

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN HAK KAZANAN
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU**

**HAZIRLAYAN
GÜRKAN COŞKUN**

ANKARA

2009

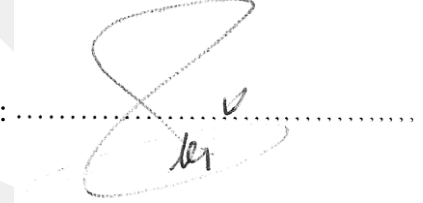
Gürkan COŞKUN tarafından hazırlanan **ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN HAK KAZANAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Tez Danışmanı

: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof. Dr. Turgut ÖNEN
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.


Prof. Dr. Levent KANDİLLER

Tez Sınav Tarihi : 19 Ocak 2009

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniversitesi) 

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi) 

Prof. Dr. Fırat ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi) 

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Gürkan COŞKUN

İmzası :



Tarih :

19 Ocak 2009

ÖZET

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN HAK KAZANAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

COŞKUN, Gürkan

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Ocak 2009, 117 sayfa

Çalışmamızın konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak kazanan üçüncü kişilerin hukuki durumudur. Çalışmamız üç bölüm altında incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, üçüncü kişinin kazanımının dayanağını oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi incelenmiştir. Bu incelemeye dayanılarak, üçüncü kişinin hak kazanım biçimleri tespit edilmiş ve bunların sonuçları değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi durumunun üçüncü kişiler bakımından sonuçları incelenmiştir. İlk olarak, uygulamada sıklıkla görülen yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona ermesinin sonuçları ve üçüncü kişinin kazanım biçimi de göz önüne alınarak, üçüncü

kişinin kazanımı sorunu üzerinde durulmuş; ikinci olarak ise ifa imkansızlığının üçüncü kişinin kazanımına etkileri değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil koşuluna ve geçersizliğine değinildikten sonra, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz sözleşmenin geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğurması durumu incelenmiş ve söz konusu durumların üçüncü kişi bakımından sonuçları belirlenmiştir.

GCCRIS

ABSTRACT

THE LEGAL SITUATION OF THE THIRD PARTY, WHO ACQUIRE THE RIGHTS FROM THE CONTRACT OF CONSTRUCTION FOR CONDOMINIUM

COŞKUN, Gürkan

Graduate School of Social Sciences Department of Private Law

Supervisor : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

January 2009, 117 pages

The subject matter of the thesis is, the legal situation of the third party, who acquire the rights from the contract of construction for condominium. The thesis consists of three parts.

In the first part of the thesis, the contract of construction for condominium, of which the acquisition of the third party is based on, is researched. With respect to the research, the forms and the consequences of the acquisition of rights of the third party are determined.

In the second part, the grounds and the consequences of discharge of the contract of construction for condominium are evaluated. At first hand, the consequences of the discharge of the contract of construction for condominium, regarding with the ground of default of the contractor , which is frequently seen in

appliance, is taken into consideration. Furthermore, considering the form of acquisition of the third party, the issue of acquisition of the third party is also emphasized. At second hand, the effects of the impossibility of performance to the acquisition of the third party are determined.

In the third party, after evaluating the term of form and the invalidity of the contract of construction for condominium, the situation of how an invalid contract with the ground of lack of form can have the consequences as a valid contract is determined and the consequences of the said situations in terms of third party are stated.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak kazanan üçüncü kişilerin hukuki durumudur.

İnşa edilecek binada oluşacak bağımsız bölümler, genellikle yüklenici tarafından inşaatı finanse etmek amacıyla, henüz bina tamamlanmadan veya yapımına başlanmadan tanıtım, broşür, reklam gibi pazarlama yollarıyla, üçüncü kişilere satılmakta ya da satışı vaad edilmektedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenici ile arsa sahibin arasında akdedilmesine karşın, sonuçları itibariyle sözleşmeden hak kazanan üçüncü kişileri de etkilemektedir. Söz konusu durum karşısında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi deyim yerindeyse bir “üçlü ilişki” halini almıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği, unsurları, geçerliliği, hüküm ve sonuçları, doktrin ve uygulamanın katkıları ile belirlenmişken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak elde eden üçüncü kişinin hukuki durumundaki belirsizliğin, evleviyetle doktrin ve uygulama tarafından giderilmesi gerekir. Nitekim, çalışma konumuz da ağırlıklı olarak Yargıtay’ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden çıkan ve üçüncü kişinin de taraf olduğu ihtilafların çözümünde benimsediği esaslarla şekillenmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda Yargıtay kararlarına önemli ölçüde yer verilmiştir.

Çalışmamız üç bölüm altında incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, üçüncü kişinin kazanımının dayanağını oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, özellikle düzenlenme tipleri bakımından, incelenmiştir. Bu incelemeye dayanılarak, üçüncü kişinin hak kazanım biçimleri tespit edilmiş ve bunların sonuçları değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme nedenlerinin üçüncü kişiler bakımından sonuçları incelenmiştir. İlk olarak, uygulamada sıklıkla görülen yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona ermesinin sonuçları ve üçüncü kişinin kazanım biçimi de gözönüne alınarak, üçüncü kişinin kazanımı sorunu üzerinde durulmuş; ikinci olarak ise ifa imkansızlığının üçüncü kişinin kazanımına etkileri değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil koşuluna ve geçersizliğine değinildikten sonra, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz sözleşmenin geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğurması durumu incelenmiş ve söz konusu durumların üçüncü kişi bakımından sonuçları belirlenmiştir.

Çalışma konusunun geniş olması nedeniyle bazı sınırlamalara da gidilmiştir.

Çalışmada, taşınmazın arsa payına dönüşümü ve arsa payının paylaşımı gibi hususlar dikkate alınmayarak kapsam daraltılmaya çalışılmıştır.

Keza, üçüncü kişinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kazanabileceği ipotek gibi aynı teminatlar vb. aynı haklar, çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Arsa payının özgülendiği hakkın, mesken veya işyeri niteliği üzerinde durulmamıştır.

Çalışmanın konusunu sınırlayan diğer bir unsur da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, üçüncü kişinin hak kazandığı aşamada ifa ile olağan yoldan sona ermediği varsayımdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, uygulamada, günlük hayatta ve bir çok yayında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “kat yapım sözleşmesi” “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi” olarak ifade edildiği görülmektedir.

GCCRIS

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
GİRİŞ	viii
İÇİNDEKİLER	xi
KISALTMALAR	xvi

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN HAK KAZANIM BİÇİMLERİ VE SONUÇLARI

1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği ve Düzenleme Biçimleri.....	1
1.1.1. Tanımı ve Unsurları.....	1
1.1.2. Hukuki Niteliği.....	2
1.1.2.1. Karma Bir Sözleşmedir.....	2
1.1.2.2. Sürekli-Geçici Karması Bir Borç İlişkisidir	3
1.1.3. Düzenleme Biçimleri.....	5
1.1.3.1. Arsanın Tamamının veya Bir Kısımının Yükleniciye Devri	5
1.1.3.2. Arsa Paylarının İnşaatın Yapıldığı Ölçüye Göre Kısım Kısım Devri	6
1.1.3.3. Arsa Paylarının Satışının Arsa Sahibince Vaadi ve Yüklenicinin İnşaatı Yapmayı Taahhüt Etmesi	7
1.1.4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerhi	7

1.2. Üçüncü Kişilerin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanım Biçimleri ve Sonuçları	8
1.2.1. Üçüncü Kişinin Amaçladığı Müstakbel Kazanımın Hukuki Niteliği.....	8
1.2.2. Üçüncü Kişinin Müstakbel Bağımsız Bölümü Kazanım Biçimleri ile Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları.....	10
1.2.2.1. Arsa Payı Satım Sözleşmesi	11
1.2.2.1.1. Üçüncü Kişinin Yüklenici İle Satım Sözleşmesi Yapması ..	11
1.2.2.1.2. Üçüncü Kişinin Arsa Sahibi İle Satım Sözleşmesi Yapması	13
1.2.2.2. Alacağın Temliki (Devri) Sözleşmesi	14
1.2.2.2.1. Alacağın Temliki Kavramı.....	15
1.2.2.2.2. Sözleşmeye Dayanan Temlikin Koşulları	16
1.2.2.2.3. Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları.....	19
1.2.2.2.3.1. Yüklenicinin Alacağın Varlığından Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğu.....	19
1.2.2.2.3.2. Arsa Sahibinin İyiniyetle İfa ile Borcundan Kurtulması	22
1.2.2.2.3.3. Arsa Sahibinin 3.Kişiye Karşı İleri Sürebileceği Def'iler ve İtirazlar	22
1.2.2.2.3.4. Üçüncü Kişinin Devraldığı Alacağın Kapsamı.....	24
1.2.2.2.3.5. Konusu Aynı Olan Kişisel Hakkın Birden Fazla Kişiye Temliki	25
1.2.2.2.4. Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirme.....	26
1.2.2.2.4.1. Yargıtay Uygulaması	26
1.2.2.2.4.2. Değerlendirme	33
1.2.2.3. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi	35
1.2.2.3.1. Satış Vaadi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	35
1.2.2.3.2. Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şahsi Nitelikte Oluşu.....	36
1.2.2.3.3. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şekli.....	36
1.2.2.3.4. Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Konusu.....	37
1.2.2.3.5. Şerhi	39

1.2.2.3.6. Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları.....	40
1.2.2.3.6.1. Üçüncü Kişinin Sözleşmenin İfası Talebi (Hükmen Tescil İsteği)	40
1.2.2.3.6.2. İfanın İmkansızlaşması	42
1.2.2.3.6.2.1. Genel Olarak.....	42
1.2.2.3.6.2.2. Aynı Taşınmazın Birden Fazla Satış Vaadine Konu Edilmesi Durumu	44
1.2.2.3.6.2.2.1. İlk Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmemiş Olması.....	45
1.2.2.3.6.2.2.2. İlk Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmiş Olması Halinde.....	45
1.2.2.3.6.2.2.3. İkinci Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmiş Olması Halinde.....	46

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN OLAĞAN OLMAYAN YOLDAN SONA ERMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

2.1. Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	47
2.1.1. Fesih İradesinin İleriye veya Geçmişe Etkili Sonuç Doğuracağına İlişkin Görüşler ve 25.01.1984 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı	49
2.1.1.1. Fesih İradesinin İleriye Etkili Sonuç Doğuracağına İlişkin Görüş (Sözleşmenin Sona Erdirilmesini Fesih Olarak Nitelendiren Görüş)	49
2.1.1.2. Fesih İradesinin Geçmişe Etkili Sonuç Doğuracağına İlişkin Görüş (Sözleşmenin Sona Erdirilmesini Dönme Olarak Nitelendiren Görüş)	50
2.1.1.3. 25.01.1984 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı İle Varılan Sonuç ve Yargıtay Uygulaması	52

2.1.2. Fesih İradesinin Geçmişe Etkili Sonuç Doğurması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	56
2.1.2.1. Üçüncü Kişinin Arsa Payı Devraldığı Hallerde Dönmenin Sonuçlarına İlişkin Teoriler Bakımından Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	57
2.1.2.1.1. Klasik Dönme Teorisi	58
2.1.2.1.2. Kanuni Borç İlişkisi Teorisi	58
2.1.2.1.3. Ayni Etkili Dönme Teorisi	59
2.1.2.1.4. Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi	60
2.1.2.1.5. Konumuz Bakımından Teorilerin Değerlendirilmesi, Yargıtay Uygulaması, Tapu Siciline Güvenin Korunması ve Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi	61
2.1.2.1.5.1. Teorilerin Konumuz Bakımından Değerlendirilmesi	61
2.1.2.1.5.2. Yargıtay Uygulaması	62
2.1.2.1.5.3. Tapu Siciline Güvenin Korunması (Tescilin Olumlu Hükmü)	69
2.1.2.1.5.3.1. Koruma Sadece Üçüncü Kişiler İçindir	70
2.1.2.1.5.3.2. Koruma Sadece Sicil Kaydına Dayanan Kazanımlar İçindir	71
2.1.2.1.5.3.3. Koruma Sadece Ayni Hak Kazanılması İçindir	71
2.1.2.1.5.3.4. Üçüncü Kişi İyiniyetli Olmalıdır	71
2.1.2.1.5.4. Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi	72
2.1.2.2. Arsa Payı Satış Vaadi Sözleşmesi veya Alacağın Temliki Sözleşmesi Yapıldığı Durumda	78
2.1.2.2.1. Arsa Payı Satış Vaadi Sözleşmesi Yapıldığı Durumda	78
2.1.2.2.1.1. Genel Olarak	78
2.1.2.2.1.2. Sözleşmenin Şerh Edilmiş Olması Halinde	80
2.1.2.2.2. Alacağın Temliki Sözleşmesi Yapıldığı Durumda	81
2.1.2.2.3. Değerlendirme	82

2.1.3.Fesih İradesinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	85
2.2. İfa İmkansızlığı Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.....	91
2.2.1.Eserin Yok Olması (Maddi İmkansızlık).....	91
2.2.2.Yüklenicinin Ölümü veya Aczi	92
2.2.3.Arsa Sahibinin Şahsında Ortaya Çıkan İmkansızlık.....	94
2.2.4.İmar Mevzuatına Aykırılık	95
2.3. Tam Tazminat Ödeyerek Sözleşmenin Feshi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE AYKIRLIĞININ İLERİ SÜRÜLMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

3.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli	101
3.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	102
3.2.1.Genel Olarak Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	102
3.2.2.Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Hakkın Kötüye Kullanması Sayılabileceği Durumlar	103
3.2.3.Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları	107
SONUÇ	110
KAYNAKÇA.....	113

KISALTMALAR

b	: bent
B	: Baskı
BATİDER.	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: bakınız
Böl.	: Bölüm
C.	: cilt
dp.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
K.	: Karar
MK.	: Medeni Kanun
NK.	: Noterlik Kanunu
No.	: Numara
S.	: Sayı
s.	: sayfa

T.	: Tarih
TK.	: Tapu Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GCCRIS

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN HAK KAZANIM BİÇİMLERİ VE SONUÇLARI

1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği ve Düzenleme Biçimleri

1.1.1. Tanımı ve Unsurları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediğinden herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Bu nedenle isimsiz veya atipik sözleşme¹ olarak adlandırılmaktadır. Tarafların karşılıklı edimleri dikkate alınarak bir tanım vermek gerekirse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin (arsa sahibinin) arsasının belirli paylarının mülkiyetini devir karşılığında, yüklenicinin arsa üzerine bir bütünlük taşıyan bağımsız bölümler(veya belli arsa paylarını) inşa etmeyi ve bunlardan arsa sahibine ait olan bağımsız bölümleri(veya belli arsa paylarını) teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir ve bu sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, sözleşmenin esaslı noktalarında –eser ve ücret- arsa sahibi ve yüklenicinin iradelerinin birleşmesi gereklidir².

¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **ARAL, F.** (2003), *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 5. Baskı, s.49 vd, Ankara.

² **KARTAL, B.** (1993), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi*, s.15, Ankara.; **ERMAN, H.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Gözden Geçirilmiş 2.

Eser sözleşmesinin tanımı BK m.355'te şu şekilde verilmiştir: "İstisna, bir akittirki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder." Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu yüklenicinin bina inşa etmesi karşılığında alacağı, eser sözleşmesinin tanımını veren BK m.355'de belirtilen "semen" olarak belirtilen arsa payıdır.

Arsa sahibi taraflar arasındaki sözleşme koşulları dahilinde belirli arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye devrini üstlenmektedir. Arsa sahibi edimini başta ifa edebileceği gibi, inşaatın yapıldığı ölçüde kademeli olarak da ifa edebilir³. Bu unsur, yüklenicinin Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazı inşa ederek⁴, belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesine karşılık gelmektedir. Bu nedenle, sözleşme arsa sahibinin ifasını üstlendiği edim bakımından, taşınmaz satım sözleşmesine veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesine; yüklenicinin ifasını üstlendiği edim bakımından ise eser sözleşmesine ilişkin belirleyici unsurlar taşımaktadır.

1.1.2. Hukuki Niteliği

1.1.2.1. Karma Bir Sözleşmedir

Sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan karma sözleşmeler, kanunun düzenlediği çeşitli akit tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmelerdir⁵. Karma sözleşmelerin

Basım, s.1. Y. 15. HD. 6.5.2003 T., E. 2002/6192, K. 2003/2460, İstanbul. : "...bu tür sözleşmelerde bir yandan taşınmazdaki belli bir pay mülkiyetinin öbür tarafa geçirilmesi, diğer yandan bir eserin yapımı öngörülür. İlişkideki yüklenicinin ana edimi, sözleşmeye, fen kurallarına ve imar mevzuatına uygun inşaat yapmak, arsa sahibinin edimi ise yapılacak bu inşaata karşılık (bedel olarak) ona arsa payı devretmekten ibarettir."

³ **KARTAL**, s.21.

⁴ BK m.355'te bahsedilen "... bir şey imali" arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından, bağımsız bölümlerden oluşan bina inşası borcunu ifade etmektedir.

⁵ **KUNTALP, E.** (1971), *Karışık Muhtevalı Akit*, s.102, Ankara.; **ARAL**, s.52.; **TANDOĞAN, H.** (1985), *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C.I/1, B.4, s.67, (C.I/1), Ankara.

çeşitlerinden olan çifte(iki) tipli sözleşmelerde ise, taraflar farklı sözleşme tiplerine ait asli edimleri karşılıklı olarak mübadele etmeyi taahhüt ederler⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, kanunda düzenlenen taşınmaz satım sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesine ait unsurlar kanunda düzenlenmeyen bir şekilde birleşmiş; böylece taraflar bu farklı sözleşme tiplerine ait asli edimlerin karşılıklı olarak ifasını üstlenmişlerdir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olup, çifte(iki) tipli karma sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁷.

Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine yaratma(kıyas) teorisi gereğince, bu sözleşmeyi oluşturan taşınmaz satımı ile eser sözleşmesine ilişkin hükümler ancak kıyas yolu ile sözleşmenin amacı ve tarafların iradelerine uygun biçimde uygulanabilecektir⁹.

1.1.2.2. Sürekli-Geçici Karması Bir Borç İlişkisidir

Eser sözleşmesinin, dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç - sürekli borç ilişkisi doğurduğu konusu tartışmalıdır¹⁰. Bu husus, ileride değinileceği üzere, sözleşmenin sona erdirilmesi halinde hükümlerinin ileriye veya geriye etkili sonuç doğurması bakımından önem taşımaktadır.

⁶ ARAL, s.53.

⁷ KARTAL, s.26.; ERMAN, s.4.; KARAHASAN, M. R. (1997), *İnşaat İmar İhale Hukuku*, (Doktrin, Yargıtay-Danıştay-Sayıştay Kararları, İlgili Mevzuat), C.I, s.628, İstanbul.; TANDOĞAN, s.70.; ARAL, s.54.

⁸ KUNTALP, s.127 vd.; TANDOĞAN, C.I/1, s.73,74.; ARAL, s.56,57.

⁹ ERMAN, s.6.; KARTAL, s.28.; YAVUZ, C. (2002), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş 6. Baskı, s.122, İstanbul.

¹⁰ ÖZ, T. (1989), *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s.12 vd., (Dönme), İstanbul.

Eser sözleşmesini ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre¹¹, eser sözleşmesinde yüklenicinin bir sonucu gerçekleştirmeyi borçlanması bu sözleşmeye ani edimli bir borç ilişkisi niteliği verir. Burada önemli olan sonuca yaklaşmak değil, sonucun elde edilmesidir. Edim sonucunun gerçekleşmesi de eserin teslimi ile birden gerçekleşmektedir. Burada iş sahibinin çıkarı ancak söz konusu ifa anında karşılanmış olur. Bir zaman dilimine yayılan yüklenicinin edim fiilleri ifa için yaptığı hazırlık olarak nitelenmeli, sürekli bir borç ilişkisi yarattığı kabul edilmemelidir.

Eser sözleşmesini sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre¹² ise, eser meydana getirilirken, yüklenicinin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini hazırlayıcı faaliyetler olarak görmemek gerekir. Yüklenicinin iş görme edimini oluşturan bu faaliyetler de zamana yaygın olduğundan, eser sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Borçlar Kanunu da eser sözleşmesine ilişkin hükümleri, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kuralları göz önünde tutarak düzenlemiştir.

¹¹ **SELİÇİ, Ö.** (1977), *Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, s.26, (Sürekli Borç), İstanbul.; **TANDOĞAN, H.** (1987), *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C.II, B.3, (C.II). s.150, Ankara.; **TANDOĞAN, H.** (1981), *Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Yapamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler*, BATİDER, C.XI, S.1, Haz 1981, s.28 vd (Batider 1981).; **YAVUZ**, s.507-508.; **ÖZ**, *Dönme*, s.20, vd. Yazarlardan Tandoğan ve Seliçi, eserin hazırlanması sırasında iş görme aşamasının bazı hallerde göz önünde bulundurulabileceğini belirtmişlerdir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **SELİÇİ**, *Sürekli Borç*, s.26.; **TANDOĞAN**, C.II, s.148). Öz de, eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurması halini iki istisna ile sınırlamıştır.(Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZ**, *Dönme*, s.21-23.)

¹² **SUNGURBEY, İsmet** (1980), *Medeni Hukuk Sorunları*, C.IV, s.466, (Sorunlar), İstanbul.; **SEROZAN**, eser sözleşmesinin ifasına yüklenicinin ifa faaliyetleri açısından bakıldığında çoğu kez sürekli bir borç ilişkisi oluşturacağını belirtmektedir (**SEROZAN, R.** (1975), *Sözleşmeden Dönme*, s.173-174 (Dönme), İstanbul.). **ERMAN** ve **KARTAL** da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eser bir bütün olarak tamamlanmadan inşaatın belli kısmının yapılması ile arsa sahibinin yükleniciye belli bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirdiğini; eğer başlangıçta arsa payları yükleniciye devredilmiş ve arsa sahibi lehine ipotek kurulmuşsa bu ipoteğin kısım kısım kaldırılması ile sözleşmeden doğan edimler bir süreç içinde ve bölümler halinde sonucu meydana getirmeye yönelik bir şekilde ifa edildiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul etmektedirler (**KARTAL**, s.25.; **ERMAN**, s.8,9.).

1.1.3. Düzenlenme Biçimleri

Sözleşme serbestisi sonucu taraflar çeşitli kapsam ve biçimlerde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenleyebilirler. Uygulamada en çok rastlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ise aşağıdaki şekilde gruplandırılabilir¹³.

1.1.3.1. Arsanın Tamamının veya Bir Kısımının Yükleniciye Devri

Arsanın tamamının yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsanın tamamı başlangıçta yükleniciye tapu sicilinde devredilmektedir. Ayrıca yüklenici ile arsa sahibi arasında inşaata başlama ve inşaatı bitirme tarihlerini, müstakbel bağımsız bölümlerin paylaşımını, niteliklerini ve diğer koşulları içeren eser sözleşmesi yapılmaktadır¹⁴. Arsa sahibinin arsa paylarının yükleniciye devri satış biçiminde gösterilse dahi, söz konusu devir işleminin sebebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğundan, devir ile sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁵. Bu durumda arsa üzerinde kat irtifakının kurulmuş olması da gerekmediğinden, söz konusu uygulamaya daha çok, taşınmazda kat irtifakı kurulmadığı durumlarda başvurulmaktadır¹⁶.

Arsa paylarının belli kısmının yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, arsa sahibi kat irtifakı kurulmuş olan arsasından müstakbel (ilerde meydana gelecek) bağımsız bölümlere özgülenen (bağlı) belli payların mülkiyetini tapuda yükleniciye devretmektedir¹⁷. Böylece arsa sahibi başlangıçta edimini ifa etmiş olur¹⁸.

¹³ **ERMAN**, s.10 vd.; **KARTAL**, s.29 vd.; **YAVUZ**, s.510 vd.

¹⁴ **ERMAN**, s.11; **KARTAL**, s.29,30.

¹⁵ **ERMAN**, s.12; **YAVUZ**, s.140,141; **KARTAL**, s.30.

¹⁶ **KARTAL**, s.30.

¹⁷ **KARTAL**, s.29.

¹⁸ **ERMAN**, s.11.

Ancak bazen de, KMK m.12'deki bilgilerin sağlanamaması ya da hukuki bilgisizlik nedeniyle, arsa paylarının bir bölümü yükleniciye geçirilmesine rağmen kat irtifakı kurulmamaktadır. Bu durumda arsa paylarına özgülenecek bağımsız bölümler konusundaki anlaşma, yalnızca kişisel nitelikte bir bağıllık yaratmaktadır¹⁹.

Bu düzenlenme tiplerinde yükleniciye devredilen paylar üzerinde, arsa sahibini güvence altına almak amacıyla, arsa sahibi lehine ipotek tesis edilebilir.. Söz konusu ipotek teminat ipoteği olarak da adlandırılmaktadır²⁰. Yüklenici sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekte, inşaatın ulaştığı seviyeye göre ipotek de kısım kısım kaldırılmaktadır²¹.

1.1.3.2. Arsa Paylarının İnşaatın Yapıldığı Ölçüye Göre Kısım Kısım Devri

Bu tip arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa payları, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları paylaşım dahilinde ve inşaatın ulaştığı seviyeye göre yükleniciye kısım kısım tapudan devredilmektedir²².

Arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devir amacıyla yükleniciye yetki (vekalet) verilmesi de mümkündür. Verilen vekalet çerçevesinde yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine ait olacak arsa paylarını üçüncü kişilere satmaktadır²³.

¹⁹ **KARAHASAN**, s.630.

²⁰ **KARTAL**, s.29.

²¹ **ERMAN**, s.11. Y. 15. HD. 30.11.2006 T., E. 2005/7631, K. 2006/6983 : “Ancak, sözleşmenin 16. maddesi hükmünde ise; sözleşmenin ve inşaatın teminatı olmak üzere; 1. derece ve 1. sırada inşaat teminat ipoteği arsa sahipleri lehine tesis edileceği; yüklenicilere de verilecek 160/240 (2/3 hisse) pay üzerine arsa sahipleri lehine tesis edilecek 3.000.000.000 TL. bedelli teminat ipoteğinin inşaatın ilerlemesine orantılı olarak peyder pey çözüleceği ve geriye kalan dükkan ve daireler üzerine aktarılacağı, inşaatın karkas ve kaba inşaatı tamamlanıp, çatısı tamamen kapatıldığında inşaat teminat ipoteğinden yüklenicilerin seçeceği (3) dairenin ipotek harici tutulacağı, ince sıvası tamamen bittiğinde ve doğramalar tamamen ısı camları ile birlikte takıldığında da diğer (3) daire üzerindeki ipoteğin kaldırılacağı ve nihayet iskan raporu alındıktan, cins tashihi ve kat mülkiyeti kurulduktan sonra ise, geriye kalan daireler ve dükkan üzerindeki ipotek kaydının terkin olunacağı kararlaştırılmıştır.”

²² **KARTAL**, s.29.; **ERMAN**, s.13.

²³ **ERMAN**, s.13.

1.1.3.3. Arsa Paylarının Satışının Arsa Sahibince Vaadi ve Yüklenicinin İnşaatı Yapmayı Taahhüt Etmesi

Bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, noterde re'sen düzenlenen satış vaadi ve inşaat sözleşmesi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesi tek bir sözleşme bünyesinde birleşmektedir. Yüklenici arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenirken, arsa sahibi de yükleniciye belli payların mülkiyetini devir borcu altına girmektedir. Bu sözleşmede inşa edilecek binanın teknik şartları, inşaat başlama ve teslim süresi, cezai şart, bağımsız bölümlerin paylaşımı gibi şartlar yer almaktadır. Uygulamada en çok rastlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tipi de budur²⁴.

1.1.4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerhi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra arsa sahibinin veya sahiplerinden birinin arsa paylarından bir kısmını veya tamamını üçüncü kişilere devretmesi mümkündür. Arsa payının yeni malikleri yüklenici ile yapılan sözleşme ile kendilerini bağlı saymayabilirler veya yükleniciye verilecek bağımsız bölümleri uygun bulmayabilirler. İşte bu nedenle, MK m.1009 ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilebileceği düzenlenmekle, yüklenicinin bu risklere karşı kendisini koruyabilmesi sağlanmıştır²⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesiyle yüklenicinin sözleşmeden doğan kişisel hakları aynı bir etki kazanacak; o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilecektir (MK m.1009/2).

Reisoğlu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini bir tip taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kabul ederek, TK. M.26/5 hükmünü²⁶ kıyasen uygulamak suretiyle

²⁴ **ERMAN**, s.13.

²⁵ **REİSOĞLU, S.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar*, BATİDER, C.XXIV, Sa.2, s.8, Ankara.

²⁶ Tapu Kanunu'nun değişik 26.maddesine göre, Noterlik Kanunu'nun 44 üncü maddesinin (B) bendince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilebilir.

sözleşmede bir şerh anlaşması yer almamış olsa dahi, taraflardan birinin tek taraflı talebiyle tapu siciline şerh edilebileceğini kabul etmek gerektiğini belirtmektedir²⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, tapu siciline şerh edilmesiyle, sözleşmeden doğan haklar aynı bir etki kazanacaktır. Diğer bir deyişle, yüklenicinin yalnızca sözleşmeye taraf olan arsa sahibine/sahiplerine karşı ileri sürebileceği kişisel hakların, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine, örneğin arsanın veya arsa paylarının yeni maliklerine karşı ileri sürmesi de mümkün olacaktır (MK m.1009/2)²⁸.

1.2. Üçüncü Kişilerin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanım Biçimleri ve Sonuçları

1.2.1. Üçüncü Kişinin Amaçladığı Müstakbel Kazanımın Hukuki Niteliği

Üçüncü kişinin amaçladığı müstakbel kazanım, inşaat tamamlandıktan ve kat mülkiyeti kurulduktan sonra oluşacak bağımsız bölümdür. Bir diğer ifade ile, üçüncü kişi bağımsız bölüm maliki olmak, bu açıdan bir aynı hak kazanmak isteyen kişidir. Ancak, henüz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa ile sona ermemesi (inşaat henüz yapım aşamasında olması) ve kat mülkiyeti kurulamaması sebebiyle “bağımsız bölüm”den söz edilemeyeceğinden, arsa sahibi veya yüklenici ile yaptığı sözleşmenin konusunu ancak ileride oluşacak (müstakbel) bağımsız bölümlere özgülenen arsa payı oluşturabilir. Bu nedenle, üçüncü kişinin mevcut kazanımı, bu bağımsız bölümlere özgülenen arsa payını devralmaya veya arsa payının satışını taahhüt almaya ya da bu arsa payının devrini talebe yönelik yüklenicinin kişisel hakkına ilişkindir.

Uygulamada üçüncü kişi ile yapılan satış vaadi sözleşmesinde, belediyeden onaylı inşaat projesine göre ileride yapılacak (müstakbel) bağımsız bölümün numarası

²⁷ REİSOĞLU, *Sorunlar*, s.9.

²⁸ REİSOĞLU, *Sorunlar*, s.8.

belirtilmektedir²⁹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.4.178 tarihli, 3/4 sayılı kararı ile, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız, eş deyişle arsa payı. belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli olduğuna, bu tür bir satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu bulunmadığına karar verilmiştir³⁰. Şu halde, ana taşınmazda kat irtifakı kurulmamış olsa da, üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Taşınmazda kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadığından, öncelikle bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesine konu bağımsız bölüme düşecek arsa payının, taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulacakmış gibi belirlenmesi mümkündür³¹. Aynı durum, üçüncü kişinin alacağı temlik sözleşmesi ile hak kazanması durumu için de geçerlidir³².

Ancak kat irtifakı kurulmaması yüklenici ve üçüncü kişi açısından bazı sakıncalar doğurabilir. Kat irtifakının eşyaya bağlı bir borç olması nedeniyle arsa payına kim malik olursa, o kişi bu paya bağlı olan borçla da yükümlü kılınmaktadır³³. Kat irtifakı kurulmadığı durumlarda ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şerh

²⁹ **REİSOĞLU**, *Sorunlar*, s.5. : “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye bırakılması öngörülen yerler (daire, dükkan vs.) ancak bağımsız mülkiyet hakkına konu olabilecek nitelikteki bağımsız bölümler olabilecektir (KMK. m.1, m.4, m.16).

³⁰ Y. İBGK 24.4.1978 T., E.3, K.4.

³¹ Y. 14. HD. 25.3.2002 T., E. 2002/1831, K. 2002/2201 : “...21.4.1978 tarih ve 3/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, satış vaadi sözleşmesine konu dairelerin paylarının belirlenmesinin mümkün bulunması Kat Mülkiyeti Kanununun 2 ve 3. maddelerine göre taşınmazda kat irtifakı yahut kat mülkiyeti kurulmasının şart olmadığı, buna göre bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olmasının sözleşmesinin geçerliliğine engel olmayacağı, çünkü Kat Mülkiyeti Kanununun 3. maddesi 2. bendi gereğince arsa payı, kat mülkiyetine konu olan bütün ana yapının değerinin, satın alınan bağımsız bölümün değerine olan oranı ile belirleneceğinden, satış vaadi sözleşmesinde bağımsız bölüm payı belirlenmemiş olsa dahi bunun belirlenme imkanının bulunduğu, buna göre raporla belirlenen arsa paylarına bağımsız bölümlerin bağlantısı da karar yerinde yazılarak, bu bağımsız bölümlerin arsa paylarının davacılar adına payları oranında tescillerine karar vermek gerekir iken kat irtifakı kurularak tescile karar verilmesi keza doğru görülmemiştir.” Aynı yönde Y. 14. HD. 13.4.1998 T., E. 1998/1537, K. 1998/2695; Y.14. HD. 7.5.2007 T., E.2007/5016, K.2007/5186.

³² Y. 14. HD. 22.3.2007 T., E. 2007/1951, K. 2007/3070 : “Taşınmaz üzerinde kat irtifakının kurularak 6 numaralı bağımsız bölümün sicilde müstakil bir hak olarak henüz yazılmamış olması geçerli temlikler karşısında bu davanın reddine neden teşkil etmez.”

³³ **HELVACI, S.** (1995), *Kat İrtifakı İle Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması*, Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ'e Armağan, s.292, İstanbul. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, kat irtifakı sahiplerinin yükümlülüğü, daha çok inşaatın yürütmesini engelleyecek yaklaşımlardan kaçınılması, örneğin arsanın yükleniciye zamanında teslim edilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır (**REİSOĞLU**, *Sorunlar*, s.7.).

edilmiş olmadıkça, arsa sahibinin üstlendiği arsa paylarını devir borcu sonraki malikleri bağlamaz.

Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yapı tamamlanmadan önce inşaatın belli bir aşamasında (örneğin kaba inşaatın tamamlanmasından sonra) yükleniciye bir kısım bağımsız bölümlerin devredilmesi öngörülmüşse, bu devir, ancak, yapı tamamlandıktan sonra kat mülkiyeti tesis edilirken bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının tapu sicilinde yükleniciye devredilmesi – ondan da üçüncü kişiye devredilmesi - , bu arsa paylarının özgüleneceği bağımsız bölümü gösteren kat irtifakı haklarının tapuda kurulmuş olmasıyla mümkün olacaktır³⁴.

1.2.2. Üçüncü Kişinin Müstakbel Bağımsız Bölümü Kazanım Biçimleri ile Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenme çeşitleri üçüncü kişinin müstakbel bağımsız bölümü kazanma yollarını belirler.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa paylarının tamamı veya bir kısmının tapu sicilinde baştan yükleniciye devredilmiş olması halinde ya da kısım kısım devrin kararlaştırıldığı halde, malik olan yüklenici üçüncü kişiye arsa paylarını doğrudan tapu sicilinde devredebileceği (satabileceği) gibi, arsa payının satışını vaad etmesi de mümkündür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa paylarının tamamı yükleniciye devredilmemiş ise, arsa sahibinin de üçüncü kişiye arsa payını tapudan satışı mümkündür. Yine arsa sahibinin, sözleşme gereği kendisine kalacak bağımsız bölüme özgülenen arsa paylarının satışını üçüncü kişilere vaadi de mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa paylarının yükleniciye devredilmiş olmaması halinde – ki sözkonusu durum ancak arsa sahibinin yükleniciye arsa paylarının satışını vaad ettiği sözleşme tipinde geçerlidir- ise,

³⁴ REİSOĞLU, *Sorunlar*, s.6. Kat irtifakı hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. REİSOĞLU, S. (1982), *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, 4. Bası, s.144-155, Ankara.

yüklenici kendisine kalacak bağımsız bölüme özgülenen arsa paylarını üçüncü kişiye tapu sicilinde devredemeyecek ve fakat satışını vaad edebilecek veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını temlik (devir) edebilecektir. Bir diğer ifade ile, arsa payı karşılığı sözleşme gereğince kendisine kalacak arsa paylarının maliki olmayan yüklenici, sözleşmeden doğan kişisel hakkını üçüncü kişiye devredebilecek veya kendisine kalacak bağımsız bölümün (arsa payının) satışını vaad edebilecektir.

İşte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin farklı tiplerde düzenlenmesinin mümkün olması sebebiyle, üçüncü kişinin bağımsız bölüm kazanma biçimi ve kazanımının hukuki sonuçları farklılık göstermektedir. Bu nedenle, üçüncü kişinin müstakbel bağımsız bölüme özgülenen arsa payı kazanma biçimleri, tapu sicilinde mülkiyetin devriyle, alacağın temliki sözleşmesiyle ve satış vaadi sözleşmesiyle olmak üzere üç başlık halinde incelenecektir.

