

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE BANKA LEHİNE İPOTEK TESCİLİNİN TÜKETİCİYE ETKİSİ

Ünsal DÖNMEZ*

Hale ŞAHİN**

ÖZ

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, barınma ihtiyaçlarını karşılamak için konut edinme amacı taşıyan tüketicilerin rağbet gösterdiği bir tüketici işlemidir. Ön ödemeli konut satışı, kendisine finansman sağlamak isteyen yüklenici açısından da avantajlı bir yöntemdir. Ön ödemeli konut satışının tüketici ve yüklenici açısından önemini bilen kanun koyucu 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40-46'da bu sözleşmeyi özel olarak düzenlemiştir.

Tüketici ile ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapan yüklenici, bu sözleşmede kararlaştırılan bedeli ön ödemeli satışa konu konutların inşasında finansman olarak kullanmaktadır. Bununla birlikte, yüklenici finansman kaynaklarını arttırmak amacıyla bir taraftan da bankadan kredi çekebilir. Böyle bir durumda, kredi alacağını teminat altına almak isteyen banka, ön ödemeli konut satışına konu olan konutların bulunduğu bağımsız bölümler üzerinde, kendi lehine ipotek tescil ettirmektedir. Söz konusu ipotek hakkının tüketicilerin menfaatleri açısından incelenmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: ön ödemeli konut satış sözleşmesi, ipotek, tüketici, yüklenici, banka

THE EFFECT OF MORTGAGE IN FAVOR OF THE BANK ON THE CONSUMERS IN THE PRE-PAID HOUSING SALES CONTRACT

ABSTRACT

A pre-paid housing sales contract is a consumer transaction that consumers seek to provide for their sheltering needs. This contract is advantageous for the contractor to obtain the finances to construct the residential properties promised to consumers. The lawmaker, aware of the importance of the pre-paid housing sales contract for the

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı/Ankara e-posta: udonmez@ybu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7292-442X

** Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı/Çankırı e-posta: halesahin@karatekin.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9811-7239

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018645

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/08/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/10/2021

consumers, has regulated this contract with special provisions on the Protection of the Consumer Code No. 6502 Art. 40-46.

Even though expending the advanced payment received from consumers to construct residential properties, the contractor may still need additional financing. For this reason, the contractor may receive a loan from the bank. In this case, to guarantee its claim, the bank will want to mortgage the immovable subject to the pre-paid housing sales contract. In this study, the mortgage right in question is examined in terms of consumers' interests.

Keywords: *pre-paid housing sales contract, mortgage, consumer, contractor, bank*

GİRİŞ

Uygulamada “*maketten satış*”, “*sat-yap*” olarak da nitelendirilen ön ödemeli konut satış sözleşmesi, konut sahibi olmak isteyen tüketiciler açısından önemli bir hukukî kurumdur. Bu sözleşmede, tüketici barınma amaçlı kullanacağı konutun bedelini, henüz konutu teslim almadan, hatta konutun inşaatı başlatılmadan önce kısmen veya tamamen ödemektedir. Böylece, tüketici yükleniciye konutların inşası için finansman sağlamaktadır¹. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tüketici, taşınmaz kendisine devredilmeden satış bedelini ödemeye, yani kendi borcunu ifa etmeye başladığı anda henüz karşı edimi elde etmediği için özel olarak korunmalıdır². Bu amaçla, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’dan³ farklı olarak, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁴ m. 40-46’da özel olarak düzenlenmiştir⁵. Ayrıca,

¹ Mehmet Doğan, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği”, 2017, 5(2), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 102; Tamer İnal, “Ön Ödemeli Konut Satışı” in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (Eds.), Milli Şerh Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo, 2016, s. 624 vd.; M Yeşim Atamer, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, On İki Levha, 2016, s. 18 vd.

² 1/787 Esas Numaraları Tasarının Madde Gereççeleri (Sıra Sayısı 490, 2013) m. 40; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, 2015, s. 270.

³ Kabul Tarihi: 23.02.1995, RG 8.03.1995/22221.

⁴ Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

⁵ Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “*kampanyalı satışlar*” içerisinde düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından ön ödemeli konut satışlarına ilişkin uygulama usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik⁶ çıkarılmıştır.

Ön ödemeli konut satışında, tüketici genellikle henüz sözleşme konusu taşınmaz meydana getirilmeden bedel ödeme borcunu ifa etmeye başlamaktadır. Özellikle büyük projelerde, yüzlerce tüketiciyle ön ödemeli konut satışı yapıldığında, yüklenici piyasadan yüksek tutarda meblağ toplayarak aslında sadece bankalara verilmiş olan bir yetkiyi kullanmış olmaktadır⁷. Bununla birlikte, örneğin daha büyük ölçekli bir projenin yüklenicisi ön ödemeli konut satış bedeli dışında bir başka finansmana ihtiyaç duyabilir. Uygulamada böyle durumlarda, yüklenici kendisine finansman sağlamak amacıyla kredi çektiğinde banka, teminat olarak ön ödemeli konutun bulunduğu taşınmaza ipotek tescil ettirmektedir⁸. Bu hâllerde, banka lehine ipoteğin üçüncü kişi konumunda olan ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tarafı tüketiciye etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Aşağıda öncelikle ön ödemeli konut satış sözleşmesi hakkında bilgi verilmiştir. Ardından, banka lehine olan ipoteğin tüketiciye etkisi üzerinde durulmuş ve ortaya çıkabilecek çeşitli hukukî durumlara değinilmiştir.

I. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ, BENZER HUKUKÎ KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ VE UNSURLARI

TKHK m. 40/I'e göre, "*ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi,*

Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2016, s. 3 vd.; Aslı Makaracı, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı" in M Murat İnceoğlu (Ed.), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha, 2015, s. 239; Numan Tekelioğlu, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Zorunluluğu", 2018, 67(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 82; Şebnem Akipek Öcal ve Levent Öcal, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi", 2019, 0(144), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 277.

⁶ RG 27.11.2014/29188.

⁷ Bu sebeple, TKHK m. 42'de tüketicilerin satış bedelini ödedikleri konutları edinmeleri veya ödeme yaptıkları miktarı güvence altına almak için satıcının çeşitli şekillerde teminat getirmesi zorunlu kılınmıştır. 1/787 Esas Numaraları Tasarının Madde Gerekçeleri (Sıra Sayısı 490, 2013) m. 42.

⁸ Bankanın yükleniciden olan alacağını teminat altına almak amacıyla taşınmaza ipotek konulması, TKHK m. 42 uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmesinde satıcının tüketiciye teminat sağlamasından farklıdır.

satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmaz tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklindedir. TKHK m. 41 ve 45’te ön ödemeli konut satışının taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, TKHK m. 40 vd’de ön ödemeli konut satış sözleşmesi başlığı altında hem ön ödemeli konut satış sözleşmesi hem de ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi düzenlenmiştir⁹. Hatta, uygulamada daha çok, tüketici bir maket üzerinden gelecekte meydana getirilecek bağımsız bölümlere ilişkin sözleşme akdetmekte, yani ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapmaktadır¹⁰.

