adına açıklayıcı tescilin yapılmasını talep edebilir¹⁶.

12 Meier – Hayoz, Art, 682, N.58; Rey-BSK ZGB, Art.681, N.2; Hatemi, Serozan, Arpacı, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1991, s. 609.

13 Şıpka’ya göre, paylı mülkiyette kanuni önalım hakkının doğabilmesi için gerekli “önalım olayı”nın bir “satım sözleşmesi” olduğu uygulama ve öğretilerdeki baskın görüşlerin de kabul ettiği gibi açıktır. Ancak her satım sözleşmesinin bir önalım olayı oluşturmayacağı ve özellikle üçüncü şahsın özelliklerinden dolayı onun şahsı gözetilerek yapılan satım sözleşmelerinin de önalım olayının dışında kalacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bunun yanında, gerçek satım sözleşmesi olmamakla birlikte, “satım benzeri” bazı hukuki işlemlerin önalım olayı olarak kabul edilebilmeleri de mümkündür. Aynı zamanda gerçek bir satışa istinaden önalım hakkı doğmuş olsa bile, bazı hallerde önalım hakkı sahibinin hukuka aykırı davranışları nedeniyle (MK. m.2/2’ye aykırılık) bu hakkını kullanamaması da mümkündür (bkz. Şıpka, s. 50-51).

14 Paydaşa yapılan satımlara ek olarak; önalım hakkından feragat, vazgeçme, trampa, başıslama, kamulaştırma, cebri icra hallerinde de kullanılamaz. Bu durum, TMK m. 733’de; “*Cebri artırma ile satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.-Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.*” şeklinde ifadesini bulmuştur.

15 TMK. m.734: “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.-Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hakim tarafından belirlenen süre içinde hakim belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.*”

16 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul, 2015.

5) Önalım hakkı, satışın, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesinden itibaren üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer¹⁷.

• Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup, mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

II. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Yasal önalım hakkının doğumu için gerekli koşullar göz önünde bulundurularak, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesine dair açıklama ve saptamaların yapılmasında yarar vardır. Biz de bu kapsamda, makalemizde sırasıyla; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve gerçekleşmesi çeşitleri üzerinde duracağız. Şöyle ki:

1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, yüklenici ve arsa sahibidir. Bu sözleşme ile arsa sahibi, çok defa parası olmadığından para yerine arsasından belli payları yükleniciye devretmek suretiyle karşılığında belirli dairelerin yapılması imkanını elde etmekte ve böylece hem arsasını daha iyi değerlendirerek bir daire veya oturacak ev yerine fazla daire almış olmakta; hem de bunun için para ödemek durumunda kalmamaktadır. Yüklenici ise, yeni iş yapma imkanı yanında arsa sahibinden inşaata karşılık aldığı arsa paylarını satarak tüm inşaatı tamamlamakta ve kar sağlamaktadır. Sonuçta, arsa sahibi arsasını, yüklenici ise teşebbüs gücünü değerlendirmiş olmaktadır¹⁸.

Bu gibi düşüncelerin ve bunların dışında işyeri ve konut ihtiyacının sürekli

17 TMK. m.733'e göre, "Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir. " (f. 4) ; "Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer" (f. son).

18 Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 1065-1066; Mustafa Reşit Karahaslan, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C.2, Beta Basım Yayın, 2002, s. 641 vd.; Mustafa Reşit Karahaslan, *İnşaat-İmar-İhale Hukuku*, C.2., İstanbul, 1997, s. 1586 vd.; Nezih Sütçü, *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C.1, İstanbul, 2013, s. 21 vd.; Yarg. İct. Bir. K., 30.09.2018 t.li ve E.1987/2, K.1988/2 s.lı kararı: "İçtihadı Birleştirmenin konusu olayların özelliğine gelince: 1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte; buna karşılık inşaat bitince kendisine devredilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaata başlar başlamaz mülkiyet iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaat finansmanı için üçüncü kişilere ... satmaktadır." (RG. N.20026, s.30).

artması vb. ekonomik ve sosyal ihtiyaçların bir sonucu olarak hukuk uygulamasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adı verilen bir sözleşme tipi ortaya çıkmıştır. Uygulamada bu sözleşmenin, “inşaat sözleşmesi”, “kat yapımı sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi”, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi” gibi değişik isimlerle de anıldığı görülmektedir¹⁹. İsim farklılıklarına rağmen bu sözleşmeler ile güdülen amaç aynıdır. Bu amaç da, arsa sahibine, yüklenicinin, kendisinden edineceği belli arsa paylarına karşılık bir bütünlük arz eden binayı ve dolayısıyla bağımsız bölümleri yapıp teslim etmesidir²⁰. TMK. m.1009’da, “arsa payı karşılığı inşaat ... sözleşmeleri”nden söz edilmiştir. Biz de, açıklamalarımızda “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimini kullanacağız.

TBK. m.470’in eser sözleşmesine ilişkin tanımı göz önünde tutularak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şu şekilde tanımı yapılabilecektir: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle bir taraf (yüklenici), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşaat etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır. Nitekim KARTAL da, aynı yaklaşımla, bu sözleşmeyi, “yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsa belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlamıştır²¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, karşılıklı edimleri içeren iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup, arsa payı karşılığı inşaat yapımında, sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek ve yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir²². Görüldüğü üzere, inşaatçının yüklediği yapı yapma ediminin karşılığını, arsa sahibi arsasının bir bölümünün mülkiyetini geçirerek ödemektedir. Yani bir başka

19 Bilal Kartal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, *Yargıtay Dergisi*, 1983, s. 97. TMK. m. 1009’da “arsa payı karşılığı inşaat ... sözleşmeleri”nde söz edilmiştir. Biz de, açıklamalarımızda “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimini kullanacağız.