1.2.2.1. Arsa Payı Satım Sözleşmesi

1.2.2.1.1. Üçüncü Kişinin Yüklenici İle Satım Sözleşmesi Yapması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin borcu ancak yüklenicinin işi tamamlayıp, arsa sahibine teslim etmesi ile muacceliyet kazanır (BK m.81, 364/I)³⁵. Ancak arsa sahibinin arsa paylarını devir borcunu, yüklenici borcunu ifa etmeden önce de yerine getirmesi mümkündür. Bu durumda da, tapu sicilinde malik olarak görünen yüklenici inşaatı finanse etmek amacıyla müstakbel bağımsız bölüme özgülenen arsa paylarını üçüncü kişilere satabilir.

Yüklenicinin tapu sicilinde malik olarak görünmesi, arsa sahibinin borcunu başlangıçta yerine getirerek arsa paylarının tamamını veya belli kısmını tapuda yükleniciye devretmesi halinde olabileceği gibi; arsa paylarının inşaatın yapıldığı ölçüde yükleniciye kısım kısım devir kararlaştırılmış olduğu halde de söz konusu olabilir.

³⁵ KARTAL, s.109.

Üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki sözleşmede, yüklenici ileride yapacağı bağımsız bölümlere bağlanan payları tapu sicilinde devretmekte ve alıcı üçüncü kişi de kazandığı arsa paylarının bedelini ödemeyi üstlenmektedir. Tarafların edimlerinden de anlaşılacağı gibi, üçüncü kişi ile yüklenici arasında mülkiyetin devri sebebini oluşturan bir satım sözleşmesi³⁶, bu sözleşmeye dayalı olarak yüklenicinin geçerli bir tescil talebi ve üçüncü kişi adına yapılmış bir tescil vardır³⁷.

Yüklenici, üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden edindiği alacak hakkını üçüncü kişiye devretmediğinden, yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme bir alacağın temliki (devri) sözleşmesi veya borcun nakline ya da sözleşmenin devrine³⁸ ilişkin bir sözleşme değildir³⁹. Taraflar arasında müstakbel bağımsız bölüm satışına ilişkin bir sözleşme mevcut olduğundan, üçüncü kişinin inşaat borcunu üstlendiği ve arsa sahibi ile bu konuda ayrıca bir sözleşme yaptığı sonucuna da ulaşamaz⁴⁰.

³⁶ Aynı görüş için bkz. **ARAL**, s. 67. : “Satım akdinin kurulduğu anda mevcut olmayıp ileride gerçekleşecek bir şey veya hak, satım akdine konu olabilir. Mesela inşa edilmemiş bir binada kat mülkiyeti satışı.” Y.İBGK. 24.4.1978 T., E.3, K.4: “İçtihadı birleştirmeye neden olan kararlarda sözü edilen bağımsız bölüm satış vaadi inşa edilecek veya edilmekte olan binalardaki katlara ilişkindir. Toprakdan kat satışı denilen bu hukuki ilişki bir eser (istisna) sözleşmesi değil, bir satım sözleşmesidir. Çünkü burada önceden belli bir projeye göre işin yerine getirilmesi söz konusudur ve emek (çalışma), satılan kat için özel bir nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle, sözleşmede emek değil, nesne teslimi edimi üstün bulunmaktadır... Bağımsız bölümler, bağımsız bir taşınmaz niteliğinde olduğundan, böyle bir bölümün satışı vaadi aslında bir taşınmaz satışı vaadinden başka bir şey değildir. Tarafların gerçek iradeleri de buna yöneliktir.” Aynı yönde Y. HGK. 7.3.2007 T., E. 2007/13-100, K. 2007/100 : “İlkin belirtilmelidir ki, davalı inşaat şirketi ile dava dışı arsa malikleri arasındaki sözleşme eser sözleşmesi olup; yüklenici inşaat şirketi anılan sözleşme gereği imal edeceği konutlardan birisini henüz tamamlanmadan davacı ile aralarında düzenledikleri satış sözleşmesi ile kararlaştırılan koşullarda davacıya satmış; bir kısmı peşin bir kısmı da taksitler halinde olmak üzere senetlere bağlanan bedel karşılığında teslim etmeyi yükümlenmiştir.Şu durumda davacı ile davalı inşaat şirketi arasında sözleşme hukuksal nitelikçe eser sözleşmesi değil, satım sözleşmesidir. İnşaatı tamamlanmadan satıma konu edilmiş olması eser sözleşmesinin varlığını göstermemektedir. Aksi görüş için Bkz. **ERMAN**, s.164, dp.1, s.174. “Yazar, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğini, yüklenicinin edimi hem satım hem de eser yapımını kapsadığından birleşik bir sözleşme olarak kabul etmektedir.”

³⁷ **KIRCA, Ç.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi*, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s.95, Ankara.

³⁸ Geniş bilgi için Bkz. **AYRANCI, H.** (2003), *Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)*, Ankara.

³⁹ **KIRCA**, s.96.

⁴⁰ **KIRCA**, s.96.

1.2.2.1.2. Üçüncü Kişinin Arsa Sahibi İle Satım Sözleşmesi Yapması

Arsa sahibi yüklenicinin aksine binayı inşa etmek için kaynak yaratmak zorunda değildir. İnşaatın tamamlanmasından sonra bağımsız bölümlerini satmak isterse daha değerli hale geleceğinden veya kiralama imkanı olduğundan, inşaat süresince beklemeyi seçebilir. Ancak, arsa paylarının tamamını başlangıçta yükleniciye devretmedikçe, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa sahibine kalacak arsa paylarını üçüncü kişilere satması da olasıdır. Bu aşamada henüz bina inşa edilmediği için kat mülkiyeti kurulup bağımsız bölümler oluşturulmadığından, üçüncü kişi ile arsa sahibi arasındaki satım sözleşmesinin konusu arsa paylarıdır.

Bağımsız bölüme özgülenen arsa paylarının mülkiyetini tapu siciline arsa sahibinden devralan üçüncü kişiler, yüklenicinin talep hakkını bilseler dahi, kural olarak, yüklenici onlardan bağımsız bölümün kendisine devrini isteyemez. Bir diğer ifade ile, arsa sahibi sözleşme ile yükleniciye devrini taahhütte bulunduğu bağımsız bölümlerden birini, tapu siciline bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, yüklenici söz konusu bağımsız bölümünün kendisine devrini arsa sahibinden isteyemeyecektir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerhi halinde, yüklenici tapu siciline arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişiye karşı, kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini isteyebilir⁴¹.

Yargıtay, arsa sahibinin, kendisinden arsa payı alan üçüncü kişiye karşı, eksik ve ayıplı işlerden dolayı, arsa payı oranında sorumlu olduğunu kabul etmektedir⁴². Yine Yargıtay'a göre, arsa sahibinden bağımsız bölüm kazanan üçüncü kişinin, eksik

⁴¹ REİSOĞLU, *Sorunlar*, s.16.

⁴² Y. 15. HD. 20.1.2006 T., E. 2005/2179, K. 2006/122 : "...Apartman yönetimi ile davalı arasında yapılmış bir sözleşme bulunmadığından, yönetici tarafından bu davanın açılması mümkün değildir. Davanın bağımsız bölüm malikleri tarafından açılması gerekir. Ancak apartman yöneticisi Şenol aynı zamanda bağımsız bölüm maliki olduğundan bu davayı kendisine ait bağımsız bölüm ile ortak yerler yönünden payı oranında açabilir... Ayrıca inşaat kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapıldığından ve bağımsız bölümlerin bir kısmı dava dışı yüklenici şirkete ait olduğundan, davalı arsa sahibi kendi payına düşen ve sattığı bağımsız bölümler ile ortak yerlerden bu bağımsız bölümlere düşen pay oranında eksik işler ile gizli ayıpların giderilmesinden sorumludur. Dava dışı yüklenici şirketin payına düşen ve şirket tarafından satılan bağımsız bölümler ile bu bağımsız bölümlerin ortak yerlerdeki payları nedeniyle davalı arsa sahibinin sorumlu tutulması mümkün değildir."

ve ayıplı işler nedeniyle yükleniciye yönelmesi, ancak arsa sahipleriyle birlikte dava açması halinde söz konusudur⁴³.

1.2.2.2. Alacağın Temliki (Devri) Sözleşmesi

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan müstakbel bağımsız bölümün devrine ilişkin sözleşme BK m.18 uyarınca gerçek irade uyuşumu bakımından bir alacağın temliki değil; satış vaadi sözleşmesidir. Ancak Yargıtay, üçüncü kişileri koruma endişesiyle, adeta bir hukuki çevirme (tahvil) yapmakta; yüklenicinin arsa sahibinden edineceği müstakbel bağımsız bölümleri üçüncü kişiye satış vaadini hemen daima BK m.162 vd. anlamında “alacak temliki” sayarak geçerli kılmaktadır⁴⁴. Yargıtay kararlarında ve uygulamada, söz konusu alacağın temliki

⁴³ Y. 15. HD. 4.7.2005 T., E. 2005/1196, K. 2005/4006 : “Asıl ve birleşen davada, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılan binanın ortak yerlerindeki eksik ve kusurlu işlerin bedeli talep ve dava edilmiş... Davacıların bir bölümü arsa sahibi, bir bölümü arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişi durumundadır. Bir kısım davacıların ise bağımsız bölümleri kimden satın aldıkları dosya kapsamından anlaşılmamaktadır. Arsa sahiplerinin akdi ilişkiye dayanarak kendi bağımsız bölümleri yönünden dava ve talep haklarının bulunduğu kuşkusuzdur. Diğer davacılar yönünden ise, öncelikle bağımsız bölümleri ne şekilde iktisap ettikleri araştırılmalı, yükleniciden iktisap edenlerin doğrudan dava haklarının bulunduğu, arsa sahiplerinden iktisap edenlerin ise iktisap ettikleri arsa sahipleriyle birlikte dava açmaları durumunda halefiyet esasına göre dava haklarının bulunduğu kabul edilmelidir. Davacı sıfatıyla davada yer almayan arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler ise yüklenici ile aralarında akdi ilişki bulunmadığından bu davayı açamazlar. Daire'mizin yerleşik uygulaması bu yöndedir. Mahkemece arsa sahibi dışındaki davacıların durumları açıklığa kavuşturulmadan ve yukarıda değinilen kurallara göre aktif husumet ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan yazılı şekilde herkesin ancak kendi âkidine yönelebileceği gerekçesiyle davanın reddi doğru olmamıştır.

⁴⁴ **ÖZ, T.** (2006), *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi İle Birlikte, s.94, İstanbul, (İnşaat Sözleşmesi). ; **ERMAN**, s.174,175. Y. HGK., 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571 : “Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye bırakılan bağımsız bölümler üzerinde yüklenici kişisel hak sahibidir ve bu hakkını ancak edimini yerine getirdiğinde kazanır, bir başka anlatımla bu kişisel hakkını edimini tam olarak yerine getirmesi koşuluyla arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Ancak sözleşmeden kaynaklanan bu kişisel hakkın üçüncü kişilere devredilmesi de mümkündür. Burada Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddelerinde düzenlenen alacağın temliki hükümleri kıyasen uygulanır. Bu hükümler uyarınca borçlunun onayı aranmaksızın, yazılı olması koşuluyla alacak üçüncü kişilere devredilebilir. Devredilen alacak, sözleşme anında mevcut olabileceği gibi ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temliki mümkündür. Yazılı sözleşme ile bu hakkı temellük eden kişi, yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde ona tapuyu devretmekle yükümlü borçlu arsa sahibine karşı temellük ettiği hakkı ileri sürebilir. Yükleniciden temellük edilen hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde de mahkemece yapılacak iş, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır. Bina sözleşmeye uygun olarak tamamlanmışsa tescil kararı verilmelidir. Ancak; eksik bırakılan iş var ise, bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olduğu takdirde, yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşünce iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağından, bu eksikliğin yüklenici yada halefi olan davacı tarafından tamamlanması olanağı tanınmalıdır. Eksiklik fiilen tamamlanmasa bile saptanacak bedelin ödenmesi halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır.” Aynı yönde Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419; Y. HGK. . 4.2.1998 T., E. 1997/14-857, K.1998/67 ; Y. HGK. 20.3.1996 T., E. 1996/76, K.1996/195.

sözleşmesi, “*harici sözleşme ile satış*” olarak ifade edilmektedir⁴⁵. İleride ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, uygulamada getirilen bu çözüm sayesinde, şekil şartını taşımayan geçersiz satış vaadi sözleşmeleri geçerli kılınabilmekte ve üçüncü kişinin sadece sözleşme ilişkisi içine girdiği kişiye (yükleniciye) yönelmesi zorunluluğu ortadan kalkmaktadır.

1.2.2.2.1. Alacağın Temlik Kavramı

Alacağın temlik, alacaklı ile alacağı devralan üçüncü kişi arasında borçlunun rızası aranmaksızın, sadece bir tasarruf işlemi niteliği taşıyan ve şekil koşuluna bağlı bir sözleşme ya da kanun veya yargı kararıyla gerçekleşen bir devirdir⁴⁶. Sözleşmeye

Y. 14. HD. 25.11.2004 T., E. 2004/8032, K. 2004/8208: “Dava, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün temlik alınması nedeniyle kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Öncelikle üzerine inşaat yapılacak arsayı yükleniciye teslim etmesi gereken arsa sahibi, yüklenicinin karşı edimini yerine getirmesinden sonra da yükleniciye sözleşmeye uygun arsa veya kurulmuş sa kat irtifak tapusunu devretmekle yükümlüdür. Yüklenicinin temel borcu ise eseri (binayı) meydana getirmektir. Bir bina inşasından maksadı o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir. İşte, yüklenici bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmişse, sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde yapının arsa sahibine tesliminde, sözleşmede ayrı hüküm varsa teslimden önce ve ancak sözleşme koşullarına uygun oranda arsa payı veya bağımsız bölümün tescilini isteyebilir. Kuşkusuz yüklenicinin teslimden sonraki borcu ayıba karşı tekeffül borcu olarak devam edeceğinden, yüklenici eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşulları yerinde ise arsa sahibinin cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklarından ve ayrıca kanundan kaynaklanan alacaklarından da sorumludur. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olan yüklenici yukardan beri sayılan edimleri yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazandığı kişisel hak sebebiyle arsa payı veya bağımsız bölüm tapusunun devrini ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanununun 162 ve devamı maddelerine dayanarak kişisel hakkını arsa sahibinin onamı gerekmeksizin üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkı yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir. Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın dava edilerek arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemeye, tüm bu yönler üzerinde durulmalı, yüklenici, üçüncü kişi davacıya ancak hak kazandığını devir ve temlik edebileceğinden bu husus duraksanmaksızın saptanmalıdır. Bütün bu araştırmalar sonunda eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki, yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır.” Aynı yönde Y. 14. HD., 25.11.2004 T., E. 2004/8032 K. 2004/8208; Y. 14. HD. 11.1.2005 T., E. 2004/7796, K. 2005/77; Y. 14. HD., 31.1.2006 T., E. 2005/10337, K. 2006/492; Y. 14. HD. T. 31.1.2002 T., E. 2002/276, K. 2002/549; Y. 14. HD. 19.4.2002 T., E. 2002/2697, K. 2002/3044

⁴⁵ Y. 14. HD. 23.3.1999 T., E. 1999/632, K. 1999/2221: “Somut olayda davacı vekili, yüklenicinin 21 numaralı bağımsız bölümü 10.12.1994 tarihli harici sözleşme ile davacıya sattığını ileri sürerek buna dair yazılı belge sunduğuna göre bu yazılı sözleşmenin Borçlar Yasasının 162. maddesi hükmüne uygun bir temlik belgesi olduğu kabul edilmek gerekir.” Y. 14. HD. 20.10.1998 T., E. 1998/4816, K. 1998/7616: “Davacı, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmakta olan binada yükleniciden haricen satın aldığı daire için tapu iptali ve tescil istemektedir.”

⁴⁶ KARAHASAN, s. 675, vd.; OĞUZMAN, M. K., ÖZ, T. (2000), *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden

dayanan temlikte alacak, devralan üçüncü kişiye bir sözleşme ile geçer ve alacağı talep hakkı üçüncü kişiye ait olur.

Alacağın temlikinde, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan alacakların tamamı veya bir kısmı devredilebilir⁴⁷. Bölünebilir bir alacağın kısmen temlik edilmesi mümkündür⁴⁸. Alacağın temlikinden sonra da, devreden, alacaklı borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlıdır⁴⁹.

Konumuz açısından, alacağını devreden alacaklı yüklenici, alacağı devralan kişi üçüncü kişi ve borçlu ise arsa sahibidir. Yüklenicinin, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkı üçüncü kişiye devri ise sözleşme ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla burada sözleşmeye dayanan bir temlik söz konusudur. Alacağın temliki sözleşmesinin konusu olan alacak hakkı ise, arsa sahibinden müstakbel bağımsız bölümlere özgülenen arsa payının mülkiyetini talep hakkıdır.. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğacak alacak hakkının konusu bağımsız bölümlere özgülenen arsa payları, bölünebilir nitelikte olduğundan üçüncü kişiye temliki mümkündür. Ancak yüklenici alacağını üçüncü kişiye devretse de arsa sahibine karşı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri devam edecektir.

1.2.2.2.2. Sözleşmeye Dayanan Temlikin Koşulları

Sözleşmeye dayana temlikin koşullarından ilki, doğmuş veya doğacak bir alacağın varlığıdır⁵⁰.

Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, s.891 vd., İstanbul.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP** (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, 240vd, İstanbul, (**TEKİNAY, Borçlar**).; **KILIÇOĞLU, A. M.** (2002), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, , s.542 vd., Ankara.; **FEYZİOĞLU, F. N.** (1977), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.II, İstanbul 1977, s.613 vd.

⁴⁷ **von TUHR, A.** (1983), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt 1-2, Çeviren Cevat EDEGE, s.851, Ankara.

⁴⁸ **OĞUZMAN, ÖZ**, s.900.

⁴⁹ **FEYZİOĞLU**, s. 617.; **REİSOĞLU, S.** (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.402, İstanbul.; **KARAHASAN**, s.675.

⁵⁰ **KARAHASAN**, s.675.; **REİSOĞLU**, *Borçlar*, s.402.; **TEKİNAY**, *Borçlar*, s.248,249.

İkinci koşul, kural olarak, temlikin sözleşme ile yasaklanmamış olmasıdır (BK.162/1)⁵¹. Alacağın temlikine sözleşme ile getirilen bu yasak genel olabileceği gibi, belli kişi veya kişilere ya da belli bir süre ile sınırlı olabilir⁵². Taraflar borç ilişkisinden doğan alacağın başkasına temlikini yasaklamışlarsa, temlik borçlusu alacağı devralan kişiye karşı akdi temlik yasağı savunmasında bulunabilir⁵³. Temlik taraflar arasındaki sözleşme ile yasaklanmış olsa da, borçlunun sonradan onay vermesi ile geçerli hale gelir⁵⁴.

Ancak söz konusu kuralın istisnası BK m.162/2'de düzenlenmiştir. Borçlu, alacağın temliki yasağını içermeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralmış olan üçüncü kişilere karşı sözleşmede temlik yasağının kararlaştırıldığını ileri süremez. Ayrıca üçüncü kişi taraflar arasındaki sözleşmede bulunan temlik yasağından iyiniyetle haberdar olmamalıdır⁵⁵. Bu koşulları taşıyan temlik, temlik yasağına rağmen geçerlidir. Borçlu BK m.162/2 uyarınca alacağı devralana karşı bir itirazda bulunamıyorsa; aralarındaki sözleşmeye aykırı davrandığı gerekçesiyle, bu yüzden uğradığı zararların tazminini devredenden isteyebilir⁵⁶.

Üçüncü koşul ise, alacaklı ile üçüncü kişi arasında temlik sözleşmesinin yazılı olması koşuludur (BK m.163/1). Alacağın temliki sözleşmesinin geçerli olması için adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir. Ancak BK. Alacağın temliki vaadi için özel bir şekil öngörmemiştir (BK m.163/2). Temlik vadinin şekle bağlı olmaması sayesinde, yapılan bir alacak temlikinin geçersiz olduğu bazı durumlarda, bu işlemi çevirme (tahvil) yoluyla temlik vaadi olarak ayakta tutmak mümkün olabilir⁵⁷.

⁵¹ Y. 14. HD. 14. 15.06.2007 T., E.2007/5813, K.2007/7560 : "...Yükleniciden şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi de, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya halin gidişinden temlikin yasaklanmadığı anlaşılırsa, temellük aldığı hakka dayanarak arsa sahiplerini tescile zorlayabilir."

⁵² REİSOĞLU, *Borçlar*, s.405.

⁵³ KILIÇOĞLU, s.547.

⁵⁴ FEYZİOĞLU, s.633.; REİSOĞLU, *Borçlar*, s.406.

⁵⁵ KILIÇOĞLU, s.548.; DAYINLARLI, K. (1993), *Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki*, s.136, Ankara.; TEKİNAY, *Borçlar*, s.327.; REİSOĞLU, *Borçlar*, s.406.

⁵⁶ OĞUZMAN, ÖZ, s.907.

⁵⁷ OĞUZMAN, ÖZ, s.898.

Konumuz bakımından, yüklenicinin üçüncü kişiye temlik ettiği alacak doğacak bir alacak niteliğindedir⁵⁸. İnşaat süresince yapılacak temliklerde, yüklenici henüz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını tam olarak yerine getirmediğinden, doğmuş bir alacağı söz konusu olamaz.

Yine arsa sahibi ile yüklenicinin yaptıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerinde, yüklenicinin doğacak alacağı yani müstakbel bağımsız bölüm devri yasaklanmışsa, üçüncü kişi arsa sahibinden bağımsız bölümün adına tescilini talep ettiğinde, arsa sahibi bu yasağı savunma olarak ileri sürebilir. Ancak arsa sahibinin yüklenicinin yapacağı temlike sonradan onay vermesi halinde bu temlik geçerli olacaktır. Yine, alacağın temliki yasağını içermeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralmış temlik yasağından iyiniyetle haberdar olmayan üçüncü kişiye yapılan temlik, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde temlik yasağı olsa dahi geçerlidir (BK m.162/2).

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın temliki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması şarttır. Yargıtay da, kanunun, sözlü sözleşme ile yapılan temlikin geçerli olmayacağını hükme bağladığı gerekçesiyle, üçüncü kişinin davacı yüklenicinin yaptığı sözlü temlike dayanarak tescil talep edemeyeceğini kabul etmektedir⁵⁹. Ancak BK m.163/2 gereğince, temlik vaadi şekle bağlı olmadığından, üçüncü kişinin yüklenici ile aralarında yaptıkları yazılı olmayan temlik sözleşmesinin tahvil yoluyla temlik vaadi olarak ayakta tutulması da mümkündür.

⁵⁸ Y. HGK. T. 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571: “Devredilen alacak, sözleşme anında mevcut olabileceği gibi ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temliki mümkündür.”.

⁵⁹ Y. 14. HD. 14.11.2006 T., E. 2006/13020, K. 2006/13069: “Somut olayda; davacının dayandığı ‘taşeron Muammer Akdoğan ile üyeler arasındaki anlaşma metnidir’ başlıklı belge alacağın temliki sözleşmesi değildir. Bu belgenin alt tarafında sonradan yazılan yazı altı davalı yüklenici tarafından imzalanmadığından HÜMK.nun 298. maddesi uyarınca yine davalı yükleniciyi bağlamaz. Açıkçası, her ne kadar yüklenici davalı dava konusu zemin kat 1 numaralı bağımsız bölümü sözlü satış anlaşmasıyla davacıya sattığını ancak satış bedelinin ödenmediğini savunmuşsa da Yasanın emrettiği biçim koşuluna uygun yazılı temlik anlaşması bulunmamaktadır.” ; Y. HGK. 4.4.2001 T., E. 2001/14-288, K. 2001/330 : “...Borçlar Yasasınının 162 ve izleyen maddeleri uyarınca yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir...” Aynı yönde Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419; Y. HGK. . 4.2.1998 T., E. 1997/14-857, K.1998/67 Y. HGK., 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571; Y. HGK. . 1.3.2000 T., E. 2000/14-140, K. 2000/155.

1.2.2.2.3. Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları

1.2.2.2.3.1. Yüklenicinin Alacağın Varlığından Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğu

Alacağın temlikli ivaz karşılığında yapılmış ise, alacaklı söz konusu alacağın temlik anında varlığını garanti etmiş olur (BK m.169/1)⁶⁰. Bir diğer ifade ile, alacağın temlikinin edim (bedel) karşılığında yapılması halinde –ki üçüncü kişi müstakbel bağımsız bölüm karşılığında yükleniciye para ödediğinden alacağın temlikli ivazlı olacaktır- yüklenici alacağın temlik anında varlığından devralan üçüncü kişiye karşı sorumludur. Ancak temlik ivazsız olarak yapılmış ise, alacaklı alacağın varlığını dahi garanti etmiş olmaz (BK m.169/3).

Alacağın varlığına ilişkin garanti, alacağın kısmen veya tamamen elde edilmesini sürekli ya da geçici olarak engelleyen def'i ve itirazları kapsar⁶¹. Üçüncü kişinin alacağı elde edebilmesi için, yüklenicinin kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi, örneğin öncelikle ifa zorunluluğunda olduğu hallerde kendi borcunu yerine getirerek, arsa sahibinin “ödemezlik def'inde” (BK m.81) bulunabilmesine imkan vermemesi de girer⁶².

⁶⁰ Ancak müstakbel alacakların temlikinde, devreden kişinin alacağın varlığından sorumluluğunun alacağın ileride doğduğu ana ilişkin olması gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Zira müstakbel alacakların niteliği gereği zaten temlik anında alacağın mevcut olması söz konusu değildir (ENGİN, B. İ. (2002), *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, s.116, Ankara.).

⁶¹ KARAHASAN, s.687.; REİSOĞLU, *Borçlar*, s.410.; Aksi görüş için Bkz. OĞUZMAN, ÖZ, s.921. : “Garanti sadece temlik edilen alacağın varlığına ilişkindir. Temlikin ehliyetsizlik, irade beyanındaki sakatlıklar gibi nedenlerle geçersiz ise garanti söz konusu değildir. ya da sözleşme gereği temlik edilemeyecek bir alacağın temlikli söz konusu ise bu durumda BK m.169/1'e başvurulamaz. Bu durumda genel prensipler çerçevesinde zarar tazmin edilir.

⁶² REİSOĞLU, *Borçlar*, s.410.; TEKİNAY, s.344.; FEYZİOĞLU, s.645. Y. 14. HD. 29.05.2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K. : “Şayet, temlik edilen alacağın dayanağı olan davalılar arasındaki borç ilişkisi (arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi) yüklenici bakımından bütünüyle ifa edilmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur. Bu nedenle, borçlu temlik yapılmamış olsaydı eski alacaklısına (yükleniciye) ne gibi defilerde bulunmak imkanına haiz idiye, bu defileri yeni alacaklıya (temellük eden üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir (BK m. 167). Aksinin düşünülmesi halinde, arsa sahibine karşı sözleşmedeki edimlerini bütünüyle yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinin rızası gerekmeden yaptığı temlik işleminden dolayı borçlarından kurtulacak, arsa sahibi olan tarafın mal varlığında ise sebepsiz azalma olacaktır. Kuşkusuz, temlik yoluyla ifayı talep eden üçüncü kişi, temlik sözleşmesinin dışında arsa sahibine bazı ödemeler yapmak zorunda kalmışsa, yükleniciyle var olan temlik sözleşmesine dayanarak bunların istirdadını ancak yükleniciden isteyebilir.”

Yine, temlike konu olan alacak hakkı, alacak hakkının doğduğu sözleşmeden dönülmesi⁶³ veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi halinde tasfiye sonucu yüklenicinin temlik ettiği hakkının üçüncü kişi tarafından kazanılamaması⁶⁴ ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine kalmayacak bir bağımsız bölüme ilişkin talep hakkını devretmesi⁶⁵ gibi bir nedenle yüklenicinin malvarlığında mevcut değilse, yüklenici üçüncü kişiye karşı BK m.169 vd. hükümleri gereği sorumludur.

Yüklenicinin garanti sorumluluğu kapsamına alacağın temlik karşılığına aldığı para ve bunun faizi ile üçüncü kişinin temlik işlemi nedeniyle yaptığı masraflar ve arsa sahibine karşı sonuçsuz kalan takibi nedeniyle yaptığı masraflar girer. (BK m.171/1)⁶⁶. Yani devredenin sorumluluğu, borca aykırılık halinde kabul edilen genel ilke (BK m.96) dolayısıyla devralanın müsbet zararı değil; sadece menfi zararını kapsamaktadır. Bir diğer ifade ile sorumluluğun kapsamı, temlik edilen alacağı elde etseydi sağlayacağı menfaat değil, temlik yapılmamış olsaydı uğramayacağı zararı tazminle sınırlıdır⁶⁷. Ancak alacağın temlik hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul eden Yargıtay'ın, zararın tazmini konusunda farklı kararları mevcuttur. Yargıtay'ın kararlarından, alacağın temlik sözleşmesi ile hak kazanan üçüncü kişinin sözleşmeye dayanarak tescili sağlayamaması halinde, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle bir alacağın temlik sözleşmesinin sonuçlarını doğurmayacağı; geçersiz bir satış sözleşmesi sonuçlarını doğuracağı

⁶³ Bkz. Böl.2, 2.1.2.

⁶⁴ Bkz. Böl.3, 3.2.3. Y. 14. HD. 14. 15.06.2007 T., E.2007/5813, K.2007/7560 : “Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifade imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır.”.

⁶⁵ Y. 14. HD. 5.3.2007 T., E. 2007/2034, K. 2007/2186 : “...Somut olayda, sözleşmeyi ileriye etkili fesheden taraflar tasfiyede dava konusu edilen 1 numaralı bağımsız bölüm mülkiyetini arsa sahiplerine bıraktıklarından esasen yüklenicinin dahi talep etmesi mümkün olmayan ve tasfiye sonucu yükleniciye değil arsa sahiplerine bırakılan bağımsız bölümün tescili yüklenicinin temlik ettiği şahsi hakka dayanarak üçüncü kişiler tarafından da istenemez. Davanın reddolunmasında yasaya aykırılık yoktur.”.

⁶⁶ Temlik edenin kusurunun bulunması halinde diğer zararların talep edilebilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. **ENGİN**, s.152.

⁶⁷ **TEKİNAY**, *Borçlar*, s.263.; **REİSOĞLU**, *Borçlar*, s.411. Temlik edenin kusuru varsa, devralan karşı BK m.171 dışında kalan zararlardan da sorumlu tutulmasının doğru olacağı ileri sürülmektedir (**ENGİN**, s.150,151.).

anlaşılmaktadır⁶⁸. Yargıtay'ın bu çözümü, sadece menfi zararını talep zorunluluğunda olmaması nedeniyle üçüncü kişi yararındır.

⁶⁸ Y. 14. HD. 15.06.2007 T., 2007/5813 E., 2007/7560 K. : “Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifade imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır. Mahkemenin değinilen olguyu gözetmek suretiyle tescile ilişkin istemi reddetmiş olması doğrudur. Ancak; davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmünce akitten kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir.”. Y. HGK. 2.7.2003 T., E. 2003/14-452, K. 2003/456 : “...alacağın temlik şeklinde gerçekleşen böyle bir sözleşmeye dayalı olarak temlik alanın talepte bulunabilmesi için, öncelikle yüklenici tarafından kendisine temlik edilen hakkın arsa sahibi nezdinde gerçekleşmesi; eş söyleyişle, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi; inşaatı bitirmesi veya eksik kalan kısmın paraya dönüştürülerek tamamlanacak kadar cüzi bir boyutta olması gerekir. Aksi takdirde, temlik alan, temlik sözleşmesine dayalı olarak, o sözleşmenin tarafı durumunda bulunmayan arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunamaz; sadece ve ancak, kendi akidi durumundaki yükleniciden tazminat isteyebilir.”. Y. 13. HD. 29.11.2001 T., E. 2001/9723, K. 2001/10867 : “Davacı 16.1.1990 tarihli sözleşme gereği 25.000.000 TL ödeyerek satın aldığı dairenin tapusunun kaçak yapıldığı gerekçesiyle verilemediğini ileri sürerek ödediği bedelin dava tarihindeki değeri olan 7.000.000.000 TL'nin faizi ile ödetilmesini talep etmiştir...Taraflar arasındaki satım sözleşmesine konu taşınmazın tapulu olduğu yönünde bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Tapulu taşınmazın satışına ilişkin sözleşme, resmi biçimde yapılmadığından hukuken geçersizdir. (MK. 634, BK. 213, Tapu K. 26 ve Noterlik K. 60 maddeleri). O nedenle geçerli sözleşmelerde olduğu gibi taraflarına hak ve borç doğurmaz. Bu durumda taraflar verdiklerini haksız iktisap kuralları gereğince geri isteyebilirler.”. Y. 14. HD. 27.10.2004 T., E. 2004/5252, K. 2004/7424 : “Zira, davacı Şaban 9.3.2000 günlü sözleşme konusu kişisel hakkı yükleniciden temellük etmiştir. Sadece yazılı yapılması şartına bağlı olan sözleşme Borçlar Kanunu 163. maddesi uyarınca geçerlidir. Anılan sözleşmenin ""ödeme planı"" başlıklı maddesinde peşin olarak on milyar liranın ödendiği, kaba inşaat aşamasında oniki milyar lira, ince işler aşamasında yirmi milyar lira, iş çevre düzenlemesi aşamasına getirildiğinde sekiz milyar lira kademeli ödeme yapılacağı hükme bağlandığı böylelikle tüm satış bedelinin elli milyar lira olarak kararlaştırıldığı görülmektedir. Görülüyor ki, bu sözleşme ile taraflara karşılıklı hak ve borçlar yüklenmiş, bedelin ödenmesi işin getirildiği seviyeye göre belirli bir takvime bağlanmıştır. Sözleşme uyarınca öncelikli edim yüklenicidir. Tarif etmek gerekirse, yüklenici eseri kaba seviyeye getirdiğinde oniki, ince işler seviyesinde yirmi, çevre düzenlemesi aşamasında sekiz milyar lira bedele hak kazanacaktır. Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi gereğince karşılıklı taahhütlere havi bu gibi sözleşmelerde akdin icrasını isteyen tarafın öncelikle kendi edimini ifa etmesi veya ifayı teklif etmiş olması gerekir. Olayda ise, yüklenici şirket on milyar lira olan peşin bedeli tahsil ettiği halde eseri oniki milyar lira istemeye hak kazanacağı kaba inşaat seviyesine getirmemiştir. Bu saptama, davacı Şaban tarafından yaptırılan delil tespiti ve alınan bilirkişi raporu ile sabittir. Açıklanan bu duruma göre, yüklenici şirket sonraki aşamada ödenmesi gereken para dilimlerini sözleşmenin açık hükmü karşısında satın alan Şaban'dan isteyemeyeceğinden yüklenici temerrüdü gerçekleşmiştir. Hal böyle olunca, davacı Şaban Borçlar Kanunu'nun 106. maddesindeki seçimlik haklarından akdin ifası ve gecikme sebebi ile zarar ve ziyarı istemekte haklıdır.”. Y. 14. HD. 23.10.2001 T., E. 2001/6400, K. 2001/7095 : “Davacının bakiye satış bedelini öngörülen vade ve miktarlarda ödediği kanıtlanamamış olduğundan davacı yönünden temerrüt olgusunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir ise de; davacının temerrüdü karşısında davalı yüklenicinin temerrüt nedeniyle akitten döndüğünü zamanında davacıya bildirmesi gerekir. Oysa yüklenici böyle bir yol izlemeden usulünce akitten dönmeden davacıya harici sözleşme ile satmış olduğu villayı 12.12.1996 tarihinde tapudan üçüncü kişi Sevgi Koyuncu'ya satmak suretiyle kendi ediminin ifasını imkansız hale getirmişti. Bu durumda sözleşmeden usulünce dönmeden kendi ediminin ifasını imkansız hale getiren davalı yüklenicinin, davacının bedel isteği yönünden sorumlu olacağı kabulü gerekir. Bu konuda dava dilekçesinde istek de bulunduğundan davacının ödediği satış bedeline göre bedel isteğinin kabulü gerekirken bu istek yönünden de davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.”. Y. 13. HD. 20.2.1987 T., E. 1986/6524, K. 1987/1019 : “Temlik tarihinde daire üçüncü kişi tarafından iktisap edilmiş olduğu için, temlik konusu alacağın yeni dairenin temlik tarihinde mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Temlik ivazlı olduğu için temlik edenin bu durumu bilmemesi kendisini sorumluluktan kurtarmaz. öyle ise temlik eden davalı, anılan kanun hükmü uyarınca kural olarak sorumludur. Ancak Borçlar Kanunu'nun 171 inci maddesinde temlik edenin bu sorumluluğu, almış olduğu para ve bunun faizi ile davacının borçlu hakkında yapmış olduğu takip masrafları ile sınırlandırılmıştır.”