Ön ödemeli konut satışı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹¹ m. 243-246 düzenlenen taşınmaz satışından farklıdır. Zira, taşınmaz satış sözleşmesinde taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece aynı anda ifa ile yükümlüdürler (TBK m. 207/II). Ön ödemeli konut satışında ise tüketicinin satış bedelini ödeme borcunun tamamını veya bir kısmını mutlaka taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrinden ve taşınmazın tesliminden önce ödemesi gerekmektedir¹². Bu yönüyle ön ödemeli konut satışı, TBK m. 264’te yer alan ön ödemeli taksitle satışa benzemekle birlikte, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi sadece taşınır için öngörülmüştür. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin konusunu ise sadece konut amaçlı kullanılan taşınmazlar oluşturmaktadır¹³.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin unsurları; konut amaçlı kullanılacak bir taşınmaz, satış bedeli, satış konusunun tüketiciye devredilmesinden önce

⁹ Mustafa Alper Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I, Filiz, 2014, s. 250; Makaracı, s. 250; Sezer Çabri, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kuşun (Eds.), Konut Sektöründe Tüketici Uygulamaları, Cilt II, Aristo, 2016, s. 69 vd.; Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet, 2016, s. 662; Mustafa Doğan, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2018, s. 100.

¹⁰ Gümüş, s. 250. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda IV.

¹¹ Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 4.02.2011/27836.

¹² Ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesinin tarafları da birbirinden farklıdır. Bu konuda bkz. aşağıda II. Ön ödemeli konut satışında tüketicinin satış bedelinin tamamını ödedikten sonra kendi alacağına kavuşması ve taşınmazlar için öngörülmüş olması, ön ödemeli konut satışıyla taksitle satış sözleşmesi (TBK m. 253) arasındaki farkı oluşturur. Taksitle satış sözleşmesi sadece taşınır için söz konusu olup satış bedelinin ödenmesinden önce alıcıya teslim edilmektedir. Hasan Seçkin Ozanoğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, s. 155; Gümüş, s. 250.

¹³ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 13.

satış bedelinin ödenmeye başlanması ve tarafların bu hususlarda anlaşmalarıdır (TKHK m. 40/I). Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tarafların borçları karşılıklıdır. Taraflardan biri, taşınmazın mülkiyetini devretmeyi ve taşınmazın teslimini taahhüt etmektedir¹⁴. Karşı taraf ise bunun karşılığında taşınmazın satış bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemeyi üstlenmektedir. Bununla birlikte, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 4/I.e'ye göre konut, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na (KMK)¹⁵ tâbi mesken amaçlı kullanılan veya mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölümdür. Bu hüküm uyarınca, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin konusu, üzerinde konut meydana getirilmiş veya getirilecek yapı bulunan taşınmazlardır. Tüketici, sözleşme konusu konutu, mesken, yani barınma ihtiyacını karşılamak ve özel yaşamını devam ettirmek amacıyla kullanılmalıdır. Bir başka deyişle, konut, ticarî veya meslekî amaçlarla edinilmemiş olmalıdır¹⁶. Tüketicinin konut amaçlı edindiği taşınmaz müstakil bir yapı olabileceği gibi, kat mülkiyeti veya kat irtifakına tâbi bir yapı da olabilir¹⁷. Kat mülkiyeti veya kat irtifakına tâbi bir taşınmazın kullanım amacı belirlenirken KMK m. 12 ve 14'teki düzenlemeler dikkate alınır¹⁸.

KMK m. 12/I.a'ya göre, bir yapının kat mülkiyetine konu olması için aranan belgeler arasında “*Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların [...] kat,*

¹⁴ TKHK m. 40/I'de tüketicinin satış bedelini kısmen veya tamamen ödemesinden sonra satıcının taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmesi onun borcunu ifa etmiş olması için yeterli sayılmıştır. Ancak, Türk hukukunda taşınmaz satışında satıcının aslî edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olması için taşınmazın mülkiyetinin tapu siciline alıcı adına tescil edilmesi ve alıcıya teslim edilmesi kümülatif olarak aranmaktadır. Dolayısıyla, TKHK m. 40/I'de yer alan “*devir veya teslim*” ifadesini, düzeltici yorum ile “*devir ve teslim*” olarak anlamak gerekir. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu s. 5 vd.; Makaracı, s. 241. Benzer yönde bkz. Gümüş, s. 252 vd.

¹⁵ Kabul Tarihi: 23.06.1965, RG 2.07.1965/12038.

¹⁶ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 18; Akipek Öcal ve Öcal, s. 286.

¹⁷ Çabri, Satış, 72; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu (n 5) 25. “Şekil şartı” kenar başlıklı Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 6/I'e göre, “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur. Aksi hâlde sözleşme geçersizdir. Satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.*” Bu hüküm uyarınca, ön ödemeli konut satışı sadece kat irtifakına tâbi konutlar için öngörülmüş olup kat mülkiyetine tâbi konutlar için ön ödemeli konut satışı yapılabilmesi mümkün değildir. Ancak, TKHK'de böyle bir sınırlama olmadığı gibi, kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümler de “konut” kavramının kapsamındadır. Bu sebeple, kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümlerin de ön ödemeli konut satışına konu olması mümkündür. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 32 vd.

¹⁸ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 25 vd.; İnal, s. 631; Akipek Öcal ve Öcal, s. 286.

daire, iş bürosu gibi nevi ile [...] açıkça gösterilmek suretiyle [...] onaylanan mimarî proje ile yapı kullanma izin belgesi” bulunmaktadır. Benzer şekilde, KMK m. 14/I uyarınca, henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış bir arsa üzerinde kat irtifakının kurulması için KMK m. 12’ye göre, yapının kullanma amacını belirten mimarî projenin tapu müdürlüğüne verilmesi gerekir. Dolayısıyla, örneğin mimarî projede işyeri olarak gösterilen taşınmazın konut amaçlı kullanılmak üzere satın alınması durumunda ön ödemeli konut satışı söz konusu olmaz¹⁹.

TKHK m. 40/III ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 6/III’e göre, yapı ruhsatı alınmadan tüketicilerle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılamaz. Ancak, yapı ruhsatı olmaksızın kurulan sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmek tüketici aleyhine sonuç doğurabilir. Dolayısıyla, böyle bir sözleşmenin geçersizliğini sadece tüketici ileri sürebilmelidir²⁰.

Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 5’e göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin kurulmasından en az bir gün önce²¹ hükümde düzenlenen hususları içeren, en az 12 punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenen ön bilgilendirme formu yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla tüketiciye verilmelidir. Yine Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 7 uyarınca, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, en az on iki punto büyüklüğünde anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca, “[...] a) *Satıcının adı*

¹⁹ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 25 vd.; Akipek Öcal ve Öcal, s. 286. Bununla birlikte, bazı durumlarda taşınmazın tahsis şeklinden bağımsız olarak işyeri veya konut amaçlı kullanılması mümkündür. Örneğin kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölüm mesken niteliğinde olmasına rağmen, avukatlık veya mali müşavirlik bürosu olarak kullanılabilir [1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 43 (Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG 7.04.1969/13168), 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 45/VI (Kabul Tarihi: 1.06.1989, RG 13.06.1989/20194)]. Böyle hâllerde, taşınmaz satışının yapıldığı sırada kişinin taşınmazı edinmedeki kullanım amacına göre sözleşmenin hukukî niteliği belirlenir. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 26.

²⁰ Bununla birlikte, yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurulması hâlinde satıcıya TKHK m. 77/V uyarınca idarî para cezası uygulanır. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 45; Makaracı, s. 243. *Gümüş*’e göre, TKHK m. 40/III hükmüne göre yapı ruhsatı alınması ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğu için yapı ruhsatı alınmadan yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmesi mutlak olarak kesin hükümsüzdür. *Gümüş*, s. 254; Karş. Yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli konut satışı yapılmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemediğine ilişkin bkz. Makaracı, s. 242 vd.