20 Pervin Ayazlı, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (UNSURLARI- HUKUKİ ÖZELLİKLERİ- ŞEKİL SORUNU)”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1987, C.2, sy. 1, s. 43.

21 Bilal Kartal., *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi)*, Doktora Tezi, Ankara, 1993, s. 15.

22 Bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 03.07.2003 tarih ve 2003/4696 E. ve 2003/5639 K. sayılı kararı.

deyişle, sözleşme taraflarından arsa sahibinin borcu olan taşınmaz satışının bir unsuru olan taşınmaz mülkiyetini geçirme, diğer tarafın (yüklenicinin) eser sözleşmesinin bir unsuru olan inşaat (eser) yapma ve yapılan bağımsız bölümü devretme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde. İnşaatçının yapı yapma ediminde anlaşmaya uygun olarak bir eserin yaratılması edimi ağır basarken, arsa sahibinin ise sözleşmedeki ücreti “aynı olarak” ödediği görülmektedir. Şöyle ki, eser sözleşmesinin konusu olan inşaat yapma edimi ile gayrimenkul satım sözleşmesindeki mülkiyet nakli edimi bir araya gelmiştir²³. O halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini çifte

(iki) tipli karma sözleşme (ikiz sözleşme, karışık muhtevalı sözleşme) olarak nitelendirmek isabetli olacaktır²⁴.

Eser sözleşmesinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de ani edimli (ani-geçici borç ilişkisi doğuran) sözleşme niteliğini haiz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bilindiği gibi ani edimli borç ilişkisinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir; söz konusu bu anda da, alacaklı ifaya ilişkin menfaatine tam olarak kavuşmaktadır. Ancak yüklenicinin işi borçlanılmış edimin tümü dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyetten ibaret görülemez. Burada işgörme faaliyeti sonucu meydana getirilen eser ister maddi ister gayri maddi olsun alacaklının menfaati ifaya bağlıdır; yani sorunun çözümü, borçlunun edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesi değil edimin yerine getirilmesinin yani alacaklının çıkarının bir anda mı yoksa zaman içinde yayılmış bir şekilde mi gerçekleştiğinin tespitindedir. O halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden ileri gelen borç ilişkisinin ani edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerekir²⁵.

23 Aynı yönde olarak; “İnşaatçının edimi eser sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşıyan, arsa malikinin karşı edimi taşınmaz satım sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Öyleyse, arsa payı karşılığında kat yapımı çift tipli bir karma sözleşmesidir. İnşaatçının yüklediği eser meydana getirme edimi için Borçlar Yasasının bu tip sözleşmeyi düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına karşılık, arsa sahibinin pay geçirme borcu yönünden satıma ilişkin hükümler uygulama alanı bulur” (Karahasan, s. 991).

24 Yavuz, Acar, Özen, s. 1071; Karahasan, s. 306; Ayazlı, s. 45; Fikret Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *İnşaat Sözleşmeleri*, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s. 57; Yarg. 15. HD., 4.10.1974, E.573 K.1184: “Taraflar arsa karşılığında kat yapımı konusunda anlaşarak sözleşme yapmış olup bu gibi sözleşmeler iki tipli karma sözleşmelerdir.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

25 Ancak bir başka görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul etmek gerekir. Bu sözleşmede edimler, bütünlük arzeden sonucun meydana gelmesinden önce de bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir. Bu süreç içinde taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulmaktadır. Eğer bir bütün olarak tamamlanmadan inşaatın belli kesiminin yapılmasıyla, iş sahibinin yükleniciye (müteahhide) belli bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirdiğini, eğer başlangıçta arsa payları yüklenici adına

Yargıtay'a göre ise, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı kararında da belirttiği gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici- sürekli karmaşığı özellik taşırlar. Dairemizin uygulaması da öteden beri bu yoldadır. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına (TMK. m.2) uygun biçimde davranmaları esastır"²⁶.

2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Gerçekleştirilme Şekilleri (Çeşitleri) ve Özellikleri

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonra, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükler doğar. Anıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu bir inşaat (bina) meydana getirmek iken, arsa sahibinin borcu da ücret olarak kararlaştırılan arsa payını yükleniciye devretmektedir. Kural olarak, sözleşmede peşinen verilmesi kararlaştırılan arsa payının sözleşmenin imzalanmasından sonra arsa sahiplerince müteahhide geçirileceği kabul olunur. Ancak bu hususta, taraflar arasındaki sözleşme hükümleri asıldır. Yanlar arasında paylaşım şekli sözleşmede nasıl kararlaştırılmışsa, bu konuda ortaya çıkan uyumsuzluğun, sözleşme hükümlerine bakılarak giderilmesi gerekir. Yükleniciye pay devrinin ne zaman yapılacağı sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, bunun en geç, inşaatın eksiksiz ve kusursuz olarak tamamlanıp, fiilen veya hukuken teslim edildiği tarihte gerçekleşmesi gerekir²⁷.