Borçlar Kanunu Tasarısı'na, sorumluluğun kapsamına ilişkin olarak “devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlar” da bir bent olarak eklenmiştir (m.192) ⁶⁹. Tasarı'nın kanunlaşması halinde, Yargıtay'ın söz konusu çözümü benimsenmeksizin de üçüncü kişinin alacağı temlik hükümleri gereğince talepte bulunması halinde aynı sonuca ulaşılabacaktır.

1.2.2.2.3.2. Arsa Sahibinin İyiniyetle İfa ile Borcundan Kurtulması

Yüklenicinin alacağını üçüncü kişiye devretmesi için arsa sahibinin rızasını almaya gerek yoktur (BK m.162/1)⁷⁰. Ancak temlik işleminin arsa sahibine bildirilmemesi halinde temlik işlemini bilmeyen arsa sahibi, yükleniciye yapacağı ifa ile borcundan kurtulur (BK m.165).

Alacağın temlik borçlusunun (arsa sahibinin) alacaklıya (üçüncü kişiye) ifası ile borçtan kurtulması için temlikten haberdar olmaması veya haberdar olmasının somut olay gereğince mümkün olmaması – MK m.4 bağlamında subjektif iyiniyet-gerekir⁷¹. Haberdar etme, yöneltilmesi gereken tek yanlı bir bildirim olup hiç bir biçim koşuluna bağlı tutulmadığı gibi, alacaklı, devralan ya da onların adına bir üçüncü kişi tarafından da yapılabilmesi mümkündür⁷².

Bu açıklamalardan hareketle, yüklenicinin talep hakkını üçüncü bir kişiye devrettiği arsa sahibine bildirilmişse veya arsa sahibi bunu öğrenmişse, bağımsız bölümün mülkiyeti, ancak sözleşmeden doğan alacağı devralmış bulunan kişiye

⁶⁹ Borçlar Kanunu Tasarısı Madde 192 - Devralan garanti ile yükümlü olan devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini,
2. Devrin sebep olduğu giderleri,
3. Borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri,
4. Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını.

⁷⁰ Y. HGK. 4.4.2001 T., E. 2001/14-288, K. 2001/330 : “...Borçlar Yasasının 162 ve izleyen maddeleri uyarınca yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir...” Aynı yönde Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419; Y. HGK. . 4.2.1998 T., E. 1997/14-857, K.1998/67 Y. HGK., 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571; Y. HGK. 1.3.2000 T., E. 2000/14-140, K. 2000/155.

⁷¹ KILIÇOĞLU, s.550.

⁷² KARAHASAN, s.681.

nakledilebilir. Buna karşılık, arsa sahibi, bağımsız bölümün haricen satışından haberdar değilse, bağımsız bölümün mülkiyetini iyniyetle yükleniciye devretmiş olmakla, talep hakkının yeni sahibine karşı sorumlu olmaz ve mülkiyeti devir borcu sona ermiş olur⁷³.

1.2.2.2.3.3. Arsa Sahibinin 3.Kişiye Karşı İleri Sürebileceği Def'iler ve İtirazlar

Borçlu alacaklıya hangi koşullarda borçlu ise, alacağın temlik edilmesi ile borçlunun durumunda bir değişiklik olmaz ve bu koşullar aynen devam eder. Bir diğer ifade ile temlik borçlunun durumunu ağırlaştırılmaz⁷⁴. Bu nedenle arsa sahibi yükleniciye karşı ileri sürebileceği def'ileri üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir (BK m.167/1). Kanun metninde sadece def'ilerden söz edilmiş olsa da buraya itirazların da gireceği kabul edilmektedir⁷⁵.

Alacakla ilgili itirazlar alacağın doğmadığına veya sona erdiğine ilişkin olabilir⁷⁶. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine yani borç ilişkisinin geçersizliğine ilişkin ehliyetsizlik, şekle aykırılık, irade bozukluğu gibi itirazlar ile borcun sona ermiş olduğuna ilişkin ifa, ibra ve takas gibi itirazlar borçlu tarafından ileri sürülebilir⁷⁷. Borçlu, karşı tarafın temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde, bunun sonuçlarını yeni alacaklıya karşı savunma olarak ileri sürebilir⁷⁸.

Arsa sahibi, üçüncü kişiye karşı sahip olduğu ödemezlik def'i⁷⁹ veya zamanaşımı def'i gibi def'ileri de ileri sürebilir. Buna karşılık borçlu, alacaklı ile

⁷³ REİSOĞLU, *Sorunlar*, s.15.

⁷⁴ KILIÇOĞLU, s.551.; REİSOĞLU, *Borçlar*, s.407.; OĞUZMAN, ÖZ, s.917.

⁷⁵ KILIÇOĞLU, s.551.; TEKİNAY, *Borçlar*, s.252.; OĞUZMAN, ÖZ, s.917.; FEYZİOĞLU, s.658.

⁷⁶ OĞUZMAN, ÖZ, s.918.

⁷⁷ KILIÇOĞLU, s.551.; REİSOĞLU, *Borçlar*, s.408.

⁷⁸ OĞUZMAN, ÖZ, s.918. Bkz. Böl.2, 2.1.2.

⁷⁹ Y. HGK. 2.7.2003 T., E. 2003/14-452, K. 2003/456 : "...alacağın temlik şeklinde gerçekleşen böyle bir sözleşmeye dayalı olarak temlik alanın talepte bulunabilmesi için, öncelikle yüklenici tarafından kendisine

devralan arasındaki alacağa temel olan ilişkiden doğan def'ileri ileri süremez⁸⁰. Arsa sahibi, yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralan, muvazaayı bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü kişiye karşı alacağın muvazaalı olduğunu da ileri süremez (BK m.18/2) ⁸¹.

1.2.2.2.3.4. Üçüncü Kişinin Devraldığı Alacağın Kapsamı

Alacağın temlik işlemi ile birlikte, devredilen alacak ile bu alacağa bağlı rüçhan hakları ve fer'i haklar da devralana geçer (BK m.168/1). Alacakla birlikte intikal eden rüçhan hakları, alacaklı yüklenicinin şahsına ilişkin olmayan haklardır⁸².

Alacakla birlikte devralan üçüncü kişiye geçen haklar ise faiz ve teminata ilişkin fer'i haklar, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar ve ifayı talep etme, temerrüt halinde gecikme tazminatı isteme gibi alacağa bağlı taleplerdir⁸³. Alacak hakkına değil de sözleşmeye taraf olmaya bağlı sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih gibi yenilik doğuran haklar devralana geçmez⁸⁴.

temlik edilen hakkın arsa sahibi nezdinde gerçekleşmesi; eş söyleyişle, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi; inşaatı bitirmesi veya eksik kalan kısmın paraya dönüştürülerek tamamlanacak kadar cüzi bir boyutta olması gerekir. Aksi takdirde, temlik alan, temlik sözleşmesine dayalı olarak, o sözleşmenin tarafı durumunda bulunmayan arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunamaz"; Y. 14. HD. 29.05.2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K. : "...Şayet, temlik edilen alacağın dayanağı olan davalılar arasındaki borç ilişkisi (arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi) yüklenici bakımından bütünüyle ifa edilmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur. Bu nedenle, borçlu temlik yapılmamış olsaydı eski alacaklısına (yükleniciye) ne gibi defilerde bulunmak imkanına haiz idiyse, bu defileri yeni alacaklıya (temellük eden üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir (BK m. 167)". Aynı yönde Y. 14. HD. 20.4.2007 T., E. 2007/427, K. 2007/4637.

⁸⁰ Bkz. **KARAHASAN**, s. 683.

⁸¹ **OĞUZMAN, ÖZ**, s.903.; **TEKİNAY**, *Borçlar*, s.252, 253.

⁸² **OĞUZMAN, ÖZ**, s.908.; **TEKİNAY**, *Borçlar*, s.250, 251.

⁸³ **OĞUZMAN, ÖZ**, s.908 vd.

⁸⁴ **OĞUZMAN, ÖZ**, s.909.

1.2.2.2.3.5. Konusu Aynı Olan Kişisel Hakkın Birden Fazla Kişiyeye Temliki

Alacağın temliki sözleşmesi ile, söz konusu alacak yüklenicinin malvarlığından çıkararak, üçüncü kişinin malvarlığına geçer. Bunun sonucu olarak yüklenici artık alacak üzerinde tasarruf edemeyeceğinden, bu temlikten sonra yapacağı temlikler geçersizdir ve alacaklının sahip olmadığı alacağı devraldığını sanan üçüncü kişinin iyiniyetli olması sonucu değiştirmez⁸⁵. Yüklenicinin birden fazla üçüncü kişiye yaptığı temliklerden hangisinin önce yapıldığı tespit edilemiyorsa her iki temlik de geçersiz sayılır⁸⁶.

Yükleniciden kişisel hak devralan üçüncü kişinin tescil talebini, söz konusu kişisel hak devrinden sonra tapudan devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi, işlem dürüstlük kuralına aykırı veya muvazaalı olmadıkça, mümkün değildir.⁸⁷. Bir diğer

⁸⁵ OĞUZMAN, ÖZ, s.904.; REİSOĞLU, *Borçlar*, s.405. Y. 14. HD. 27.10.2004 T., E. 2004/5252, K. 2004/7424 : "...davacılar Rıdvan'a yapılan temlik işlemi geçerli olduğu gibi davacı Şaban'a yapılan temlik de geçerlidir. Başka bir deyişle, iki ayrı kişiye temlik edilmiş tek bir şahsi hak vardır. Her iki davacının da yarışan ve davalarına dayanak yaptığı sözleşmeleri bulunmaktadır. Dairemizin, bu gibi durumlarda kararlılık kazanan uygulamasına göre, bir taşınmaz şahsi hakkın devri suretiyle birden çok kişiye satılmış ise ve her ikisi de geçerli bulunmaktaysa eski tarihli sözleşmeye değer verilir."

⁸⁶ REİSOĞLU, *Borçlar*, s.377.; FEYZİOĞLU, s.628.

⁸⁷ Y. 14. HD. 19.2.2001 T., E. 2001/799, K. 2001/1206 : "...3. kişi özellikle davacıyı zarara sokmak için aynı hak kazanmışsa bu davranış Borçlar Kanununun, m. 41/f. 2 anlamında "ahlaka aykırı davranışlar başkasını zarara sokma" niteliğinde bir haksız fiil oluşturacağından "bir hakkın kötüye kullanılması" olur ve Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca engellenebilir. Somut olayda davalı Bekir nizalı bağımsız bölümü tapudan 29.2.2000 tarihinde satın almıştır. Bu alımın gerçek bir satış olduğunu ve tapuda herhangi bir şerh olmadığını, iyiniyetli olduğunu savunmuştur. Davalının çekişmeye konu bağımsız bölümün daha önce haricen davacıya satıldığını bilerek bu daireyi tapudan satın alması tapunun iptali için başlı başına bir neden teşkil etmez. Davalının muvazaalı olarak ve davacıyı zararlandırmak kastı ile hareket ederek gerçek olmayan bir alımda bulunması halinde tapunun iptali söz konusu olabilir. Bu hususta dosyada deliller toplanmamıştır. Tapudan yapılan satışın (muvazaalı) gerçek bir satış olup olmadığı ve davacıyı zararlandırma kastı ile hareket edilip edilmediği hususundaki taraf delilleri toplanarak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken..."

Y. HGK. 19.4.2000 T., E. 2000/1-735, K. 2000/789 : "...Hemen belirtmek gerekir ki, davacı ve karşı davalı yönünden Medeni Kanunun 633 ve devamı maddelerinde öngörülen koşullar gerçekleşmediğinden davacının hakkı, kişisel hak aşamasında kalmış, aynı bir kuvvet kazanamamıştır. Bağımsız bölümü haricen davacı ve karşı davalıya satan yüklenici ana binanın tamamını bitirmiş ve tüm edimlerini yerine getirmiş olsa dahi, davacı ve karşı davalının adı sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkının niteliğinin değişmesine yasal olanak yoktur. Buna karşın davalı ve karşı davacı mülkiyet hakkına dayanan, tapudaki aynı hakkı devralan kişidir. Somut olayda temelden ve haricen bağımsız bölüm satın alan kimsenin yüklenici aleyhine açtığı bir iptal ve tescil davası söz konusu olmayıp, yükleniciden haricen bağımsız bölüm satın alan kişisel hak sahibinin, aynı kişiden daha sonra aynı bağımsız bölümü tapuyla satın alan aynı hak sahibi aleyhine açılmış bir dava bulunduğundan, 30.9.1988 tarih 1987/2 esas-1988/2 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmamaktadır. Öte yandan davalı ve karşı davacı Yaşar'ın tapuda çekişmeli bağımsız bölümü devralırken salt davacı ve karşı davalının harici satıştan kaynaklanan kişisel hakkının varlığını bilmesi onu kötüniyetli kılmaz. Zira tapuda resmi sözleşme yapılırken davalı ve karşı davacı, yüklenicinin malik olduğunu gösteren, gerçeğe uygun bir tapu kaydına güvenerek iktisapta bulunmuştur. Ayrıca davalı ve karşı davacı, taşınmazın

ifade ile, üçüncü kişinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği tescil isteği kişisel bir hak niteliğinde olduğundan, taşınmazın bir başka üçüncü kişiye geçmesi halinde yeni malike karşı ileri sürülemez. Ancak, bu mülkiyet devri davacının kişisel hakkının sonuçsuz kalması için arsa sahibi ile yeni malik arasında muvazaalı olarak gerçekleştirilmişse, yani bir hileli anlaşma hali varsa, temellük eden cebri tescil davasını yeni malike karşı da açabilir⁸⁸.

1.2.2.2.4. Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirme

1.2.2.2.4.1. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay kararlarındaki açıklamalardan ortaya çıkan hususlar aşağıda belirtilmiştir:

- Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici edimini yerine getirdiğinde edimi karşılığı kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. Bir bina inşasından maksadı o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir.

bedelini ödemek ve şekle uygun geçerli bir sözleşme yapmak suretiyle mülkiyet hakkını devralmıştır. Medeni Kanunun 931. maddesinin "tapu sicilindeki kayda hüsniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynı hakkı iktisap eden kimsenin bu iktisabı muteber olur." Hükmü karşısında davalı ve karşı davacının iyiniyetli olup olmadığının tapu sicilindeki kayıtlarla sınırlı olmak üzere değerlendirilmesinde zorunluluk vardır. Gerek Medeni Kanunun değinilen maddesi gerekse bu maddeyi tamamlayan 932 ve 933. maddelerinin açık hükümlerine göre aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığını bilmesi aynı hak sahibini kötüniyetli kılmaz. Kazandığı mülkiyet hakkına etkili olamaz. Değinilen bu husus kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınacağına ilişkin ana kuralın doğal bir sonucudur. Nitekim tüm bilimsel görüşler bu kuralı oybirliği ile kabul etmektedir...O halde, kişisel hak tapu siciline şerh verilmek suretiyle Medeni Kanunun 928. maddesi uyarınca herkese karşı ileri sürülebilir bir hale gelmedikçe veya davalılar tarafından kişisel hakka dayanılarak dava açılmasını önlemek amacıyla aslında hiçbir devir işlemi yapmak niyetleri olmadığı halde görünüşteki bir işlemle, el ve işbirliği içerisinde muvazaalı bir temlik işlemi gerçekleştirildiği iddia ve isbat edilmediği sürece, kişisel hak sahibinin kötüniyetten bahisle açtığı iptal ve tescil davasına değer verilemez.". Aynı yönde Y. HGK. 17.3.1999 T., E. 1999/14-155, K. 1999/150.

⁸⁸ **ERMAN**, s.180, 181.

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye bırakılan bağımsız bölümler üzerinde yüklenici kişisel hak sahibidir ve bu hakkını ancak edimini yerine getirdiğinde kazanır, bir başka anlatımla bu kişisel hakkını edimini tam olarak yerine getirmesi koşuluyla arsa sahibine karşı ileri sürebilir⁸⁹. Ancak sözleşmeden kaynaklanan bu kişisel hakkın üçüncü kişilere devredilmesi de mümkündür. Burada Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddelerinde düzenlenen alacağın temliki hükümleri “kıyasen”⁹⁰ uygulanır. Bu hükümler uyarınca borçlunun onayı aranmaksızın, yazılı olması koşuluyla alacak üçüncü kişilere devredilebilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temliki mümkündür. Yazılı sözleşme ile bu hakkı temellük eden kişi (halefi), yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde ona tapuyu devretmekle yükümlü borçlu arsa sahibine karşı temellük ettiği hakkı ileri sürebilir. Tescilin hükmen sağlanmasının istendiğinde, arsa sahibi ve yüklenici zorunlu dava arkadaşı kabul edilmektedir⁹¹.

- Yükleniciden temellük edilen hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde de mahkemece yapılacak iş, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır. Bina sözleşmeye uygun olarak tamamlanmışsa (hukuki ve fiili tamamlanmışlık) tescil kararı verilmelidir. Ancak; eksik bırakılan iş var ise, bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta (reddedilemeyecek boyutta) olduğu takdirde, bu eksikliğin yüklenici yada halefi olan üçüncü kişi tarafından tamamlanması olanağı tanınmalıdır. Zira, yüklenicinin edim borcunu

⁸⁹ Y. 14. HD. 14.11.2006 T., E. 2006/13020, K. 2006/13069 : “Yükleniciden şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi arsa sahibine karşı halefi durumundaki yüklenicinin edimlerini yerine getirdiğini, yükleniciye karşı da temlik ilişkisini kanıtlamak zorunda olduğundan bu gibi davalarda arsa sahibine husumet yöneltilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, arsa sahibi ile yüklenici arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Açıklanan nedenlerle arsa sahibi davalının husumet itirazları yerinde değildir.”

⁹⁰ Y. HGK. 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571.

⁹¹ Y. 14. HD. 15.2.2007 T., E. 2007/399, K. 2007/1393 : “...Davada yüklenici şirket ile düzenlenen 15.5.1995 ve 27.3.1997 günlü temlik sözleşmelerine dayanılarak davalıya ait arsa üzerine inşa edilen yapıdaki bodrum kat 1 nolu bağımsız bölümün tescili istenmiştir. Yüklenici ile arsa sahibi arasında 21.5.1993 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunmaktadır. Gerçekten, yüklenicinin satışı ile kazanılan şahsi hakka dayanıldığından arsa sahibi yanında yüklenici şirketinde açılan tescil davasında hasım olması gerekir. Davacı üçüncü kişi arsa sahibine şahsi hak sebebiyle mülkiyet talebinde bulunmaya hak kazandığını akidi olan yükleniciye karşı da satış sözleşmesinin varlığını ispata zorludur. Arsa sahibi ile yüklenici arasında bir bakıma zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan her iki tarafa husumet yöneltilmeli, yargılama onların huzuru ile sürdürülüp sonuçlandırılmalıdır.”

tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşünce iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacaktır⁹².

- Eksikliğin pek az veya arsa sahibince katlanılabilir oranda olması⁹³, BK m. 81 uyarınca, yüklenicinin halefi olarak üçüncü kişiye eksiklikleri tamamlamak üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklıysa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo

⁹² Y. HGK. 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571 : “...eksik bırakılan iş var ise, bu eksiklikte *pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta* olduğu takdirde, yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşünce iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağından, bu eksikliğin yüklenici yada halefi olan davacı tarafından tamamlanması olanağı tanınmalıdır. Eksiklik fiilen tamamlanmasa bile saptanacak bedelin ödenmesi halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır.” Aynı yönde Y. HGK. 4.2.1998 T., E. 1997/14-857, K.1998/67; Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419.

Y. 14. HD. T. 31.1.2002 T., E. 2002/276, K. 2002/549 : “Yükleniciden temellük edilen hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde de mahkemece yapılacak iş, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır. Bina sözleşmeye uygun olarak tamamlanmışsa tescil kararı verilmelidir. Ancak; eksik bırakılan iş var ise, bu eksiklikte *pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta* olduğu takdirde, yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşünce iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından, bu eksikliğin yüklenici yada halefi olan davacı tarafından tamamlanması olanağı tanınmalıdır.Eksiklik fiilen tamamlanmasa bile saptanacak bedelin ödenmesi halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır.” Aynı yönde Y. 14. HD. 25.11.2004 T., E. 2004/8032, K. 2004/8208; Y. 14. HD. 11.1.2005 T., E. 2004/7796, K. 2005/77; Y. 14. HD. 31.1.2006 T., E. 2005/10337, K. 2006/492 ; Y. 14. HD. 19.4.2002 T., E. 2002/2697, K. 2002/3044.

⁹³ Y. HGK. 4.4.2001 T., E. 2001/14-288, K. 2001/330 : “Somut olayda inşaatı terk eden yüklenicinin inşaatı % 81 oranında ikmal ettiği, kalan % 19 oranındaki noksanlığın pek az bir boyutta kabul edilemeyeceği dolayısıyla bu noksanlığın tutarının parasal olarak karşılanması yoluyla tescil cihetine gidilmesinin söz konusu olamayacağı anlaşıldığından davaların her ikisinin de reddine karar verilmesi gerekirken...” Y. 14. HD. 18.10.2001 T., E. 2001/5681, K. 2001/6884 : “O halde mahkemece, uzman bilirkişi aracılığı ile, inşaatın sözleşmedeki şartlara göre hangi seviyede tamamlandığı saptanmalı, %95 ve onu aşan seviyede ise kalan eksiklikler ile iskan ruhsatı alınması için yüklenicinin ödemesi gereken miktar belirlenmeli ve Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca toplam bedelin mahkeme veznesine depo edilmesi için davacıya önel verilmeli ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir.” Y. 14. HD. 20.9.2001 T., E. 2001/4798, K. 2001/5758 : “...ancak yüklenicinin herhangi bir sebeple inşaatı devam edememesi halinde yükleniciden daire alanların sözleşmeye uygun olarak inşaatı devam etmelerine arsa sahipleri bazen yazılı olarak muvafakat ettikleri gibi bazen de hiç ses çıkartmayarak (zimnen) muvafakat etmiş olabilirler. Bu gibi hallerde inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılmış olması, %95 ve onu aşan bir seviyeye ulaşması halinde, eksiklerinin tamamının parasal değerinin arsa sahiplerine ödenmesi koşulu ile tescil yoluna gidilebilir.” Y. 14. HD. 2.10.2001 T., E. 2001/5026, K. 2001/6202 : “Bilirkişi rapor ve ek raporuna göre yüklenici birinci blokta % 83 seviyesinde imalat yapmış olup ikinci blok inşaatına hiç başlamamıştır. Yapılan bu iş oranına göre yüklenici ve halefi olan davacı lehine tescil isteme hakkı doğduğundan söz edilemez.” Y. 14. HD. 12.10.2006 T., E. 2006/8825, K.2006/10878 : “Dava dilekçesinde de kabul edildiği üzere, inşaatın getirildiği fiziki seviye yüzde 77’dir. Bu seviye arsa sahibinin eseri kabulden kaçınmayacağı bir seviye olmadığından mahkemece tescil davasının reddedilmesinde bir yanlışlık yoktur.” Y. 14. HD. 21.12.1998 T., E. 1998/8913, K. 1998/9909 : “Somut olayda yüklenicinin % 70,95 oranında iş yaptığı belirlendiğine ve belirlenen bu oran pek cüz’i mahiyette kabul edilemeyeceğine göre tescil isteğinin kabulü doğru bulunmamıştır.” Y. 14. HD. 20.4.2007 T., E. 2007/247, K. 2007/4636 : “... somut olaya gelince; 14.04.2004 günlü bilirkişi raporuna göre inşaatın getirildiği fiziki seviye % 80 oranından ibarettir. Bu seviyedeki inşaatın tamamlanmış bir inşaat olarak kabulü ve yüklenicinin "eseri meydana getirme" borcunu ifa ettiği düşünülemez. Bu orandaki eser için sözleşmenin bir bakıma bedeli olan arsa payını yüklenici dahi talep edemeyeceğinden ondan alacağı temlik alan davacı üçüncü kişi de isteyemez.” Y. 14. HD. 9.6.1998 T., E. 1998/2878, K. 1998/4700 : “...bloklarda ortalama % 62.5 seviyesinde yüklenicinin edimini yerine getirdiği ve bu aşama itibarıyla yüklenici ve halefi için tescil isteme hakkı doğmadığı anlaşıldığından...” Y. 14. HD. 5.12.1995 T., E. 1995/7194, K. 1995/9114 : “... yapılan eserin % 95 veya daha fazla oranda olduğu, noksan ve kusurlu işin tamamlanması için gerekli bedelin mütehammil derecede bulunduğu tespit edilirse, davacıya söz konusu bedeli mahkeme veznesine veya tayin edilecek tevdi mahalline yatırması için önel verilmeli ve hâsıl olacak sonuç dairesinde hüküm kurulmalıdır.”

edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp, eksiklik fiilen tamamlanmasa bile saptanacak bedelin ödenmesi halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır⁹⁴. Üçüncü kişinin depo edeceği eksiklik bedeli, devraldığı arsa payı oranında değil; tüm inşaatın eksikliği oranındadır⁹⁵. Söz konusu eksiklik oranı inşaatın bütünü dikkate alınarak hesaplanır⁹⁶.

- Yükleniciye kademeli satış yetkisi verilmiş olması da üçüncü kişinin durumunu değiştirmez. Üçüncü kişi, kendisine devredilen bağımsız bölüme ilişkin

⁹⁴ Y. HGK. 16.2.2005 T., E. 2005/14-6, K. 2005/73 : “Dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile eksik bırakılan işler ve eksik işler bedeli de saptanmış olduğundan bu eksikliklerin giderilmesi veya bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi için Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca davacılara önel verilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.” Aynı yönde Y. HGK. 5.11.1997 T., E.1997/14-671, K.1997/879. Y. 14. HD. 25.11.2004 T., E. 2004/8032, K. 2004/8208 : “...ne var ki, yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır.” Aynı yönde Y. 14. HD. 11.1.2005 T., E. 2004/7796, K. 2005/77; Y. 14. HD. 31.1.2006 T., E. 2005/10337, K. 2006/492. Y. 15. HD. 18.4.2007 T., E. 2007/535, K. 2007/2542 : “Arsa sahibi tarafından açılan birleşen karşı davada yüklenicinin yaptığı inşaatteki eksik ve kusurlu işler bedelinin 6.742.800.953 TL. olduğu saptanarak hüküm altına alınmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin iş bedeli olan arsa payına hak kazanabilmesi için edimini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi gerekir. Eksik ve kusurlu işler bedelinin inşaatın bütününe göre fazla olmaması halinde birlikte ifa kuralı uyarınca bunların bedelinin depo edilmesi koşuluyla tescile karar verilebilir. Birlikte ifa halinde de depo edilecek miktarın açıkça gösterilmesi zorunludur. Asıl davada hükmün ikinci bendinde belirtilen ödemenin yerine getirilmiş olması kaydı ile tescile karar verilmiş ise de ödenecek miktar açıkça belirtilmediğinden bu hüküm infazda tereddüde neden olacak niteliktedir.”

⁹⁵ Y. 14. HD. 20.4.2007 T., E. 2007/427, K. 2007/4637 : “25.02.2005 günlü bilirkişi raporunda; yapıdaki eksik ve ayıplı işlemlerin parasal karşılığı 11.140.49.-YTL saptanmış, mahkemece anılan rapor hükme esas tutulmuşsa da eksik ve ayıplı işlerin tüm bedelinden davacıların sorumlu tutulması yerine, arsa payları oranında sorumlu kılınarak 2.346.00.- YTL'nin tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır.” Y. 14. HD. 29.05.2007 T., E. 2007/2499, K.2007/6455 : “ Mahkeme hükmüne dayanak yapılan 22.07.2005 tarihli bilirkişi raporuna göre, yapıdaki eksik bırakılan ve arsa sahibince tamamlandığı ileri sürülen işlerin parasal karşılığı 52.054,50 YTL tutarında olduğu saptanmış, mahkemece anılan rapor hükme esas tutulmuşsa da eksik ve ayıplı işlerin tüm bedelinden davacıların sorumlu tutulması yerine, arsa payları oranında sorumlu kılınarak 20.082 YTL tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır.”

⁹⁶ Y. HGK. 5.11.1997 T., E.1997/14-671, K.1997/879 : “...Ne varki, bilirkişi raporunda esas alınan tesbit raporu, tüm inşaatla ilgili değildir. Sadece arsa sahiplerinden bir kısmının kendisine isabet eden bloklardaki noksanlıkların tesbiti isteği üzerine düzenlenmiş olan bir rapordur. Diğer arsa sahiplerinin bloklarındaki noksanlıkları içermemektedir.” Y. 14. HD. 11.1.2005 T., E. 2004/7796, K. 2005/77 : “Bu ilkeler ışığında somut olaya dönüldüğünde; arsa sahipleri ile yüklenici M. arasındaki biçimine uygun düzenlenen 23.07.1992 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde arsa sahiplerine ait 546 ada 3 parsel ve 543 ada 2 parseller üzerinde iki ayrı blok halinde bina yapım işi kararlaştırılmış, bunlardan 3 parselde olanın yükleniciye, 2 parseldeki 4,8 ve 12 numaralı bağımsız bölümlerin yine davalı yükleniciye diğerlerinin arsa sahiplerine bırakılması hükme bağlanmıştır. Görülüyor ki; her iki parsel üzerine yapılacak olan inşaatlar bir bütündür, yanlarca ayrı ayrı sözleşme yapılmamasının nedeni de budur. Burada 3 parseldeki inşaatın tümü ile yükleniciye bırakılmasının inşaatın bütünlüğünü bozucu bir önemi yoktur. Bu anlatımın doğal sonucu olarak inşaatın getirdiği fiziki seviyenin bir tek blokun incelenmesi suretiyle saptanması işin mahiyetine uygun düşmez. Mahkemenin çekişmeyi bu şekilde algılaması sonucu davanın yazılı olduğu şekilde kabulü açıklanan nedenlerle yanlıştır.”

alacak hakkının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenicinin hak ettiğini de ileri süremez⁹⁷.

- Söz konusu eksiklik, ayıplı ifa veya eksik işler nedeniyle ortaya çıkabilir. Burada söz konusu olan ayıp, Borçlar Kanunu'nun 360/1. maddesine göre, arsa sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule zorlanamayacağı derecede kusurlu ve sözleşme koşullarına aykırı olarak nitelendirilemeyecek bir ayıptır. Aksi halde arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁹⁸.

Eksiklik, sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşmeden doğan veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı da ortaya çıkabilir⁹⁹. İskan ruhsatı (yapı kullanma izin belgesi) ¹⁰⁰, SSK'ya olan borçlar, gecikme tazminatı, gecikmeden doğan kira alacağı¹⁰¹ veya cezai şart¹⁰² bu eksiklere örnek olarak verilebilir.

⁹⁷ Y. 14. HD. 27.1.2000 T., E. 1999/8639, K. 2000/227 : “Eser sözleşmesinde inşaatın kademeli bitirilmesine bağlı olarak satış yetkisi verileceği kararlaştırılmış ise de, bu husus yapının bitirilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Yapılan keşifte yüklenicinin henüz % 26 lık bir yapımı tamamlayıp inşaatı durdurduğuna göre burada kademeli satış yetkisine dayanarak kendisine bırakılacak daireleri satması halinde inşaatın kimin tarafından bitirileceği sorun olacağından, henüz edimini yerine getirmeden, arsa sahibinden ferağ isteme hakkını elde etmeyen yükleniciden daire satın alan kişiye pay tescili yoluna gidilmesi doğru değildir.” Aynı yönde Y. 14. HD. 2.12.1994 T., E.1994/8563, K.1994/11241 (Surlu, s.460)

⁹⁸ Y. 15. HD. 9.6.2006 T., E. 2006/1309, K. 2006/3450 : “...Borçlar Kanunu'nun 360/1. maddesine göre, yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ve mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir. Somut olayda mahkemece, yapılan binanın projesine ve sözleşmeye uygun şekilde yapılmadığı, arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu gerekçesi ile sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu sonuca varılırken binanın güçlendirme maliyetinin toplam maliyetin % 60'ına varması da dikkate alınmıştır. Dosyadaki bilgilerin ve raporların değerlendirilmesinden, davalı yüklenici Ö.Ç. tarafından sözleşme şartlarına uygun kabul edilebilecek nitelikte yasal inşaat yapılmadığı, bu nedenle iskan ruhsatı da alınmadığı, davacı arsa sahiplerinin BK'nun 360/1. maddesi uyarınca bu eseri kabule zorlanamayacakları sonucuna varılmaktadır. Bu durumda davacılar arsa sahipleri ve davalı yüklenici Ö.ç. arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verilmesi gerekir. Mahkemece yüklenici Ö.ç. tarafından yapılan binanın arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu kabul edildiği halde, arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili yerine, geleceğe yönelik (ileriye etkili) olarak feshine karar verilmesi doğru olmamıştır.”

⁹⁹ Y. 14. HD. 20.4.2007 T., E. 2007/427, K. 2007/4637 : “...yüklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edilen kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi de sorumludur.”

¹⁰⁰ Y. 14. HD. 19.10.2004 T., E. 2004/5235, K. 2004/7138 : “Davalılar arasında biçimine uygun düzenlenen 16.07.1998 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 5. maddesinde yüklenicinin inşaatı ve konutları anahtar teslimi esasına göre yapı kullanma iznini alarak teslim edeceği hükmüne yer verilmiştir. Görülüyor ki, hukuken geçerli teslim taraflarca yapının iskan ruhsatı alınması koşuluna bağlanmıştır. Davalılar arasındaki sözleşmenin anılan bu hükmü H.U.M.K.'nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu hüküm yüklenicinin halefi olan davacı üçüncü kişileri de bağlayacağından yapının iskan ruhsatı alınmadan teslim edildiğini kabule olanak yoktur. Başka bir anlatımla ne yüklenici ne de ondan kişisel hakkını devir ve temlik alan üçüncü kişiler İskan ruhsatı alınmadan sözleşmenin bedeli olan bağımsız bölüm

- Yukarıda da belirtildiği gibi, tescilin sağlanabilmesi için üçüncü kişinin kişisel hakkını devraldığı yükleniciye karşı olan borcunu yerine getirmiş olması da gerekir¹⁰³.

tescilini arsa maliki olan davalılardan isteyemez.” Y. 14. HD. 28.9.1998 T., E. 1998/4902, K. 1998/6571 : “Arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen 9.8.1994 tarihli inşaat sözleşmesine göre, bina 30.6.1995 tarihinde anahtar teslimi bitirilecek ve iskan raporu da yüklenici tarafından alınacaktır...İnşaatla belirtilen eksikliklerin yapımının tamamlanması veya para olarak tutarının ödenmesi ve iskan raporunun alınması yüklenici ya da ondan bağımsız bölüm satın alan davacı tarafından yerine getirildiğinde, kişisel hak kazanılacağı gözetilmeden, yazılı gerekçeyle kabul kararı verilmesi doğru görülmemiştir.”Y. 14. HD. 28.9.1999 T., E. 1999/4075, K. 1999/6077 : “Bina fiilen iskan edilmiş ise de iskan ruhsatının alındığına dair bir kanıt dosyada bulunmamaktadır. inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı öngörülen vergi, resim, ceza ve harçlardan dolayı yüklenicinin borcu bulunup bulunmadığı araştırılmalı varsa miktar belirlenerek yüklenicinin halefi olan davacıya önel verilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.”Y. 14. HD. 16.3.1999 T., E. 1999/88, K. 1999/2011 : “...keza yüklenici tarafından yerine getirilmesi kabul edilmiş olan iskanla ilgili eksikliklerin de davacı tarafından karşılanması için uygun önel verilmesi, bu koşulların oluşumu halinde tescil isteğinin kabulü aksi takdirde reddi gerekirken...”. Y. HGK. 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571 : “Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açılan nedenlere ve özellikle dava konusu 11, 21 ve 22 nolu parseller üzerinde tek bina yapılmasının kararlaştırılmış ve de inşa edilmiş bulunmasına, alınacak iskan ruhsatının da bu bakımdan tek olmasının gerekmesine bir kısım bağımsız bölümler için iskan ruhsatı alınması yönünde öngörülen sözleşme hükmünün diğerlerine de sirayet edeceğine...”. Y. 14. HD. 28.12.2001 T., E. 2001/8410, K. 2001/9030 : “...anahtar teslimi ibaresinin iskan ruhsatını da kapsayacağı, dikkate alınarak bu şartın da yüklenici veya onun halefi olan davacı tarafından yerine getirilmesi gerektiği de göz önüne alınarak sonucuna gidilmelidir.”