²¹ Hükümde yer alan “*en az bir gün önce*” ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. *Gümüş*, s. 253; Makaracı, s. 247.

veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası ile diğer iletişim bilgileri, b) Tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri, c) Sözleşmenin düzenlendiği tarih, ç) Sözleşme konusu konuta ilişkin bağımsız bölümün yer aldığı ada, parsel, blok, konum, kat ve benzeri temel nitelik bilgileri ile Planlı Alanlar Tıp İmar Yönetmeliği'ne²² göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanları, d) Konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak satış fiyatı, varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, e) Konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, f) Faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı, g) Tüketicinin temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları, ğ) Ön ödeme tutarı, h) Ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgileri, ı) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgileri, i) Sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ile tazminata ilişkin bilgiler, j) Cayma ve sözleşmeden dönme bildirimlerinin yapılacağı açık adres bilgileri, k) Verilen teminata ilişkin bilgileri, l) Konutun teslim tarihi ve şekli, m) Yapı ruhsatının alınış tarihi, n) Konutun ortak giderlerine ilişkin bilgilerin, o) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilginin” sözleşmede yer alması ve tüketiciye bir örneğinin verilmesi zorunludur (Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 7). TKHK m. 4/I'e göre, sözleşmede bu unsurlardan birinin veya birkaçının bulunmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilememekle birlikte, eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir.

II. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

TKHK m. 40/I'e göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tarafları, tüketici ve satıcıdır. TKHK m. 3/I.k uyarınca tüketici, ticarî ve meslekî amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişidir. Bununla birlikte, tüzel kişilerin konut amaçlı kullanmak için taşınmaz edinmesi mümkün değildir. Bu sebeple, tüzel kişiler TKHK uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile taşınmaz elde edemez. Öte yandan, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tüketici, sözleşme konusu taşınmazı konut amaçlı kullanmak için satın almaktadır. Bu durum, tüketicinin ticarî ve meslekî amaç taşımadığını

²² RG 2.11.1985/18916 (Mükerrer).

göstermektedir²³.

TKHK m. 40/I'e göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin karşı tarafı satıcıdır. TKHK m. 3/I.i uyarınca, satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye hizmet ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Bu hükme göre, satıcının mutlaka hizmeti veya malı sunan kişi olması gerekmez. Dolayısıyla, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde satıcının sözleşme konusu yapıyı meydana getiren kişi olma zorunluluğu yoktur. Bir başka deyişle, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde yüklenici dışındaki kişilerin de satıcı olarak nitelendirilmesi mümkündür²⁴.

III. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

A. Geçerlilik Şekli

“Şekil şartı” kenar başlıklı TKHK m. 41/I.c.1'e göre, “*Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Aksi hâlde, satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez*” şeklindedir. Bu hükme göre, ön ödemeli konut satışı, taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılabilir²⁵. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK)²⁶ m. 706 ve TBK m. 237 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi için resmî şekilde yapılması gerekir. Taşınmaz satışlarında resmî şekil şartı, taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren sözleşmenin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesidir (2644 sayılı Tapu Kanunu²⁷ m. 26).

TBK m. 29'a göre, “*Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır*” şeklindedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir ön sözleşmedir²⁸. Bu

²³ TKHK m. 3/I.k'ye göre, tüzel kişiler de tüketici olarak nitelendirilebilir. Tüzel kişi tüketicinin hangi şartlarda ön ödemeli konut satış sözleşmesine taraf olabileceğine ilişkin bkz. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s.16.

²⁴ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 8.

²⁵ Gümüş, s. 250; Makaracı, s. 250; Çabri, Satış, s. 69; Çabri, Kanun, s. 662.

²⁶ Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

²⁷ Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG 29.12.1934/2892.

²⁸ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Galip Esmer, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbiki, İstanbul Matbaası, 1956, s. 452; Necip Kocayusufoğlu, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 67 vd.; Selâhattin Sulhi Tekinay,

sebeple, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin esas sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesinin geçerlilik şekline tâbi olması gerekir. Ancak, 1512 sayılı Noterlik Kanunu²⁹ m. 60/III ve 89'da taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiğine yer verilmiştir. Bu hükümden yola çıkan öğretilerdeki bir görüşe göre³⁰, Noterlik Kanunu m. 60/III'te taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sadece noterler tarafından yapılması öngörülmüştür; tapu sicil müdürü ve tapu sicil memurlarının bu sözleşmeyi düzenlemesi mümkün değildir. Bizim de katıldığımız öğretilerdeki hâkim görüşe göre³¹ ise taşınmaz satış sözleşmesini yapan tapu sicil müdürü ve tapu sicil memurları, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini evleviyetle hazırlayabilir. Dolayısıyla, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hem tapu sicil müdürü ve tapu sicil memurları hem de noterler tarafından düzenlenebilir.

TKHK m. 41'de, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçerlilik şekli özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükümden önce, uygulamada satıcı tüketicilere satış konusu taşınmaza ilişkin broşür, katalog, proje, resim, maket göstererek kendisi tarafından hazırlanan bazı evrakları imzalatmakta ve tüketici bunlara dayanarak ödeme yapmaya başlamaktaydı. Ancak, satıcı ile tüketici arasındaki sözleşme resmî şekilde yapılmadığı için geçerli olmamakta ve satıcı taşınmazın mülkiyetini tüketiciye devretmediğinde tüketici dava yoluyla hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2/II) dayanarak dahi

Sermet Akman, Halâk Burcuoğlu ve Atillâ Altıp, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 7. Bası, Filiz, 1993, s. 691 vd.; Kemal T Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 490; Mustafa Çenberci, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. Bası, Olgaç, 1986, s. 6; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 10. Bası, Seçkin, 2020, s. 189 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Yetkin, 2020, s. 584; Hasan Ayrancı, Ön Sözleşme, Yetkin, 2006, s. 53; Mehmet Handan Surlu, Açıklamalı-İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil ve Elatmanın Önlenmesi Davaları, 3. Bası, Seçkin, 2014, s. 33 vd.; Hakan Albayrak, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", 2017, 0(10), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi s. 45 vd. Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. HD, 4087/4738, 9.06.2003, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (KBİBB), 1086/m. 1; Yargıtay 14. HD, 5221/6071, 29.05.2006, Surlu, s. 42. Karş. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini bağımsız bir sözleşme olarak kabul eden görüş için bkz. İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, 1963, s. 9 vd.

²⁹ Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG 5.02.1972/14090.

³⁰ Çenberci, s. 160; Velidedeoğlu ve Esmer, s. 138; Ayan, s. 191.