- Ancak bina yapım işi önemli miktarda sermayeyi gerektirdiğinden yükleniciye finans kolaylığı sağlayacak tapu devri önem kazanır. Halk deyimiyle yapısatçılık denilen bu modelle, yüklenici belli bir seviyeye getirdiği inşaatı bağımsız bölüm satarak inşaatın kalan bölümlerini tamamlamaktadır. Bu kapsamda uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çeşit ve kapsam olarak, çeşitli tiplerde düzenlenmektedir. Bu minvalde yükleniciye pay devri de değişik şekillerde geçirilebilmektedir²⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin gerçekle-

tescil edilmiş ve iş sahibi lehine ipotek kurulmuşsa, bu ipotegin de inşaatteki ilerleme aşamasına göre peyderpey çözüldüğünü görmekteyiz. Böylece bu sözleşme ile bir bütünün oluşumu için edimler bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde sonucu meydana getirmeğe yönelik bir şekilde ifa edilmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler kategorisi içinde yer aldığı ileri sürülmektedir. Bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 1073.

26 Yarg. 15. HD., 30.5.1994, 93-5125/3380 (Yargıtay Kararları Dergisi, Mart-1995, Sayı:3, s.441).

27 İlker Hasan Duman, *İnşaat Hukuku*, İstanbul, 2006, s. 606.

28 İlgili açıklamalar için bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 1074-1077; İzzet Karataş, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara, 2004, s. 234 vd..

tirilme şekillerini (çeşitlerini) sınırlayıcı bir şekilde sayma ve belirleme imkanı olmadığından, bu çalışmamızda sadece bu sözleşmenin uygulamada en çok rastlanılan çeşitleri üzerinde duracağız. Şöyle ki:

a. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belli arsa paylarının yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi

• Bu durumda, arsa sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere özümlenecek (tahsis edilecek) belli payların mülkiyetini tapuda devretmeyi taahhüt etmektedir; ayrıca taraflar, bu sözleşmede, inşaatın başlama-bitim süreleri, iş sahibine verilecek dairelerin nitelikleri ve diğer sözleşme şartları hakkında da düzenleme getirmektedir. Bu halde, arsa sahibinin haklarının teminat altına alınması için, yükleniciye devredilen paylar üzerine arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir.

b. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi

• Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, arsa tapuda bütünü ile yükleniciye devredilmektedir; ayrıca yapılacak bağımsız bölümlerin paylaşılması, nitelikleri gibi sözleşme şartları da kararlaştırılmaktadır.

c. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa paylarının inşaat-taki aşamaya göre devri suretiyle gerçekleştirilmesi

• Bu halde, satış veya satış vaadinden söz edilmeksizin, hangi pay veya bölümlerin yükleniciye, hangilerinin iş sahibine ait olacağı belirlenmektedir. Sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri öngörüldüğü durumda, yüklenici her aşamada devri kararlaştırılan tapuları arsa sahibinden istemeye hak kazanır.

d. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaad etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi suretiyle gerçekleştirilmesi

• Uygulamada en çok görülen pay devir şekli ise, arsa sahibinin devri gereken arsa paylarının satışını vaad etmesi, yüklenicinin de inşaat yapma taahhüdünde bulunması şeklinde yapılan devirdir. Bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımı öngörülmektedir ve dolayısıyla sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme görünümünü almaktadır: Bir taraftan arsa paylarının satışını vaad edilirken bir taşınmaz satış vaadi, diğer taraftan inşaatın yapımı öngörülürken bir eser sözleşmesi yapılmakta ve bu iki sözleşme birarada düzenlenmektedir.

III. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Önalım Hakkının Kullanılması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hukukumuzda kabul edilmiş olan sözleşme serbestisi prensibinin bir görünümü olan tip serbestisi prensibinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır; bu niteliği itibariyle yürürlükteki hukuk kurallarıyla çelişmemektedir. Ancak sözleşme taraflarının edimlerinin nitelikleri, uygulamada çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir.

- Son yıllarda ekonomik koşulların yarattığı bir sorumluluk ve gereklilik olarak uygulamada (özellikle inşaat halindeki yapılarda), arsa payının müteahhide devri nedeniyle taraflar arasında oluşan uyumsuzlıklardan birisi de paylı mülkiyete tabi taşınmaz konu edinen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devrin, satış amaçlı devir sayılıp sayılmayacağı, buradan varılacak sonuca göre; önalım hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu aşamada yapılan işlemde, tarafların gerçek amaçlarını irdelemek ve bu irdeleme sonucunda varılacak neticeye göre karar vermek önem arz eder.

Yukarıda belirtildiği üzere, önalım olayının gerçekleşmesi için, önalım yükümlüsü taşınmaz maliki ile, paydaş olmayan üçüncü kişi arasında bir satış sözleşmesinin gerçekleşmesi gerekir. Önalım olayını gerçekleştirecek olan satış sözleşmesi; tam ve gerçek olarak kurulmalıdır. Satış niteliğinde olmayan pay temliklerinde ise önalım hakkı cereyan etmez. Önalım olayının varlığına ise önalım borçlusu ile üçüncü şahıs arasında yapılan hukuki muamelenin iktisadi niteliğine göre karar verilecektir. Bu kriter bir taraftan bizi bir sınırlamaya götürür: şeklen ortada bir satış akdi olduğu halde önalım olayı reddedilebilecektir²⁹.