¹⁰¹ Y. 14. HD. 20.4.2007 T., E. 2007/427, K. 2007/4637 : “Diğer taraftan, gerek mahkemelerce hükme bağlanan, gerekse sulh yoluyla davalı arsa sahibine ödenmesi kararlaştırılan gecikme nedeniyle kira alacağı toplamı ve yüklenicinin 24.03.1997 günlü sözleşmenin 56. maddesi gereğince ödemesi gereken SSK prim borçları sorulup saptanarak, bunların tutarı da arsa sahibine ödenmek üzere depo ettirilmeden davanın yazılı olduğu şekilde kabulü de doğru değildir.” Y. 14. HD. 29.05.2007 T., E. 2007/2499, K.2007/6455 : “...Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 10. maddesinde inşaatın geç tesliminden dolayı günlük 350 USD gecikme tazminatı ödeneceği kararlaştırıldığı halde, davalı arsa sahibine ödenmesi kararlaştırılan gecikme nedeniyle kira alacağı toplamının belirlenmemesi, bunların tutarı da arsa sahibine ödenmek üzere depo ettirilmeden davanın yazılı olduğu şekilde kabulü de doğru değildir. Mahkemece tüm bu yönler gözetilerek yeniden tarafların iddiaları doğrultusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak alınacak gerekçeli ve denetime uygun bilirkişi raporu (HUMK m. 275) doğrultusunda arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde yüklenicinin eksik bıraktığı tüm edimlerinin parasal karşılığının saptanması, bunlardan yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların tamamladıkları kısımların bedelinin mahsubu ile kalan edim yükümlülüğünün parasal karşılığının belirlenerek yüklenicinin halefi olan davacıya depo ettirilmesinin sağlanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” Y. 14. HD. 12.2.2008 T., E. 2007/13334, K. 2008/1513 : “İnşaat sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 1. maddesi uyarınca davaya konu 13 numaralı daire yükleniciye verilecektir. Ancak yüklenicinin adına tescil isteyebilmesi için; anahtar teslimi olmak kaydıyla yükümlendiği inşaatı yine sözleşmenin 12. maddesinde SSK ve diğer tüm borçlarını ödeyip oturma raporunu alarak arsa sahibi kooperatife teslimi zorunludur. Oysa mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde, yüklenicinin edimini sözleşmeye uygun ifa etmediği arsa sahibi kooperatife borçlu olduğu saptanmıştır. SSK'dan ilişiksizlik belgesi de sunulmamıştır. Bu haliyle yüklenicinin tescile hak kazanmadığı ortadadır. Yükleniciden daire satın almak suretiyle alacağın temlik hükümlerine dayanarak arsa sahibinden tapu payı isteyen davacı, yüklenicinin halefi sıfatıyla onun edimlerini tümüyle ifa etmelidir. Aksi durumda tescil istemi dinlenemez.”

¹⁰² Y. 14. HD. 3.10.2006 T., E. 2006/11039, K. 2006/10309 : “Hiç şüphesiz yüklenicinin halefi olan kişi arsa sahiplerinden hak iddia ediyorsa tıpkı yüklenici gibi onun borçlarını bu arada ödenmesi hükmü altına alınan cezai şart alacağını da ödemek zorundadır.Mahkemece bu ilkedan hareketle arsa sahiplerinin cezai şart alacağı ödenmek üzere yüklenicinin halefi davacıya mehil verilmiş, ancak cezai şart alacağı depo edilmemiştir. Kendi edimini yerine getirmeyen yüklenicinin halefi konumundaki davacı sözleşmeyle kararlaştırılan arsa payı devrini arsa sahiplerinden isteyemeyeceğinden sonuçta davanın reddedilmesi doğrudur.”

¹⁰³ Y. 14. HD. 3.11.2003 T. E. 2003/5488 K. 2003/7685 : “Yine yükleniciden kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin adına tescil isteyebilmesi için kendisinin yükleniciye karşı

- Üçüncü kişi, adına tescili sağlayamasa da, daireye yaptığı faydalı ve zaruri masrafları arsa sahibinden talep edebilecektir¹⁰⁴. Ancak Yargıtay, bu masrafların hukuki dayanağını farklı değerlendirmelere tabi tutmuştur¹⁰⁵.

satış sözleşmesindeki edimlerini yerine getirmiş olması gerekmektedir.” Aynı yönde Y. 14. HD. 19.2.2008 T., E. 2007/15742, K. 2008/1969; Y. 14. HD. 25.3.2002 T., E. 2002/1831, K. 2002/2201; Y. 14. HD. 26.5.2003 T., E. 2003/2296, K. 2003/4286; Y. 14. HD. 1.12.1987 T., E. 1987/6551, K. 1987/8627 : “...yüklenici Ali İhsan'ın apartman inşaatını tamamlayıp tamamlamadığının ve dolayısıyla eser sözleşmesinden doğan kişisel hakkı kazanıp kazanmadığının saptanması; yüklenici sözleşmeden doğan kişisel hakkı kazandığı saptandığı takdirde, davacı kişisel hakkı temellük eden kişi olarak tescil isteme hakkı doğacağından satış bedelinden arta kalan 3.520.000 lirayı mahkeme veznesine veya tayin edilecek tevdi mahalline yatırması için ona önel verilmesi ve varılacak sonuç dairesinde bir hüküm kurulması gerektiği...”. Y. 14. HD. 19.4.2005 T., E. 2005/29, K. 2005/3556 : “...yüklenicinin şahsi hak kazandığı sonucuna varılırsa yükleniciler A. Vahap Durucu ile Mustafa Durucu arasındaki ortaklığın adı ortaklık olduğu, adı ortaklardan her birinin temlikinin kendi payı yönünden geçerli olacağı nazara alınarak yüklenici Mustafa Durucu'nun kişisel hakkını yazılı sözleşme ile Mustafa Tabur'a devir ve temlik edip etmediğini saptamak ve bütün bu araştırmalar sonunda davacıya yapılan temlik işleminin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kanısına varılırsa satım bedelinden kalan miktar yükleniciye ödenmek üzere depo ettirilerek her iki yüklenici birlikte kişisel haklarını Mustafa Tabur'a temlik etmişler ise, nizalı bağımsız bölümün tamamı, yüklenicilerden yalnızca Mustafa Durucu kişisel hakkını Mustafa Tabur'a temlik etmiş ise, yarı payı yönünden davayı kabul etmek, aksi durumda ise şimdiki gibi tescil isteminin reddini hüküm altına almak olmalıdır.” . Y. 14. HD. 19.2.2008 T., E. 2007/15742, K. 2008/1969 : “Gerçekten temlik işlemi ileride yapılacak taşınmaz satış sözleşmesinde bulunması gereken esaslı unsurları taşımaktadır. Kuşkusuz, Borçlar Kanununun 182. maddesi uyarınca taşınmaz satım sözleşmesinde semen (satış bedeli)satım aktinin geçerliğini sağlayacak asgari objektif unsurlar arasındadır. Temlik sözleşmesinde 16 numaralı bağımsız bölümün temlik bedeli yazılmadığından davalı şirket de temlik işlemini doğrulamakla birlikte satış bedelinden ancak 3.080,00 YTL.sinin ödendiğini, kalanının ödenmediğini ileri sürdüğünden satış bedelinin 3.080,00 YTL.den ibaret olduğunu ve bunun tümüyle ödendiğini ispat yükü davacıya düşer. Her ne kadar, bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve bilirkişiden 15.12.2006 tarihli rapor alınarak, uyumsuzluk konusu bağımsız bölümün ederi satış işleminin yapıldığı 1995 yılı itibariyle 3.080,00 YTL saptanmış ise de, davalı yüklenici bilirkişi raporuna dosyaya verdikleri delillere uygun inceleme yapılmadığından bahisle itiraz etmiş, davalının bu itirazı karşılanmamıştır. Bu bakımdan mahkemece öncelikle sözleşmede yazılmayan satış bedelinin saptanmasını teminen bilirkişilerden davalı yüklenicinin sunduğu delillerin değerlendirilmesi suretiyle ek rapor alınmalı, dava konusu bağımsız bölümün satışı yapıldığı tarihteki emsallerine uygun bedeli ayrıntılı ve gerekçeli olarak değerlendirilmeli, satıştan kalan bir kısım bedel olduğu saptanırsa davacıya bu bedeli ödemek üzere süre verilmelidir.”. Y. 14. HD. 26.5.2003 T., E. 2003/2296, K. 2003/4286 : “Somut olayda 4.3.2002 tarihinde yapılan keşif sonucu mimar bilirkişinin raporuna göre keşif tarihi ile binanın tamamlanmış olduğu bildirildiğine göre davanın dinlenme olanağı vardır. Bu durumda davacı tarafın edimini sözleşme gereği yerine getirip noksan kalan satış bedelini ödemeyi kabul ettiğini bildirmesine rağmen davalı taraf takriri yaşanmamış, fakat peşin aldığı satış bedelini de davacıya iade etmek suretiyle Borçlar Kanununun 106. maddesi gereğince sözleşmeyi fesih yoluna gitmemiştir. Bu nedenle davacının temellük sözleşmesi geçerli olup, davacının geri kalan satış bedeli borcu tarafların delilleri incelenerek tespit edilmeli, tesbit edilen bu bakiye bedelin Borçlar Kanununun 81. maddesi gereğince ödenmesi veya mahkeme veznesine depo edilmesi konusunda davacı tarafa önel verilmesi...”

¹⁰⁴ **ERMAN**, s.179.

¹⁰⁵ Y. 14. HD. 14. 15.06.2007 T., E.2007/5813, K.2007/7560 : “...Davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmünce aktitten kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir. O yüzden davacının akidi olan yükleniciden isteminin parasal tutan ve nedenleri açıklattırılmalı, delilleri istenip toplanarak talep hakkında bunun sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır. Diğer taraftan, davacı 28 numaralı bağımsız bölümü yükleniciden kaba inşaat halinde satın aldığı, iyileştirme giderleri yaptığı iddia ederek arsa sahibi davalılardan da iyileştirme giderlerinin tahsilini talep etmiştir. Borçlar Kanunu'nun 410 ve devamı maddeleri hükmünce iş sahibinin menfaatine vekalet olmaksızın tasarruflarda bulunan kimsenin de böyle bir istemde bulunması olanaklıdır. Bu nedenle de davacının talebinin ne olduğu ve parasal miktarı ile nedenleri açıklattırılmalı, aynı şekilde delilleri istenip toplanarak anılan istek kalemi de incelenip sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır.”. Y. HGK. 28.3.2001 T., E. 2001/13-200, K. 2001/286 : “...davacının dosyaya ibraz ettiği makbuz ve faturalardan davacının daireyi teslim aldıktan sonra daireye dekorasyon, çatı, kalebodur gibi

1.2.2.2.4.2. Değerlendirme

Yüklenici arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmesi karşılığında, arsa sahibi de yükleniciye arsa paylarının satışını vaat ettiği tip arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin bu satış vaadinden arsa sahibine karşı doğan hakkı nispi (şahsi) nitelikte bir alacak hakkı olup, bu hakkın üçüncü kişiye devri alacağın temlik sözleşmesi ile mümkündür¹⁰⁶. Yargıtay, üçüncü kişileri koruma endişesiyle, adeta bir hukuki çevirme yapmakta ve yüklenicinin arsa sahibinden kazanacağı müstakbel bağımsız bölümleri adi yazılı biçimde üçüncü kişiye satışının vaadini, BK m.162 vd. hükümlerini uygulayarak, kişisel hak devri saymak suretiyle geçerli kılmaktadır. Bu sayede üçüncü kişi yükleniciden devraldığı şahsi hakkı doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebilmektedir. Yüklenicinin şahsi hakkının doğmadığı hallerde –arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tüm borçlarını yerine getirmediği hallerde- ise, Yargıtay ancak arsa sahibince inşaattaki eksikliğin pek az ve katlanılabilir boyutta olması halinde, dürüstlük kuralını göz önünde bulundurarak, üçüncü kişiye de bu eksikliği tamamlama, bu sayede taşınmazın adına tescili imkanı vermektedir.

Öz, burada yüklenicinin aslında alacak temlik değil, edineceği müstakbel arsa payı ve bağımsız bölümleri şimdiden üçüncü kişiye satış vaadinde bulunmayı amaçladığı nedeniyle, geçersiz vadeler nedeniyle ortaya çıkan bu sorunun teknik olarak bu yorumla aşılamayacağı düşüncesindedir¹⁰⁷. **Kartal** ise, yükleniciye

faydalı masraflar yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının istemi içinde, çoğun içinde azın da istenilmiş olduğu kuralı altında bu kalemlerden doğan alacak istemi de vardır. Davacının yaptığı bu giderim ve masraflar nedeniyle davalının davacıya karşı haksız iktisabının varlığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Hal böyle olunca mahkeme bilirkişi eliyle davacının yaptığı giderim ve masraflar ibraz edilen faturalar değerlendirilmeli hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde tesbit edilecek miktara hükmedilmelidir.”

¹⁰⁶ Öz, arsa paylarının malikinin yüklenici olması halinde de yüklenicinin üçüncü kişiye yapacağı temlikin, esasen geçersiz bir taşınmaz satış vaadi olmasına karşın, Yargıtay’ın yorumunu dikkate alarak, şekle aykırılığı düzeltilmiş satış vadeleri sayılarak geçerli olması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, üçüncü kişiye devri taahhüt edilen arsa payı esasen bu taahhüt sırasında yüklenici adına tescilli ise, bu taahhüt gerek adi senetle gerekse noterde verilmiş olsun, alacak temlik olarak yorumlanamaz. Bu senetler sadece taşınmaz satış vaadi olarak kalacaktır. Arsa paylarının mülkiyeti arsa sahibi üzerindeyken, bu senetlerin Yargıtay’ın yorumu ile yüklenicinin alacağını temlik etmesi sayarak üçüncü kişiye arsa sahibine başvurma imkanı tanırken, arsa paylarının mülkiyetinin yüklenici üzerinde olması halinde, yüklenicinin imzaladığı bu senetleri satış vaadi olarak şekle aykırılıktan geçersiz saymak adaletsiz ve mantıksız olur. Bu durumda adi yazılı şekilde yapılmış taahhütlerin de dürüstlük kuralı uyarınca şekle aykırılığı düzeltilmiş satış vadeleri sayılması gerekecektir (**ÖZ, İnşaat Sözleşmesi**, s.95.).

bırakılan bağımsız bölümlerin veya arsa paylarının üçüncü kişilere devri konusunda uygulamada getirilen bu çözümü uygun bulmaktadır¹⁰⁸.

Kanımca da, Yargıtay'ın bu çözümü, inşaatın sermaye unsurunu oluşturan ve bu sayede önemli bir işlevi gören üçüncü kişiyi korumaya yönelik olması nedeniyle isabetlidir. Her ne kadar alacağı temlik alan üçüncü kişi, sözleşmeyi devralmış gibi eksiklerden sorumlu tutulsa da; aksinin kabulü halinde az bir eksikliği tamamlama hakkı verilmeyen üçüncü kişinin tescili sağlayamaması adalet duygusunu rahatsız edebilir. Zira, **Öz** de, bu çözümün, dürüstlük kuralından yararlanılarak, üçüncü kişinin ifa teklifini alacaklının kural olarak kabul etmesi gerektiğini düzenleyen BK m.67 hükmüne dayandırılabilceğini ileri sürmektedir. Yazar'a göre, her ne kadar yüklenici borcu bizzat ifasında arsa sahibinin çıkarı bulunan bir borçlu konumunda ise de, somut olayda ifayı üstlenen alacaklı (üçüncü kişi) buna muktedir görünüyor ve yüklenicinin durumu da ümitsiz ise, arsa sahibinin yüklenicinin şahsına önem verdiği savunması "hakkın kötüye kullanılması" (MK m.2/2) sayılarak, BK m.67 uyarınca arsa sahibi işi yaptırmaya mecbur sayılabilecektir¹⁰⁹.

Ancak söz konusu çözüm, beraberinde bir sorun getirmektedir. Yargıtay'ın bu kabulü sonucunda, üçüncü kişinin adi yazılı sözleşme dayanarak bağımsız bölümün devri talebi, bir alacağın temlik niteliğine olması nedeniyle, doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürülebilecekken; taşınmaz satış vaadi ile bağımsız bölüm vaad alan üçüncü kişi, kural olarak, sözleşmenin ifasını ancak satış vaadi sözleşmesinin tarafı olan yükleniciden isteyebilecektir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla,, bu adaletsiz sonucu ortadan kaldırmak amacıyla, geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesine de, BK m.162 vd. hükümlerinin uygulanacağı ve üçüncü kişinin arsa sahibinden de tescil isteyebileceği kabul edilmiştir. Bu husus ileride ayrıca incelenecektir.

¹⁰⁷ **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.93, 94.

¹⁰⁸ "Yargıtay'ın söz konusu kabulü ile, yüklenici arsa sahibine karşı edimlerini yerine getirdiği takdirde, sözleşme gereği kendisine kalacak bağımsız bölümleri talep edebilecek; bu talep hakkı üçüncü kişiye alacağın temlik sözleşmesi ile devredilmişse, üçüncü kişiler doğrudan arsa sahibinden tescil talep edilebilecektir" (**KARTAL**, s.56).

¹⁰⁹ **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.95.

Her ne kadar Yargıtay'ın uygulaması farklı olsa da, adi yazılı belge olmaksızın hak kazanan üçüncü kişinin kazanımının, alacağın temlik vaadi gibi nitelendirilerek (tahvil yoluyla) korunabileceği kanaatindeyim.

1.2.2.3. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

1.2.2.3.1. Satış Vaadi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Taşınmaz satış vadinin niteliği tartışma konusudur. Baskın görüş¹¹⁰ ve Yargıtay¹¹¹, taşınmaz satış vadinin, bir taşınmazın satım sözleşmesinin yapılmasını talep hakkı tanıyan bir ön sözleşme olduğunu kabul ederken; diğer bir görüş¹¹² ise satış vadinin doğrudan doğruya bir satım sözleşmesi olarak kabul etmektedir.

Satış vaadi sözleşmesinin ön sözleşme olarak kabul halinde, noterce düzenlenen satış vaadi sözleşmelerinin ifası için ayrıca tapu sicil memuru tarafından buna dayalı resmi senetle satım sözleşmesi yapılarak tescil gerçekleştirilecektir¹¹³. Vaad edenin(taşınmaz malikinin) asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınması halinde, vaad edilen açacağı bir dava ile taşınmaz malikinin satım sözleşmesi için irade beyanında bulunmasına hüküm verilmesini isteyecek, sonra da MK m.716 uyarınca mülkiyetin hükmen kendisine geçirilmesine karar verilmesini mahkemeden talep edebilecektir¹¹⁴.

¹¹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (1959), *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, s.67 vd., İstanbul.; ÇENBERCİ, M. (1986), *Gayrimenkul Satış Vaadi*, 3. Baskı, s.6 vd., Ankara.; AKİPEK, J. (1971), *Türk Eşya Hukuku*, II. Kitap : Mülkiyet, s.114, Ankara.; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP (1989), *Eşya Hukuku*, C.1, 5. Baskı, İstanbul, (TEKİNAY, Eşya.); OĞUZMAN, M. K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, K. (2004), *Eşya Hukuku*, (Zilyedlik – Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar), Gözden Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 10. Bası, s.303, İstanbul, (OĞUZMAN, Eşya).

¹¹¹ ÇENBERCİ, s.7.

¹¹² SUNGURBEY, İ. (1963), *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, s.9 vd., (Şerh), İstanbul.; SUNGURBEY, *Sorunlar*, s.393.

¹¹³ OĞUZMAN, *Eşya*, s.306.

¹¹⁴ OĞUZMAN, *Eşya*, s.306, 307.

Noterlerde düzenlenen satış vaadi sözleşmeleri aynı zamanda bir satım sözleşmesi olduğunu kabul eden görüşe göre ise, tapu sicil memurunca yeni bir satım sözleşmesi düzenlenmesine gerek yoktur. Yargıtay¹¹⁵ ve yazarların çoğunluğu¹¹⁶, satış vaadinin ifası davasında, doğrudan doğruya MK m.716'ya göre, mülkiyetin alacaklıya geçtiğine karar verilebileceği, iki ayrı dava olarak kabulünde hukuki yarar olmadığını kabul etmektedir. Görüldüğü gibi Yargıtay'ın satış vaadinin ön sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmesinde rağmen, uygulamadaki çözümü bu kabulle uyuşmamaktadır.

1.2.2.3.2. Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şahsi Nitelikte Oluşu

Borç doğuran bir sözleşme olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi vaad edilene aynı hak kazandırmaz ancak mülkiyetin devrini talep imkanını sağlayan kişisel hak kazandırır. Bu nedenle, mülkiyetin devrini talep hakkı/satıcıyı satım sözleşmesi kurmaya zorlamaktan ibaret kişisel hak, kural olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin taraflarından başkasına karşı ileri sürülemez¹¹⁷.

1.2.2.3.3. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şekli

18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60.maddesinin 3.bendine göre, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmak görevi noterlere verilmiştir. Bununla beraber, tapu sicil memurlarının bu konudaki yetkilerinin devam ettiği savunulmaktadır¹¹⁸. Noterler tarafından taşınmaz satışı olarak düzenlenen resmi senetler, bu sözleşme yönünden hükümsüzdürler; fakat söz konusu sözleşmelerin,

¹¹⁵ Y. 14.HD. 8.4.1980 gün ve 980/344-1970, 29.3.1984, 983/7104, 84/2327; Y. HGK. 4.6.1982 T. ve E.1981/978, K.1982/557.

¹¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.170.; TANDOĞAN, C.I/1, s.246.; TEKİNAY, *Eşya*, s.695.; ÇENBERCİ, s.160, 161.

¹¹⁷ ÖZ, T. (2000), *Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği ve Bu Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi*, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, s.735, İstanbul, (Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği); ÇENBERCİ, s.40, 41.

¹¹⁸ OĞUZMAN, *Eşya*, s.304.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.118.; TEKİNAY, *Eşya*, s.690.; ÇENBERCİ, s.160.; TANDOĞAN, C.I/1, s.240.

taraf iradelerinin yorumu ve (çevirme) tahvil yolu ile satış vaadi olarak geçerli sayılması mümkündür¹¹⁹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 30.9.1988 tarihli, 2/2 sayılı kararında MK. m.2'den yararlanılarak, şekil şartını taşımayan bir sözleşmenin geçersiz bir sözleşmenin, belli şartlar altında, geçerli bir sözleşmeymiş gibi sonuç doğurmasına şu ifadelerle imkan verilmiştir: *“Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine...karar verildi.”*

Konumuz bakımından, Yargıtay'ın şekil şartını taşınamaması nedeniyle geçersiz olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesini alacağın temlik sözleşmesi olarak kabul eden yerleşik kararları karşısında, üçüncü kişinin yüklenici ile satış vaadi sözleşmesi yaparken şekil şartını dikkate almaması, üçüncü kişi açısından bir değişiklik yaratmayacaktır. Ortaya çıkabilecek farklılık, üçüncü kişi yüklenici ile geçerli bir satış vaadi sözleşmesi yapmış ise bunu tapu siciline şerh edebilecek olmasıdır.

1.2.2.3.4. Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Konusu

Çalışma konusu bakımından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin konusu müstakbel bağımsız bölümlerin (arsa paylarının) devri taahhütüdür. Üçüncü kişiyle

¹¹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.124.; KANETİ, S. (1972), *Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)*, s.233, İstanbul.; OĞUZMAN, *Eşya*, s.304.; ÇENBERCİ, s.205.

yapılan satış vaadi sözleşmesi ile yüklenici veya arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine kalacak olan bağımsız bölümlerin satışını üçüncü kişilere vaad etmektedir. Satış sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmazın satıcıya ait olması zorunlu olmadığından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın da vaad edene ait olması zorunlu değildir¹²⁰.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.4.178 tarihli, 3/4 sayılı kararı ile, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız, eş değışle arsa payı. belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli olduğuna, bu tür bir satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu bulunmadığına karar verilmiştir¹²¹. Nitekim kat irtifakı kurulmamış olsa da satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişilerce belirlenmesi mümkündür. Bu halde taşınmazda kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadığından öncelikle bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesine konu bağımsız bölüme düşecek arsa payı, KMK

¹²⁰ Böyle bir durum, BK m.20'de sözü edilen objektif imkansızlık söz konusu olmadığından sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel değildir (ÇENBERCİ, s.119).

¹²¹ Y. İBGK 24.4.1978 T., E.3, K.4 : "...bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi, başlangıçta arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak, eş değışle arsa payı gösterilerek veya gösterilmeksizin de yapılabilir...Bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesiyle kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmamakta, sadece ileride kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulacak bağımsız bölümün satışı vaad edilmektedir. Sözü edilen satış vaadi sözleşmesinin Kat Mülkiyeti Kanununun 10-14'üncü maddelerinde düzenlenmiş olan kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurma işlemi ve sözleşmesiyle bir ilgisi ve benzerliği yoktur...Şu halde satış vaadi sözleşmesi, Kat Mülkiyeti Kanununun 10'uncu ve onu izleyen maddelerinde düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurma sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden bunun Kat Mülkiyeti Kanununun 10, 13 ve 14'üncü maddelerindeki şekle bağlı olduğu hiçbir yönden kabul edilemez ... O nedenlerle bağımsız bölüme ilişkin kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesi, Noterlik Yasasının 60'ncü maddesinin 3'üncü bendi gereğince noterler tarafından düzenlenebilir."

m.3¹²² hükmü dahilinde taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulacakmış gibi hesaplanmalıdır¹²³.

1.2.2.3.5. Şerhi

Taşınmaz satış vaadinin şerhi imkanı MK m.1009'da da öngörülmüştür. Taşınmaz satış vaadinin şerhi için aranan şartlar tescil için aranan şartlarla – TST. m.11, m.55 - aynıdır¹²⁴. Kural olarak, şerh talebini malikin yapması ve bir şerh anlaşmasının mevcut olması gereklidir¹²⁵. Ancak, Tapu Kanunu'nun 6.1.1954 tarih ve 6217 sayılı Kanunu'nun 1.maddesiyle değişik 26.maddesi bu kurala bir istisna getirmiştir. TK m.26/5 hükmüne göre, Noterlik Kanunu'nun 44 üncü maddesinin (B) bendince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh edilebilir. Kanun şerhin yapılması için ayrıca bir şerh anlaşması aramamıştır. Uygulamada da şerh anlaşması olmasa da, taraflardan her birinin şerhi talep edebileceği kabul edilmektedir¹²⁶.

Satış vaadinin sağladığı satın alma hakkının şerhi, bu hakkın sonraki maliklere karşı da kullanılabilmesi imkanını sağladığı gibi, kişisel hakların

¹²² Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur (KMK m.3/2 c.1). Hüküm değiştirilmeden önce bağımsız bölümlere öngülenen arsa paylarının saptanması, maliklerin kişisel beyanlarına bağlıydı. Şimdi düzenleme ile bağımsız bölümlere öngülenen arsa payı bunların konum ve büyüklükleri esas alınarak hesaplanan değerleri ile oranlı olacak ve söz konusu paylar belediyece onaylanmış mimari projede açıkça gösterilecektir (GERMEÇ, **Mahir Ersin** (2008), *Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti-Kat İrtifakı, Devre Mülk ve Toplu Yapı Düzenine İlişkin Kurallar, Açıklamalar, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat*, s.69, Ankara.).

¹²³ "... O yüzden mahkemece, yetkili merci olan Belediyede yapıya ait işlem dosyasından yararlanılarak ve yerinde keşif yapılarak konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kuruluna yapının yasal haline göre kat irtifakı kurulacakmış gibi 6 numaralı bağımsız bölüme isabet edecek arsa payı hesaplatılmalı, davalının mevcut arsa payından bu orandaki arsa payı iptal edilerek 6 numaralı bağımsız bölüme ilinti kurulmak suretiyle davacı adına tescil olunmalı..." Y.14. HD. 7.5.2007T., E.2007/5016, K.2007/5186; Y.14.HD. 26.1.2004 T. E.2004/7038, K.2004/534; Y.14.HD. 26.9.2002 T., E.2002/4513, K.2002/6062 (SURLU, **M. H.** (2007), *Açıklamalı-İçtihatlı Gayrimenkul Satış Vaadi, Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil, Elatmanın Önlenmesi Davaları*, s. , 394-398, Ankara.).

¹²⁴ OĞUZMAN, *Eşya*, s.177.

¹²⁵ OĞUZMAN, *Eşya*, s.177.; REİSOĞLU, **S.** (1984), *Türk Eşya Hukuku*, C.I, 7. Bası, s.205 vd., Ankara.; TEKİNAY, *Eşya*, s.380.

¹²⁶ OĞUZMAN, *Eşya*, s.306, dp.375.; ÇENBERCİ, s.49.

şerhindeki munzam etkiyi de sağlar¹²⁷. Satış vaadinden doğan hak şerh ile aynı etki kazanacak; ancak aynı hak olmayacaktır¹²⁸.

Munzam etkinin dava hakkı yönünden hukuksal sonucu, satış vaadinden doğan kişisel hakka sahip olan alıcı, ikinci alıcıya (sonraki üçüncü kişi) karşı aynen ifa davası açma hakkına sahip olacak, mahkeme böyle bir davayı aktif husumet yoksunluğu yönünden reddedemeyecektir¹²⁹.

Şerhin geçerliliği, şerh verilen satış vaadi sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Geçersiz sözleşmeye ilişkin şerh, üçüncü kişileri bağlamayacaktır¹³⁰.

1.2.2.3.6. Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları

1.2.2.3.6.1. Üçüncü Kişinin Sözleşmenin İfası Talebi (Hükmen Tescil İsteği)

Üçüncü kişi, yani mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hakimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilecektir. Üçüncü kişinin satış vaadi sözleşmesi yaptığı kişinin sözleşmeyi ifa etmekten kaçınması halinde, vaad edilen arsa payının adına hükmen tescilini isteyebilir (MK m. 716). Üçüncü kişinin kişisel hakkına dayanarak talep edebileceği tescilin hukuki dayanağını, arsa sahibi veya yüklenici ile yaptığı bağımsız bölüm (arsa payı) satış vaadi sözleşmesi oluşturmaktadır.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan müstakbel bağımsız bölümün (arsa payının) devrine ilişkin sözleşme tarafların iradeleri bakımından bir alacağın temliki

¹²⁷ ÖZ, *Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği*, s.736, 737. “Şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlama etkisi” (OĞUZMAN, *Eşya*, s.204, 306.).

¹²⁸ ÇENBERCİ, s.49.

¹²⁹ ÇENBERCİ, s.48.

¹³⁰ ÇENBERCİ, s.50.

değil; satış vaadi sözleşmesi olduğunu, ancak Yargıtay'ın, üçüncü kişileri koruma endişesiyle,; yüklenicinin geçersiz satış vaaadinin BK m.162 vd. hükümleri çerçevesinde değerlendirmektedir.

Öncelikle, sözleşmenin nisbiliği ilkesi göz önüne alınarak, konuya bakıldığında, geçersiz satış vaadi sözleşmesine alacağın temlik hükümlerinin uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğuracağı açıktır. Şöyle ki; ancak resmi şekil şartına tabi olan ve noterce düzenlenen taşınmaz satış vaaadine dayanan vaad alacaklısı üçüncü kişi, sözleşmenin ifasını ancak yükleniciden isteyebilecek (adına tescil talebini sadece yükleniciye ileri sürebilecek); arsa sahibine karşı ileri süremeyecektir. Buna karşılık, alacağın temlik hükümlerini uygulamak suretiyle, adi yazılı senetle yükleniciden bağımsız bölüm kazanan üçüncü kişilerin bu bağımsız bölümlerin tescilini doğrudan arsa sahibinden talep edebilmesini kabul edilmiş olacaktır. Varılan bu sonuç da adaletsiz ve mantıksız olacaktır¹³¹.

Bu nedenle, Yargıtay'ın, adi yazılı senet (alacağın temlik) düzenlenerek bağımsız bölüm devrini kabul etmesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine de alacağın temlik hükümlerini uygulanmasını adalet bakımından zorunlu kılmaktadır. Nitekim, Yargıtay da yerleşik kararlarında¹³², üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin

¹³¹ **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.95.; Bir diğer görüş: Bu durumda, üçüncü kişi hem yükleniciye hem de arsa sahibine karşı husumet yöneltmek suretiyle kendisine vaad edilen bağımsız bölümün tescilini dava yoluyla isteyebilir.

¹³² Y. 14. HD. 5.7.1989 T., E.1989/3918, K.1989/6607: "... Davacı, müteahhidin yaptığı satış vaaadine dayanarak buna konu olan bağımsız bölümün kendisine teslim edildiğini, içinde oturduğunu ileri sürmüştür. Şayet arsa sahibi olan dayalı ile müteahhit arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı müteahhit için doğmuş bir hak varsa müteahhidin yaptığı satış vaadi, alacağın temlikinin sonuçlarını meydana getirir. Alıcı bundan yararlanarak mülkiyetin kendisine naklini isteyebilir..." (ERMAN, s.174, dp.17'den naklen). Y. 14. HD. 4.11.1982 T., E. 1982/3728, K. 1982/6195: "Olayımızda davacılar, arsa sahipleri ile müteahhit arasındaki re'sen düzenlenmiş inşaat sözleşmesine ve müteahhit ile kendileri arasındaki satış vaadi sözleşmesine dayandıklarına göre, istek dinlenebilir. Arsa sahipleri ile doğrudan doğruya davacılar arasında yapılmış bir sözleşme olmadığına değinilerek istek reddolunamaz." . Y. 14. HD. 17.9.1985 T., E. 1985/1687, K. 1985/5465: "Davacı vekili, müvekkili ile müteahhit arasında düzenlenen re'sen satış vaadi sözleşmesine istinaden çekişmeli dairenin müvekkili adına tescilini istemiştir. Müteahhit edimini yerine getirmekle kendine kalan dairelerin adına tescilini isteme hakkını kazanmıştır. Bu hak, şahsi haktır. Borçlar Yasasının 162 ve onu izleyen maddeleri uyarınca borçlunun rıza ve muvafakatına bakılmaksızın şahsi hakkın üçüncü kişilere yazılı olarak devri mümkündür. şahsi hakkı temellük eden üçüncü kişi, bu hakkını gerek akidi olan müteahhide ve gerekse onun halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir ve mülkiyetin kendisine nakledilmesini isteyebilir." Y. 14. HD. 12.4.2004 T., E. 2004/1174, K. 2004/2985: "Tapu iptali ve tescil davaları tapu sicilinde malik olarak yazılan kişiye karşı açılır. Ancak temlikte bulunan yüklenici kayden malik bulunmasa dahi kendisinden daire satın alan kişiye karşı tapu verilmesinden, kayıt maliki arsa sahibi ile birlikte sorumlu olduğundan husumetin malik ile birlikte yükleniciye de yöneltilmesi gerekir. Bu itibarla, somut olayda davacıya, tapu maliki hakkında ayrı bir dava açma imkanının verilmesi ve açılacak bu dava ile yükleniciye karşı açılmış bulunan eldeki davanın birleştirilmesi, bundan sonra işin esasına hakkında bir karar

geçerli bir satış vaadi sözleşmesi mi geçersiz bir satış vaadi sözleşmesi mi olduğunu dikkate almaksızın, sonuca giderken alacağın temlik hükmünü kıyasen (BK m.162 vd.) uygulamaktadır.

Geçerli biçimde düzenlenmiş bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmelerine de alacağın temlik hükmünün uygulanması sebebiyle, alacağı temlik sözleşmesi ile hak kazanan üçüncü kişinin durumuna ilişkin yapılan açıklamalara yollama yapmayı yeterli buluyoruz¹³³.

1.2.2.3.6.2. İfanın İmkansızlaşması

1.2.2.3.6.2.1. Genel Olarak

İfanın imkansızlaşmasına borçlu, kendi kusuru ile sebebiyet vermişse, bu takdirde “ademi ifa” söz konusu olur ve borçlunun edası BK m.96 gereğince tazminata dönüşür. Bu durumda borçlu kusursuzluğunu kendisi ispat edecektir¹³⁴. Böylece, bağımsız bölümün mülkiyetini üçüncü kişiye devredemeyerek borca aykırı davranan kişi kusurlu ise tazminat borcu doğacaktır. Bir diğer ifade ile, taşınmazın adına tescilini sağlayamayan üçüncü kişinin, vaad eden kişiden (yüklenici/arsa sahibi) BK m.96. maddesine dayanarak zararın tazminini isteme hakkı vardır¹³⁵.

verilmesi gerekir iken...”. Y. 14. HD. 23.9.2004 T., E. 2004/6027, K. 2004/6108: “...26.4.1996 günlü satış vaadi sözleşmesiyle kişisel hak kazanan davacı buna... yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanarak tescil istemi ile açılan bu gibi davalarda, inşaat sözleşmesinin arsa sahibi olan tarafın da davada yer alması zorunludur. Çünkü arsa sahibi taraf durumunu almadan sözleşmeden kaynaklanan haklarını savunamazlar.” Y. 14. HD. 31.1.2006 T., E. 2005/10337, K. 2006/492: “Davacı, arsa malikleri ile yüklenici arasında 3.7.2000 tarihinde düzenlenen arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca inşa edilen binada yükleniciye isabet eden 22 numaralı bağımsız bölümü yükleniciden 10.7.2003 tarihli satış vaadi sözleşmesi uyarınca satın aldığı ileri sürerek tapu iptali ve tescil istemiştir...arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olan yüklenici yukardan beri sayılan edimleri yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazandığı kişisel hak sebebiyle arsa payı veya bağımsız bölüm tapusunun devrini ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanununun 162 ve devamı maddelerine dayanarak kişisel hakkını arsa sahibinin onamı gereksiz üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkı yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir.” Aynı yönde Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419; Y. HGK. . 4.2.1998 T., E. 1997/14-857, K.1998/67 Y. HGK., 3.11.2004 T., E. 2004/14-551, K. 2004/571.

¹³³ Bkz. Böl.1, 1.2.2.3. başlığı.