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 118 vd.; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz, 2020, N. 1470; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 490; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Yetkin, 2020, s. 237; Albayrak, s. 57 vd. Aynı yönde bkz. YHGK, 28.03.1973, 4-31/258, Eren, Mülkiyet, s. 236, dn. 133.

alacağına istisnai durumlarda kavuşmaktaydı³². Bu durumu önlemek isteyen kanun koyucu TKHK m. 41'i öngörmüştür. Ancak, TKHK m. 41'de yer alan "ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretilmekte tartışmalıdır. *Aydoğdu*'ya göre³³, bu ifade ile ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu siciline şerhi veya kat irtifakı olarak tüketici lehine tescili düzenlenmiştir. Ön ödemeli satış sözleşmesinde tüketici ödeme yaptıktan sonra sözleşme konusu konutu elde etmektedir. Buna "önce öde sonra teslim al (veya tescil et)" ilkesi denir. Dolayısıyla, ön ödemeli konut satışı aslında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde gerçekleşir. Noterlik Kanunu m. 60/III gereği, taşınmaz satış vaadi noterde düzenleme şeklinde yapılır. Ayrıca, TMK m. 1009 uyarınca bu sözleşmenin tapu siciline

³² Turgut Öz, "Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Eksik İfa Ayrımı" in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri "Tüketici Hukuku Açıklamaları", Bilge, 2013, s. 529; Çabri, Satış, s. 79 vd.; Çabri, Kanun, s. 656 vd. 6502 sayılı TKHK'den önce, tüketicilerin resmî şekle uyulmadan yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmelerine dayanarak dava açması sadece istisnai hâllerde mümkün olmaktadır. "Gerçekten de şekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliği ve söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları karşısında, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (batıl) bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının; olayın özelliği gerektirmedikçe, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa, reddi gerekir. Örneğin, üzerinde bina bulunan bir taşınmazı veya Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımı tamamlanmış binadan bir bağımsız bölümü, bir tarlayı ya da arsayı geçersiz sözleşmeyle satın alıp ona zilyet olan ve sözleşmeyle kendisine bağlı sayarak tüm vecibelerini yerine getiren kişinin; velev tapuda devir borcunun yerine getirileceği hususunda satıcı tarafından kendisine tam bir güvence verilerek aldatılmış olsa dahi, cebri tescil isteği reddedilir. Çünkü, nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyumsuzlukta çatıştığına; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın talilininin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ'ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat'i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taalluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itimam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır..." YİBBGK, 2/2, 30.09.1988, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021. Nitekim, kanun koyucu, tüketiciyi bu durumlardan korumak amacıyla TKHK m. 41'i öngörmüştür. 1/787 Esas Numaraları Tasarının Madde Gereğçeleri (Sıra Sayısı 490, 2013) m. 41.

³³ *Aydoğdu*, s. 272.

şerh edilmesi mümkündür. TKHK m. 41/I.c.1’de de tüketicinin taraf olduğu taşınmaz satış vaadi teşkil eden ön ödemeli konut satışının noterde düzenleme şeklinde yapılması ve bu sözleşmenin tapu siciline şerh edilmesi özel olarak düzenlenmiştir³⁴.

Gümüş’e göre³⁵, TKHK m. 41/I.c.1’de kanun koyucu ön ödemeli konut satış sözleşmesini real sözleşme olarak öngörmüştür. Zira, ön ödemeli konut satış sözleşmesine dayalı olarak yapılan tasarruf işlemi olan tescil talebi ve tescil, satış sözleşmesinin kurucu şartı hâline getirilmiştir. Bu sebeple, ön ödemeli konut satışının geçerli olması için rızaî sözleşme olan taşınmaz satışından farklı olarak, satıcının tescil talebi üzerine satış konusu konutun mülkiyetinin tüketici adına tescil edilmesi gerekir. TKHK m. 41/I.c.1’de ön ödemeli konut vaadi sözleşmesinin sadece noterde düzenleme şeklinde yapılabileceği öngörülmüştür. Kanun koyucu bu hükmü kaleme alırken esas sözleşmeye resmî şekli veren makamın o sözleşmeye ilişkin ön sözleşmeyi de yapabileceğini dikkate almamıştır³⁶.

Çabri’ye göre³⁷ ise TKHK m. 41/I.c.1’de yer alan ifadeyi kanun koyucu bilinçli olarak tercih etmemiştir. Zira, uygulamada tapuda satış sözleşmesinin yapılması aynı zamanda taşınmazın tüketici lehine tescil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bir başka deyişle, tapuda tüketici lehine taşınmaz tescil edilmeden, yani tescil talebinde bulunulmadan satış sözleşmesinin yapılması mümkün değildir³⁸. *Öz*’e göre³⁹ de hükümde yer verilen sözleşmenin “*tapu siciline tescil edilmesi*” ifadesini “*tapu sicilinde yapılması*” şeklinde anlamak gerekir. Keza, *Özmen/Vardar Hamamcıoğlu*⁴⁰ da TKHK’deki ifade ile sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi öngörüldüğünü kabul etmektedir.

³⁴ Aydoğdu, s. 272.

³⁵ *Gümüş*, s. 255.

³⁶ *Gümüş*, s. 256.

³⁷ *Çabri, Satış*, s. 80 vd.

³⁸ *Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu*, s. 40; *Çabri, Satış*, s. 80 vd. Nitekim, bu sebeple *Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 6/T*’de “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur.*” hükmünde tapuda işlem yapılabilmesi için yazılı bir sözleşmenin varlığı aranmıştır. Bu konuda bkz. *Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu*, s. 32 vd.

³⁹ Turgut Öz, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık” in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, Bilge, 2015, s. 143.

⁴⁰ *Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu*, s. 31.

Kanaatimizce de kanun koyucunun tercihi bilinçli olmayıp TKHK m. 41/I.c.1’de ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu sicilinde yapılacağına yer verilmiştir. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukukunda taşınmazın devri sonucunu doğuran borçlandırıcı işlemler kural olarak tapu müdürlüğünde yapılmaktadır. Kanun koyucu, Noterlik Kanunu m. 60/III ve 89’a uygun olarak, TKHK m. 41/I.c.1’de taşınmaz satış vaadi niteliği taşıyan ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılmasını öngörmüştür. Dolayısıyla, kanun koyucunun taşınmaz satış sözleşmesi bakımından da kurala istisna getirme amacı yoktur. Bu sebeple, TKHK m. 41/I.c.1’de “ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi” ifadesiyle kastedilen, taşınmazın devrinin taahhüt edildiği diğer sözleşmeler gibi, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin de tapu müdürlüğünde yapılmasıdır.

B. Şekle Aykırılığın Yaptırımını

TBK m. 12/II.c.2’ye göre, kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Bu hükümde yer alan geçersizlik yaptırımının niteliği tartışmalıdır⁴¹. Öğretideki hâkim görüşe göre⁴², kanun koyucu “hüküm doğurmaz” ifadesiyle şekle aykırı sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacağını düzenlemiştir. Bu görüşe göre, hâkim şekle aykırılığı re’sen dikkate alır. Bununla birlikte, şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu hâllerde, taraflar şekle aykırılığa dayanarak sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu iddia edemez.

⁴¹ Bu konuda bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 102; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme (Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I) (7. Bası, Filiz 2017) §29 N. 2 vd.; M Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 18. Bası, Vedat, 2020, N. 544; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin, 2020, N. 925 vd.

⁴² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, Sözleşme, §29 N. 6; Oğuzman ve Öz, N. 544 vd.; Arif Barış Özbilen, “m 12” in Turgut Öz, Faruk Acar, Hüseyin Murat Develioğlu ve K Emre Gökyayla (Eds.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt I, 3. Bası, Vedat, 2019, N. 57 vd.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, 2012, s. 241; Claire Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulltess, 2012, N. 370 vd. Taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğuran sözleşmeler bakımından, son yıllarda öğretilen savunulan kendine özgü geçersizlik (esnek geçersizlik, esnek butlan, *sui generis*) görüşü ile kesin hükümsüzlük görüşlerinin gerekçeleri birbirinden farklı olmakla birlikte, sonuçları aynıdır. Kesin hükümsüzlük görüşüne göre, şekle aykırı sözleşmenin ifasından sonra edimin geri istenmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı sebebiyle mümkün değildir. Kendine özgü geçersizlik görüşü taraftarları ise şeklin tarafları koruma amacından hareketle, sözleşmenin geçerlilik kazandığını ve iadenin talep edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüş tarafları için bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 933, dn. 95.

Aynı şekilde, taraflar borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse şekle aykırı olsa dahi sözleşme geçerlidir⁴³.