Tam bir satış sözleşmesinden amaç, TBK. m.1 ve m.3 anlamında kurulmuş bir sözleşme olmasıdır. Buna göre, her iki tarafın üzerinde tam olarak anlaştıkları ve şartlarını belirledikleri (sonradan belirlenebilir nitelikte de olabilir (TBK. m.2) bir satış sözleşmesi (TBK. m.207 anlamında) önalım hakkının kullanılma süresini ve hakkın içeriğini belirleme bakımından açıklık sağlayacaktır³⁰. Ayrıca önalım hakkı sahibi böyle bir tam bir satış sözleşmesine dayandığında, önalım yükümlüsünün sözleşmede tespit edilen hususları yerine getirmeye hukuken hazır olduğunu bilme olanağına kavuşacaktır. Böylece bir yandan, her iki taraf arasında emniyet ve hukuki güven sağlanırken, diğer yandan önalım hakkı sahibi de korunmuş olacaktır³¹.

29 A. Meier Hayoz, "Şu'fa Akdi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Çev. Y. Ümit Doğanay, Cilt:33, Sayı:3-4, 1967, s. 273-287.

30 Meier – Hayoz (Bern. Komm.) Art. 681 N.184, Art.682 N.68; Haab, Art. 681/682, N.36-39, Binz - Gehring, s.149.

31 Şıpka, s. 54-55.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin, yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, TBK. m.479³² hükmü doğrultusunda, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak uygulamada genellikle³³ bu tip sözleşmelerde, paydaşlar, inşaatın tamamlanmasından önce, sözleşmelerde bağımsız bölüm almak kaydıyla yükleniciye finans sağlamaya yönelik olarak “avans” niteliğinde pay devretmektedir. Eş deyişle, inşaat aşamasında yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olduğundan, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur³⁴.

Yargıtay’ın süreklilik arz eden uygulaması da aynı yönde olup, bu noktada konu ile ilgili Yargıtay kararlarına değinmek yerinde ve faydalı olacaktır. Şöyle ki:

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 1.6.2004 tarih ve 2003/6241 E., 2004/3055

32 TBK. m.479: “İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.”

33 Detaylı açıklama için bkz. yukarıda II-2.

34 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04.03.2005 tarih ve E.2004/3299, K.2005/1234 sayılı kararı (Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 8. Baskı, İstanbul, 2011, s. 1215-1216); “...Yanlar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu sözleşmeye göre inşaat 12 ay içerisinde yapılacak ve arsa sahibi olan davacıya teslim edilecektir. Yükleniciye peşinen yapılan tapu devirleri yükleniciye finans kolaylığı sağlamak amaçlıdır. Bir bakıma avans niteliğinde olan bu tapular sözleşmedeki edimler yerine getirilmemiş ise her zaman geri istenebilir...” Y. 15. HD. 5.4.2004 tarih ve E.2003/5340, K.2004/1910 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017). Yargıtay’a göre; “Yüklenicinin ücretine (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi, edimini ifa etmesine, yani inşaatı eksiksiz ve kusursuz yapıp teslim etmesine bağlıdır. İşin başında, yükleniciye bir kısım tapu paylarının geçirilmesi, deyim yerindeyse avans niteliğindedir.” (bkz. Yargıtay 15. HD. 24.6.1998 tarih ve E.1998/2147, K.1998/2779 sayılı kararı; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017). Farklı görüş için bkz. E. Saba Özmen, Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:1, Haziran 2016, s. 13-31.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığının, 13.04.2011 tarih ve 228 sayılı, “Devam Eden İnşaat Tapu Senedi İle Yapılan Arsa Paylı Daire Satışlarında Faturanın Ne Zaman Düzenleneceği” hakkındaki özelgesinde, gayrimenkul satışlarında mülkiyetin devrinin esas tarihi itibarıyla gayrimenkulün tapuda alıcı adına tescil edilmesi ile gerçekleştiği, inşaat devam ettiği sürece vergiyi doğuran olay meydana gelmeyeceğinden KDV hesaplanmayacağı, gayrimenkul satışlarında mülkiyetin devrinin esas itibarıyla gayrimenkulün alıcı adına tescil edilmesi ile gerçekleştiği, tapuda alıcı adına tescil yapılmadan önce gayrimenkulün alıcının fiili kullanımına bırakılması ve alıcı tarafından malik gibi kullanılmaya başlanması halinde KDV açısından vergiyi doğuran olayın gayrimenkulün kullanıma bırakılması anında meydana geleceği belirtilmiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 13.04.2011 tarih ve 228 sayılı özelge (www.gib.gov.tr). Danıştay tarafından verilen bir kararda da, özel inşaatlarda satılan kısımların tapuya tescili daha önceki bir tarih olsa bile, inşaatın bitim tarihinin vergiyi doğuran olay olarak kabul edilmesi gerektiği, inşaat bitmeden yapılan satış işlemlerinden elde edilen gelirin ise “avans” olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Bkz, Danıştay 4. Dairesi’nin 16.02.1996 t.li ve E.1995/921, K.1996/606 sayılı kararı (Yaklaşım Dergisi, Sayı:43, Temmuz 1996, s.180-181).

K. sayılı kararında³⁵ bu husus, “*Kararlılık kazanan Dairemiz içtihatlarına göre, arsa sahipleri teslimden evvel işin finansında kolaylık sağlamak üzere yükleniciye bir kısım pay devri yapmışsa bu devir “avans” niteliğindedir. Bu payın devredilmiş olması ne yükleniciye ve ne de yükleniciden bu payları satın alan üçüncü kişilere eser bedeline hak kazanılmadığından aynı bir hak sağlamaz. Üçüncü kişiler burada, MK.nun 3.maddesi hükmünce iyiniyet iddiasında bulunamaz. Daha açık bir anlatımla yükleniciye devri yapılan payların devir sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

“*Yüklenicinin sözleşme gereği bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi inşaatı kusursuz ve eksiksiz tamamlayıp teslim etmesine bağlıdır. Sözleşmeden sonra ve inşaat süresince yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir*”³⁶.