¹³⁴ ERZURUMLUOĞLU, E. (1970), *Türk – İsviçre Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi*, s.13, Ankara.

¹³⁵ ÇENBERCİ, s.216.; OĞUZMAN, Eşya, s.308.; ÖZ, *Şerh Edilmiş Satış Vaadinin Önceliği*, s.736.

Borçluya isnad edilebilecek bir kusurdan dolayı eda kısmen imkansız hale gelmiş ise, bu durumda yine borçlu zararı tazminle yükümlü olacaktır. Kısmi eda alacaklı için bir değer taşıyorsa bu durumda alacaklı bunu reddederek sözleşmenin hiç ifa edilmemesinden doğan zarar ve ziyarı talep edebilir¹³⁶. Bu açıklamadan hareketle, arsa payının üçüncü kişi adına tescilinin kısmen mümkün olması halinde, üçüncü kişi vaad edenden kalan kısım için tazminat talebinde bulunabileceği gibi¹³⁷, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hiç ifa edilmemesinden doğan zararlarını da talep edebilir.

Arsa sahibinin bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesinden doğan ediminin imkansızlaşması, aynı taşınmazı bir başka üçüncü kişiye devri gibi bir nedenden söz konusu olabilir. Bu halde de üçüncü kişinin arsa sahibinden BK m.96. maddesine dayanarak zararın tazminini isteme hakkı vardır . Arsa sahibi ile satış vaadi yapan üçüncü kişi, yüklenici binayı kaçak ve ruhsata aykırı inşa etmiş olsa dahi, bu durum ifa imkansızlığı olarak değerlendirilemez ve vaad edilen bağımsız bölüme özgülenmiş arsa payının adına tescilini talep edebilir¹³⁸.

Y. 14. HD. 26.3.2007 T., E. 2007/2044, K. 2007/3199 : "... davacının pay tescilini istediği yapının imar mevzuatına aykırı (kaçak) olduğundan buradan bağımsız bölüm tescili talep edilemez. Diğer taraftan 19.06.1996 günlü sözleşmede davacıya satımı vaad edilen arsa payı olmadığından arsa payı tescili talebinde de bulunulamaz. Sözleşmenin mevcut haliyle ifa olanağı yoktur. Davacı satış vaadi sözleşmesinin ifa edilmemesi nedeni ile ancak Borçlar Kanununun 96. maddesine dayanılarak ademi ifa nedeniyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Böyle olunca, davanın reddedilmesinde usul ve yasaya aykırılık yoktur."

¹³⁶ ERZURUMLUOĞLU, s.13.

¹³⁷ Y. 14.HD. 22.11.2005 T., E.2005/9857, K.2005/10235 : "... taşınmazın "arsa" vasfı ile müşterek mülk olarak tapuda kayıtlı olduğu anlaşılmıştır...Bu hesaplardan sonra davalının halen üzerine kayıtlı paydan zemin kata isabet eden kısmı iptal edilerek davacı adına tescil edilmeli, bu payın zemin kata isabet eden payı karşılama halinde ise, zemin kat ile zemin kata isabet eden arsa değeri saptanarak davacı adına tescil edilen hisse değeri bu miktardan düşüldükten sonra kalan kısmının tazminat olarak davacıya ödenmesine karar verilmelidir (SURLU, s.395.).

¹³⁸ Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419 : "...arsa sahibi R.K. inşaat sözleşmesi gereğince kendisine bırakılan 10 numaralı bağımsız bölüm için davacı İ.K., yükleniciye bırakılan 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 numaralı bağımsız bölümler için de yüklenicinin isteği doğrultusunda onun gösterdiği diğer davacılara satış vaadinde bulunmuştur. Davacı İ.'nin dayandığı satış vaadi sözleşmesi esas ve biçim bakımından hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcıdır. Çünkü davalı, noterde düzenlenen sözleşme ile kendisine bırakılan dairenin satışını vaad etmiştir. Bu nedenle, davacı İ.'nin davasının kabulünde bir isabetsizlik yoktur. Diğer davacıların davası ile ilgili davalının temyiz itirazlarına gelince; arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince 3 parsel sayılı taşınmazda yapılan binanın kaçak ve ruhsat dışı yapılmış olduğu bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Böylece, yüklenicinin inşaat sözleşmesinde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılmalı; mevcut duruma göre bu aşamada kişisel hak kazandığından söz edilemez. Yüklenicinin kazanmadığı kişisel hakkı temellük eden davacılar A.K., R.M., G.Y., O.S., D.K. ve Z.Y.'nin de bu hakka dayanarak tescil isteme olanakları bulunmadığından davalının reddine, sadece davacı İ.K.'nin davasının kabulüne karar vermek gerekirken tüm davacılar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden..."

Yüklenicinin bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesinden doğan ediminin imkansızlaşmasına örnek olarak, sözleşmeden dönülmesi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi halinde tasfiye sonucunda, yüklenicinin satışını vaad ettiği bağımsız bölümün üçüncü kişi tarafından kazanılmaması ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine bırakılmayan bir bağımsız bölümün satışını vaad etmesi gibi haller verilebilir.

Kusursuz imkansızlıkta ise, borçluya isnadı mümkün bir kusur bulunmadığından, BK m.117'ye göre, tazminat söz konusu olmadan borç ilişkisi sona erer. Edimin mutlak olarak imkansız hale gelmesi ile yalnız karşı edim üzerindeki istem hakkı kaybolmaz aynı zamanda bütün akdi ilişki ortadan kalkar ve sözleşme dolayısıyla yapılan edalar haksız iktisaba ilişkin kurallara göre iade edilir¹³⁹. Bu açıklamadan hareketle, vaadde bulunan arsa sahibi veya yüklenicinin kusursuz olması halinde, üçüncü kişinin talebi BK m.96 hükmüne göre değil; haksız iktisap kuralları çerçevesinde olacaktır.

1.2.2.3.6.2.2. Aynı Taşınmazın Birden Fazla Satış Vaadine Konu Edilmesi Durumu

Uygulamada pek az rastlanılmayacak şekilde ortaya çıkan bir ifa imkansızlığı durumu, genellikle yüklenici tarafından bir bağımsız bölümün birden fazla kişiye vaad edilmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Yüklenicinin iki ayrı üçüncü kişi ile konusu aynı taşınmaz olan iki ayrı sözleşme yapması halinde, kural olarak, tarih olarak önceki sözleşmeye itibar edilir¹⁴⁰.

¹³⁹ ERZURUMLUOĞLU, s.13.

¹⁴⁰ Y. 14.HD. 15.2.2001 T., E.2001/763, K.2001/1128 : "... taşınmazın birden çok kişilere satışının vaad olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesi hale gelmedikçe eski sözleşmeye değer verileceğine değinen Dairemiz bozma kararında da Hukuk Genel Kurulu'nun 7.2.2001 tarih 2001/14-18 esas 2001/98 karar sayılı kararı ile de benimsenmiş olmasına göre..." (SURLU, s.191.).

1.2.2.3.6.2.2.1. İlk Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmemiş Olması

İlk satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmemiş olması halinde, taşınmazın ikinci vaad alacaklısına (sonraki üçüncü kişiye) tapuda devri gerçekleşmiş ise, üçüncü kişinin tescil imkanı ortadan kalkacaktır. Bu halde üçüncü kişi, BK m.96 gereğince, vaad eden yükleniciden veya arsa sahibinden zararının tazminini isteyebilir.

Sonraki üçüncü kişi, vaad eden kişi (yüklenici veya arsa sahibi) ile aralarındaki satış vaadi sözleşmesine dayanarak, MK m.716 hükmü ile tescil talebinde bulunmak suretiye, mülkiyeti hükmen kazanmış olabileceği gibi; taşınmazın mülkiyetini yükleniciden tapuda devralmak suretiyle kazanmış olabilir..

Mücerret intikal, iktisap ve hatta satış vaadini bilmek tapudan devralanı kötünietli kılmaz¹⁴¹. Ancak üçüncü kişi, ikinci vaad alacalı ile vaad eden kişinin, MK m.2'ye aykırı olarak, zararlandırma amacıyla vaad yapıldığını iddia edebilir¹⁴².

1.2.2.3.6.2.2.2. İlk Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmiş Olması Halinde

İlk satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmiş olması halinde, taşınmazın mülkiyeti bir başka üçüncü kişi (sonraki vaad alacaklısı) tarafından kazanılmış olsa dahi, şerhin munzam etkisi sonucu, üçüncü kişi tapunun iptalini ve taşınmazın adına tescilini isteyebilir.

¹⁴¹ Y. 14.HD. 14.1.1976, 1975/4968 1976/114 (SURLU, s.193.).

¹⁴² Y. HGK. 30.6.1973 T., E.1971/1-422, K.1973/565 "...Üçüncü kişi yüklenici ile yaptıkları taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak yükleniciye karşı açtığı tescil davasında, dava tarihinden sonra fakat dava sonuçlanmadan, aynı taşınmazı başka bir üçüncü kişiye tapudan devredilebilir. Bu ihtimalde her ne kadar şerh mevcut değilse de, Yargıtay üçüncü kişiye, HUMK m.186'da öngörülen seçimlik hakkı kullanabilmesi için, satın alan sonraki üçüncü kişinin kötünietli olduğu iddiasını kanıtlaması için imkan verilmesi gerektiğini kabul etmektedir (SURLU, s.194.).

Üçüncü kişi vaad eden kişi ile yaptıkları taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak vaad edene karşı açtığı tescil davasında, dava tarihinden sonra fakat dava sonuçlanmadan, aynı taşınmazı başka bir üçüncü kişiye tapudan devredilebilir. Bu durumda davacı üçüncü kişi, HUMK m.186'nın kendisine tanıdığı seçimlik hakkı kullanarak tescil davasını taşınmazı tapudan devralan sonraki üçüncü kişiye karşı devam ettirebilir.

1.2.2.3.6.2.2.3. İkinci Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmiş Olması Halinde

İkinci satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmiş olması halinde, şerhin etkisi taşınmazı şerh tarihinden sonra devralanlara karşıdır. Söz konusu durumda şerh, önceden taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişiyi (önceki üçüncü kişi) etkilemez¹⁴³.

¹⁴³ Y. 14.HD. 21.5.1999 T., E.1999/3266, K.1999/3839 : "... Davacının kendi sözleşmesini tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak olanları uyarmaya yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce şahsi hak elde eden davalıyı etkilemez..."Y. HGK. 6.2.1991, 1990/14-632 E. 1991/41 K. Bilkent s.189; "... bir taşınmazın birde çok kişilere satışının vaad olunması halinde geçersiz olmadıkça veya müfesihe hale gelmedikçe ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmiş olması Medeni Kanunun 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde "sonradan temellükte" bulunan hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilir. Ayrıca bkz. Y. HGK. 7.2.1989, 8129/1227; Y. HGK. 20.2.1996, 76/795 (ERMAN, s.171, dp.13.).

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN OLAĞAN OLMAYAN YOLDAN SONA ERMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

2.1. Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslim günü gelmiş olmasına karşın yüklenicinin edimini yerine getirmeyerek temerrüde düşmüş olması halinde, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenmiş olan, borçlunun temerrüdüne ilişkin 101-108. maddeler uygulanacaktır¹⁴⁴.

BK m.101 çerçevesinde, müteahhidin teslim borcunda temerrüdünden söz edebilmek için, muaccel olmuş teslim borcunun ifasının mümkün olması ve teslim borcunu süresinde yerine getirmemiş olması ve alacaklının kural olarak, kanunun belirlediği şekilde borçluya ihtarda bulunması gerekir¹⁴⁵.

Borçlu temerrüdüne ilişkin genel şartlar gerçekleştikten sonra, arsa sahibi aynen ifayı ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Bu

¹⁴⁴ **ÖZ**, *Dönme*, s.153 vd.; **ERMAN**, s.78 vd.; **KARAHASAN**, s.473.; **KARTAL**, s.95 vd.; **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.134 vd.; **TANDOĞAN**, C.II, s.126 vd.; Y. 15 HD 14.12.2000 T., E.2000/3809, K.2000/5517 (YKD., C. 27, S. 6, Y. 2001, s. 847-875). Genel olarak borçlu temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY**, *Borçlar*, s.947.; **KILIÇOĞLU**, s.456 vd.; **OĞUZMAN**, **ÖZ**, s.291.

¹⁴⁵ **KARTAL**, s.85 vd.; **ERMAN**, s.55 vd.; **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.133 vd.

hakkından vazgeçerek, BK m.106’da sunulan seçimlik haklarını da kullanabilir. Ancak bu durumda arsa sahibi mütemerrit yükleniciye kural olarak¹⁴⁶ uygun bir süre vermek zorundadır. Sürenin sonunda borç ifa edilmemiş ise, arsa sahibi, ise gecikmiş ifayı reddetme(sözleşmeyi feshetme) ve müsbet zararını(doğan zararın tazminini) ya da sözleşmeden dönme –kanunun lafzına göre fesih- ve menfi zararın tazmininden birini tercih edecek ve bunu yükleniciye derhal bildirecektir¹⁴⁷.

Uygulamada çoğu kez sözleşmenin feshi ile sözleşmeden dönme birbirine karıştırılmakta, hatta aynı amaç ve sonuç için kullanılmakta ise de, fesih ve dönme kavramları birbirinden farklıdır¹⁴⁸. Dönme hakkının kullanılması halinde borç ilişkisi geçmişe (geriye) etkili olarak; fesih hakkının kullanılması halinde ise geleceğe (ileriye) etkili olarak sona erer¹⁴⁹. Borçlar Kanunu’nun genel kısmı daha çok ani edimli borç ilişkilerine özgü kuralları yansıtmaktadır. Özellikle borçlu temerrüdüne ilişkin düzenleme ve buradaki “sözleşmeden dönme”nin (BK m.106-108) geçmişe etkili olması, sürekli borç niteliği taşıyan sözleşmelerdeki temerrüt durumunda aynen uygulanmasını olanaksız kılmaktadır¹⁵⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin, BK m.106-108’e dayanarak sözleşme ilişkisini sona erdirmeyi istemesi durumunda sona ermenin hukuki niteliği bakımından bunun bir sözleşmeden dönme (geçmişe etkili) mi olacağı yoksa sözleşmenin feshi(ileriye etkili) mi olacağı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi mi sürekli edimli bir borç ilişkisi mi meydana getirdiğine göre değişecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu husus tartışmalıdır. Aşağıdaki açıklamalarda da bu tartışmalara

¹⁴⁶ BK.m. 107: “ Aşağıdaki hallerde bir mehil tayinine lüzum yoktur:
1-Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa;
2-Borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası neticesiz kalmış ise;
3-Akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa.”

¹⁴⁷ **ERMAN**, s.78 vd.; **KARAHASAN**, s.490.; **KARTAL**, s.155 vd.; **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.143 vd.

¹⁴⁸ **KARTAL**, s.154.

¹⁴⁹ **OĞUZMAN**, **ÖZ**, s.368.; Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz **ÖZ**, *Dönme*, s.25 vd.

¹⁵⁰ **ÖZ**, *Dönme*, s.27, 28.

değindikten sonra, Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile benimsediği çözüm ve mevcut uygulama incelenecektir.

2.1.1. Fesih İradesinin İleriye veya Geçmişe Etkili Sonuç Doğuracağına İlişkin Görüşler ve 25.01.1984 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı

2.1.1.1. Fesih İradesinin İleriye Etkili Sonuç Doğuracağına İlişkin Görüş (Sözleşmenin Sona Erdirilmesini Fesih Olarak Nitelendiren Görüş)

Eser sözleşmensin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili sonuç doğuracak ve yüklenici de bedelin yaptığı işle orantılı kısmını isteyebilecektir.

Bu görüşteki yazarlardan **Sungurbey**, eserin ayıplı olması haline ilişkin BK m.360/2-3 hükümleri kıyasen uygulanmasını kabul ederek, yüklenicinin teslim gününde yapıyı bitirememiş olmasına rağmen yapılan kısım için büyük bölümünü oluşturuyorsa ve kaldırılması aşırı zarar verecekse ancak ileriye etkili sona ermenin/feshin söz konusu olabileceğini ve temerrüde düşen yükleniciye de inşaatın tamamlanan bölümüyle orantılı bir ücret ödeneceğini kabul etmektedir. Yazara göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshi sonucu yüklenici kusurlu olsa dahi yaptığı kısım oranında karşı edimi yani arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümleri alabilecektir. Zira yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin yükleniciden zararlarını tazmin edebilmesi mümkündür ve bu sonuç hakkaniyete uygundur¹⁵¹.

Serozan, yüklenicinin emek ve faaliyetlerini göz önüne alarak, eser sözleşmesi katıksız bir sürekli sözleşme ilişkisi sayılmayacağı halde, yüklenicinin emeğinin korunmaya değer olduğu durumlarda ancak ileriye etkili feshin söz konusu

¹⁵¹ **SUNGURBEY**, *Sorunlar*, s.457-497.; Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte Özellikle Yapının Bir Bölümü Bitirilmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirildiği Bölümle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'a Zorunlu Bir Yanıt), YHD, Şubat 1982, s.173-194; Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BY m.360/II,III'ün Örneksime Yoluyla Borçlu Direnmesine De Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Son Yazısı Üzerine Notlar, YHD, Nisan 1982, s.749, 756.

olacağını ve yüklenicinin fesih anına kadar tamamlanmış kısım ile orantılı ücret alabileceğini kabul etmektedir¹⁵².

Erman, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurduğundan hareketle ani edimli sözleşmelere özgü düzenlenen BK m.106'daki geçmişe etkili dönme sonucunun uygulanmasının doğru olmayacağını, BK m.360/2-3 hükümlerinden ve MK m.2'deki dürüstlük kuralının gereği olarak sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağını, yüklenicinin yaptığı kısım ile orantılı olarak arsa payı alabileceğini ve arsa sahibinin kusurlu yükleniciden tam tazminat talep edebileceğini belirtmektedir¹⁵³.

Kartal, BK m.360/3'ün yolması ile BK m.360/2'nin kıyasen uygulanmasının olayın yapısına, hak ve adalet kurallarına daha uygun düşeceğini kabul ederek ileriye etkili feshin söz konusu olacağını benimsemektedir. Yüklenicinin kusurlu olması halinde ayrıca tazminat ödeme yükümü altında olduğunu bu nedenle orantılı ücret almasının onu ödüllendirmeyeceğini de ifade etmektedir¹⁵⁴.

2.1.1.2. Fesih İradesinin Geçmişe Etkili Sonuç Doğuracağına İlişkin Görüş (Sözleşmenin Sona Erdirilmesini Dönme Olarak Nitelendiren Görüş)

Bu görüşteki yazarlar, eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğunu kabul ettiklerinden, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin geçmişe (geriye) etkili sonuç doğuracağı kanaatindedirler.

Tandoğan, eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olduğunu savunmakta ve karşılıklı tasfiye ilişkisinin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılmasını kabul etmektedir. Yazar temerrüde düşen yüklenicinin yaptığı kısım ile orantılı ücret alması ve böylece işi sözleşmeye uygun olarak bitiren gibi kar payı almasının hakkaniyete aykırılığı,

¹⁵² **SEROZAN**, *Dönme*, s.184.

¹⁵³ **ERMAN**, s.103.

¹⁵⁴ **KARTAL**, s.165, 166.

orantılı ücret alabileceğinin kabulü halinde BK m.371'deki "sun'u taksir olmaksızın" koşulunu açıklamanın mümkün olmadığı, kötü niyetli yüklenicileri işin daha karlı başlangıç kısmını yapıp sonradan yarıda bırakmaya teşvik edici bir nitelik taşıdığı, yüklenicinin yapıya paydaş kalmasının sakınca doğuracağı ve başkasının arsası üzerinde tamamlanmış ayıplı bir eserin kaldırılmasındaki güçlük ve bu durumda doğacak aşırı zarar dolayısıyla ücretten indirimle yetinilmesini hakkaniyete uygun gösteren nedenler, işin sözleşmeye aykırı ve çoğu zaman kusurlu olarak yarıda bırakılması halinde aynı yoğunlukta olmadığından tamamlanmış eserin ayıplı olmasına ilişkin BK m.360/2-3 hükmünün kıyasen uygulanmasının doğru olmadığı gerekçelerini görüşüne dayanak yapmaktadır¹⁵⁵.

Seliçi, eser sözleşmesinin ani edimli olduğunu kabulle, temerrüt halinde sözleşmeden dönmenin söz konusu olacağını belirtmektedir. Ancak yazara göre dönmenin sonuçları bakımından yeni dönme kuramını benimsediği için, sözleşmeden dönme ile sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkmayacak fakat sözleşmeden doğan borçlar ters dönerek eski hali sağlamaya yönelik birer iade borcu haline gelecektir. Bu doğrultuda arsa sahibi devrettiği arsa payını tekrar kendi adına tescil ettirecek, buna karşılık inşaatın yapılan kısmının yapım değeri hesaplanarak nakdi olarak yükleniciye verilecektir¹⁵⁶.

Öz de, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğini kabul etmekte, yüklenicinin temerrüde düşmesinde bir kusuru olup olmasına göre bir ayırım yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre yüklenicinin kusurlu olması halinde geriye etkili fesih, kusursuz olarak temerrüde düşmesi halinde ise kusurlu olmadığını kanıtlayan yüklenicinin kusursuz ifa imkansızlığına ilişkin BK m.371/2 hükmünün kıyasen uygulanması ile bedel arsa payı ise orantılı olarak indirilmiş arsa payı –orantılı bedel alabilmesi- istemesi mümkündür¹⁵⁷.

¹⁵⁵ TANDOĞAN, C.II, s.147 vd.; TANDOĞAN (1981), BATIDER, s.28 vd.; TANDOĞAN, H. (1982), *Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu*, YHD., Nisan 1982, s.497 vd.

¹⁵⁶ SELİÇİ, Ö. (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, s.76 vd., İstanbul.

¹⁵⁷ ÖZ, *Dönme*, s.211, 220.

2.1.1.3. 25.01.1984 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı İle Varılan Sonuç ve Yargıtay Uygulaması

25.1.1984 tarihli ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar vermiştir. Gerek varılan sonuç gerekse kararda kullanılan ifadeler, her iki görüşün uzlaştırılmasına çaba gösterildiğini ortaya koymaktadır¹⁵⁸.

Kararda yer alan açıklamalara göre varılan sonuçlar şu şekildedir¹⁵⁹:

- İstisna sözleşmeleri genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekle beraber, inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır.
- Karar, sadece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan uyuşmazlıklara uygulanabilecektir.
- BK m.360 hükmü, eserin ayıplı olmasına ilişkindir ve yüklenicinin temerrüde düşmesi ve yapıyı kısmen tamamlamaması hallerinde uygulanamayacaktır.

¹⁵⁸ **ÖZ**, *Dönme*, s.208.

¹⁵⁹ Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için ayrıca bkz. **KARTAL**, s.167 vd.; **AKKAYAN-YILDIRIM, A.** (2004), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri*, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, s.73, 74, İstanbul.; **ÖZ**, *Dönme*, s.204 vd.; **ERMAN**, s.104 vd.

- Yüklenicinin, temerrüde düşmesi halinde uygulanacak yasanın özel bir hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın genel hüküm niteliğinde olan BK m.106-108 maddelerindeki kurallar çerçevesinde çözümü gerekir.

- Ancak bazı durumlarda, kusuru ile temerrüde düşen yüklenici yapıyı öyle bir aşamaya getirmiştir ki, burada sözleşmeden dönmeyi kabul etmek, arsa sahibinin normal hallerde sağlayamayacağı bir avantaj ile ödüllendirmek anlamına gelir. Bu durumda da yüklenici sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. İşte bu şekilde BK m.106-108 maddelerinin uygulanması ile adalete aykırı sonuçlar ortaya çıkıyorsa, bunun giderilmesi için Medeni Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ‘hakkın kötüye kullanılması yasağı’ kuralından yararlanılabilir ve bu hüküm uygulanmak suretiyle sözleşme ileriye etkili olacak biçimde feshedilebilecektir.

İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, sözleşmeden dönme halinde adalete aykırı sonuçlar ortaya çıkıyorsa, bunun giderilmesi için ‘hakkın kötüye kullanılması yasağı’ kuralından yararlanılarak, sözleşmenin ileriye etkili olacak biçimde feshedilebileceği kabul edilmesine karşın, yükleniciye tamamlanmış kısma ilişkin miktarın aynen verilip verilmeyeceği konusunda kararda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kararda benimsenen görüşün doğal gereği, ileriye etkili fesih sonucunda yüklenicinin yaptığı işle orantılı bedel isteyebilmesi mümkündür. Böyle bir açıklığın bulunmaması, yükleniciye sözleşmede öngörülen aynen ödemenin yapılmasına (orantılı arsa payı verilmesine) engel değildir¹⁶⁰.

Gerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun gerekse 15. Hukuk Dairesi’nin son dönemde verdiği kararlardan, kabulü teslimde temerrüde düşen yüklenicinin, arsa sahibinin fesih hakkını kullanması üzerine ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatı en az %90 seviyeye getirmiş olması gerekir¹⁶¹.

¹⁶⁰ **ERMAN**, s.105, 106. “Yazara göre, bu sonuç, MK. m.2’deki dürüstlük kuralının bir gereği olup, BK m.360/3 hükmünün göz önüne alınması ile temin edilir”. Aynı görüş için Bkz. **AKKAYAN-YILDIRIM**, s.81.; **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.147.; **KARTAL**, s.103.; **ÖZ**, *Dönme*, s.208. Aksi görüş için Bkz. **TANDOĞAN**, C.II, s.158-159. “Yazar, bu durumda yüklenicinin arsa payı talep edemeyeceğini içtihadı birleştirmede sözü edilen bedelin para olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir”

Ancak kanaatimce, arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi halinde, feshin ileriye etkili ya da geriye etkili sonuç doğuracağını kabulü, her somut olayda değerlendirilmeli; belirli bir oran ifadesinden kaçınılmalıdır. Nitekim, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 9.2.2006 tarihli, E. 2005/6533 ve K. 2006/618 sayılı kararında : “...Mahkemece hükme esas alınan bilirkişiler kurulu raporu ve belediyeden alınan cevabi yazılara göre yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin tamamının ikmal edilmesine rağmen arsa sahibine bırakılacak kısımların % 40 seviyesinde inşa olup inşaatın terk edildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle inşaat fiilen sözleşmesine uygun biçimde tamamlanmadığı gibi, imar durumuna da uygun olmadığı ve projesine aykırı olarak kaçak kat yapıldığı, zeminde de projeye uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yüklenicinin ve kendisinden bağımsız bölüm satın alan kişilerin akdin ifa olunduğu gerekçesiyle tapu talep etmeleri ve evvelce işin avans i olarak devredilen tapuda hak kazandıklarının kabulü mümkün değildir. Bu nedenle mahkemenin akdin geriye etkili şekilde feshine karar vermesi kural olarak yerinde bulunmaktadır. Ne var ki yapılan inşaat çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriye etkili fesih şartları da araştırılmalıdır. Ancak kaçak bir yapılaşmada projeye aykırı yerlerin yasal hale getirilmediği sürece bu yerler üzerinde bir hak sahibi olunamayacağı da ortadadır. Diğer yandan arsa sahibine ait bölümler tamamlanmadıkça da yine ileri etkili fesih şartlarının oluştuğu kabul edilmez. Dosya kapsamından davalılara mehil verilmesi

¹⁶¹ **ERMAN**, s.107. Y. 15. HD. 14.1.2004 T., E. 2003/3057, K. 2004/88 : “...Sözleşmenin feshi geriye dönük etkili olur. Taraflar arasındaki ilişki ilk haline döner. Bir başka anlatımla, hiç sözleşme kurulmamış gibi olur. Bu durumda taraflar birbirlerinden aldıklarını geri vermekle yükümlüdürler. Bu kuralın bir istisnası kat karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili 25.1.1984 gün ve E.3 K.1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla getirilmiştir. İnşaatın büyük oranda tamamlanması (%90) üzerinde) durumunda Medeni Kanununun 2.maddesi hükmüne akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir. Bundan amaç, yüklenicinin hakettiği oranda tapu payını elde edebilmesidir.”. Y. 15 HD. 15.3.2001 T., E.2001/5230, K.2001/1311: “...ulaştığı % 88 seviye... akit ileriye etkili biçimde feshedilerek inşaatteki eksiklikler oranında tapu iptaline karar verilmesi gerekirken...” (YKD. C: 27, S.10, Y. 2001, s. 1555,1556). Y. 15. HD. 10.6.1999 T., E.1999/1658 , K.1999/2437 : “ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa payının devrini içermesi nedeniyle, karşı tarafın kabulü yoksa tek taraflı feshedilemez, feshe hakim karar verir. İnşaatın % 90 ‘ın üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde artık geriye etkili biçimde fesih (dönme) kararı verilemez.. Fesih ileriye etkili olmalıdır.” (YKD. S.3 , Y. 2000, s., 404). Y. 15. HD. 30.6.2005 T., E. 2004/5781, K. 2005/3948 : “...Mahkemece bozmaya uyulduktan sonra yapılan incelemede bilirkişiler inşaat seviyesinin genelde %77,25 olduğunu açıklamışlardır. Daire'mizin istikrar kazanan uygulamalarına göre bu seviyedeki sözleşmenin ileriye etkili feshi mümkün bulunmamaktadır.”. Y. 15. HD. 8.5.2002 T.,E.2002/139, K.2002/2397; Y. 15. HD. 10.3.2004 T.,E.2004/4328, K.2004/1320 (**ERMAN**, s.107 dp. 124'ten naklen). Y. 15. HD. 10.3.2004 T., E. 2003/4328, K. 2004/1320 : “...ileriye etkili feshite öne çıkan düşünce yükleniciyi korumak, inşaatları getirdiği seviyeye göre sembolik bir para ile feshin sonuçlarından zarar görmesinin önüne geçmektir. Bilirkişi raporlarına bakılırsa, yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesi ancak %86'dır. Sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı açık-seçiktir. O halde, olayda borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapmayı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı yoktur.”

halinde inşaatı yasal hale getirip getiremeyecekleri hususu da araştırılmamıştır. O halde mahkemece belediyeden inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının sorulması, yasal hale getirilebiliyor ise davacının 1.12.1999 tarihli dilekçesi de gözetilerek bilirkişilerden ek rapor alınarak yasallaştırılması için yapılması gereken işlemlerin açıklattırılması, davalılara uygun bir mehil ve yetki tanınması ve sonucuna göre' ileri etkili feshin düşünülmesi gerekirken bu konuda eksik incelemeyle sonuca varılması doğru olmamıştır.” şeklinde hüküm kurulmuştur.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, feshin sonuç doğurması için, mahkeme tarafından karar verilmesi veya tarafların fesih konusunda iradelerinin birleşmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁶². Yine, Yargıtay'ın kabulüyle, arsa sahibinin devrettiği tapuların iptali ve adına tescilini talep etmesi ya da elatmanın önlenmesi davası açması, bir fesih iradesidir¹⁶³. Ayrıca, sözleşmenin feshi için arsa sahibi konumunda olan kişilerin birlikte bu hakkı kullanmaları gerekir¹⁶⁴.

¹⁶² Y. 15. HD. 21.12.2006 T., E.2005/7594, K.2006/7533 : “...Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, karma sözleşmeler olup, hem inşaat, hem de tapu devri sözleşmelerini içerir. Her ne kadar, inşaat sözleşmeleri herhangi bir şekil şartına bağlı değil iseler de, taşınmaz mülkiyetinin intikalleri tapuda yapılması gerektiğinden, resmi şekle tabidirler. Bu nedenle, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir. Somut olayda, davalı yüklenicinin, arsa sahiplerinin dönme iradesine karşı çıkması nedeniyle sözleşme yürürlükte sayılır. Dolayısıyla, sözleşmeden dönmeye mahkemenin karar vermesi gerekir.”Y. 15. HD. 12.4.2006 T., E. 2006/214, K. 2006/2180 : “...Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa payı devrini içermesi nedeniyle, karşı tarafın kabulü yoksa, tek taraflı fesih edilemez; feshi hakim karar verir.”

¹⁶³ Y. 15. HD. 1.6.2004 T., E. 2003/6241, K. 2004/3055 : “...Davacılar, davalılar üzerindeki tapu kaydının iptalini istediklerinden, istemin içinde sözleşmenin feshi talebi de vardır.” Y. 15. HD. 21.12.2006 T., E.2005/7594, K.2006/7533 : “...Davacı arsa sahipleri, işbu dava ile muaraza ve elatmanın önlenmesini istemekle, aynı zamanda mahkemeden, sözleşmeden dönmeyi de talep etmiş sayılırlar. Zira, elatmanın önlenmesi isteği, yürürlükteki sözleşmeden dönmeyi de içerir. İşbu dava tarihine kadar teslim süresinin geçmesine rağmen, inşaatın getirildiği seviye ortalama %33'tür. Bu durumda, somut olayda davalı yüklenici BK'nın 106-108. maddeleri uyarınca temerrüde düşmüş olup, davacı taraf sözleşmeden dönmeye haklidir.”

¹⁶⁴ Y. 15. HD. 29.5.2006 T., E. 2005/4289, K. 2006/3159 : “...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yapılması veya feshi taşınmazın tamamı üzerinde yapılan tasarruf niteliğinde olduğundan TMK'nın 692. maddesi uyarınca tüm paydaşların (arsa sahiplerinin) birlikte hareket etmesi zorunludur. Bu nedenle zorunlu dava arkadaşlığı olduğundan dava dışı arsa sahibi MS'nin davaya muvafakatının sağlanması veya davaya katılması suretiyle, davacı açısından taraf teşkilinin tamamlanması gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davaya devamlı sonuçlandırılması doğru olmamıştır.” Aynı yönde Y. 15. HD. 1.6.2004 T., E. 2003/6241, K. 2004/3055; Y. 15. HD. 16.6.2004 T., E. 2003/6884, K. 2004/3376; Y. 15. HD. 21.3.2006 T., E. 2005/1712, K. 2006/1639. Y. 15. HD. 26.4.2006 T., E. 2006/102, K. 2006/2469 : “...Sözleşme konusu taşınmazda müşterek paydaş olan Fahriye Kule'nin davada yer almadığı saptanmıştır. Bu paydaşın payının sözleşme ile davacıların dışındaki gerçek yada tüzel kişilere kayden intikal ettiğine yada mirasçılara geçtiğine yönelik dosya kapsamında bilgi bulunmamaktadır. Medeni Yasanın 692. maddesi hükmü gereğince; öncelikle mahkemenin, sözleşmenin feshi de dava konusu olduğundan Fahriye Kule sağ ise onun; değil ise mirasçılarının davaya onaylarının alınması; kayden payın temlik söz konusu ise malik yada maliklerinin davaya onay vermelerinin sağlanması ve onay verilmemesi durumunda da davaya dahil edilmeleri için davacılar uygun süre vermesi gerekirken, bu hususun gözetilmemesi doğru olmamıştır.”

Ancak inşaatın tamamlanma oranı gereğince feshin geriye etkili olarak kabul edileceği hallerde, arsa sahibinin ileriye etkili feshi kabul etmesi de mümkündür¹⁶⁵.

2.1.2. Fesih İradesinin Geçmişe Etkili Sonuç Doğurması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Bu başlık altında incelenecek olan konu, Yargıtay'ın 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince, arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmesinin sözleşmeden dönme (feshin geriye etkili sonuç doğurması) sayılacağı hallerde üçüncü kişinin aynı hak kazanımının veya kişisel hak kazanımının akıbetidir.

Yine, BK m.358/I hükmüne göre (teslim zamanı gelmeden yüklenici temerrüdü hali¹⁶⁶), yüklenici, sözleşmede belirtilen zamanda işe başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi ya da tüm tahminlere rağmen işin belirtilen sürede bitirilmesinin imkansız olması halinde, gecikme iş sahibine isnad edilemiyorsa, sözleşme ile tesbit edilen zamanı beklemeksizin, BK m.106'daki koşullara –ihtar ve mehil- uymak şartıyla, BK.nun 358/I.maddesine göre sözleşmeden dönülebileceğinden¹⁶⁷, bu hükmün de üçüncü kişiler bakımından sonuçları incelenmiş olacaktır.

¹⁶⁵ Y. 15. HD. 7.4.2004 T., E. 2003/4795, K. 2004/1968 : "...Dava konusu olayda; inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. Dairemizin içtihatlarına göre ileriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılamayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne var ki davacı kendi istemiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir." Y. 15. HD. 15.6.2004 T., E. 2003/7122, K. 2004/3341 : "...dava dilekçesine bakılırsa, arsa sahibi kooperatifin feshin ileri etkili yapılmasını kabul ettiği yükleniciye devrettiği tapuların inşaat bedeline karşılık gelen dışındaki kısmının iptalini istediği görülmektedir. Buna göre davalılardan yüklenici, sözleşme feshedilmiş olursa bile, sözleşme kapsamındaki yapıyı tamamladığı oranda arsa payına eser bedeli olarak hak kazanacağından...". Y. 1. HD. 25.5.2004 T., E. 2004/3411, K. 2004/6248 : "...Kural olarak, yüklenicinin halefi durumundaki davalıların yüklenicinin edinme imkanı kalmayan hakları bakımından temellük ettikleri payların sebepsiz kaldığı açıktır. Ne var ki, taşınmazdaki % 65 payın kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile yükleniciye devri teminata bağlanmış ve bu pay karşılığı ipotek tesis edilmiştir. 6.1.1987 tarihli sözleşmenin 13/c maddesinde inşaatın terki halinde ya taşınmazın mal sahibine iade edileceği yada ipotek bedelinin ödeneceği hükme bağlanmıştır. Davacı arsa malikleri sözleşmenin belirtilen hükmü gereği yükleniciye verilen tercih hakkını kendileri kullanmış, bedeli tercih ettiklerini ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla giriştikleri takiplerle ortaya koymuşlardır. Bu tercihten sonra davacıların taşınmazdaki davalılara temlik edilen paylar bakımından talep haklarının kalmadığı kabul edilmelidir."