Ön ödemeli konut satışı açısından şekle aykırılığın yaptırımını TKHK’de özel olarak düzenlenmiştir. TKHK m. 41/I.c.2’ye göre, “*Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürmez*” şeklindedir. Nitekim, TKHK’nin gerekçesinde de ön ödemeli konut satışının resmî şekilde yapılmaması hâlinde, satıcının daha sonra tüketiciye karşı sözleşmenin resmî şekilde yapılmadığını ileri sürerek geçersizliğini iddia etmesinin hakkaniyete uygun olmadığı belirtilmiştir. Böylece, kanun koyucu ön ödemeli konut satış sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini ileri sürme hakkını sadece tüketiciye tanımıştır⁴⁴. Burada hâkim, şekle aykırılığı re’sen dikkate alamaz⁴⁵. Tüketicinin şekle aykırılığı ileri sürmesinin sınırını ise hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır. Örneğin tüketici, aynı nitelikte veya daha üstün bir konutu daha fazla masraf ve zaman harcamadan satın almak için şekle aykırı olan ön ödemeli konut satışının geçersiz olduğunu iddia edemez⁴⁶.

Türk hukukunda da giderek taraftar bulan⁴⁷ ve kendine özgü geçersizlik

⁴³ Oğuzman ve Öz, N. 546; Eren, Borçlar Genel, N. 930; O Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Bası, Seçkin, 2019, N. 2544 vd.; Özbilen, N. 84; Schwenzer, s. 241; Huguenin, N. 369. “*Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılığın uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (tapuda tescil işlemi yapılmışsa), bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmektedir (HGK.nun 11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları...). Hukuk Genel Kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmektedir.*” YİBBGK, 2/2, 30.09.1988, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁴⁴ Aydoğdu, s. 272; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 40 vd.; Öz, Borca Aykırılık, s. 143; Çabri, Satış, s. 87. Karş. *Gümüş*’e göre, TKHK m. 41/I.c.2’de ön ödemeli konut satış sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini satıcının tüketiciye karşı ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu, kanun koyucu tarafından bir varsayım olarak kabul edilmiştir. Burada kanun koyucunun amacı şekle aykırılığın sadece tüketici tarafından ileri sürülmesine izin vermek değildir. *Gümüş*, s. 256. Benzer yönde *Atamer*’e göre, satıcı şekle aykırı ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçersizliğini ancak tüketici aleyhine sonuç doğurmadığı takdirde ileri sürülebilir. *Atamer*, s. 228.

⁴⁵ Makaracı, s. 252.

⁴⁶ Öz, Borca Aykırılık, s. 143.

⁴⁷ Antalya, N. 2542; Eren, Borçlar Genel, N. 933; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin, 1998, s. 143; Pakize Ezgi Akbulut, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha, 2016, s. 310 vd.; Özbilen, N. 62 vd. Nitekim, İsviçre’de şekle aykırılığın yaptırımına ilişkin çoğunluk görüşü, kendine özgü geçersizlik

görüşü olarak adlandırılan bir görüşe göre ise şekle aykırılığın yaptırımını TBK m. 27’de düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımını değildir. Bu görüşe göre, şekle aykırı bir sözleşmede de yine hukukî işlem başlangıçtan itibaren geçersiz olup şekle aykırılık, sadece hukukî işlemin taraflarınca, bilhassa şeklen korunmaya muhtaç olan tarafça ileri sürülebilir. Nitekim, TKHK’de de ön ödemeli konut satışları için kendine özgü geçersizlik yaptırımını benimsenmiş olup, sadece şeklen korunmaya muhtaç olan tüketici tarafından geçersizliğin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.

IV. YÜKLENİCİNİN ALDIĞI KREDİ SEBEBİYLE ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİ KONUSU TAŞINMAZA İPOTEK TESCİL EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Uygulamada yüklenici ön ödemeli konut satışına konu olan konutları meydana getirmek için kendisine daha fazla finansman sağlamak amacıyla bankadan kredi temin etmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁴⁸ m. 53’e göre, bankalar verdikleri krediler ile ilgili olarak doğmuş veya doğması muhtemel zararların karşılanması için yeterli düzeyde karşılık ayırmakla yükümlüdürler. Yüklenicinin yapıyı meydana getirmesi amacıyla ona kredi sağlayan banka da kendi kredi alacağını teminat altına almak için yüklenicinin inşa edeceği yapının bulunduğu taşınmaza ipotek tescil ettirmektedir⁴⁹.

görüşüdür. Bu konuda bkz. CHK-Kut, OR Art. 11 Rn. 21; Peter Gauch, Walter R Schlupe and Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, s. 10. Auflage, Schultess, 2014, N. 243; Huguenin, N. 375. İsviçre Federal Mahkemesi’nin aynı yöndeki kararı için bkz. BGE 398; 403.

⁴⁸ Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 1.11.2005/25983 (Mükerrer).

⁴⁹ İpotek kurulabilmesi için kural olarak taşınmaz maliki ile rehinli alacaklı arasında tapu memuru tarafından resmî şekilde düzenlenen taşınmaz rehni sözleşmesi yapılması gerekir (TMK m. 856/II, Tapu Kanunu m. 26/I). Ancak, bankalar için bu kurala istisna getirilmiştir. Tapu Kanunu m. 26/X’a göre, bankalar tarafından açılmış veya açılacak tüm borç ve kredilere karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemleri, tarafların istemi hâlinde, taraflarca imzalanan kredi veya borç sözleşmesine istinaden tapu müdürlüklerinde tapuya tescil olunur. İstisnalar dar yorumlanır ilkesi gereği, bu hükümde düzenlenen “*tarafların istemi*” ifadesiyle kredi borçlusu taşınmaz maliki ve bankanın ipotek kurulması konusunda anlaşması kastedilmektedir. Dolayısıyla, kredi veya borç sözleşmesini imzalayan kredi borçlusu malikse tescile muvafakat beyanının var olduğu kabul edilir. Taşınmaz malikinin kredi borçlusu dışındaki bir üçüncü kişi olduğu hâller ise hükmün kapsamı dışındadır. Nitekim, söz konusu hükmün düzenlendiği 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un (Kabul Tarihi: 15.02.2018, RG 10.03.2018/30356) madde gerekçesinde yer alan “*Madde ile, borçlu ve kefiller ile alacaklı arasında düzenlenen kredi veya borç sözleşmelerinin, tapu müdürlüklerince resmi senet*

Kabul ettiğimiz görüşe göre, TKHK m. 41/I.c.1 uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmesi tapu müdürlüğünde yapılmalıdır. Ancak, yukarıda yer verildiği üzere, uygulamada tapu müdürlükleri taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması için tescil talebinde bulunulmasını aramaktadır. Bu sebeple, pratikte tüketicinin konut bedelini ödedikten sonra tapu müdürlüğünde taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrini içeren ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapması mümkün değildir. Dolayısıyla, ön ödemeli konut satışı uygulamada ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁰.

Bununla birlikte, TKHK m. 41 uyarınca tarafların kanunda öngörülen şekle uymaksızın ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurması mümkündür. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, şekle aykırı ön ödemeli konut satışının geçersizliği sadece tüketici tarafından ileri sürülebilir. Böyle bir hâlde, banka lehine tescil edilen ipotek, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin yapılmasından sonra kurulmuşsa tüketici aleyhine sonuç doğurabilir. Benzer şekilde, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi kurulduktan sonra, bankanın sözleşme konusu konutun bulunduğu taşınmaza ipotek tescil ettirmesi de tüketici aleyhine sonuçlara yol açar.