“*Kural olarak borç ilişkisinin sonucu (...) edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temlik hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen veya tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere bağımsız bölüm satılarak veya satış vaadinde bulunarak karşılanması mümkündür. Ashında arsa sahibinin (eski) Borçlar Kanununun 364. maddesi uyarınca kural olarak eserin tesliminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırmasıdır*”³⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na göre³⁸; gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devrin, gerçek bir devir sayılmayacağı; ancak inşaatın sözleşmeye uygun yapılması halinde yapılan devrin geçerlilik kazanacağı ve yükleniciye yapılan devir ne gerekçe ile yapılırsa yapılsın anılan sözleşme gereğince yapıldığının kabulü gerekir.

35 Kostakoğlu, s. 1235-1236.

36 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 29.11.2010 t.li ve E.2009/6021, K.2010/6481 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

37 Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 29.11.2007 t.li ve E.2007/13130, K. 2007/15128 sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:37, Sayı:4, Yıl:2011, s. 666-669.

38 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.06.2010 t.li ve E.2010/6-341, K.2010/346 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası ,Erişim Tarihi: 01.12.2017).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04.12.2015 tarih ve E.2014/6-324, K.2015/2787 sayılı kararında³⁹ da aynı doğrultuda açıklamalara yer verilerek hüküm kurulmuştur. Kararda:

“...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, Türk Medeni Kanunu’nun 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.” tespitlerine yer verilmiştir.

Dolayısıyla, her ne kadar devir muamelesinin sebebi taraflarca satış olarak nitelendirilse dahi, menfaatler dengesi korunarak, tarafların gerçek amaçları incelendiğinde, gerçekte devir muamelesinin sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu açıkça görülmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde yüklenicinin finans ihtiyacı, arsa sahibinin kural olarak eserin tesliminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi gereksinimi doğurmuş ve arsa sahibi bir nevi yükleniciye kredi kullandırmıştır. Yine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye (ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere) yapılan pay temlik, nakit para karşılığı değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmış olup, yapılan pay devri işleminin satış amaçlı olmadığı, kendisine teslimi taahhüt edilen bağımsız bölüm karşılığı yapıldığı açıktır.

Emsal Yargıtay kararlarında da açıkça ifadesini bulduğu üzere, uygulamada sıklıkla inşaat sözleşmeleri gereği yapılan bu devirlerin⁴⁰ sadece kredi teminine

39 Karar için bkz. www.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi:01.12.2017).

40 “Esasen Türkiye genelinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulanması açısından arsa payının tapu kütüğünde satışı bilinen bir olgudur.” (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 05.10.1989 tarih ve E.1988/4783, K.1989/4038 sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

yönelik olup, gerçek devir iradesi mevcut değildir⁴¹. Payımı devreden paydaşın amacı “ev sahibi olabilmek” iken, yüklenici de inşaatın devamını kolaylaştırmak ve kendini güven altında tutmak istemektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye kayden temlik olunan taşınmaz payları avans niteliğinde olduğundan, bu yolla oluşan tapu kayıtları da gerçek mülkiyet durumu oluşturmaz. Burada amaç, herhangi bir arsanın payını almak değil, bu arsa payına isabet eden dairenin alınmasıdır⁴². Dolayısıyla, kat karşılığı yapılan bu temlikler “satış amaçlı devir” olarak nitelendirilemeyecektir⁴³. Aksi bir durum, özellikle ayakta olan inşaat sözleşmeleri açısından hayatın olağan akışı ile de bağdaşmayacaktır.

Yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için pay devrinin önceden gerçekleştirildiği durumlarda, yüklenici sözleşmeden ve mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerinden de kurtulmuş olmaz:

Belirtildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma bir sözleşmedir. Bu tür sözleşmelerde bir yandan taşınmazdaki belli bir pay mülkiyetinin öbür tarafa geçirilmesi, diğer yandan bir eser yapımı öngörülmür. İlişkideki yüklenicinin ana edimi, sözleşmeye, fen kurallarına ve imar mevzuatına uygun

41 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1.10.1994 tarih ve 1994/1185-5644 sayılı kararında bu husus şu şekilde dile getirilmiştir: “(...)Varlığı inkar edilmeyen taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi 19.6.1988 günlüdür. Davacılar paylarının davalı adına tapuda tescili de aynı gün yapılmıştır. Davacıların amacının müstakilen inşaata müsait olmayan taşınmazda mevcut payları karşılığı bağımsız bölüm sahibi olduğu sözleşmeden açıkça anlaşılmaktadır. İşin süresi, paylaşılması, teknik koşulları vs. hususlarının belirlenmesi için böyle bir sözleşmenin yapılmasından sonra, tapuda tevhit, ifraz, terk, imarda izin ve benzeri işlemlerin yüklenici tarafından yapılabilmesini teminen arsa sahiplerinin vekaletname vermesi yerine aynı gün tapuda devirde bulunmaları günümüzde olağan hale gelmiştir. Amacı bağımsız bölüme kavuşmak olan kimsenin, aynı gün bu amaçla sözleşmeyi yaptıktan hemen sonra hangi nedenle bundan dönüp taşınmazı sattığı inandırıcı biçimde ortaya konulmamış, mahkemece de bu husus üzerinde hiç durulmadan, soyut satışın varlığıyla yetinilerek, olayın özelliği, hayatın normal akışıyla bağdaşma yönü bir yana bırakılarak ve emsal olaylarda Dairemiz uygulamasına bakılmayarak sonuca gidilmiştir. Bu nedenle kabulü gereken davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Kostakoğlu, s. 268-269).