¹⁶⁶ TANDOĞAN, C.II, s.113.

¹⁶⁷ ERMAN, s.69 vd.; KARTAL, s.141 vd.; TANDOĞAN, C.II, s.113 vd.; YAVUZ, s.471.

2.1.2.1. Üçüncü Kişinin Arsa Payı Devraldığı Hallerde Dönmenin Sonuçlarına İlişkin Teoriler Bakımından Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Uygulamada, arsa sahibinin bağımsız bölümlere özgülenmiş arsa paylarını devri borcunu, yüklenicinin borcunu ifa etmeden önce de yerine getirebileceği, bu durumda tapu sicilinde malik olarak görünen yüklenicinin, inşaatı finanse etmek amacıyla, müstakbel bağımsız bölüme özgülenen arsa paylarını üçüncü kişilere satabileceğini belirtmiştik. Üçüncü kişinin, arsa paylarını inşaatın yapım aşamasında yükleniciden devraldığı bu durumda, sözleşmeden dönülmesi yüklenici ile arsa sahibi arasında bir tasfiye ilişkisi gerektireceğinden (dönmeden önceki edimlerin durumunun tespiti gerektiğinden) tasfiye ilişkisine uygulanacak kurallar doğrudan üçüncü kişiyi de etkilemektedir.

Sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin tasfiyesine uygulanacak kuralların (tarafların birbirlerine verdikleri şeylerin iadesine ilişkin kuralların) belirlenmesi de kabul edilen teoriye göre farklılık göstereceğinden her bir teorinin kabulü halinde üçüncü kişinin hukuki durumunun incelenmesi ve konumuz bakımından Yargıtay'ın benimsediği çözümün değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Şüphesiz ki, arsa sahibinin inşaatın yapım aşamasında maliki olduğu arsa paylarını üçüncü kişiye tapu sicilinde satması halinde, arsa sahibi tarafından sözleşmeden dönülse dahi üçüncü kişi açısından bir “yolsuz tescil” ortaya çıkmayacağından, üçüncü kişinin aynı kazanımı korunacaktır¹⁶⁸. Bu nedenle, arsa

¹⁶⁸ Y. 1. HD. 31.3.2004 T., E. 2004/3324, K. 2004/3631 : “Mahkemece, davaya konu bağımsız bölümlerin sözleşme gereğince yükleniciye isabet eden daireler olduğu, taşınmazların davalılara devrinden sonra kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedildiği, yüklenicinin inşaatı % 20 oranında yapmış olup arsa sahibi davacının sözleşmenin feshini ve tapuların iptalini isteme hakkı olduğu, yükleniciden pay devralan 3. kişilerin iyiniyet korumasından yararlanamayacakları gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir...Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişmeli 27 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bina inşa edilmek üzere davacının davalılardan yüklenici Yaşar ile 3.4.2000 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığı, bilahare taşınmazda 14.9.2000'de kat irtifakı tesis edildiği, davalılarında kat irtifakı kurulan taşınmazdaki 1, 2, 3 ve 5 nolu bağımsız bölümler karşılığı pay satın aldıkları görülmektedir. Daha sonra kayıt maliki davacının yüklenici ile aralarında mevcut inşaat sözleşmesini onunla anlaşmak suretiyle 27.8.2001 tarihinde karşılıklı olarak feshettikleri anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir.”

sahibinden tapuda arsa payı devralan üçüncü kişilerin hukuki durumuna değinilmeyecektir.

2.1.2.1.1. Klasik Dönme Teorisi

Klasik teoriye göre¹⁶⁹, dönme hakkının kullanılması ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarak, sanki hiç yapılmamış gibi sona erecektir. Dönme beyanı ile sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar hiç doğmamış gibi olur. Henüz ifa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer; daha önce yerine getirilmiş edimler hukuki sebepten yoksun hale gelir. Bu nedenle, daha önce yerine getirilmiş edimler bakımından, iade yükümüne sebepsiz zenginleşme kuralları (BK m.61 vd.) uygulanacaktır. İade borcunun kapsamı BK m.63-65 hükümlerine göre belirlenecek, iade talebinin tabi olduğu zamanaşımı da BK m.66 gereğince, dönme bildirimimin ulaşmasından başlayarak bir yıl olacaktır.

Ancak klasik dönme teorisine göre, daha önce yapılan aynı hak kazandıran tasarruf işlemleri dönmeden etkilenmeyecektir. Bu şekilde, kazanımı sebebe bağlı dahi olsa, daha önceden kazanılan aynı hak kendiliğinden geri dönmeyecek; ancak sebepsiz zenginleşme talebiyle geri istenebilecektir. Bu da aynı değil, şahsi nitelikte bir talep hakkı vermektedir.

2.1.2.1.2. Kanuni Borç İlişkisi Teorisi

Kanuni borç ilişkisi teorisine göre¹⁷⁰, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin geçmişe etkili sona ermesi üzerine taraflar arasında kanuni bir borç ilişkisi meydana gelir ve bu ilişkiden tarafların daha önce elde ettikleri edimlerin iadesi borcu doğar. Bu iade borçları BK m.125'deki on yıllık

¹⁶⁹ ÖZ, *Dönme*, s.34,35.; OĞUZMAN, ÖZ, s.403,404.; TANDOĞAN, H. (1961), *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.405, Ankara.; REİSOĞLU, S. (1963), *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları*, s.33 vd., Ankara.; BUZ, V. (1998), *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, s.118,119, Ankara.; DAYINLARLI, K. (1988), *İstisna Akidinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, s.74,75, Ankara.; KIRCA, s.82.

¹⁷⁰ BUZ, s.120,121.; ÖZ, *Dönme*, s.36.; TEKİNAY, *Borçlar*, s.968.

zamanaşımı süresine tabidir ve iade kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır.

Kanuni borç ilişkisi teorisinin temel kaygısı, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesine ilişkin talepleri, sebepsiz zenginleşmenin bir yıllık kısa zamanaşımı süresinden (BK m.66/1) kurtarmak ve sözleşme hukukunun on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutmaktır¹⁷¹.

2.1.2.1.3. Aynı Etkili Dönme Teorisi

Aynı etkili dönme teorisi¹⁷², sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını kabul etmekte, ancak klasik dönme teorisinden farklı olarak sözleşmeden dönmeye aynı etki tanımaktadır.

Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi sadece borçlandırıcı işlemleri değil, dönülen sözleşmenin ifası amacıyla daha önce yapılan tasarruf işlemlerini de etkiler. Dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla hukuki sebep (dönülen sözleşme) hem henüz yerine getirilmemiş edimler hem de daha önce yerine getirilmiş edimler bakımından geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.

Dönme hakkının kullanılmasından sonra yerine getirilmiş edimlerin iadesine ilişkin talep hakkı, hukuki sebebe bağlılık ilkesinin doğal bir sonucu olarak, sebepsiz zenginleşme talebi olmayıp¹⁷³, aynı nitelikte bir talep hakkıdır. Bu nedenle iadeye ilişkin mülkiyet (istihkak) talebi (MK. m683) ile (taşınmazlarda tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile) söz konusu olacaktır. Hukuki temeli ortadan kalkan tescil,

¹⁷¹ **BUZ**, s.120.; **ÖZ**, *Dönme*, s.35,36.

¹⁷² **ÖZ**, *Dönme*, s.39,40.; **ÖZ, T.**, *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Yaklaşımla Eleştirisi*, MHAD 1979-80-8, Yıl 13, No.16, s.131vd. (MHAD); **KIRCA**, s.85.; **BUZ**, s.121,133,167. Aynı etkili dönme teorisi ile dönüşüm teorisi hakkına ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. **BUZ**, s.133 vd.

¹⁷³ Ancak şahsi nitelikteki iade talepleri bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması düşünülebilir. **BUZ**, s.236.

dönme beyanı anında değil, tescilin yapıldığı ilk andan itibaren yolsuzlaşır. Mülkiyet (istihkak) talebinde zamanaşımı söz konusu olmayacaktır¹⁷⁴.

2.1.2.1.4. Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi

Dönüşüm teorisine göre¹⁷⁵, dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme ilişkisi sona ermez, içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Dönme beyanı ile tarafların henüz yerine getirmediikleri edim borçları sona erer ve yerine getirilmiş edim borçları sözleşmeye dayanan iade borcu haline gelir. Bu borçlar, sözleşmenin içerik değiştirmesinden kaynaklandıkları için, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar değil, sözleşmeden kaynaklanan iade borçları niteliği taşır. Dönme beyanı ile sözleşmenin amacı, bir yandan sözleşmeden doğan edim borçlarını geleceğe etkili olarak sona erdirmek, diğer yandan daha önce gerçekleştirilen edimlerin de ters yüz edilerek sözleşmeden önceki durumu sağlamaktır.

Sözleşmeden dönme sadece borçlandırıcı işlemlere etki eder ve daha önce devredilmiş aynı hakların geçerliliğine dokunmaz. Bu görüş kabul edildiği takdirde, iade borçlusu dönme hakkının kullanılmasından sonra da malik olarak kalmaya devam edeceği için, artık ondan iade konusu malı iktisap eden şahsın iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek kalmayacaktır. Üçüncü kişiler dönme hakkının kullanıldığını bilse bile iade konusu edimi kazanabileceklerdir. Bu kişilere mülkiyet veya tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmayacaktır. Verilenlerin iadesi talebi yine

¹⁷⁴ **BUZ**, s.235.; **KIRCA**, s.85.; **ÖZ**, *Dönme*, s.241. : “ Taşınırlardaki tartışmalı durumun aksine, taşınmaz mülkiyeti geçiren tescilin MK m.932 hükmü karşısında, “sebebe bağlı” olduğu tartışmasızdır. Şu halde mantiki sonuç, sözleşmeden dönme üzerine, yapıldığı an için dahi (geçmişe etkili olarak) hukuki temeli altından çekilip alınmış olan bu tescilin yolsuz sayılmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tescilin dönme işlemi yapıldığı andan itibaren yolsuzlaşmayıp, bu işlem üzerine başlangıçtan itibaren yolsuz olmasıdır. Böylece müteahhit, şekli tescile rağmen, hiçbir an için taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanamamış duruma düşecektir. Bunun doğal sonucu olarak, iş sahibinin yapacağı, sebepsiz zenginleşmeden doğan şahsi bir iade talebini ileri sürmek değil, zaten hiç kaybetmemiş sayılacağı arsa payının kendisine ait olduğunu belirlemek için istihkak davası niteliğinde bir “yolsuz tescilin düzeltilmesi davası” açmaktır.”

¹⁷⁵ **SEROZAN**, *Dönme*, s.78 vd.; **SEROZAN, R.** (2004), *Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü*, Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, s.195 vd., Ankara.; **EREN, F.** (2003), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.1075 vd., İstanbul.; **SELİÇİ** (1978), *Müteahhidin Sorumluluğu*, s.77,78, İstanbul.

sözleşmeden doğan bir borcun istenmesidir ve kişisel nitelikte bir alacak hakkına dayanır¹⁷⁶.

Bu takdirde iade talebi şahsi bir talep olacak, iadenin kapsamı sebepsiz zenginleşme kurallarına değil, ifası gereken bir borca uygulanan kurallara – sözleşme hukuku kurallarına- (BK m.96 vd.) tabi olacaktır. İade talebi BK m.125 gereğince on yılda zamanaşımına uğrayacaktır¹⁷⁷.

2.1.2.1.5. Konumuz Bakımından Teorilerin Değerlendirilmesi, Yargıtay Uygulaması, Tapu Siciline Güvenin Korunması ve Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi

2.1.2.1.5.1. Teorilerin Konumuz Bakımından Değerlendirilmesi

Sonuç olarak, aynı etkili dönme teorisi dışındaki diğer teoriler bakımından, sözleşmeden dönme tasarruf işlemlerine etki etmemektedir. Bunun sonucu olarak, yüklenici adına yapılan tescil, dönmeye rağmen geçerli bir tescil olarak kalmaya devam edecek, yükleniciden taşınmaz payını devralan kişilerin mülkiyet hakkını kazanması için iyiniyetli olması şartı dahi aranmayacaktır¹⁷⁸. Burada sadece sözleşmeden dönen arsa sahibinin yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşmeye (klasik teori ve kanuni borç ilişkisi teorisi) veya sözleşmeye (yeni dönme teorisi) dayanan kişisel bir talep hakkı söz konusu olacaktır. Bu talep kişisel bir nitelik taşıması nedeniyle de ancak yükleniciye karşı ileri sürülebilecek; kötüniyetli üçüncü kişiye karşı dahi ileri sürülemeyecektir¹⁷⁹. Yargıtay'ın konumuz ile ilgili kararları, bu üç teoriyi de benimsemediğini göstermektedir.

¹⁷⁶ KIRCA, s.84,85.; BUZ, s.142.; Ayrıca Bkz. SEROZAN, *Dönme*, s.100,101.

¹⁷⁷ KIRCA, s.85.; BUZ, s.133.

¹⁷⁸ KIRCA, s.86.

¹⁷⁹ KIRCA, s.86.; ÖZ, MHAD, s.159. Ayrıca Bkz. OĞUZMAN, *Eşya*, s.191, dp. 646. : “Aynı hak kazanılmasını sağlayan sözleşmede sonradan vukubulan değişiklikler önceki tescili ve aynı hakkı etkilemez. Taşınmazın üçüncü kişi tarafından kazanılması için iyiniyet meselesi söz konusu olmaz.”

Aynı etkili dönme teorisine göre ise, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi sadece borçlandırıcı işlemleri değil, dönülen sözleşmenin ifası amacıyla daha önce yapılan tasarruf işlemlerini de etkiler. Taşınmazlardaki tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ilkesi uyarınca, dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile temel hukuki ilişki de ortadan kalkmış, buna dayanan tescil de yapıldığı andan itibaren yolsuz hale gelmiş olacaktır. Böylece yüklenici, şekli tescile rağmen, hiçbir zaman için taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanamamış duruma düşecektir. Bunun doğal sonucu olarak, arsa sahibinin yapacağı, sebepsiz zenginleşmeden doğan şahsi bir iade talebini ileri sürmek değil, zaten hiç kaybetmemiş sayılacağı arsa payının kendisine ait olduğunu belirlemek için istihkak davası niteliğinde bir “yolsuz tescilin düzeltilmesi davası” açmaktır¹⁸⁰. Söz konusu dava yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilere karşı da açılabilir. Ancak MK m.1023 gereğince iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımı korunacaktır.

2.1.2.1.5.2. Yargıtay Uygulaması

- Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatları, dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı yönündedir¹⁸¹. İade borçlarının kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerini göz önünde tutarken¹⁸², taşınmaz mülkiyetinin

¹⁸⁰ **ÖZ**, *Dönme*, s.241.; **KIRCA**, s.87.; **BUZ**, s.139,172.

¹⁸¹ Y. 15. HD. 14.2.1996 T., E.463, K.821; Y.13.HD. 18.4.1996 T. E.3653, K.3920; 13.HD. 1.11.1994 T., E.7280, K.9464; 19. HD. 27.1.1994 T., E.7910, K.550; Y. HGK. 17.1.1990 T, E.13-392, K.1; 15.HD. 6.7.1981 T., E.1264, K.1579; 15.HD. 23.11.1978 T., E.2225, K.2227 (**BUZ**, s.129,130, dp. 49).

¹⁸² “... taraflar arasındaki sözleşme geriye etkili olarak feshedilmiştir. Bu şekilde bir fesihle tarafların hukuki durumu ve mal varlıkları sözleşmenin yapıldığı tarihe dönecek, benzetmek gerekirse yanlar hiç sözleşme yapılmamış gibi bir işleme tabi tutulacaktır. Feshin doğal sonucu olarak da tarafların mal varlıklarına karşılıklı giren değerler varsa bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir” (Y. 15.HD. 10.3.2003 tarih, E.2003/492, K.2003/1252); “...Bu durumda sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek sonuçlandırılması gerekir. Tasfiyeden amaç; şayet yüklenicinin arsa sahiplerinin malvarlığına geçirdiği bir değer varsa bunun iadesinin sağlanması (somut olayda yapılan inşaat bedeli), buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahiplerine geri verilmesinin teminidir. Zira iş tasfiyeyle sonuçlanacağından bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece sebepsiz zenginleşmeye neden olur.” (Y. 15.HD. 6.11.2003 tarih, 2003/1884 E., 2003/5280 K.) (**KIRCA**, s.83’den naklen). Y. 15. HD. 15.6.2004 T., E. 2003/7122, K. 2004/3341 : “...Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir.”.

iadesine ilişkin kararlarında, dönme halinde malikin bir istihkak davası olan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini savunmaktadır¹⁸³.

- Arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılacak arsa paylarının başta yükleniciye devri, yüklenicinin inşaatı finanse etmesi amacıyla ona verilen bir “avans” niteliğindedir. Yükleniciye devri yapılan payların devir sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir. Bu nedenle, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile malik olan yükleniciden tapu sicilinde arsa payı devralan üçüncü kişilerin MK m.1023’ün korumasından yararlanamayacağını kabul edilmektedir. Zira, söz konusu üçüncü kişiler aynı zamanda, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiği takdirde hak kazanabileceğini bilmesi gereken ve inşaatın tamamlanmaması riskini üstlenen kişilerdir.

15. Hukuk Dairesi’nin 1.3.2007 tarih, E. 2005/8104 ve K. 2007/1294 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “ *...Davacı arsa sahibiyle, bir kısım davalıların murisi arasında yapılan 07.09.1992 tarihli düzenleme şeklindeki kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca işin teslim tarihi 18.08.1995 olmasına rağmen, davanın açıldığı tarihe kadar inşaatın tamamlanmadığı ve %24 seviyesinde kaldığı anlaşılmıştır. Yükleniciden satın alan üçüncü kişilerin satın aldıkları bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için yüklenicinin, öncelikle kendisinin bu bölümlere hak kazanması gerekir. Davalı üçüncü kişiler, yükleniciden bağımsız bölüm satın aldıklarından, yüklenicinin bu durumunu bilmeleri gerekeceğinden, iyiniyet savunmasında bulunamazlar. Bu nedenle, davalılara intikal ettirilen tapu kayıtları, deyim yerindeyse yükleniciye verilen avans niteliğinde sayılır. Bu itibarla, davalı üçüncü kişiler üzerindeki tapu kayıtlarının da iptaliyle, davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekirken, gerek Dairemizin, gerek Hukuk Genel Kurulu'nun bu konuda yerleşmiş içtihatlarına aykırı biçimde reddi doğru olmamıştır. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.*”

¹⁸³ “... Arsa sahipleri ise; gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak, bu tapuların iadesini (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) talep edebilir.” (Y. 15.HD. 10.3.2003 T., E.2003/492, K.2003/1252) (KIRCA, s.86’dan naklen).

Yine 15. Hukuk Dairesi'nin 1.6.2004 tarih, E. 2003/6241 ve K. 2004/3055 sayılı kararında, “ ...Az yukarıda sözü edildiği üzere, taraflar arasındaki akdi ilişki eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu tür sözleşmeler iki tarafa da haklar sağlayan ve borçlar yükleyen sözleşmelerdir. Buradaki yüklenicinin borcu eseri fen ve amacına uygun imal ederek sözleşmede kararlaştırılan biçimde arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin borcu ise sözleşmedeki arsa payını yükleniciye devretmekten ibarettir. Yüklenici eser bedeline ancak inşaatı tamamlayıp teslim etmekle hak kazanır (BK. m. 364). 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 3. 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 çözüme gidilmiştir.

15. Hukuk Dairesi'nin 26.4.2006 tarih, E. 2006/102 ve K. 2006/2469 sayılı kararında da üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağı şu şekilde ifade edilmiştir: “...Somut olayda ise, arsa sahiplerinin, yüklenici ile yaptıkları kat karşılığı inşaat sözleşmesini geriye etkili olarak feshetme hakları bulunduğundan, yükleniciye verilen ve onun tarafından üçüncü kişilere intikal ettirilen payların gerçek hak sahipleri olmaları sıfatıyla, sözleşmenin feshini ve davalılardaki pay kayıtlarının iptaliyle adlarına tesciline karar verilmesini isteyebilirler. İnşaat halindeki taşınmazdan yükleniciye temlik edilen payları ve bağlantılı bağımsız bölümleri yükleniciden kayden temlik alan üçüncü kişiler yüklenicinin arsa sahiplerine karşı yüklendiği edimini ifa etmediğini ve dolayısıyla hak sahibi olmadan kendilerine temlikte bulunduğunu "bilmesi gereken kişi" durumunda olduklarından arsa sahiplerine karşı iyiniyetli iktisap eden olduklarını ileri sürmezler ve hukuki sebepten yoksun tescile dayanamazlar (TMK. md.1023, 1024.)”¹⁸⁴.

Hukuk Genel Kurulu da 23.5.2001 tarihli, E. 2001/1-422 ve K. 2001/434 sayılı, üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağına dair verdiği kararda, söz konusu durum “...*Bilindiği üzere; yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi*

¹⁸⁴ 15. Hukuk Dairesinin benzer kararları : Y. 15. HD. 10.3.2003 T., E. 2003/492, K. 2003/1152 : “...25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Y.İ.B.K. na göre; kural olarak feshin geriye etkili sonuçlar doğurur ise de, inşaatın bitirilme oranının haklı gösterdiği hallerde feshin ileriye etkili yapılması mümkün kabul edilmiştir. Dosya kapsamına göre inşaatın getirildiği seviye %82.03 dür. Bu seviye gerek Hukuk Genel Kurulunun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulaması doğrultusunda feshin ileriye etkili yapılmasını haklı kılmaz. Nitekim, hükmüne uyulan Dairemizin 10.10.1996 günlü ilamında feshin geriye etkili olarak hüküm altına alınması öngörülmuş, mahkemece de usuli kazanılmış hak sağlayan Dairemiz bozması doğrultusunda taraflar arasındaki sözleşme geriye etkili olarak fesh edilmiştir. Bu şekildeki bir fesihle tarafların hukuki durumu ve mal varlıkları sözleşmenin yapıldığı tarihe dönecek, benzetmek gerekirse yanlar hiç sözleşme yapılmamış gibi bir işleme tabi tutulacaktır. Feshin doğal sonucu olarak da tarafların mal varlıklarına karşılıklı giren değerler varsa bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici artık sözleşmeye dayanarak yaptığı iş bedelinin arsa payı devri suretiyle ödenmesini değil, para olarak ödenmesini isteyebilir. Arsa sahipleri ise; gerçekleştirileceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak bu tapuların iadesini talep edebilir. Somut olayda yükleniciden tapu devralan 3. kişilerin kaderi de arsa sahibi ve yüklenici arasındaki ilişkinin sonucuna bağlıdır. Daha açığını söylemek gerekirse, başlangıçta yükleniciye finans kolaylığı sağlanması için avans niteliğinde bir tapu devredilmiş ve bunu da yüklenici 3. kişilere devretmiş ise, arsa sahipleri yüklenicinin hak etmediği halde 3. kişilere verdiği bu tapularında iptal ve adına tescilini isteyebilir. Hayatın olağan akışı ve MK.nun 3. maddesi bu sonucu gerektirir. Hal böyle olunca, arsa sahibinin yükleniciye geçirdiği 3. kişiler üzerindeki tüm tapuların iptal ve arsa sahipleri adına tescili yerine, Dairemiz yerleşik uygulamasına aykırı düşecek şekilde iyiniyetlerinden bahisle davanın reddi doğru olmamış kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Y. 15. HD. 6.5.2003T., E. 2002/6192, K. 2003/2460: “...Arsa payı devri işin bedeli olduğundan, bu bedele ancak eserin amaca uygun teslimi halinde hak kazanılır. Şayet, somut olayda olduğu gibi pay devri peşinen yapılmışsa, bu devir avans niteliğinde ve yükleniciye finans kolaylığı sağlamak için yapılmış olacağından yükleniciden geri istenebilir. “

Y. 15. HD. 15.6.2004 T., E. 2003/7122, K. 2004/3341 : “...Burada, hemen belirtilmelidir ki, daha işin başında, yapılacak inşaat karşılık ileride devrine hak kazanılacak tapular (eser bedeli) peşin olarak yükleniciye geçirilmiş ve ancak sözleşmenin feshi nedeniyle tapu devri sebepsiz kalmışsa arsa sahipleri bir bakıma avans olarak devredilen tapuların iadesini talep edebilir. Somut olayda olduğu gibi yükleniciye peşin devredilen tapular onun tarafından üçüncü kişilere temlik edilmişse, inşaat halindeki yerden tapu devralan üçüncü kişilerde iyiniyet iddiasında bulunamayacağından (TMK.m.3) onlar üzerindeki tapuların iadesi de istenebilir. Zira, bu durumdaki kişiler TMK.nun 1023.maddesinden yararlanamaz.” Y. 15. HD. 4.3.2005 T., E. 2004/3299, K. 2005/1234 : “...yükleniciden pay satın alan kişilerin adına oluşturulan tapu kayıtlarının iptali istemi reddedilmiş ise de, arsa payı karşılığındaki eser sözleşmeleri nedeniyle yüklenicinin tapuya hak kazanabilmesi, inşaatın sözleşme, imar mevzuatı ve projelerine uygun biçimde yapılıp arsa sahibine teslim edilmesi şartına bağlıdır. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların da yüklenicinin edimini yerine getirip tapuya hak kazanması halinde hak sahibi olmaları ortadadır. İnşaat aşamasında arsa sahibince 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. Bu nedenle dava konusu olayda inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı gibi esasen mahkemece akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilip bu husus kesinleştiğinden yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkındaki tapu iptal ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir kısım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi H.U.M.K. 186. madde gereğince değerlendirilip dava sonuçlandırılmalıdır.” Y. 15. HD. 24.6.1998 T., E.1998/2147, K.1998/2779: “Yüklenicinin ücrete (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. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları, BK. 108/1 uyarınca, talep halinde arsa sahibine geri döner. Yükleniciden inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar. Kaldı ki henüz inşaat halinde olan bir binadan arsa payı satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyi niyetli oldukları kabul edilemez. Burada MK. 931. maddesi uygulanmaz. Zira henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir.” (KARATAŞ (2004), *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, s.397,398, dp. 33, Ankara’dan naklen).

için edimini yerine getirmesi gerekir, edimi ise binayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürülebilir. Öte yandan, arsa sahibi de yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer.

Somut olayda; davalı dava dışı kişiden pay satın almış yükleniciye pay temlik eden davacıya göre, ikinci el konumundadır. Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler Medeni Kanununun 931. maddesinin koruyuculuğu altına alınmışlar, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmişler dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır.

Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötü niyet iddiasının defî değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece resen nazara alınacağı gerek 08/10/1991 tarih 1990/4 esas 1991/13 sayılı inançları birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa, davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı olayların cereyan tarzından tapudaki ipotek şerhinden ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız

bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Medeni Kanununun 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamaz.” şeklinde ifade edilmiştir¹⁸⁵.

- Yükleniciden tapu sicilinde pay devralan üçüncü kişiler haricinde bu üçüncü kişilerden pay devralan sonraki kişilerin (dördüncü, beşinci kişiler) de MK m.1023'ün korumasından yararlanamayacağı da kabul edilmiştir.

15. Hukuk Dairesi 19.10.1998 tarih, E.1998/3274 ve K.1998/3915 sayılı kararında, “...İnşaattan daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında dayalı safında yer alan bu kişiler, dayalı yükleniciden pay satın almışlardır, bir kısmı ise yüklenicinin sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerine yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının

¹⁸⁵ Benzer yönde Y. HGK. 25.10.2000 T., E. 2000/1-1280, K. 2000/1554 : “...Bilindiği üzere; yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimidir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde Borçlar Kanununun 358. maddesi uyarınca arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı (halefi) olduğundan selefının haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer. Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekaletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekaleten davalıya temlik etmiştir. Ne varki; söz konusu kişinin, gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı yüklenicinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düştüğünü bilmemesi gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötüniet iddiasının defî değil, itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı,gerek 08/10/1991 tarih, 1990/4 esas, 1991/13 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı,bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından,taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmalıdır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını,kat karşılığı ona bu payın verildiğini,yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda,MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz.” Aynı yönde Y. 1. HD. 16.10.2001 T., E. 2001/10200, K. 2001/10747; Y. 1. HD. 5.3.2003 T., E. 2003/1487, K. 2003/2356 ; Y. 1. HD. 26.10.2000 T., E. 2000/12433, K. 2000/13094

icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple, MK'nun 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez.” biçiminde üçüncü kişiden devralanların da kazanımlarının korunmayacağını ifade etmiştir¹⁸⁶.

- Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine kalacak ancak henüz mülkiyeti altında bulunmayan arsa paylarını, arsa sahibinin kendisine verdiği vekaletname ile üçüncü kişiye devretse dahi, üçüncü kişinin bu kazanımı aynı sonucu doğuracaktır.

15. Hukuk Dairesi'nin 27.10.2005 tarihli, E.2005/375 ve K.2005/5775 sayılı kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “...Davacı ile davalılardan İ.Y. arasında 12.9.1997 tarihli re'sen düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, davacının davalıya finans kolaylığı sağlamak amacıyla tapuda devir yetkisini de içeren vekaletname verdiği ve davalı İ.'nin bu vekaletnameye dayanarak diğer davalılara pay satışı yaptığı anlaşılmış olmakla yapılan satışın yükleniciye kalan bölümlere ilişkin olduğu açıktır. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, BK'nın 358. maddesi uyarınca, arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteme hakkı doğar. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaattan daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekaletnameye dayanarak yapmış olması ya da

¹⁸⁶ Aynı yönde Y. 15. HD. 4.3.2005 T., E.2005/3299, K.2005/1234 “İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi inşaat yapımı oranında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur. Mahkemece akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilip, bu husus kesinleştiğinden, yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkında tapu iptal ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir takım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi HUMK. 186 gereğince değerlendirip...” (ERMAN, s.166, dp. 6'dan naklen.).

tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir”¹⁸⁷.

2.1.2.1.5.3. Tapu Siciline Güvenin Korunması (Tescilin Olumlu Hükmü)

Aynı hakkın doğumu için gerekli bütün kurucu unsurlar tamam ve geçerli ise, tescil aynı hak kazandırır. Kurucu unsurlar eksik veya geçerli değil ise veya geçerli bir tescile dayanan aynı hakta sicil dışı bir değişiklik olmuş ise, tescil yolsuz bir tescildir ve bu tescille aynı hak kazanılmış olmaz. Bu halde tescil gerçek hak durumuna uymamaktadır. Fakat MK m.1023 hükmü gereğince iyiniyetli üçüncü kişilerin sicil kaydına güvenleri korunur. Buna tescilin olumlu hükmü denilmektedir¹⁸⁸. Bu husus MK m.1023’te “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde açıkça ifade edilmiştir .

¹⁸⁷ Aynı yönde Y. HGK. 25.10.2000 T., E. 2000/1-1280, K. 2000/1554 : “Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekaletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekaleten davalıya temlik etmiştir... Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz.” Y. 15. HD. 16.3.2005 T., E. 2005/534, K. 2005/1536 : “...Birleşen davaya konu olan Piyade Mahallesi 45311 ada 1 parsel üzerine davalı şirket tarafından inşaata başlanmış, iki dükkan sekiz dairesel inşaatın %60 oranında tamamlandığı belirlenmiştir. Davalı U.T. ile şirketi temsilen Ö.T. *davacılar tarafından verilen vekaletnamelere dayanarak*, 7 numaralı bağımsız bölümü 4.11.1994 tarihinde Ö.Ç.’te, 3 ve 4 numaralı bağımsız bölümleri 2.8.1994 tarihinde, 5 ve 6 numaralı bağımsız bölümleri 2.12.1994 tarihinde F.B.’ye, 8 numaralı bağımsız bölümü 2.12.1994 tarihinde B.H.’ye, 2 numaralı bağımsız bölümü 8.2.1995 tarihinde N.S.’ye, 1 numaralı bağımsız bölümü 26.4.1995 tarihinde Ş.U.’ya tapuda satmışlar, N.S.’ye satılan 2 numaralı bağımsız bölüm daha sonra satış yoluyla M.Ö.’ye intikal etmiştir...Arsa sahipleri tarafından açılan tapu iptali tescil istemli dava nedeniyle, sözleşmenin geriye etkili olarak feshedildiğini kabul etmek gerekir. Yükleniciler arsa sahiplerine karşı edimlerini yerine getirmediklerinden, yüklenicilerden bağımsız bölüm satın alanların TMK.nun 1023. maddesinden faydalanmaları düşünülemez. Çünkü inşaatın kat karşılığı yapıldığını, yüklenicilerin arsa sahiplerine karşı olan edimlerini yerine getirmeleri halinde hak sahibi olacaklarını bilerek, bir kısmı yapılmış, tamamlanmamış inşaatın daire satın almakla korunması gerekli olan iyiniyetin varlığından söz edilemez.”

¹⁸⁸ OĞUZMAN, Eşya, s.191.

Bu durumda önemli olan maddi hukuk açısından gerçek durum değil, tapu sicilinde görünen duruma iyiniyetle güvenenin korunmasıdır. Yani hukuki işlem güvenliği, gerçek hak sahibine açık bir şekilde tercih edilmektedir¹⁸⁹.

Hukuki işlem güvenliğini sağlayan temel kural MK. m.3'te "Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır" şeklinde düzenlenmiş ve bu kuralın uygulanması kanunun öngördüğü durumlar ile sınırlı tutulmuştur. MK m.3'te düzenlenen iyiniyet karinesi gereği, kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda o kişinin iyiniyetli olduğu kural olarak kabul edilir ancak aksinin ispat edilmesi de mümkündür¹⁹⁰.

İyiniyetli üçüncü kişinin korunmasına ilişkin MK m.1023 hükmünün uygulama şartları ise aşağıdaki başlıklarda sayılmıştır¹⁹¹:

2.1.2.1.5.3.1. Koruma Sadece Üçüncü Kişiler İçindir

Adına yolsuz tescil bulunan kimse ve külli halefleri için tescilin olumlu hükmü etki etmez. Üçüncü kişi, sebebi geçerli olmayan tescil işleminde taraf olmayan, bu işleme katılmamış bulunan fakat sicile haksız olarak kaydedilmiş kişiden aynı hakkı iyi niyetle kazanan kimsedir¹⁹².

¹⁸⁹ "Eşya hukukunun ilkelerinden bir diğeri de taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı (illi) olduğudur. Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin hukuki sebebi geçersiz ise, sebebe bağlılık ilkesi gereği mülkiyet geçmez. Yapılan tescil yolsuz tescil olur. Sebebe bağlılık ilkesi kabul edilirken, bu ilkenin işlem güvenliğini önemli ölçüde sarsacağı sebebiyle eleştirilmiştir. Ancak bu eleştirilere karşılık, iyiniyetin (güvenin) korunması ilkesinin işlem güvenliğini yeterince sağlayacağı dolayısıyla sebebe bağlı olmama, soyutluk görüşünün kabul edilmesine gerek olmadığı gerekçe gösterilmiştir." (KIRCA, s.88, 89.).

¹⁹⁰ "Bu karinenin kabul edilmesi iyiniyetin ruhbilim verilerine göre "ruhi ve deruni" bir durum olması dolayısıyla böyle bir durumun ispatının çok güç ve çoğu zaman da imkansız olmasıdır. Oysa kötünietin ispatı, olumlu bir durum (bilme ve bilmesi gerekme) olduğundan, iyiniyetin varlığından daha kolaydır." (KIRCA, s.89.).

¹⁹¹ OĞUZMAN, *Eşya*, s.191 vd.

¹⁹² CANSEL, E. (1964), *Tapu Siciline İtimat Prensibi*, s.10, Ankara.

2.1.2.1.5.3.2. Koruma Sadece Sicil Kaydına Dayanan Kazanımlar İçindir

Üçüncü kişinin kazanımına ancak tapu sicilindeki kayıt dayanak oluşturabilir. Özellikle sicil dışında gerçekleşen ve borç ilişkilerinden doğmuş iddialar, sicile güvenerek aynı hak kazanmak isteyen kimsenin iyi niyetli olmasını engellemez. Örneğin malik aynı gayrimenkul için başka birisi ile satış mukavelesi yapmış olsa dahi, bunu bilen üçüncü şahıs, adına yapılacak tescil ile taşınmazı geçerli şekilde kazanmış olur¹⁹³.

Kütükteki kaydın tescilin dayanağını oluşturan belgelerle tamamlandığı durumlarda üçüncü kişi bu belgelere de dayanabilir. Ancak, kütükteki kaydın yolsuzluğunun belgelerden anlaşılabilirdiği hallerde, sadece kütükteki kayda dayanan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı söylenemez. Üçüncü kişinin belgelere bakma zorunluluğu yoktur¹⁹⁴.