B. Ön Ödemeli Konut Satışından Önce Banka Lehine İpotek Tescil Edilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, ön ödemeli konut satışı, uygulamada sadece ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olarak kurulabilmektedir. Banka lehine ipotek tescil edildikten sonra ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapılabilir⁵¹. Bu durumda, tüketici ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi uyarınca, mülkiyet kendisine devredildiğinde, konuta ilişkin bağımsız bölümün mülkiyetini üzerindeki ipotekle yükümlü olarak kazanır (TMK m. 888/I)⁵². Zira, taşınmaz rehnine hâkim olan kamuya açıklık ilkesi

düzenlenmeksizin ve ilgililerinin tapu müdürlüklerinde bizzat talepte bulunma zorunluluğu olmaksızın tapuya tescilinin sağlanması amaçlanmaktadır” ifadesi de normun kapsamının kredi borçlusu taşınmaz maliki ile sınırlı olduğunu göstermektedir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, N. 3232 vd.; İlhan Helvacı, Eski Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha, 2008, s. 115; Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/192) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı 518, 2018) 6.

⁵⁰ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 40; Çabri, Satış, s. 80 vd.; Atamer, s. 223.

⁵¹ İpotekli taşınmazlara ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinin mümkün olduğunun 8.01.1965 tarihli ve 1 sayılı Tapu Komisyonu kararında belirtildiğine ilişkin bkz. Surlu, s. 164.

⁵² Gülay Öztürk, “Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi (I)”, 1997, 23(4), Yargıtay

gereği, ipotek hakkı tapu siciline tescil edilmekle birlikte herkese karşı ileri sürülebilir. Böyle bir hâlde, tüketici, TMK m. 885'e göre devraldığı konutu ipotekten kurtarabilir veya TMK m. 888/II uyarınca edindiği konuta ilişkin bağımsız bölüm üzerindeki ipotek miktarı kadar yüklenicinin bankaya olan borcunu üstlenebilir⁵³. Ancak, bu durumda tüketici hem satıcıya satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli hem de bankaya ipotek miktarı kadar bedeli ödemiş olmaktadır. Bir başka deyişle, tüketici adeta iki defa satış bedelini ödemek zorunda kalmaktadır. Bununla birlikte, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde taşınmazın her türlü sınırlamadan bağımsız ("*her türlü takyidattan ari*") olarak tüketiciye devredileceği kararlaştırılmış olabilir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile nisbî bir hak doğmaktadır. Dolayısıyla, tüketicinin satıcıyla arasında kararlaştırılan bu kaydı üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Fakat, satıcı ön ödemeli konut satışı konusu taşınmazı, üzerindeki ipotekle tüketiciye devretmek istediğinde, tüketici ön ödemeli konut satış sözleşmesindeki "*her türlü takyidattan ari devir*" kaydına dayanarak alacaklının temerrüdüne düşmekten kurtulur (TBK m. 106/I). Zira, böyle bir durumda, tüketici haklı bir sebeple ifayı reddetmektedir.

C. Ön Ödemeli Konut Satışından Sonra Banka Lehine İpotek Tescil Edilmesi

1. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilip edilemeyeceği TKHK'de belirtilmemiştir. Bununla birlikte, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. TMK m. 1009/I ve Tapu Kanunu m. 26/VIII uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, şerh anlaşması yapılması gerekmeksizin tapu siciline şerh edilebilir⁵⁴. Dolayısıyla,

Dergisi s. 533. "[...] Belirtilmelidir ki, satış vaadine konu bir taşınmazın tapu kaydı üzerinde ipotek, haciz veya ihtiyati tedbir kararı gibi şerhlerin bulunması o satış vaadi sözleşmesinin icrasını istemeye engel teşkil etmez. Satış vaadi sözleşmesi taşınmazın tapu kaydı üzerindeki kısıtlamalarla birlikte ifa edilebilir. [...]" Yargıtay 14. HD, 4221/5384, 12.04.2012, Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Seçkin, 2018, s. 906.

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, N. 3430 vd.; Schmid Jörg and Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Ergänste Auflage, Schultess, 2012, N. 1620-1621; Samuel Z, Basler Kommentar, ZGB 2, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, Art. 828, N. 1; Art. 832, N. 11 vd.

⁵⁴ Karş. Sungurbey, s. 47 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 191. Tapu Kanunu m. 26/IX'e göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmesinden itibaren beş yıl içinde satış gerçekleşmediği takdirde, tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin edilir. Tapu Sicil Tüzüğü m. 69/III'te ise söz konusu şerhin taşınmaz malikinin talebi üzerine terkin edileceği öngörülmüştür. Yargıtay'ın her iki yöndeki kararları için

ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerhi mümkündür. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi, tapuya şerh edilmişse banka lehine tescil edilen ipoteğin tüketiciye bir etkisi yoktur⁵⁵. Bu durumda, banka kendi lehine ipotek tescil edilirken tüketiciye satış vaadi konusu konutun devredileceğini görmüş ve kabul etmiştir. Böyle bir hâlde, tüketici terkin davası açarak yüklenici ve bankayı hasım göstererek ipoteğin terkinini talep edebilir. Benzer şekilde, tüketici konuta ilişkin bağımsız bölümün mülkiyetinin kendi adına tescilinden sonra açacağı bir davayla ipoteğin terkinini isteyebilir⁵⁶.

bkz. Yargıtay 14. HD, 1193/3454, 30.03.2010, KBİBB, 4721/m. 206; Yargıtay 14. HD, 5272/9324, 14.02.2011, KBİBB, 1086/m. 74. Ayrıca, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu müdürlüğü tarafından re'sen terkin edilmesi gerekirken edilmemesi hâlinde, üçüncü kişilerin TMK m. 1023 ve 1024'e dayanarak iyiniyetli hak iktisap edemeyeceğine ilişkin bkz. "Açıklananlar ışığında somut olaya gelince; davacıların dayandığı 5.8.1991 tarihinde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterde usulüne uygun olarak düzenlenmiş olup geçerlidir. Anılan sözleşme 8.8.1991 tarihinde tapuya şerh edilmiş olup, davalının mülkiyeti edindiği tarih itibariyle tapuda kayıtlıdır. Mahkemece sözleşmenin tapuya şerh edildiği 8.8.1991 tarihi itibariyle 5 yıllık sürenin geçtiği, bu sebeple şerhin bağlayıcılığının bulunmadığı, dolayısıyla sözleşmeden doğan şahsi hakkın davalıya ileri sürülemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, Dairemizin bozma kararında da belirtildiği üzere burada incelenmesi gereken davalının iyiniyetli olup olmadığının saptanmasıdır Tapu Kanununun 26/5. maddesinin son fıkrası gereğince, tapuya şerh edilen satış vaadi sözleşmesi uyarınca şerhten itibaren 5 yıl içinde satış yapılmaz ise şerh, tapu sicil müdürlüğü tarafından re'sen terkin edilir. Şerh, süresi dolduktan sonra terkin edilmez ise, şahsi hakkın bu şerh ile etkisi kuvvetlendirdiğinden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir iken artık bundan sonra satış vaadi alacaklısına sadece kişisel hak sağlayabilir. Satış vaadi sözleşmesi bu sebeple davalıya karşı ileri sürülemez ise de Türk Medeni Kanununun 1023 ve 1024. maddeleri gereğince davalının halen mevcut olan şerh sebebiyle iyiniyetli olduğunun kabulüne olanak yoktur. Belirtilen sebeple mahkemece davalının iyiniyetli olmadığı kabul edilmeli, sözleşme gereğince tescil isteğinin kabulü için diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmadığından karar bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 14. HD, 1193/3454, 30.03.2010, KBİBB, 4721/m. 706.