42 “Bu durumda davalının taşınmazların arsa payının değil bu arsa üzerine yapılan binanın bir dairesini satın aldığı kabul edilmek gerekir. Davacının da aynı şekilde edindiği bir dairede oturduğu anlaşılmaktadır. Taraflar yanını henüz bitmiş olan binada bağımsız bölüm sahibi olmak amacı ile birer daire almışlardır. Amaç herhangi bir arsanın payını almak değil bu arsa payına isabet eden dairenin alınmasıdır.” (Yargıtay 6. HD. 7.10.1980 tarih ve E.1980/9356, K.1980/8634 sayılı kararı). Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, Ocak 1982, s. 45-47).

43 Aksi yönde olarak; Meier - Hayoz, taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin önalım olayı oluşturabileceği görüşünü şu gerekçelere dayandırmaktadır: “Satım vaadi sözleşmesi, önalım olayı doğuran diğer sözleşme ve hukuki işlemler gibi aynı güvenliği ve korumayı sağlar. Çünkü bu sözleşmeyle de, üçüncü kişi ve yükümlü paydaş arasındaki ilişkinin derecesi ve varlığı kesinlik kazanır. Burada öngörüşmelerden ve satma iradesinin açıklanmasından farklı olarak, daha sıkı ve belirgin yükümlülükler saptanır ki, taraflardan hiçbirisi onlardan tek taraflı olarak vazgeçemez.” (Meier - Hayoz, Berner Komm., Art.681 N.179; Meier - Hayoz, Der Vorkaufsfall, s.275).

inşaat yapmak, arsa sahibinin edimi ise yapılacak bu inşaat karşılık (bedel olarak) ona arsa payı devretmekten ibarettir. Arsa payı devri işin bedeli olduğundan, bu bedele ancak eserin amaca uygun teslimi halinde hak kazanır. Bir başka deyişle, yüklenici tarafından yapılan satışlar avans niteliğinde olduğundan, inşaatın, sözleşme, imar mevzuatına ve tekniğine uygun biçimde tamamlanması halinde sonuç doğuracaktır. İşte, böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve ancak kazandığı şahsi hakkının üçüncü kişilere temlik edebilir. Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur⁴⁴.

Yargıtay'a göre, "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup, tapu devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir"⁴⁵. Yine aynı yönde olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 28.09.2010 tarih ve E.2010/3593, K.2010/4847 sayılı kararında⁴⁶; "*Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi ya da sahiplerince yükleniciye kayden temlik olunan tapulu taşınmaz ya da tapulu taşınmaz payları, "avans" niteliğinde olup; bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları, gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz. Yüklenici; sözleşme ve yasa hükümleriyle fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yüklenildiği edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği şahsi hakkını da üçüncü kişilere Borçlar Kanunu'nun 163 ve izleyen maddeleri gereğince devredebilir. Sözleşmenin tamamen ifayla sonuçlanması ya da sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yükle-*

44 İlgili karar için bkz. YHGK. 23.06.2010 t.li ve 2010/6-341 E., 2010/346 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017).

45 Yargıtay 15. HD. 31.5.2011 t.li ve E.2011/1819, K.2011/3203 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017).Aynı yönde olarak bkz. Yargıtay 15. HD. 27.09.2010 t.li ve E.2009/4222, K.2010/4818 sayılı kararı; Yargıtay 15. HD. 22.03.2012 t.li ve E.2011/1240, K.2012/1811 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017).

46 Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017.

nicinin şahsi hakları ayını hakka dönüşebilir.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Arsa sahibi yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshini ve yükleniciden edinen üçüncü kişiden de tapunun iptalini isteyebilir. Yüklenicinin sözleşme koşullarını yerine getirmemesi kişisel hak kazanmasına engel olacağı gibi, yüklenicinin bu durumda yaptığı temlikleri de geçersiz kılar⁴⁷. Yargıtay’a göre, satış vaadi sözleşmesi ile müteahhitten şahsi hak elde edenler bir yana, doğrudan tapu adına tescil yapılmış olan üçüncü kişiler dahi, TMK. m.1023 hükmünden yararlanamayacaktır. Hatta müteahhitten arsa payı devralan kişinin bu arsa payını başka bir kişiye devretmiş olması durumunda, arsa sahibi bu sonuncu kişiye karşı da dava açabilecektir⁴⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmelerinin niteliği dikkate alındığında, yıllara yayılan ve yüklenici açısından ciddi mali kaynak gerektiren işlemler söz konusu olmakla, arsa sahibinin yükleniciye yardımcı olması dürüstlük kuralı da gereğidir. Nitekim yapılan pay devirlerinin amacı, ticari bir faaliyet yapmak ile birlikte yapılacak inşaata finansman kaynağı oluşturma amaçlı sermaye edinme gayesidir.

Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararında, dava dışı kooperatif ile şahıslar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapuda yapılan devrin “satış amaçlı” değil, “inşaat sözleşmesi gereğince yapılan bir devir” olduğu, bu sebeple Türk Medeni Kanununun 732 ve dürüst davranma başlığını taşıyan 2.maddesine göre önalım hakkının kullanılmayacağı” gerekçesiyle davanın reddine dair verilen yerel mahkeme kararı onanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında aynı husus; *“Son yıllarda ekonomik koşulların yarattığı bir sorumluluk olarak özellikle toplu konut yapımlarında binanın belli bir bölümüne sahip olmak amacı ile inşaata başlanıldığı halde, hatta yapımı başlamadan önce alım işlemini girişildiği, arsa payı alanın amacının sözleşmelerinde*

47 “Yüklenicinin eser sözleşmesi uyarınca yapmakta olduğu binada payına düşen bağımsız bölümü üçüncü kişiye temlikli geçerli olmakla birlikte, temellük edenin bu şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için arsa sahibi ile arasındaki eser sözleşmesi bozulan yüklenici, satış vaadi sözleşmesinin gereğini yerine getirmediği alıcıya karşı tam tazminatla (istenmişse dairenin tam değerini ödemekle) sorumludur. Satış vaadi sözleşmelerinde taraf olmayan arsa sahibi tazminatla sorumlu tutulamaz.” (Yargıtay 14. HD. 12.6.2000 t.li ve , 3890/4149 sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:01.12.2017); “O halde yüklenicinin edimini sözleşmeye uygun ifa etmeyerek temerrüde düştüğü ve avans niteliğinde verilen tapu payının iptaliyle arsa sahibi davacılar adına tesciline karar verildiğine göre pay üzerine davalı (...) tarafından konulan haciz şerhinin de kaldırılması gerekirken bu husus gözden kaçırılarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” (Yargıtay 15. HD. 07.06.2012 t.li ve 1112/4294 sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2017).

48 Hasan Erman, *İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar*, İstanbul, 2012, s. 193.

öngörülen daireyi edinmek olduğu bilinmektedir. Yapılan sözleşmeye ve verilen söze bağlılık hukukun da üstünde bir ahlak ve iyiniyet kurahtır. Davacının kendisi gibi, belirli bir daireyi satın aldığı bildiği davalı hakkında Şufa davası açması ... iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.” şeklinde ifadesini bulmuştur. Nitekim aksi bir yorum, **TEKİNAY**'ın da belirttiği gibi⁴⁹ “ev sahibi olabilmek umuduyla pay satın almak isteyen kimseleri inşaatçılardan uzaklaştıran bir baskı” oluşturacağından, devletin konut edindirme politikası doğrultusunda toplu konut yapımının da amaca ulaşmasını engeller.

Tüm bu nedenlerle, anılan Yargıtay kararları ve gerekçeleri kanaatimce isabetli, yasaya ve hakkaniyete uygun olmakla, bu durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapılan pay devrinin, satış amaçlı bir devir sayılamayacağı, ancak inşaatın sözleşmeye uygun yapılması halinde yapılan devrin geçerlilik kazanacağı kabulü gerekir. Bu itibarla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde paydaşlar, bağımsız bölüm almak kaydıyla yükleniciye adeta “avans” niteliğinde pay devretmekte olup, tapuda “satış” olarak isimlendirilen sebebin gerçekte bağımsız bölüm yapma olduğu göz önünde tutularak, devredilen bu payların önalım davasına konu olamayacağı, eş deyişle, yapılan devirlerde önalım hakkının kullanılmayacağı kabul etmek gerekir.

Sonuç

Çalışmada vardığımız önemli bazı sonuçları özetle sıralamak gerekirse;

- Önalım olayının gerçekleşmesi için, önalım yükümlüsü taşınmaz maliki ile, paydaş olmayan üçüncü kişi arasında bir satım sözleşmesinin gerçekleşmesi gerekir. Önalım olayını gerçekleştirecek olan satım sözleşmesi; tam ve gerçek olarak kurulmalıdır. Satım niteliğinde olmayan pay temliklerinde önalım hakkı cereyan etmez. Önalım olayının varlığına önalım borçlusu ile üçüncü şahıs arasında yapılan hukuki muamelenin iktisadi niteliğine göre karar verilecektir. Bu kriter bir taraftan bizi sınırlamaya götürür: şeklen ortada bir satım akdi olduğu halde önalım olayı reddedilebilecektir.

- Arsa payı karşılığı inşaat 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” niteliğindedir. Eş deyişle, inşaat aşamasında yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur.

- Yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için pay devrinin önceden gerçekleştiril-

49 Tekinay, s. 45.

rildiği durumlarda, yüklenici sözleşmeden ve mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerinden de kurtulmuş olmaz. Arsa payı devri işin bedeli olduğundan, bu bedele ancak eserin amaca uygun teslimi halinde hak kazanır. Bir başka deyişle, yüklenici tarafından yapılan satışlar avans niteliğinde olduğundan, inşaatın, sözleşme, imar mevzuatına ve tekniğine uygun biçimde tamamlanması halinde sonuç doğuracaktır. Bu devir avans niteliğinde ve yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için yapılmış olduğundan yükleniciden geri istenebilecektir. Yani yüklenici edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği hakkını üçüncü kişilere devredebilir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar.