2.1.2.1.5.3.3. Koruma Sadece Aynı Hak Kazanılması İçindir

Üçüncü kişilerin yolsuz tescile dayanan kazanımlarından sadece aynı hak kazanımları korunur. Sicil kaydına dayanarak kişisel hak kazanılması korumadan faydalanmaz¹⁹⁵.

2.1.2.1.5.3.4. Üçüncü Kişi İyiniyetli Olmalıdır

Üçüncü kişi yolsuz tescile dayanarak aynı hak kazanırken, tescilin yolsuz olduğunu bilmemeli ve bilecek durumda olamamalıdır (MK m.3). Aranılan iyiniyet tescil esnasında – tescil talebinin yevmiye defterine kaydı esnasında – mevcut olmalıdır. Tescil esnasında iyiniyetli olan kişi, kazanımına dayanak kaydın yolsuz olduğunu sonradan öğrense, bu öğrenme kazanımını etkilemez. Üçüncü kişinin

¹⁹³ CANSEL, s.81.

¹⁹⁴ KIRCA, s.91.; OĞUZMAN, *Eşya*, s.192 ve dp. 654.

¹⁹⁵ OĞUZMAN, *Eşya*, s.193.; CANSEL, s.95.

iyiniyetle hakkı kazanmasından sonra ondan hak kazanacakların da iyiniyetli olup olmamaları artık önem taşımaz¹⁹⁶.

2.1.2.1.5.4. Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi

- Yargıtay'ın, üçüncü kişinin (ve sonradan bu üçüncü kişilerden pay devralan sonraki üçüncü kişilerin) MK m.1023'ün korumasından yararlanamayacağına ilişkin kararlarına katılmıyoruz. Zira, üçüncü kişi, tapu sicilindeki yolsuz kayda güvenen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olmayan, aynı hak kazanan, ve kural olarak iyiniyetli olan kişidir.

Üçüncü kişi tapu sicilindeki yolsuz kayda güvenen, bir diğer ifade ile sicil kaydına dayanan kişidir. Kütükteki kaydın yolsuzluğu, tescilin dayanağını oluşturan belgelerden anlaşılrsa dahi, söz konusu belgeleri inceleme zorunluluğu olmaması nedeniyle, sadece kütükteki tescile dayanmış olan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı sonucuna ulaşılamaz¹⁹⁷. Ancak Yargıtay , yukarıda değinilen kararlarında sicil kaydı dışındaki bir olgunun, bir kişisel hakkın varlığının bilinip bilinmemesini aramaktadır¹⁹⁸.

Nitekim Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 27.4.1999 gün ve 1999/2730 4267 sayılı, yüklenicinin bir üçüncü kişiye adi yazılı belge ile "haricen sattığı", diğer bir üçüncü kişiye ise kayden sattığı halde ortaya çıkan uyuşmazlık hakkında verdiği kararında " ...*davalının kayden satın alma işleminde samimi olduğu, olayda herhangi bir muvazaanın söz konusu olmadığı; haricen satın alanın hakkını bertaraf etme amacıyla satıcı ile davalının işbirliği yaptığı da, iddia ve isbat edilmiş değildir. Kayden bağımsız bölümü edinen davalının temlik sırasında harici satıştan doğan davacının kişisel hakkını bilmesi ise onu kötü niyetli hale getirmez. Ve aynı hakkının iptali sonucunu doğurmaz değinilen bu husus aynı hak ile kişisel hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınması yönündeki kuralın doğal bir sonucudur.*"

¹⁹⁶ OĞUZMAN, *Eşya*, s.193,194. "İyiniyet" hakkında ayrıntılı açıklama için Bkz. CANSSEL, s.75 vd.

¹⁹⁷ KIRCA, s.91.

¹⁹⁸ KIRCA, s.90,91.

şeklinde bu görüş ifade edilmiş, mahkemece kararda direnilmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 19.4.2000 tarihli, E. 2000/1-735 ve K. 2000/789 sayılı kararında, “...davalı ve karşı davacı Yaşar'ın tapuda çekişmeli bağımsız bölümü devralırken salt davacı ve karşı davalının harici satıştan kaynaklanan kişisel hakkının varlığını bilmesi onu kötünietli kılmaz. Zira tapuda resmi sözleşme yapılırken davalı ve karşı davacı, yüklenicinin malik olduğunu gösteren, gerçeğe uygun bir tapu kaydına güvenerek iktisapta bulunmuştur. Ayrıca davalı ve karşı davacı, taşınmazın bedelini ödemek ve şekle uygun geçerli bir sözleşme yapmak suretiyle mülkiyet hakkını devralmıştır. Medeni Kanununun 931. maddesinin "tapu sicilindeki kayda hüsniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynı hakkı iktisap eden kimsenin bu iktisabı muteber olur." Hükmü karşısında davalı ve karşı davacının iyiniyetli olup olmadığının tapu sicilindeki kayıtlarla sınırlı olmak üzere değerlendirilmesinde zorunluluk vardır. Gerek Medeni Kanunun değinilen maddesi gerekse bu maddeyi tamamlayan 932 ve 933. maddelerinin açık hükümlerine göre aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığını bilmesi aynı hak sahibini kötünietli kılmaz. Kazandığı mülkiyet hakkına etkili olamaz. Değinilen bu husus kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınacağına ilişkin ana kuralın doğal bir sonucudur...O halde, kişisel hak tapu siciline şerh verilmek suretiyle Medeni Kanununun 928. maddesi uyarınca herkese karşı ileri sürülebilir bir hale gelmedikçe veya davalılar tarafından kişisel hakka dayanılarak dava açılmasını önlemek amacıyla aslında hiçbir devir işlemi yapmak niyetleri olmadığı halde görünüşteki bir işlemle, el ve işbirliği içerisinde muvazaalı bir temlik işlemi gerçekleştirildiği iddia ve isbat edilmediği sürece, kişisel hak sahibinin kötünietten bahisle açtığı iptal ve tescil davasına değer verilemez.” yönünde hüküm kurmuştur¹⁹⁹.

Üçüncü kişi, kural olarak, tescilin yolsuz olduğunu bilmeyen veya bilecek durumda olmayan iyiniyetli kişidir. Zira, üçüncü kişi adına tescil anında yüklenici tasarruf yetkisine sahiptir. İyiniyetle aynı hak kazanımında aranan, yüklenicinin

¹⁹⁹ Benzer yönde Y. 14. HD. 10.12.1999 T., E.1999/8275, K.1999/8874 : “... Medeni Kanunu'nun 650.maddesine dayalı temlikten tescil isteği şahsi bir haktır. Şahsi hak şartları varsa sözleşmenin tarafına karşı ileri sürülebilir. Somut olayda, taşınmazı tapudan satın alarak aynı hak sahibi olan davalılara karşı şahsi hak ileri sürülemez.” (KIRCA, s.94,95'den naklen).

tasarruf yetkisine sahip olmasına rağmen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini üstlenmiş olması dolayısıyla kişisel bir borcu bulunması değil; yüklenicinin tasarruf yetkisi konusundaki bilgisizliktir²⁰⁰. Aksine bir düşünce alacak hakkının nisbiliği ilkesine aykırı olacak, hukuki işlem güvenliğini tehlikeye sokacak ve alışveriş hayatının işleyişini önemli ölçüde engelleyecektir²⁰¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa ile sona ermesi olağan yoldur. Bunun aksine bir düşünce ile, yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden döneceğini ve kazandığı payın yolsuz hale geleceğini, üçüncü kişinin kazanım anında bilmesini beklemek mümkün değildir. Bu nedenle aynı etkili dönme teorisini savunanlar dahi, üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması halini istisnai birkaç örnek ile şu şekilde sınırlamışlardır:

“Sözleşmeden dönme üzerine, yüklenici adına yapılan tescil baştan itibaren yolsuz sayılınca, payı yükleniciden devralan üçüncü kişi de tasarruf yetkisi olmayan bir kişiden aynı hak kazanmaya çalışan kişi konumuna gelir. Ancak, dönülen bir sözleşme gereği adına tescil yapılmış kişiden taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan kimse “yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek aynı hak kazanmış” sayılabilir ve bu kazanım geçerli olur. Üçüncü kişinin görünüşe güvenini koruyan MK m.1023 hükmünün sözleşmeden dönmeye de uygulanması, taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan üçüncü kişileri korumaya yetecektir. Çünkü olayın özelliği gereği bu kişiler hemen hemen daima iyiniyetli sayılacaktır. Gerçekten de üçüncü kişinin, sözleşmeden ilerde dönülmesi nedeniyle tasarruf yetkisi olmayan bir yükleniciden hak kazanmış sayılacağını, kazanımı anında bilmesini beklemek pek mümkün değildir. Ancak arsa sahibinin sözleşmeden dönmelerinden sonra, bu durumdan haberdar olan üçüncü kişinin, yolsuzlaşan tescilin düzeltilmesine fırsat kalmadan, durumdan yararlanmak amacıyla yükleniciyle anlaşarak taşınmaz payını tapuda devralması (adına tescil yaptırması) gibi durumlarda, artık iyiniyetli sayılmayacağından, MK m.1023 hükmüne dayanarak kazanımının geçerli olduğunu iler sürmesi mümkün olmayacaktır. Böyle istisnai durumlarda arsa sahibi, aynı

²⁰⁰ KIRCA, s.94.

²⁰¹ KIRCA, s.94.

nitelikte olan yolsuz tescilin kendi lehine düzeltilmesi talebini üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Daha da istisnai bir durum olarak, üçüncü kişi, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğduğunu ve bu hakkını yakında kullanacağını göz önüne alarak yükleniciyle anlaşıp payı devralmışsa, sözleşmeden dönme işleminin bu devirden sonra yapılmasına rağmen, gene de kötüniyetli kabul edilmesi ve adına yapılmış tescilin yolsuz sayılması mümkün olmalıdır”²⁰². Aynı etkili dönme teorisi taraftarları bu açıklamadan yola çıkarak, iyiniyeti koruyan hükümlerin uygulanması ile alışveriş hayatının olumsuz şekilde etkilenmesine engel olunabileceği, iade konusu edimi iyiniyetle iktisap eden kişilerin kazanımlarının korunabileceği ve ticari işlem güvenliğinin herhangi bir şekilde etkilenmeyeceğini ileri sürmektedirler²⁰³.

Kırca’nın da örneklemediği gibi: “ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından değil de, satım sözleşmeleri açısından böyle bir durum söz konusu olsa, örneğin satım sözleşmesine dayanarak bir taşınmaz (B) adına tapuya kaydedilse ve daha sonra (B)’nin satım bedelini ödememesi nedeniyle sözleşmeden dönülse, bu arada (B)’nin taşınmazı bir üçüncü kişiye devretmiş olması halinde de “burada üçüncü kişi alıcının semeni ödemedi temerrüde düşebileceğini öngörebilirdi, o halde iyiniyetli değildir” gibi bir sonuca ulaşılamaz²⁰⁴.

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlendiği tiplerden biri olan, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan edimini başta (yüklenicinin inşaatı teslim borcundan önce) ifa etmesi halinde, yükleniciye tapudan devredilen arsa payları, Yargıtay tarafından “avans” niteliğinde kabul edilmektedir.

²⁰² **ÖZ**, *Dönme*, s.259-261.; **ÖZ**, *MHAD*, s.150,151.; Aynı görüş için **BUZ**, s.141,142. : “Gerçekten de üçüncü kişinin, sözleşmeden ilerde dönmesi nedeniyle tasarruf yetkisi olmayan bir yükleniciden hak kazanmış sayılacağını, kazanımı anında bilmesini beklemek pek mümkün değildir. Hatta dönme hakkının kullanılmasından önce iade borçlusundan (yüklenici) bir hak kazanan kişileri kural olarak iyiniyetli nitelemek mümkündür. Zira üçüncü kişilerden, hakkı iktisap ettikleri anda bir gün gelip de dönme hakkının kullanılabilmesini ve kendisinden hak iktisap ettikleri kişinin tasarruf yetkisinin dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkabileceğini öngörmelerini beklemek mümkün değildir. Üçüncü şahısların kötüniyeti, genellikle dönme hakkı kullanılıp iade borçları muaccel hale geldikten sonra söz konusu olacaktır.

²⁰³ **BUZ**, s.140. Bu görüş, yeni dönme teorisi taraftarlarının, aynı etkili dönme teorisini taraftarlarına, dönmenin daha önce yapılan tasarruf işlemleri bakımından da geçmişe etkili sonuçlar doğuracağını kabul edilmesi halinde, ticari işlem güvenliğinin zedeleneceği ve alışveriş hayatının altüst olacağı gerekçeleriyle eleştirmelerine cevaben ileri sürülmektedir. (Eleştiri için Bkz. **SEROZAN**, *Dönme*, s.609,610.).

²⁰⁴ **KIRCA**, s.94.

Kırca'nın da belirttiği gibi, para borçlarının ileride asıl borçtan mahsup edilmek kaydıyla önceden ödenmesi olarak nitelendirilen bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine, birisinde önceden ifa edilen edim para, diğerinde ise tapu siciline kayıtlı bir taşınmaz payı olması nedeniyle, aynen aktarılamaz. Bir taşınmaz payının devri borcunun, para borcunun ifası nitelendirilmesi tapu sicilinin açıklığının, doğruyu yansıttığının ve güven ilkesinin göz ardı edilmesi gibi istenmeyen sonuçlara yol açar²⁰⁵.

- Yargıtay'ın, yükleniciye arsa paylarının satışı konusunda arsa sahibince vekaletname verilmiş olmasına karşın, üçüncü kişinin aynı hak kazanamayacağına ilişkin kararlarına da katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; arsa sahibi, yükleniciye inşaatı tamamladığı ölçüde arsa payı tapuda arsa payı devretmek yerine; mülkiyeti kendisinde tutarak yükleniciye kendisine ait arsa payının satışı için yetki verebilir. Verilen vekalet çerçevesinde yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine ait olacak arsa paylarını üçüncü kişilere satmaktadır²⁰⁶. Her ne kadar bu durumda yüklenici arsa sahibinin vekili(temsalcisi) olarak gözükmekte ise de, satış bedeli kendisine ödenmekte ve böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası yoluna gidilmektedir²⁰⁷. Bu durumda da, sonradan arsa sahibinin, müteahhidin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmesinin üçüncü kişinin mülkiyet hakkına bir etkisi olmaması gerekir²⁰⁸.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından üçüncü kişinin, riski üstlenmesi nedeniyle iyiniyetli sayılamayacağı ve dolayısıyla tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayacağı görüşü, yüklenicinin inşaatı tamamlamadan üçüncü kişilerden edindiği paralarla ortadan kaybolmasının

²⁰⁵ **KIRCA**, s.97.

²⁰⁶ **ERMAN**, s.13.

²⁰⁷ Y. HGK. 30.3.1979 T., E.1979/842, K. 1979/359 : “Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhitle davacı arasında arsa sahibine vekaleten gerçekleşmiş ise de, arsa karşılığı daire yapımına ilişkin sözleşmelerde genellikle arsa sahibi haklarını güvence altına almak amacıyla müteahhit adına tapuda devir işlemi yaptırmamakta, ancak müteahhide kalan dairelerin tapuda üçüncü kişilere intikalini sağlamak için müteahhide vekalet vermektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak görülmekte ise de, müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir” (**ERMAN**, s.167’den naklen).

²⁰⁸ **ERMAN**, s.167,168.

uygulamada pek de az rastlanmayan bir hal almasından ve üçüncü kişinin bu durumu öngörmesi gerektiği düşüncesinden kaynaklandığını akla getirmektedir. Ancak söz konusu durumun üçüncü kişinin riski üstlenmesi nedeniyle iyiniyetli sayılmaması gibi aleyhine bir yoruma imkan vermemesi gerekir. Zira, üçüncü kişi, kendisi açısından en güvenli yolu seçtiğini düşünerek arsa payını tapu sicilinde devralmıştır. Ayrıca, hem olağan sonuç hem de üçüncü kişinin beklentisi yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim etmesidir. Bu nedenle, burada riski üstlenen kişi üçüncü kişi değil; edimini başta ifa eden arsa sahibidir. Zira, arsa sahibinin başta arsa paylarını devrederken üzerine kendi lehine ipotek tesis etmesi ve inşaatın yapıldığı oranda ipotekleri çözmesi, bu sayede kendisini güvenceye alması mümkündür. Arsa sahibinin, yüklenicinin inşaatı tesliminden sonra arsa paylarını devretmesi, eş anlatımla başta sadece arsa paylarının devrini taahhüt etmesi de mümkündür. Bu halde, arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde, yüklenicinin kişisel hakkını devralan veya yükleniciye kalacak bağımsız bölüme özgülenen arsa payının satışını vaad alan üçüncü kişilerin arsa sahibine karşı bir tescil talebi söz konusu olamayacaktır.

Alacak hakkının nisbiliği ya da tapu siciline güvenin korunması ilkesi göz ardı edilse dahi, burada arsa sahibi açısından “kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanma” (venire contra factum proprium) ilkesi de gündeme gelebilir. Zira arsa sahibi yüklenicinin inşaatı finanse etmek amacıyla devraldığı payları üçüncü kişilere satacağını bilen veya bilmesi gereken kişidir. Yüklenicinin arsa paylarını satışına bir bakıma zımnen onay veren arsa sahibi, arsa payını yükleniciye devretmesi ile üçüncü kişinin şahsında güven ortamı yaratmaktadır.

Üçüncü kişinin, sözleşmeden dönülmesini gerektirecek hallerde genellikle ortadan kaybolan yükleniciyi bulup zararını tazmin etmesini beklenmemeli; aynı hak kazanımı korunmalıdır²⁰⁹. Yükleniciden zararını tazmin etmesi gereken taraf, elinde

²⁰⁹ Aynı görüş için Bkz. **KIRCA**, s.98. Y. 1. HD. 26.10.2000 tarihli, E. 2000/12433 ve K. 2000/13094 sayılı kararına karşı oy yazan üye Orhan Uzgören : “Davacılar arsa sahibi,yüklenici S.S.Akdoğan Konut Yapı kooperatifi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptıklarını,inşaatın % 59.7 sinin tamamlandığını yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğini,bu nedenle sözleşmeyi feshettiklerini ileri sürerek inşaatı bağımsız bölüm satın alarak yükleniciye halef olan davalı adına oluşan tapu kaydının iptali ile adlarına tescilini istemişlerdir. Bilindiği üzere,yüklenicinin sözleşmeye göre kendisine isabet eden paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimdir.Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde Borçlar Kanununun 358. maddesi uyarınca arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini

aksini seçme imkanı bulunan ve yüklenicinin inşaatı tamamlayabilmek amacıyla arsa paylarını devredeceğini bilen veya öngören arsa sahibi olmalıdır. Bu çözümün, hukuk sistemimiz ile bağdaşacağı, adalet duygusunu sarsmayacağı ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamada işlevsiz hale getirmeyeceği kanaatindeyim.

2.1.2.2. Arsa Payı Satış Vaadi Sözleşmesi veya Alacağın Temlik Sözleşmesi Yapıldığı Durumda

2.1.2.2.1. Arsa Payı Satış Vaadi Sözleşmesi Yapıldığı Durumda

2.1.2.2.1.1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi borçlandırıcı işlemleri etkileyecektir. Eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi , yükleniciye inşaatın tamamlanacağı ana kadar pay devri yapılmayacağı tipte –yüklenicinin inşaat yapmayı üstlenmesi, arsa sahibinin de bağımsız bölümleri taahhüt etmesi biçimi- düzenlenmiş ise yüklenici, adına kayıtlı olmayan arsa paylarının satışını üçüncü kişiye vaat etmiş demektir. Ancak arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile arsa sahibinin taahhüdü de ortadan kalkacağından, yüklenicinin arsa payı devrini talep edemeyecek, bir diğer ifade ile üçüncü kişiye karşı borçlandığı edimin ifası imkansızlaşacaktır.

isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürülebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerinde oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak yükleniciye isabet eden paylardan satın alan üçüncü kişiler üzerine yapılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer. Somut olayda, davacılar yükleniciyi temsilen ona isabet eden bağımsız bölümle bağlantılı olarak dava dışı Ayşe K. isimli kişiye pay satmış, davalı da bu kişinin devrettiği Nusret Y. dan payı satın almıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyi niyetli olması, sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen sicilindeki yolsuz tescil durumuna düşme halini bilmemesi gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötü niyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği Mahkemece resen nazara alınacağı gerek 8.10.1991 tarih 1990/4 Esas, 1991/13 Karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. "Topraktan satış, temelden satış" şeklinde isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, Medeni Kanununun 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olmaz..."

Benzer şekilde, yüklenici maliki olduğu arsa paylarının satışını vaad etse dahi, sözleşmeden dönme ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak yüklenici adına yapılan arsa paylarının tescili de yapıldığı andan itibaren yolsuz hale gelmiş olacaktır. Böylece, üçüncü kişiye satışını vaade bulunduğu bağımsız bölümlere öngülenen arsa payları her ne kadar yüklenici adına tapu sicilinde kayıtlı olsa da hiçbir an için taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanamamış duruma düşecek ve yine imkansızlık söz konusu olacaktır.

Her iki durumda da, üçüncü kişi arsa payının adına tescilini isteyemeyecek, ancak kusurlu yükleniciden zararını tazmin edebilecektir²¹⁰. Bu durumda, tescili sağlayamayan üçüncü kişi, daireye yaptığı faydalı ve zaruri masrafları arsa sahibinden talep edebilecektir²¹¹.

Ancak arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine bırakılan bağımsız bölümü (arsa payını) üçüncü kişiye devretmesi halinde, sözleşmeden dönülse dahi, bu üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır²¹². Yargıtay'ın

²¹⁰ ÖZ, *Dönme*, s.26.

²¹¹ **ERMAN**, s.179. Ancak Yargıtay, Bu masrafların hukuki dayanağını farklı değerlendirmelere tabi tutmuştur. Şöyle ki; Y. 14. HD. 14. 15.06.2007 T., E.2007/5813, K.2007/7560 : "...Davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmünce aktinen kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir. O yüzden davacının akidi olan yükleniciden isteminin parasal tutan ve nedenleri açıklattırılmalı, delilleri istenip toplanarak talep hakkında bunun sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır. Diğer taraftan, davacı 28 numaralı bağımsız bölümü yükleniciden kaba inşaat halinde satın aldığını, iyileştirme giderleri yaptığını iddia ederek arsa sahibi davalılardan da iyileştirme giderlerinin tahsilini talep etmiştir. Borçlar Kanunu'nun 410 ve devamı maddeleri hükmünce iş sahibinin menfaatine vekalet olmaksızın tasarrufla bulunan kimsenin de böyle bir istemde bulunması olanaklıdır. Bu nedenle de davacının talebinin ne olduğu ve parasal miktarı ile nedenleri açıklattırılmalı, aynı şekilde delilleri istenip toplanarak anılan istek kalemi de incelenip sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır." Y. HGK. 28.3.2001 T., E. 2001/13-200, K. 2001/286 : "...davacının dosyaya ibraz ettiği makbuz ve faturalardan davacının daireyi teslim aldıktan sonra daireye dekorasyon, çatı, kalebodur gibi faydalı masraflar yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının istemi içinde, çoğun içinde azın da istenilmiş olduğu kuralı altında bu kalemlerden doğan alacak istemi de vardır. Davacının yaptığı bu giderim ve masraflar nedeniyle davalının davacıya karşı haksız iktisabının varlığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Hal böyle olunca mahkeme bilirkişi eliyle davacının yaptığı giderim ve masraflar ibraz edilen faturalar değerlendirilmeli hasil olacak uygun sonuç çerçevesinde tesbit edilecek miktara hükmedilmelidir."

²¹² Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419 : "...arsa sahibi R.K. inşaat sözleşmesi gereğince kendisine bırakılan 10 numaralı bağımsız bölüm için davacı İ.K., yükleniciye bırakılan 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 numaralı bağımsız bölümler için de yüklenicinin isteği doğrultusunda onun gösterdiği diğer davacılar satış vaadinde bulunmuştur. Davacı İ.'nin dayandığı satış vaadi sözleşmesi esas ve biçim bakımından hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcıdır. Çünkü davalı, noterde düzenlenen sözleşme ile kendisine bırakılan dairenin satışını vaad etmiştir. Bu nedenle, davacı İ.'nin davasının kabulünde bir isabetsizlik yoktur. Diğer davacıların davası ile ilgili davalının temyiz itirazlarına gelince; arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen kat

görüşü ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye kalacak payların, arsa sahibi tarafından yüklenicinin gösterdiği üçüncü kişilere vaadi halinde, söz konusu üçüncü kişilerin kazanımını korumamak şeklindedir²¹³.

2.1.2.2.1.2. Sözleşmenin Şerh Edilmiş Olması Halinde

Satış vaadi sözleşmesi şerh edilmiş ise sonucun değişip değişmeyeceği hususu tartışmalıdır. Zira Dönme ile yolsuz hale gelen yüklenici adına yapılmış olan tescile güvenerek iyiniyetle şerh kazanılması konusunda, MK m.1023'ün kıyasen uygulanabileceği görüşü²¹⁴ benimsenirse, şerh dönmeye rağmen geçerli olarak doğmuş sayılacak ve şerh edilen kişisel hak sahibi üçüncü kişiler, şerh edilmiş kişisel haklarını arsa sahibine karşı ileri sürebilirler. Fakat tapu siciline güvenle şerhin doğuşundaki eksikliğin giderilemeyeceği görüşü²¹⁵ benimsendiğinde, üçüncü kişileri korumak mümkün olmayacaktır. Bu durumda da üçüncü kişiler sıradan bir kişisel hak sahibi olarak ancak yükleniciye karşı bir tazminat talebi ileri sürebilecektir²¹⁶.

karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince 3 parsel sayılı taşınmazda yapılan binanın kaçak ve ruhsat dışı yapılmış olduğu bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Böylece, yüklenicinin inşaat sözleşmesinde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılacakla; mevcut duruma göre bu aşamada kişisel hak kazandığından söz edilemez. Yüklenicinin kazanmadığı kişisel hakkı temellük eden davacılar A.K., R.M., G.Y., O.S., D.K. ve Z.Y.'nin de bu hakka dayanarak tescil isteme olanakları bulunmadığından davalarının reddine, sadece davacı İ.K.'nin davasının kabulüne karar vermek gerekirken tüm davacılar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden...".

²¹³ Y. HGK. 29.6.2005 T., E. 2005/14-386, K. 2005/419 : "...arsa sahibi R.K. inşaat sözleşmesi gereğince kendisine bırakılan 10 numaralı bağımsız bölüm için davacı İ.K., yükleniciye bırakılan 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 numaralı bağımsız bölümler için de yüklenicinin isteği doğrultusunda onun gösterdiği diğer davacılarla satış vaadinde bulunmuştur. Davacı İ.'nin dayandığı satış vaadi sözleşmesi esas ve biçim bakımından hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcıdır. Çünkü davalı, noterde düzenlenen sözleşme ile kendisine bırakılan dairenin satışını vaad etmiştir. Bu nedenle, davacı İ.'nin davasının kabulünde bir isabetsizlik yoktur. Diğer davacıların davası ile ilgili davalının temyiz itirazlarına gelince; arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince 3 parsel sayılı taşınmazda yapılan binanın kaçak ve ruhsat dışı yapılmış

olduğu bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Böylece, yüklenicinin inşaat sözleşmesinde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılacakla; mevcut duruma göre bu aşamada kişisel hak kazandığından söz edilemez. Yüklenicinin kazanmadığı kişisel hakkı temellük eden davacılar A.K., R.M., G.Y., O.S., D.K. ve Z.Y.'nin de bu hakka dayanarak tescil isteme olanakları bulunmadığından davalarının reddine, sadece davacı İ.K.'nin davasının kabulüne karar vermek gerekirken tüm davacılar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden...".

²¹⁴ SUNGURBEY, *Şerh*, s.131,132.; KARAHASAN, M. R. (1998), *Mülkiyet Hakkının Kazanılması*, C.1, s. 434, Ankara.; ACEMOĞLU, K. (1970), *Eşya Hukuku Meseleleri*, s.68, İstanbul.

²¹⁵ OĞUZMAN, *Eşya*, s.193, dp. 659.; TEKİNAY, *Eşya*, s.359.; CANSER, s.104.

²¹⁶ ÖZ, *Dönme*, s.262.

Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatları karşısında, yolsuz tescile güvenerek iyiniyetle şerh kazanılması konusunda, MK m.1023'ün kıyasen uygulanabileceği görüşü benimsense dahi, yerleşik Yargıtay kararları gereğince, üçüncü kişi MK m.1023'ün korumasından yararlanamayacaktır.

2.1.2.2.2. Alacağın Temlik Sözleşmesi Yapıldığı Durumda

Sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, üçüncü kişinin yükleniciden devraldığı alacak hakkı da hiç doğmamış olacak ve temlik işlemi hükümsüz sayılacaktır. Bu durumda, üçüncü kişinin alacağın temlik sözleşmesine dayanarak arsa sahibine karşı herhangi bir talebi söz konusu olamaz²¹⁷. Nitekim, arsa sahibi (temlik borçlusu), yüklenicinin (temlik eden) temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde, bunun sonuçlarını üçüncü kişiye (temlik alacaklısı) karşı savunma olarak ileri sürebilir²¹⁸.

Bu durumda da, üçüncü kişi, yükleniciden zararını tazmin edebilecektir. Üçüncü kişi, daireye yaptığı faydalı ve zaruri masrafları da arsa sahibinden talep edebilecektir²¹⁹.

²¹⁷ ÖZ, *Dönme*, s.263.

²¹⁸ OĞUZMAN, ÖZ, s.918.

²¹⁹ ERMAN, s.179. Ancak Yargıtay, Bu masrafların hukuki dayanağını farklı değerlendirmelere tabi tutmuştur. Şöyle ki; Y. 14. HD. 14. 15.06.2007 T., E.2007/5813, K.2007/7560 : "...Davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmünce akitten kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir. O yüzden davacının akidi olan yükleniciden isteminin parasal tutan ve nedenleri açıklattırılmalı, delilleri istenip toplanarak talep hakkında bunun sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır. Diğer taraftan, davacı 28 numaralı bağımsız bölümü yükleniciden kaba inşaat halinde satın aldığı, iyileştirme giderleri yaptığı iddia ederek arsa sahibi davalılardan da iyileştirme giderlerinin tahsilini talep etmiştir. Borçlar Kanunu'nun 410 ve devamı maddeleri hükmünce iş sahibinin menfaatine vekalet olmaksızın tasarrufta bulunan kimsenin de böyle bir istemde bulunması olanaklıdır. Bu nedenle de davacının talebinin ne olduğu ve parasal miktarı ile nedenleri açıklattırılmalı, aynı şekilde delilleri istenip toplanarak anılan istek kalemi de incelenip sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır." Y. HGK. 28.3.2001 T., E. 2001/13-200, K. 2001/286 : "...davacının dosyaya ibraz ettiği makbuz ve faturalardan davacının daireyi teslim aldıktan sonra daireye dekorasyon, çatı, kalebodur gibi faydalı masraflar yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının istemi içinde, çoğun içinde azın da istenilmiş olduğu kuralı altında bu kalemlerden doğan alacak istemi de vardır. Davacının yaptığı bu giderim ve masraflar nedeniyle davalının davacıya karşı haksız iktisabının varlığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Hal böyle olunca mahkeme bilirkişi eliyle davacının yaptığı giderim ve masraflar ibraz edilen faturalar değerlendirilmeli hasil olacak uygun sonuç çerçevesinde tesbit edilecek miktara hükmedilmelidir."

2.1.2.2.3. Değerlendirme

Yukarıda da açıklandığı üzere, üçüncü kişinin yüklenici ile arsa payı satış vaadi sözleşmesi yapması ya da alacağın temlik sözleşmesi yapması halinde, sözleşmeden dönülmesi ile, üçüncü kişinin bu sözleşmelere dayanarak tescil talebinde bulunması olanaksızdır. Zira, sözleşmeden dönme işlemi sonucunda borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, bu alacak hakları da hiç doğmamış hükmünde olacak ve temlik işlemi de hükümsüz sayılacağından, üçüncü kişiler buna dayanarak arsa sahibine karşı bir talep ileri süremeyeceklerdir. Temlik işleminin arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce veya sonra yapılmış olması bu sonucu etkilemez²²⁰.

Yargıtay'ın kabulü de, sözleşmeden dönülmesi ile yüklenicinin kişisel hakkını temlik alan ya da arsa payının satışı vaad alan üçüncü kişinin, taşınmazı adına tescili sağlayamayacağı yönündedir²²¹. Yargıtay'a göre, üçüncü kişinin ödediği bedelin arsa sahibinden tazmini de mümkün değildir²²².

²²⁰ ÖZ, *Dönme*, s.263.

²²¹ Y. HGK. 26.3.1997 T., E. 1996/15-818, K. 1997/234 : "Somut olayda, yapının tamamlandığı kısmın oranına göre ileriye etkili fesih mümkün değildir. İşi yarım bırakan davalı yüklenici, işi terk ettiği aşamada, kendisine düşen dairelerin tescilini istemeye hak kazanmadığından, ondan haricen daire satın alan karşı davacılar M. Y. ve S. T.'in de arsa sahiplerine karşı tescil talebinde bulunma hakları yoktur..Bu nedenle, mahkeme'ce kurulan fesih hükmü geriye etkili olup, bu feshe yanlış anlam verilerek, ileriye etkili biçimde karşı davacıların tapu iptali ve tescil taleplerinin kabulü doğru olmamış ve hükmün, 4 ve 5 nolu daire tapularının iptal ile karşı davacılar adına tapuya tescili talebinin reddine karar verilmek üzere..." Y. 14. HD. 15.2.2007 T., E. 2007/399, K. 2007/1393 : "...Gerek yüklenicinin ve gerekse onun şahsi hakkını temlik ettiği üçüncü kişinin bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrini isteyebilmesi için kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin ayakta bulunması veya geriye etkili feshedilmemiş olması gerekir. Zira, yüklenici veya onun halefi durumundaki üçüncü kişi arsa payı devrini ancak ayakta bulunan sözleşmeye dayanarak isteyebilir." Y. 14. HD. 30.3.2007 T., E. 2007/2390, K. 2007/3484 : "...Kural olarak eser sözleşmesi, sözleşmedeki hak ve borçların karşılıklı olarak bütünüyle yerine getirilmesi suretiyle sona erer. Fesih ise, sözleşmeyi sona erdiren özel bir durumdur. Geriye etkili fesihte taraflar, sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönerler. Dolayısıyla ileriye etkili fesihte olduğu gibi geriye etkili fesihte sözleşmenin getirildiği fiziki seviyeye paralel talepte bulunulamaz. Geriye etkili fesihte yüklenici yaptığı inşaatın seviyesine uygun parasal istemde bulunabilir ise de ne yüklenici ve ne de onun halefi durumundaki üçüncü kişiler bir bakıma eserin bedeli olan bağımsız bölüm tescili isteyemez." Aynı yönde Y. 14. HD. 4.12.2006 T., E. 2006/13714, K. 2006/14348

²²² Y. HGK. 28.3.2001 T., E. 2001/13-200, K. 2001/286 : "...Davacı ile davalı arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Davalının arsa sahibi olarak davacının yükleniciden bağımsız bölüm satın almasına rıza ve muvafakat göstermesi alım-satım aktinde taraf olduğunu göstermez. Nitekim davacının aynı iddialarla davalı arsa sahibi aleyhine açtığı tapu iptali ve tescili davası reddedilerek kesinleşmiştir...Davalının yüklenici ile yaptığı 8/1/1991 tarihli "muvafakatname" BK. 18. maddesi hükmü gözetilerek yorumlandığında, BK.110. maddesinde düzenlenen üçüncü şahsın borcunu yükleme olarak kabul edilemez. Davacının, davalı arsa sahibi aleyhine açtığı tapu iptali ve tescil davası reddedilmiş, davalı arsa sahibinin davacı aleyhine açtığı elatmanın önlenmesi davası kabul edilerek karar kesinleşmiştir. Davacının dava dışı yüklenici ile yaptığı 8/1/1991

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin üçüncü kişinin arsa sahibinden ödediği bedeli yüklenicinin halefi sıfatıyla iadesine imkan vermeyen kararına karşı yazılan karşı oy yazısında arsa sahibinin neden sorumlu tutulacağı şu şekilde belirtilmiştir : *“Davalı arsa sahibi öncelikle 7.1.1991 tarihinde dava dışı yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparak kurucu bir akit düzenlemiştir. Bu akit ön akit mahiyetinde olup yeni sözleşmelere yetki vermektedir. Nitekim müteahhidin davacıya satış vaadinde bulunması da bunun bir sonucudur. O halde davalı arsa sahibi müteahhidin arsa ile ilgili işlemlerine icazet vermiş ve muvafakatname ile bu icazeti perçinlemiştir. Arsa sahiplerinin sorumluluğunu gerektiren diğer bir husus da özen eksikliğidir. Arsa sahiplerinin çeşitli yetkilerle donattığı müteahhidi seçerken Bayındırlık Bakanlığında müteahhitlik karnesinin olup olmadığını soruşturması gerekir. Zira o karne, müteahhidin o güne kadar yaptığı iş kapasitesini gösterir. Diğer yandan Mimar ve Mühendislik Odası ile Ticaret Odasında kayıtlı olup olmadığının da araştırılması ve yaptığı inşaatlar konusunda fikir sahibi olunması gerekir... Dava konusu işte olduğu gibi arsa sahibi satın alanın zararına sebep olmuştur. O halde sebep sorumluluğunu yüklenmiştir. Bu tip sorumluluk, her ne kadar "kusur sorumluluğu" başlığı altında toplanıyorsa da kusur aranmaz, kusurun yerini tasarrufları araştırma ve objektif özen borcunun eksikliği dolayısıyla meydana gelen "sebebe" unsuru alır. Davalı arsa sahiplerinin gereken özeni göstermeden davalı müteahhit ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapması ve satış yetkisi vermesi sebep sorumluluğunun tipik bir örneğidir... Bu tip sözleşmelerin akdinden sonra müteahhitlerin inşaatı yarıda bırakması ve aciz içine düşmesi olağan hale gelmiştir. Bu hal de arsa sahiplerinin özen borcuna ne kadar çok dikkat etmeleri gerektiğinin ispatıdır. Meydana gelen bu üçlü hukuki işlemde, eğer müteahhidin ekonomik gücü ve tecrübesi yeterli olsa idi inşaat tamamlanacak ve zarar meydana gelmeyecektir. Yarım kalan inşaat sebebiyle satım alanların zararını karşılayacak olan kişi sözleşmenin tarafı olarak müteahhittir bunda hiç şüphe olmaz. Ne var ki müteahhit acze düşer ve tahsil edilecek hiçbir şeyi kalmazsa satın alan buna tek başına mı*

tarifli satış sözleşmesine dayanarak açtığı tapu iptali ve tescil davası reddedildiğine göre davacı bu sözleşmeye dayanarak artık ifa yerine geçen zarar olarak dairesinin değerini diğer bir anlatımla ifa menfaatini isteyemez. Yine davacı yüklenicinin arsa sahibine karşı işin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkacak alacağı da yüklenicinin halefi sıfatıyla isteyemez.”

katlanacaktır?... O halde satın alan kişi olan davacı, davalı arsa sahibinden onun mamelekine geçen zenginleşmeyi sebepsiz zenginleştiği oran nisbetinde isteyebilir.”