⁵⁵ "Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, Türk Medeni Kanunu'nun 1009. Maddesi uyarınca tapunun beyanlar hanesine şerhi mümkündür. Böylece, sözleşme alacaklısı sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkını kuvvetlendirmiş olur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürme olanağı kazanır. Tapu Kanunu'nun 26/6 maddesi uyarınca bu şerh beş yıl için geçerli olup beş yılın dolmasıyla kayıttan silinir ve anılan gücünü yitirir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra beş yıl içinde kayda işlenen her türlü haciz, ipotek ve benzeri sözleşme alacaklısının haklarını kısıtlayacak nitelikteki şerhler de sözleşme alacaklısını bağlamaz." Yargıtay 14. HD, 8957/639, 20.01.2015, Ruhi ve Ruhi, s. 667.

⁵⁶ Öztürk, s. 533. "Dava satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil ile satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra vaat borçlusunun alacakları tarafından konulan hacizlerin terkinini isteğine ilişkindir [...] Haciz veya ipotek şerhlerinin terkinine ilişkin davalarda lehtarların hakları etkileneceğinden haciz ve ipotek lehtarlarının davalı olarak gösterilmesi gerektiğinden [...]" Yargıtay 14. HD, 15141/2829, 4.03.2014, Ruhi ve Ruhi, s. 753 vd. Tüketicinin satın aldığı veya ana vaad edilen konutun üçüncü bir kişiye, örneğin arsa sahibine ait olmasının konuta ilişkin bağımsız bölümün kendisine devri açısından bir farkı

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmemesi hâlinde ise kural olarak tüketicinin bu sözleşmeden doğan nisbî hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi mümkün değildir⁵⁷. Ancak, bankalar lehine tescil edilen ipotekler bakımından bu durum özel olarak değerlendirilmelidir.

2. Bankanın Ağırlaştırılmış Özen Yükümlülüğü

Bankalar, devletin yoğun denetim ve müdahalesi altında olup kendileri için konulmuş özel ilkelere uymak şartıyla faaliyet gösteren kuruluşlardır. Bu sebeple, geniş halk kitleleri bankalara karşı özel bir güven duymaktadır⁵⁸. Bankalara duyulan bu güven, bankaların “güven kurumu” olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaktadır⁵⁹. Nitekim, Yargıtay kararına göre de “[...] Kuruluşları özel izne tabi olan ve faaliyetlerini Devletin tanıdığı imtiyazla yürüten bankalar da birer “güven kurumu” olmaları nedeniyle dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uymak zorundadırlar. Zira bankaların, müşterilerinde yarattıkları güvene ve bankacılık sektörünün yazılı olan veya olmayan ilke, kural ve teamüllerine uygun hareket etme yükümlülükleri bulunmaktadır [...]”⁶⁰.

Toplumun bankalara duyduğu güven, bu güveni boşa çıkartmamak amacıyla bankaların sorumluluğunun ağırlaştırılmasına sebep olmuştur⁶¹.

yoktur. Önemli olan yüklenicinin bağımsız bölümün mülkiyetini ve konutun zilyetliğini tüketiciye devretmesidir.

⁵⁷ “[...] Türk Medeni Kanunu’nun 1020. Maddesi gereğince tapu sicili herkese açık olup, kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği gibi, satış vaadi sözleşmeden önce veya sonra konulan haciz şerhleriyle de sorumludur. Kısaca belirtmek gerekirse, bir taşınmaz kaydı üzerinde ipotek, haciz veya tedbir şerhi bulunmakta iken ya da bunlar satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilmeksizin sonradan koyulmuş olsa bile konulan ipotek, haciz veya ihtiyati tedbir şerhi satışı vaat edilen taşınmazın vaat alacaklısı adına tesciline engel teşkil etmez. Tescil talep eden ferağ alacaklısı, taşınmazı bu yükümlülükleriyle birlikte kazanır [...]” Yargıtay 14. HD, 14622/2813, 28.02.2012, Ruhi ve Ruhi, s. 910.

⁵⁸ Ahmet Battal, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 1.

⁵⁹ Ahmet Battal, “Güven İlkesi Çerçevesinde Proje Kredilerinde Bankaların Hukuki Sorumluluğu” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Eds.), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXI 22 Aralık 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 185 vd.; YHGK, 2425/2022, 30.09.2015, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶⁰ YHGK, 567/1346, 12.12.2019, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶¹ “[...] Başka bir deyişle bankaların birer güven kurumu olmaları ve müşteriler tarafından kendilerine özel bir güven duyulması, onların hukuki sorumluluğunu diğer tacirlere nazaran

Bankaların sorumluluğunun ağırlaştırılmasının kanunî dayanağı olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁶² m. 18/II ile TBK m. 115/III ve 116/III gösterilmektedir. TTK m. 18/II uyarınca her tacir ticaretine ait bütün faaliyetlerde basiretli bir iş adamı gibi davranmakla yükümlüdür. TBK m. 115/III ve 116/III gereği ise uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan ve yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Söz konusu düzenlemeler, sözleşme ilişkisi açısından öngörülmüştür. Bununla birlikte, güven ilkesi gereği, bankalar sadece kendileri ile sözleşme yapan tarafa (müşterilerine) karşı değil, kendilerine güvenen müşterilerinin yakınları olan üçüncü kişilere, bilgi almak veya ilişki kurmak amacıyla kendilerine başvuran kişilere karşı da ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü altındadırlar⁶³.

3. Bankaların Ağırlaştırılmış Özen Yükümlülüğü Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satışından Sonra Banka Lehine Tescil Edilen İpoteğin Durumu

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapılmış olup tapu siciline şerh edilmemişse, yüklenici tarafından satış konusu konuta ilişkin bağımsız bölüm üzerinde banka lehine ipotek tescil edilmesi hâlinde, banka ağırlaştırılmış özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olur. Bu durumda, banka tapu sicilinde şerh bulunmaması sebebiyle iyiniyetli olduğuna dayanarak TMK m. 1023 uyarınca ipotek hakkı kazandığını ileri süremez. Nitekim, banka, ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün bir gereği olarak, taşınmaz üzerinde kendi lehine ipotek tescil edilirken de basiretli davranmakla yükümlüdür. Yüklenicinin meydana getireceği yapının bulunduğu taşınmaz üzerinde ipotek kuran banka, ipotek konusu taşınmazın mülkiyetinin kredi borçlusu yükleniciye ait olup olmadığını, herhangi bir satışa konu yapıp yapılmadığını araştırmakla ve şirketin ticarî defter ve belgelerini incelemekle yükümlüdür⁶⁴.

daha da ağırlaştırmaktadır [...]” YHGK, 567/1346, 12.12.2019, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶² Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

⁶³ Battal, Banka, s. 149; YHGK, 2425/2022, 30.09.2015, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir güven kurumu olarak bankaların kendi lehlerine konulmuş ipotek bakımından ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünü şu şekilde ifade etmiştir: “Somut olayda taraflardan birisinin banka olması nedeniyle belirtilmelidir ki; bankalar devletin yoğun denetimi ve müdahalesi altında bulunan ve kendileri için belirlenmiş özel ilkelere uymak şartıyla faaliyet gösterebilen kuruluşlardır. Bankacılık sektörüne özgü bu