- Dolayısıyla, her ne kadar devir muamelesinin sebebi taraflarca satış olarak nitelendirilse dahi, menfaatler dengesi korunarak, tarafların gerçek amaçlarını irdelendiğinde, gerçekte devir muamelesinin sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu açıkça görülmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde yüklenicinin finans ihtiyacı, arsa sahibinin kural olarak eserin tesliminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi gereksinimi doğurmuş ve bir nevi arsa sahibi yükleniciye kredi kullandırmıştır. Yine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye (ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere) yapılan pay temlik, nakit para karşılığı değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmış olup, yapılan pay devri işleminin, satış amaçlı olmadığı, kendisine teslimi taahhüt edilen bağımsız bölüm karşılığı pay devrinin yapıldığı açıktır.

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapuda yapılan devrin “satış amaçlı” değil, “inşaat sözleşmesi gereğince yapılan bir devir” olduğu göz önünde tutularak, devredilen bu payların önalım davasına konu olamayacağını, eş deyişle, yapılan devirlerde önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmek gerekir.

KAYNAKLAR

- Akyol, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İstanbul, 1995.
- Arıkan, Mustafa / Erdoğan, Kemal, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı:34, 2015, s. 145-172.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, 2. Baskı, Konya, 2000.
- Ayazlı, Pervin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları- Hukuki Özellikleri- Şekil Sorunu)”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1987, C.2, Sayı:1.
- Duman, İlker Hasan, *İnşaat Hukuku*, İstanbul, 2006.
- Eren, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, Ankara, 1996.
- Eren, Fikret, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 103-126.
- Erman, Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, 1993.
- Erman, Hasan, *İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütaalaalar*, İstanbul, 2012.
- Erman, Hasan, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.50, Sayı:1-4, 1984, s. 505-517.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2002.
- Feyzioğlu, Feyzi N., *Şufa Hakkı*, İstanbul, 1959.
- Hayoz, A. Meier, “Şufa Akdi”, Çev. Y. Ümit Doğanay, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:33, Sayı:3-4, 1967, s. 273-287.
- Kaplan, İbrahim, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara, 2013.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *İnşaat – İmar – İhale Hukuku*, C. 2, İstanbul, 1997.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. 2., Beta Basım Yayın, 2002.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Eşya Hukuku*, C.II, İstanbul, 1991.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, C.I, İstanbul, 2004.
- Karataş, İzzet, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara, 2004.
- Kartal, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, *Yargıtay Dergisi*, 1983, (I) s.96-113; (II), s.329-353; (III) s. 551-568.
- Kartal, Bilal, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi)”, *Doktora Tezi*, Ankara, 1993.
- Kaya, Özgür Katip, *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi*, İstanbul, 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanun’umuzun Getirdiği Yenilikler*, 2.Bası, Ankara, 2004.
- Kılıçoğlu, Mustafa, *Akdi ve Kanuni Şufa Davaları*, Ankara, 1997.
- Kostakoğlu, Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 8. Baskı, İstanbul, 2011.

- Kurşat, Zekeriya, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Et-kileri”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, Ekim 2004, s. 751-777.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay - Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul, 2015.
- Özmen, Etem Saba / Akçura - Karaman, Tuba, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşme-leri Konusunda Uygulama Hataları” , *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:87, Sayı:2013/1, s. 47-74.
- Özmen, Etem Saba / Ürem, Müge, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yar-ğıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler” , *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:1, Haziran 2016, s. 13-31.
- Sezer, Ahmet, “Yasal Önalım (Şuf’a) Hakkının Mahiyeti ve Önalım Hakkının Kullanı-lamayacağı Durumlar” , *Adalet Dergisi*, Sayı:33, Ocak 2009.
- Sütçü, Nezh, *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C.1, İstanbul, 2013.
- Şener, Esat, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu*, Seçkin Kitapevi, Ankara, 1989.
- Şıpka, Şükran T., *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı*, 1. Baskı, İstanbul, 1994.
- Tekinay, Selahattin S., *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1*, İstanbul, 1988.
- Tunaboşlu, Müslim, *Açıklamalı-İçtihatlı Şufa Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ekim 1996.
- Tunaboşlu, Müslim, *Önalım (Şufa) Davaları*, 5. Baskı, Ankara, 2013.
- Yaşar, Halis, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcı) Hak ve So-rumlulukları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:102, 2012, s. 289-322.
- Yavuz Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014.
- Yener, Mehmet Deniz, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakül-tesi Mecmuası*, C.65, Sayı:2, 2007, s. 371-382.

ÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonra, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükler doğar. Anıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu bir inşaat (bina) meydana getirmek iken, arsa sahibinin borcu da ücret olarak kararlaştırılan arsa payını yükleniciye devretmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin, yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak uygulamada genellikle bu tip sözleşmelerde, paydaşlar, inşaatın tamam-lanmasından önce, sözleşmelerde bağımsız bölüm almak kaydıyla yükleniciye finans sağlamaya yönelik olarak “avans” niteliğinde pay devretmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye (ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere) yapılan pay temliki, nakit para

karşılığı değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmış olup, yapılan pay devrinin, satış amaçlı bir devir olmadığı, kendisine teslimi taahhüt edilen bağımsız bölüm karşılığı yapıldığı açıktır. Dolayısıyla, kat karşılığı yapılan bu temlikler “satış amaçlı devir” olarak nitelendirilemeyeceğinden, devredilen bu payların önalım davasına konu olamayacağı, eş deyişle, yapılan devirlerde önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmek gerekir. Aksi bir durum ise, özellikle ayakta olan inşaat sözleşmeleri açısından hayatın olağan akışı ve dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır.

Anahtar kelimeler: Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet, yenilik doğuran hak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi, yüklenici