Benzer şekilde, Yargıtay “[...] Davacı bankanın sadece belgeye itibar edip diğer gerekli araştırmaları yapmayarak basiretli tacir gibi davranmaması müterafık kusurunu oluşturmaktadır. Mahkemece bu husus nazara alınmadan, kusur durumu ve zarar yönünden bilirkişi raporu alınmaksızın eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, hükmün davacı yararına bozulmasına [...]” karar vermiştir⁶⁵. Dolayısıyla, bankanın yüklenici ile tüketici arasındaki sözleşmenin adı yazılı şekilde yapılmasına dayanarak dahi tapu siciline güven ilkesinden yararlanabilmesi (TMK m. 1023) ve iyiniyetli olduğunu ileri sürebilmesi için ipotek tescil edilen bağımsız bölümlerin satışa konu olup olmadığını, bağımsız bölümlerin yüklenicinin mülkiyetinde olup olmadığını araştırmış olması ve bu araştırmalarını da ispat etmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, ön ödemeli konut satışı, kanunda öngörülen şekle aykırı olarak yapılmış olsa dahi, banka sadece bu gerekçeye dayanarak kendi lehine tescil edilen ipotek hakkının geçerli olduğuna dayanamaz. Ayrıca, böyle bir durumda, örneğin tüketici bağımsız bölümü satın alırken yüklenici firmaya vermiş olduğu bono vb senetlerin yüklenici tarafından kredi kullandırılan bankaya verildiğini, kredi kullandıran bankanın yüklenicinin ticarî faaliyetini bildiğini kanıtlayarak banka lehine ipotek tescil edilirken bankanın iyiniyetli olmadığını ispatlayabilir. Dolayısıyla, kredi kullandırdığı yüklenicinin ticarî faaliyetini bilen, hatta söz konusu yükleniciden bu ticarî faaliyet kapsamında bono alan bankaların iyiniyetli olmadıklarının tüketici tarafından ispatlanması hâlinde, banka lehine tescil edilen ipoteklerin terkin edilmesi mümkündür.

SONUÇ

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin barınma amaçlı

durum, bankalarla muhatap olan geniş halk kitlelerinin bankalara karşı özel bir güven duygusu beslemelerine yol açmaktadır. [...] Davaya konu taahhütnamede, davalı banka tarafından davacı M. N. 'a hitaben noterde 19.12.2008 tarihinde düzenlenmiş olup, davacının 38.000,00 TL tutarındaki ödemesi nedeniyle alacağın teminatı olduğu belirtilen 06 YTJ 94 plakalı araç üzerine banka lehine tesis edilen rehin hakkına BK 496. maddesi uyarınca davacının halef olduğu yönünde beyanda bulunulmuştur. Bu taahhüdü veren bir banka olup, bir güven kurumu olarak basiretli tacir gibi davranması gerekir ve objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Verdiği bu taahhüt altındaki imzası kendisi açısından bağlayıcıdır. Bankacılık işlemleri alanında sözleşme özgürlüğü ilkesinin etkili bir şekilde uygulanmaması nedeniyle bankaların sorumluluğu konusunda özel düzenlemelerin ve yorumların yapılması da bir gerekliliktir.” YHGK, 2426/1540, 10.06.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶⁵ Yargıtay 11. HD, 8513/15479, 14.10.2014 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

kullanacağı konutun bedelini, henüz satıcı tarafından konut kendisine teslim edilmeden önce kısmen veya tamamen ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. TKHK m. 41 ve 45'te ön ödemeli konut satışının taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte, uygulamada ön ödemeli konut satışı, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edildikten sonra, yüklenici tarafından banka lehine ipotek tescil edilirse tüketici konuta ilişkin bağımsız bölümün mülkiyetini edindiğinde söz konusu ipoteğin kaldırılmasını talep edebilir.

Benzer şekilde, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin kanunda öngörülen şekle uygun olarak yapılmadığı veya tapu siciline şerh edilmediği durumlarda da tüketici, banka lehine tescil edilen ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir. Zira, bankalar ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü altında olup kredi verdikleri tacirlerin ticarî faaliyetlerini, krediye konu taşınmazın satış sözleşmesine konu olup olmadığını, üzerinde ipotek bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, böyle bir hâlde, iyiniyet karinesi ters çevrilerek banka kendisinin iyiniyetli olduğunu ispat etmekle yükümlüdür.

KAYNAKÇA

Akbulut P E, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha, 2016.

Akipek Öcal Ş ve Öcal L, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi”, 2019, 0(144), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 277-298.

Albayrak H, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar”, 2017, 0(10), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 43-95.

Altaş H, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin, 1998.

Antalya O G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Bası, Seçkin, 2019.

Atamer M Y, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin

Korunması On İki Levha, 2016.

Ayan M, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 10. Bası, Seçkin, 2020.

Aydoğdu M, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, 2015.

Ayrancı H, Ön Sözleşme, Yetkin, 2006.

Battal A, Güven Kurumu Niteliğindeki İşlemlerde Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

Battal A, “Güven İlkesi Çerçevesinde Proje Kredilerinde Bankaların Hukuki Sorumluluğu” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Eds.), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXI 22 Aralık 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 161-216.

Çabri S, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Eds.), Konut Sektöründe Tüketici Uygulamaları, Cilt II, Aristo, 2016, s. 67-133.

Çabri S, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet, 2016.

Çenberci M, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. Bası, Olgaç, 1986.

Doğar M, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği”, 2017, 5(2), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 101-115.

Doğar M, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2018.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin, 2020.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Yetkin, 2020.

Eren F, Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Yetkin, 2020.

Gauch P, Schlupe W R and Schmid J, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Schulthess, 2014.

Gümüş M A, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I Filiz 2014.

Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

Helvacı İ, Eski Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha, 2008.

- Huguenin C, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Schultess, 2012.
- İnal T, “Ön Ödemeli Konut Satışı” in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (Eds.), Milli Şerh Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo, 2016, s. 624-738.
- Kocayusufpaşaoğlu N, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Kocayusufpaşaoğlu N, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I), 7. Bası, Filiz, 2017.
- Makaracı A, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı” in M Murat İnceoğlu (Ed.), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha, 2015, s. 239-260.
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz, 2020.
- Oğuzman M K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 18. Bası, Vedat 2020.
- Ozanoğlu H S, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999.
- Öz T, “Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Eksik İfa Ayrımı” in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri “Tüketici Hukuku Açıklamaları”, Bilge, 2013, s. 526-546.
- Öz T, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık” in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Bilge, 2015, s. 138-160.
- Özbilen A B, “m. 12” in Turgut Öz, Faruk Acar, Hüseyin Murat Develioğlu ve K Emre Gökyayla (Eds.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt I, 3. Bası, Vedat, 2019.
- Özmen E S ve Vardar Hamamcıoğlu G, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2016.

- Öztürk G, “Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi (I)”, 1997, 23(4), Yargıtay Dergisi, s. 520-538.
- Ruhi C ve Ruhi A C, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Seçkin, 2018.
- Samuel Z, Basler Kommentar, ZGB 2, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.
- Schmid J and Hürlimann-Kaup B, Sachenrecht, 4. Ergänzte Auflage, Schultess, 2012.
- Schwenzer I, Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, 2012.
- Sungurbey İ, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, 1963.
- Surlu M H, Açıklamalı-İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil ve Elatmanın Önlenmesi Davaları, 3. Bası, Seçkin, 2014.
- Tekelioğlu N, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Zorunluluğu”, 2018, 67(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 81-104.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 7. Bası, Filiz, 1993.
- Velidedeoğlu H V ve Esmer G, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbiki, İstanbul Matbaası, 1956.