Erman da, arsa sahibinin muvafakat verip vermediğini önemsemeksizin, yüklenicinin yaptığı işten o daireye isabet eden değeri de arsa sahibinden talep hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, müteahhidin edimini yerine getirmemesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle şahsi hakkının dairenin mülkiyetini talep etmeye elverişli olmaması, yapmış olduğu işler bakımından doğmuş olan alacak hakkının üçüncü kişiye satışı vaad edilen daireye isabet eden bölümünün temlik kapsamına girmediği sonucunu doğurmaz ve üçüncü kişi bu değeri arsa sahibinden isteyebilir²²³.

Öz ise , bütün kişisel hak sahiplerinin, eğer kişisel hakların kurulduğu sırada devreden de buna onayı varsa ve kişisel hak sahibi onun bu tutumuna güvenerek söz konusu ilişki içine girmişse, iadeden sonra aynı hakkını ileri sürerek bu kişisel hakların kullanılmasına engel olamaması gerekeceğini kabul etmektedir.. Örneğin, mülkiyet payını devrettikten sonra yüklenici ile üçüncü kişinin satış vaadi sözleşmesi yapmasını teşvik eden, hatta yükleniciye bizzat alıcı bulan arsa sahibinin, sözleşmeden dönünce, üçüncü kişinin hakkını kullanmasına karşı çıkması engellenmelidir. Bu çözüm, MK m.2’de anlatımını bulan dürüstlük kuralına dayandırılabilir. Özellikle arsa sahibi üçüncü kişiyi bizzat teşvik etmişse, dönme sonrası yapacağı itiraz halinde, “kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanma” (venire contra factum proprium) ilkesi göz önünde tutulmalıdır²²⁴. Bir diğer ifade ile, üçüncü kişinin satış vaadi sözleşmesi ya da alacağın temliki sözleşmesi ile kişisel hak kazandığı sırada, arsa sahibinin de buna onayı varsa ve üçüncü kişi arsa sahibinin bu tutumuna güvenerek yüklenici ile ilişki içine girmişse, artık üçüncü kişinin kişisel hakkına dayanarak açacağı tapu iptal ve tescil davasının

²²³ **ERMAN**, s.180. Ancak, Yarg. HGK. 10.2.1988 tarih, 511/91 sayılı kararında, resmi şekilde düzenlenmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre, müteahhidin kendisine bırakılması öngörülen daireyi üçüncü kişiye haricen satması ve teslim etmesi durumunda, sonradan müteahhidin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedilerek kendisine karşı dava açılması halinde, üçüncü kişinin harici satış sözleşmesi geçersiz olduğundan, sadece taşınmaza yaptığı zaruri ve faydalı masrafları isteyebileceği, buna karşılık müteahhidin yaptığı işten o daireye isabet eden değeri talep edemeyeceği sonucuna varılmıştır .Y. 15. HD 5.10.1989 T. ,E.1989/4114, K.1989/4040. (**ERMAN**, s.180, dp. 25’ten naklen).

²²⁴ **ÖZ**, *Dönme*, s.262.

MK m.2 gereğince kabulü gerekmektedir. Bu durumda arsa sahibi, satış vaadi alacaklısı üçüncü kişinin arsa payını mahkeme kararıyla kendi mülkiyetine geçirmesi üzerine uğradığı zararı, menfi zarar kapsamında yükleniciden tazmin edebilecektir. Yüklenici kusurlu olmadığı takdirde ise tazminat talep edemeyeceğinden, sadece yüklenicinin üçüncü kişiden elde ettiği çıkarı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir²²⁵.

Sonuç olarak, karşı oy yazısında arsa sahibinin onayı nedeniyle sebep sorumluluğu ve bu nedenle üçüncü kişinin zararını tazmin etmesi gerektiği; Erman tarafından arsa sahibince yaratılmış bir güven ortamı olsun olmasın, her halde arsa sahibinin üçüncü kişiye, yükleniciye sözleşmeden dönme nedeniyle ödemesi gereken bedeli ödeyeceği; Öz tarafından ise arsa sahibinin yarattığı güven ortamı nedeniyle tescil dahi istenebileceği kabul edilmiştir. Kanaatimce de, arsa sahibinin her ne kadar yükleniciye kalacak olsa da arsa payının satışını bizzat vaad etmesi halinde veya yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeye onay vermesi ile bir güven ortamı yaratması halinde, sözleşmeden dönülse dahi, üçüncü kişinin arsa sahibinden tazminatı yerine, öncelikle üçüncü kişi adına tescili sağlayabilmesi kabul edilmelidir.

Bu durumda, arsa sahibi, satış vaadi alacaklısı üçüncü kişinin arsa payını mahkeme kararıyla kendi mülkiyetine geçirmesi üzerine uğradığı zararı, menfi zarar kapsamında yükleniciden tazmin edebilecektir. Yüklenici kusurlu olmadığı takdirde ise tazminat talep edemeyeceğinden, sadece yüklenicinin üçüncü kişiden elde ettiği çıkarı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir²²⁶.

2.1.3. Fesih İradesinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

25.1.1984 tarihli İçtihadu Birleştirme Kararı gereğince, arsa sahibinin fesih iradesinin ileriye etkili olduğu halde, taraflar arasında sözleşme ilişkisi devam

²²⁵ **ÖZ**, *Dönme*, s.262,263, dp.166.

²²⁶ **ÖZ**, *Dönme*, s.262,263, dp.166.

etmektedir. Ancak BK m.96 gereğince kusurlu olmadığını ispatlayıncaya kadar kusurlu kabul edilen yüklenicinin, sözleşmeden doğan asıl edimi olan inşaat yapma borcu yerine tazminat borcu geçmektedir²²⁷. Böylece, o ana kadar yerine getirilmiş edimler geçerli bir sözleşmeye göre yapılmış sayılacaktır. Bu tazminat borcuna karşılık gelmek üzere, yüklenici inşaatın tamamladığı kısmı ile orantılı arsa payı talep edebilecektir²²⁸ ve bu sayede yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişiler de gerçek malikten hak kazanmış kabul edilirler²²⁹.

Yüklenicinin borcunun tazminat borcuna dönüşmesi nedeniyle, arsa sahibinin yükleniciye arsa paylarının devri borcunun nasıl gerçekleşeceği sorun yaratmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tazminatın kapsamını belirleme konusunda doktrinde kabul edilen “mübadele” veya “fark” teorisine göre sonuç değişecektir.

Mübadele teorisine göre, temerrüde düşmüş olan borçlu kendi edimini tazminat olarak ödeyecek, alacaklı da borçlanmış olduğu edimi yani arsa paylarının intikalini yapacaktır. Fark teorisine göre ise, temerrüde düşen tarafın ifa etmediği edimin değeri ile alacaklının karşı ediminin değeri arasındaki farkın tazmini gerekecek ve alacaklı kendi edimini yerine getirmek zorunda kalmayacaktır²³⁰.

²²⁷ **KARTAL**, s.102,103.; **ERMAN**, s.92, **TEKİNAY**, *Borçlar*, s.88.; **KILIÇOĞLU**, s.500.

²²⁸ Y. 14. HD. 5.3.2007 T., E. 2007/2034, K. 2007/2186 : “... iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural, feshin geriye etkili yapılmasıdır. Geriye etkili fesihle taraflar aralarında hiç sözleşme yapılmamış gibi mal varlıkları bakımından sözleşmenin yapıldığı gündeki duruma dönerler. Ancak taraflarca fesih işleminin tasfiyesi ileriye etkili sonuçlar meydana getirecek şekilde yapılmışsa yüklenici meydana getirilen eserin yapıldığı kadarının bedelini değil, binada bağımız bölümün arsa payını isteyebilir.” Y. 15. HD. 7.4.2004 T., E. 2003/4795, K. 2004/1968 : “...Ne var ki davacılar akdi ileriye etkili şekilde feshettiklerinden eksik işlerle ilgili dava yukarıda sözü edilen içtihadı birleştirme kararı uyarınca değerlendirilmelidir. Bahse konu içtihadı birleştirme kararı uyarınca ileriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. Dava konusu olayda kararlaştırılan bedel (arsa tapusu) ve buna tekabül edecek bağımsız bölümler olduğundan, yüklenici işi tamamen ifa etseydi alabileceği bağımsız bölüm (haliyle isabet eden tapu), işin yüklenici tarafından terkedildiği seviyesine oranlanarak bulunacak fiziki orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur.” Aynı yönde Y. 15. HD. 15.6.2004 T., E. 2003/7122, K. 2004/3341; Y. 15. HD. 3.10.2002 T., E. 2002/1785, K. 2002/4393; Y. 15 HD. 15.3.2001 T., E.2001/5230, K.2001/1311.

²²⁹ **ERMAN**, s.105.

²³⁰ **KARTAL**, s.104.; **ERMAN**, s.93.; Mübadele ve fark teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY**, *Borçlar*, s.869,870.; **TANDOĞAN**, *Mes’uliyet*, s.502,503.

Kural olarak, fark teorisinin uygulanması gerektiğini kabul eden **Erman**'a göre, bu durumda, arsa sahibi kendisine düşen arsa paylarını devretme yükümünden kurtulacak, buna karşılık talep edeceği müsbet tazminattan bunların değerini düşecek ve aradaki farkı isteyecektir. Arsa sahibinin isteyebileceği müsbet zarar, onun ifadaki menfaattir ve bu aynen ifadan vazgeçtiği tarihe göre hesaplanacak ve bu tarihten sonraki değer artışları göz önüne alınmayacaktır. Arsa sahibinin yine ifadan vazgeçme tarihine göre değeri hesaplanacak olan karşı edim borcu, yani sözleşme uyarınca yükleniciye devretmesi gereken arsa paylarının değeri, ifa menfaatinden düşüldükten sonra kalan fark yükleniciden talep edilebilecektir. Bir diğer ifade ile, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibi kendisine teslimi gereken daireleri –aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla- rayiç değerinden karşı edim olan arsa paylarının değeri düşüldükten sonra kalan miktarı, inşaatın tamamlanması için gereken meblağı ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir²³¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından mübadele (değişim) teorisini kabul eden **Öz**'e göre ise, arsa sahibi tazminat alacağı karşılığında sözleşmede kararlaştırılan arsa payını tam olarak yükleniciye devredecektir. Madem ki, tazminat borcu tüm inşaatı yapma borcu yerine geçmiştir, bu tazminatı tam olarak ödediğinde, sanki tüm inşaat bitmiş gibi yüklenici tüm alacağını tahsil edebilmelidir. Kuşkusuz, yüklenici tazminat borcunu ödemediğinde arsa sahibi ona verilecek arsa payını devirden kaçınabileceği gibi önceden devrettiği arsa payı üzerine de haciz koydurarak tazminat alacağını tahsil maksadıyla sattırabilir²³². Yazar'a göre, fark görüşü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından sorun yaratır. Zira burada hakim'in işin bitirilme maliyeti ve arsa sahibinin diğer zararlarının toplamı ile yükleniciye verilecek arsa payının değerinin farkını bulup buna göre hüküm kurması gerekecektir. Değer hesabının zorluğu bir yana, bu hesaplamada çıplak arsa payının

²³¹ Yazar, müsbet zararın içine inşaatın tamamlanması için gereken meblağın da dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Çünkü arsa sahibinin mütemerrit yükleniciye karşı aynen ifa talebinden vazgeçmesine rağmen, inşaatın tamamlanması için gereken meblağ onun fiili zararını oluşturmaktadır. Fiili zarar da yoksun kalınan karla birlikte arsa sahibinin müsbet zararını teşkil etmektedir. Ayrıca müsbet zararın kapsamına gecikme dolayısıyla uğranılan zararın girdiği de kabul edilmek gerekir. (**ERMAN**, s.93,94.). Aynı görüş için Bkz. **KARTAL**, s.103.

²³² **ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.147.

mı yoksa inşaat tamamlandığında bu payla birlikte yükleniciye düşecek bağımsız bölümlerin müstakbel değerlerinin mi dikkate alınması gerekeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca çoğu kez, yükleniciye verilecek arsa payının değeri inşaatı tamamlama masrafından ve sair arsa sahibi zararından fazla olacağından, bu durumda tazminat, arsa sahibinin yükleniciye sözleşmeye göre vermesi gereken arsa payının (ve bunun sonucunda yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin azaltılmasından ibaret olacaktır. İndirim oranı çoğu kez müstakbel bölüm sayısına tam olarak uymayacağı için hemen daima yüklenici ve arsa sahibi en az bir bağımsız bölüm üzerinde paydaş olma zorunluluğu da doğacaktır. Bütün bu sakıncaların yanında, böyle bir “tazminat yerine arsa payı indirimi” şeklinde çözümün ne arsa sahibine ne de yükleniciye dayatılmasının hiçbir yasal gerekçesi de yoktur. Arsa sahibi ile yüklenicini anlaşarak tazminat yerine yüklenicinin alacağı arsa payında indirim yapmaları her zaman mümkündür²³³.

Görüldüğü gibi, her iki teoride de yüklenicinin orantılı arsa payı kazanacağı kabul edilmekte, ancak farklılık kazanacağı arsa payının niceliğinde toplanmaktadır. Fark teorisinin benimsenmesi halinde, yüklenicinin kazanacağı arsa payı oranı indirilmiş olacağından, bir diğer ifade ile yüklenici sözleşme gereğince kendisine kalacak arsa paylarının bir kısmını kazanamayacağından, arsa sahibine ait olacak aradaki indirilmiş arsa payının tespiti, üçüncü kişiler açısından öngörülemeyecek durumlara neden olabilecektir. Şöyle ki, örneğin 100 daireli bir binada sözleşme gereğince 60 daire kazanacak yüklenici, ileriye etkili fesih sonucu 55 daire kazanacağı mahkemece tespit edilmiş ise, bunların tamamının da üçüncü kişilere devredilmiş olması halinde, kalan beş bağımsız bölümün hangi üçüncü kişiye ait olacağı, yani üçüncü kişilerden hangisinin kazanımının korunacağı belirsiz olmaktadır.

Yargıtay Y. 15. HD. 7.4.2004 tarihli, E. 2003/4795 ve K. 2004/1968 sayılı ilamında fark teorisinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay, söz konusu kararında “... *Davacıların diğer davası eksik işlerin bedeliyle ilgilidir. Mahkemece bu istem reddedilmiştir. Oysa davacı arsa sahipleri temerrüde düşen yükleniciden*

²³³ ÖZ, *İnşaat Sözleşmesi*, s.147,148.

akdin ifası niteliğindeki, eksik işlerin bedellerini talep edebilirler. Ne varki davacılar akdi ileriye etkili şekilde feshettiklerinden eksik işlerle ilgili dava yukarıda sözü edilen içtihadı birleştirme kararı uyarınca değerlendirilmelidir. Bahse konu içtihadı birleştirme kararı uyarınca ileriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. Dava konusu olayda kararlaştırılan bedel (arsa tapusu) ve buna tekabül edecek bağımsız bölümler olduğundan, yüklenici işi tamamen ifa etseydi alabileceği bağımsız bölüm (haliyle isabet eden tapu), işin yüklenici tarafından terkedildiği seviyesine oranlanarak bulunacak fiziki orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur. Yani işin eksik bırakıldığı oranda yüklenici tapu almaya hak kazanamayacaktır. Bir örnek verilmek gerekirse işi tamamlasaydı yüklenici on adet bölüm alacak ise ve yüklenici işi terkettiğinde yaptığı işin tamamı tüm işin % 80'i ise bu halde ileriye etkili fesihte yüklenici 8 adet bölümün tapusuna hak kazanmış olacaktır. Mahkemece alınan bilirkişi raporu işin ileriye etkili fesih ve tasfiyesinin yapılmasına yeterli açıklığı taşımamaktadır. Bu nedenle mahkemece, yeniden (bir mimar, bir mühendis ve hukuki yorumda yardımcı olmak üzere bir hukukçudan) oluşturulacak bilirkişi kurulundan, mahallinde keşif yapılarak rapor alınmalı, inşaatın imar mevzuatı ve yasal durumu da araştırılarak fiziki seviyesi saptanmalı, davalıya ne miktar bağımsız bölüm verileceği ve bunların yerleri ve tapu oranları belirlenmeli infazı kabil şekilde, mevcut inşaatı tarafların mevcut hakları açıklanarak yani, tasfiye de dikkate alınarak akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir. Böylece davacı arsa sâhplerinin eksik işler bedeliyle ilgili talepleri, davalının alacağı tapu kayıtlarından indirim yapılmış olacağından karşılanmış olacaktır” biçiminde hüküm kurmuştur²³⁴.

²³⁴ Aynı yönde Y. 15. HD. 15.6.2004 T., E. 2003/7122, K. 2004/3341 : “...dava dilekçesine bakılırsa, arsa sahibi kooperatifin feshin ileri etkili yapılmasını kabul ettiği yükleniciye devrettiği tapuların inşaat bedeline karşılık gelen dışındaki kısmının iptalini istediği görülmektedir. Buna göre davalılardan yüklenici, sözleşme feshedilmiş olursa bile, sözleşme kapsamındaki yapıyı tamamladığı oranda arsa payına eser bedeli olarak hak kazanacağından...Mahkemece yapılması gereken iş; konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişilerle yerinde keşif yapılarak davalı yüklenicinin 20.8.1993 günlü asıl ve 19.9.1996 ile 27.4.1998 günlü ek ve diğer sözleşmeler uyarınca işi getirdiği seviyeye göre hakettiği eser bedelini (arsa payını) hesaplamak, arsa sahibi kooperatifin gerekmediği halde peşinen devrettiği tapu kayıtlarının davacı kooperatife iadesini sağlamaktan ibarettir.”. Y. 14. HD. 8.3.2007 T., E. 2007/554, K. 2007/2272 : “...davacı 6504 ada 11 parsel sayılı taşınmazda davalı adına kayıtlı toplam 432/820 arsa payına tekabül eden 4, 5, 6, 11, 12, 13, 14, 15, 16 nolu bağımsız bölümlerin iptali ile tescili istenmiş, mahkemece bağımsız bölüm numaraları belirtilmeden davalı adına kayıtlı 432/820 payın iptali ile tesciline karar verilmiştir. HUMK. 388 ve 389 maddesi gereğince hüküm infaz sırasında tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu nedenle, dava konusu bağımsız bölümlerin numarası ve tekabül eden arsa payı oranları belirtilerek hüküm kurmak gerekir iken eksik karar verilmesi doğru görülmemiş ve davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir.”. Y. 15. HD. 3.10.2002 T., E. 2002/1785, K. 2002/4393 : “Davacı arsa sahibi yüklenicinin

Yine 14. Hukuk Dairesi'nin 14. 15.06.2007 tarihli, E.2007/5813 ve K.2007/7560 sayılı kararında "...somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshe ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifada imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır." şeklinde üçüncü kişi aleyhine öngörülemez bir sonuç yaratılmıştır.

Ancak mübadele teorisi kabul edildiği takdirde, yükleniciye ödemesi gereken tazminat borcunu ödeme imkanı verilerek, yükleniciden aynı hak kazanan tüm üçüncü kişiler bu hakkı gerçek malikten kazanmış olacakları için yolsuz tescil söz konusu olmayacak(üçüncü kişinin aynı hak kazanımı korunacak) ve satış vaadi sözleşmesi veya alacağın temlik sözleşmesi ile kazanılan bir hak söz konusu ise üçüncü kişi tescil isteminde bulunabileceklerdir. Mübadele teorisinin kabulü ile söz konusu öngörülemez adaletsiz sonucun ortadan kalkması mümkündür.

Mübadele teorisinin kabulü halinde, yüklenicinin yerine getirmesi gereken tazminat borcunun üçüncü kişi tarafından da yerine getirilmesinin mümkün olması gerekir. Zira yerleşik Yargıtay kararlarında kişisel hakkına dayanan üçüncü kişinin açacağı tapu iptal ve tescil davalarında, "*inşaattaki eksikliğin arsa sahibince tahammül edilebilir ve pek az oranda*" olması halinde, üçüncü kişinin bu eksikliği tamamlamasına –veya para olarak depo etmesine- imkan verilirken, "*inşaattaki tamamlanma oranı esas alınarak ileriye etkili fesih halinde*" –ki yine Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği ileriye etkili fesih de %90 ve üzeridir -yani arsa sahibince tahammül edilebilir ve pek az kabul edilebilecek oranla uyum içindedir- üçüncü kişiye bu imkanın tanınması uygulamada birlik sağlayacaktır. Bir diğer ifade ile, üçüncü kişinin açtığı tapu iptal ve tescil davalarında, inşaattaki eksikliğin tahammül edilebilir oranda olması halinde üçüncü kişiye bu eksikliği tamamlayıp tescil

temerrüdünden ötürü sözleşmenin feshini ve başlangıçta intikal ettirilen payların iptalini istemişti. O tarihte temerrüdün varlığı inşaatın ulaştığı seviye bakımından açıktır. Dolayısıyla fesih istemi yerindedir. Nevar ki halen ulaşılan %70-80 seviye itibarıyla davacı taraf temyiz dilekçesinde ileri dönük fesih niteliğinde olarak "sözleşmenin noksanlık oranında" feshi şeklinde istemde bulunmuş olmakla bilirkişi marifetiyle yüklenicinin edimini yerine getirdiği oranda bağımsız bölümün tesbiti ile kalan noksanlar oranında bağımsız bölümün iptaline karar verilmesi gerekirken..."

sağlama imkanı verilirken, arsa sahibinin açacağı sözleşmenin feshi ve tasfiyesine ilişkin davalarda, inşaattaki eksikliğin benzer oran olarak kabul edebileceğimiz tahammül edilebilir oranda olması sonucu ileriye etkili fesih halinde, muhtemel bir takım üçüncü kişinin kazanımının korunmaması veya eksikliğin tamamlattırılarak adlarına tescilin sağlanmaması tutarsız olacaktır.

Sonuç olarak, fark teorisinin, üçüncü kişinin öngörülemez şekilde bir kısmının feda edilmesi gibi hukuki güvenliği zedeleyen bir sonuç doğurması karşısında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özelliğine uygun olması nedeniyle mübadele teorisinin uygulanması, bu teori uygulanırken, üçüncü kişiye de yüklenicinin tazminat borcunu üstlenmesi imkanı verilmesi gerektiği kanaatindeyim.

2.2. İfa İmkansızlığı Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

2.2.1. Eserin Yok Olması (Maddi İmkansızlık)

Yapılmakta olan veya tamamlanmış eser arsa sahibine teslim edilmemişse, beklenmedik bir olay sonucu inşaatın yok olması halinde kusursuz imkansızlık nedeniyle tarafların karşılıklı edimleri sona erer. Bu durumda arsa sahibi tamamlanmış olan yapıyı teslim almakta temerrüde düşmedikçe –tamamlanmamış ise teslim zaten söz konusu olamaz- ve yüklenici çalışması için bir ücret talep edemeyeceği gibi yapmış olduğu masrafların karşılığını da isteyemez (BK m.117/II c.1 ve BK m.368/1)²³⁵. Eğer sözleşme uyarınca, yükleniciye devredilmesi gereken arsa paylarının tamamı veya bir kısmı daha önce tapudan devredilmişse, sebepten yoksun hale gelen paylar tapu iptali ve tescil yoluyla arsa sahibine iade edilecektir.

Ancak eserin yeni baştan yapılması mümkün oldukça, imkansızlık söz konusu olmayacaktır²³⁶.

²³⁵ KARTAL, s.131.; ERMAN, s.60.; ARAL, s.395-397.

²³⁶ ERMAN, s.61.; ÖZ, *Dönme*, s.161.

Bu durumda, üçüncü kişiler arsa paylarını tapudan devralmış iseler, kazanımlarının MK m.1023 uyarınca korunması gerekir. Yargıtay'ın, yapılmakta olan inşaatın arsa payı kazanan üçüncü kişiyi iyiniyetli saymayan yerleşik içtihatları karşısında, üçüncü kişinin arsa payı kazanması mümkün değildir.

2.2.2. Yüklenicinin Ölümü veya Aczi

Borçlar Kanunu m.371 düzenlemesi şu şekildedir²³⁷:

“Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihi olur.

Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur.”

Söz konusu hüküm uyarınca, müteahhidin ölümü ve aczi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kural olarak, sona ermeyecektir. Ancak sözleşme müteahhidin özel bilgi ve uzmanlığı, sanat ve ekonomik gücü gibi kişisel nitelikler özellikler göz önüne alınarak yapılmışsa, müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz kalması halinde sözleşme sona erecektir²³⁸.

Sözleşme konusu işin müteahhit tarafından bizzat veya kendi yönetimi altında yapılması gerekiyorsa, müteahhidin ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona erer. Ancak işin niteliği bunu gerektirmiyorsa duraksamaların önlenmesi bakımından arsa sahibinin fesih beyanına ihtiyaç olduğunun kabulü gerekir²³⁹. Müteahhidin tüzel kişi

²³⁷ Hükümün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir (ERMAN, s.63.; TANDOĞAN, C.II, s.332 vd.; ÖZ, *Dönme*, s.162.; YAVUZ, s.526.).

²³⁸ KARTAL, s.115.

²³⁹ TANDOĞAN, C. II, s. 336.

olması halinde, ortaklardan birinin kişiliği nazara alınarak sözleşme yapılmış ve bu kişi ölmüşse sonuç aynıdır²⁴⁰.

Yüklenicinin iş hayatından çekilmesi, akıl hastalığına uğrayarak vesayet altına alınması gibi durumlar, yüklenicinin aczine örnek verilebilir. Müteahhidin işi yapmaktan aciz kalması hali, geçici değil devamlı olmalıdır²⁴¹.

Borçlar Kanunu madde 371/2'ye göre, müteahhidin ölümü veya aczi halinde, inşaatın yapılan kısmını kullanması mümkün ise, arsa sahibi bu kısmı kabul etmek ve bedelini vermek zorundadır. Verilecek bedelin, eserin tamamlanmış kısmının değeri ile tamamen bitirilmiş olsaydı taşıyacağı değer arasındaki orantıya göre, böyle bir orantının kurulmaması halinde ise BK m.366 uyarınca yapılan işin değerine ve masraflarına göre tayin edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴².

İnşaatın tamamlanmış kısmına ilişkin bedelin, sözleşmede kararlaştırıldığı üzere nakden değil; orantılı arsa payı olarak verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Zira, BK m.371/II uyarınca şayet yapılacak kısım işe yarayacaksa sözleşme ileriye etkili sona ermektedir. Verilmesi gereken bedelin de sözleşmedeki bedele göre belirleneceği ve orantılı nakdi ödeme yerine orantılı arsa payı verilmesi gerekmektedir²⁴³. Bu durumda yüklenicinin ölümü veya aczinden önce tapudan arsa payı devralan üçüncü kişilerin kazanımı korunur.

Üçüncü kişinin alacağın temlik sözleşmesi ile yüklenicinin kişisel hakkını devralması halinde, yüklenici sözleşmeden doğan edimlerini tam olarak yerine getirmiş veya arsa sahibinin reddedemeyeceği bir oranda inşaatı tamamladıktan sonra

²⁴⁰ TANDOĞAN, C. II, s.333.; KARTAL, s. 115.

²⁴¹ TANDOĞAN, C. II, s.349.; KARTAL, s.116.

²⁴² TANDOĞAN, C.II, s.336.

²⁴³ ERMAN, s.64.; KARTAL, s.118. "Yüklenicinin kusursuz olmasına karşın sözleşmenin ifası imkansız hale geldiğine göre, ücretin aynen ödenmesi hukuk ve adalet kurallarına uygun düşmektedir.". Aynı doğrultuda Y. 15.HD. 24.1.1980, 2543/111 (ERMAN, s.64, dp. 23'den naklen). ÖZ, BK m.371/2'deki "yapılan kısmın kullanılması" ifadesini, "yapılan kısmın üstüne inşaata devam edip yapıyı bitirmenin mümkün ve iş sahibinden beklenebilir olması" şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

yüklenicinin aczi gerçekleşmiş ise, üçüncü kişi devraldığı alacak hakkını ileri sürerek adına tescili sağlayabilir²⁴⁴.

2.2.3. Arsa Sahibinin Şahsında Ortaya Çıkan İmkansızlık

İfanın imkansızlaşması, arsa sahibinin şahsında veya tehlike alanında gerçekleşen bir olay nedeniyle gerçekleşmiş ise, eser sözleşmesi sona erecektir²⁴⁵. Bu durumda yüklenici, yaptığı kısmın değerini ve bu kısma dahil olmayan masrafları arsa sahibinden alabilir (BK m.370/1). Arsa sahibinin şahsını ilgilendiren objektif nitelikteki ölüm, ağır hastalık gibi sebeplerin, yine arsa sahibinin arsasının kamulaştırılması, toprak kayması veya deprem sonucu inşaat yapılamayacak durumu gelmesi veya üzerinde inşaat yapılacak arsaya yetkili makamlarca inşaat yasağı konması veya arsa sahibinin önerdiği projeye izin verilmemesi gibi hallerin BK. 370. madde kapsamına girdiği söylenebilir²⁴⁶.

Sözleşmenin bu nedenle ortadan kalkması halinde hükümleri ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır²⁴⁷. Böyle bir halde, kusursuz olan yüklenicinin emeğinin karşılığını tam olarak alabilmesi için somut olay itibariyle yapılan işin tüm işe oranı

²⁴⁴ Y. HGK. 2.7.2003 T., E. 2003/14-452, K. 2003/456 : "...davacının, alacağı temlik hükümleri çerçevesinde tescil isteme hakkının doğmasından sonra yüklenicinin hacir altına alınması, vasi ile yüklenici arasında temellük edenin haklarını ortadan kaldırmaya yönelik şekilde devir işlemlerinin yapılması gibi olgular da, gerçekleşmiş olan bu hakkı ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla, somut olayda davacı, yukarıda açıklanan ilke ve kuralları çerçevesinde, dava konusu dairenin tapu kaydının iptali ile kendisi adına tescilini isteme hakkına sahiptir. Bu taleple açılan eldeki davadan sonra gerçekleşen tapu devri, HUMK.nun 186. maddesi anlamında müddeabihinin temlik niteliğindedir. Anılan hükme göre, böyle bir durumda davacı, isterse, temlik eden hakkındaki davasından sarfinazar ederek, müddeabihini temlik alan kişiye karşı dava edebilir. Her ne kadar, somut olayda dava konusu daireyi tapuda satış yoluyla devralan S. Semiramis Ş. davaya dahil edilmiş ve yargılama o şekilde yürütülüp sonuçlandırılmış ise de; dosya kapsamından ve özellikle davacı vekilinin aşamalarda beyan ve taleplerinden, dahili dava şeklinde gerçekleşen bu işlemle, gerçekte HUMK.nun 186. maddesinde öngörülen biçimde, davalı arsa sahibi hakkındaki davadan sarfinazar edildiği ve davanın temlik alana karşı sürdürülmesinin amaçlandığı açıkça anlaşılmaktadır. O halde, ortada, müddeabihinin davadan sonra temlik alan S. Semiramis Ş.'e karşı usulüne uygun olarak yürütülen bir tapu iptali ve tescil davası mevcut olup; davacının anılan istemleriyle ilgili olarak, temlik alan durumundaki S. Semiramis Ş. hakkında hüküm kurulmalıdır."

²⁴⁵ TANDOĞAN, C.II, s.327; KARTAL, s.120.; ÖZ, *Dönme*, 163.

²⁴⁶ TANDOĞAN, C.II, s.327,328.; KARTAL, s.120.

²⁴⁷ KARTAL, s.122.; ARAL, s.399.; TANDOĞAN, s.329.

da göz önünde tutulmak suretiyle arsa payı olarak ifade edilmesinin uygun olacağı görüşüne katılmaktayım²⁴⁸.

Bu durumda, yapılan işin tüm işe oranı da göz önünde tutulduktan sonra kazanılması mümkün olan arsa paylarının yüklenici tarafından üçüncü kişiye devredilmesi, devrinin vaad edilmesi veya devrini talep hakkını temlik edilmesi halinde, üçüncü kişinin kazanımı da korunacaktır.

2.2.4. İmar Mevzuatına Aykırılık

İnşaat sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek bir durum da hukuki imkansızlıktır. Hukuki imkansızlık “ifanın hukuki bir sebepten mümkün olamaması hali” şeklinde tanımlanabilir²⁴⁹.

Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi başlangıçtaki imkansızlık halini ve sonuçlarını; 117. maddesi ise akdin icrası aşamasında ortaya çıkan sonraki imkansızlık halini ve sonuçlarını hükme bağlamıştır²⁵⁰. Başlangıçtaki imkansızlık objektif nitelikte olduğu takdirde BK m.20 gereğince, sözleşmenin hükümsüzlüğü neticesini doğurur. Başlangıçtaki imkansızlık subjektif olduğu takdirde sözleşme buna rağmen doğmuştur ve hüküm ifade eder. Sonraki imkansızlık halinde önemli olan, imkansızlığın subjektif ya da objektif oluşu değil, borçlunun kusurundan ileri gelip gelmemesidir²⁵¹.

Örneğin, yapılan inşaatın imar düzenine ilişkin mevzuata aykırı olması halinde hukuki imkansızlık söz konusudur. Bu durum, daha sözleşme kurulurken varsa, yani imar mevzuatına aykırı bir yapının inşası taahhüt edilmişse, esasen inşaat

²⁴⁸ **KARTAL**, s.122. Yazarın da belirttiği gibi, ancak imkansızlık nedeniyle arsa ve dolayısıyla payların ifasının da mümkün olmaması durumunda, varsayılarak değeri saptanmalı ve bu değer üzerinden ödeme yapılmalıdır.

²⁴⁹ **ERZURUMLUOĞLU**, s.12.

²⁵⁰ **ERZURUMLUOĞLU**, s.10.

²⁵¹ **ERZURUMLUOĞLU**, s.11.

ruhsatı verilmeyecek böyle bir projeyi içeren bu sözleşme “baştaki objektif imkansızlık” (BK m.20) nedeniyle batıldır²⁵².

Kural olarak, edaya geçici engel teşkil eden olayların sonradan ortadan kalkması mümkün görülüyorsa, bunlar sözleşmenin ortadan kalkması sonucunu doğurmaz²⁵³. Bu nedenle, imar mevzuatına aykırı olarak taahhüt edilmiş bir yapı inşası durdurulduktan sonra, mevzuat değişerek inşaata izin verilmiş ise, her ne kadar baştaki objektif imkansızlık nedeniyle sözleşmenin sağlık kazanamayacağı düşünülse de, yapılacak iş ve bedel bakımından aynı koşulları kabul eden tarafın işe devam edilmesini istemesi üzerine, diğer tarafın butlanı ileri sürmesi dürüstlüğe aykırı sayılmalı ve bu sözleşmeye sağlık kazanmış gözyle bakılmalıdır²⁵⁴. Bu kabul, üçüncü kişinin kazanımını koruyacaktır

Eser, yüklenicinin sözleşmede belirlenen projeye aykırı şekilde işi yürütmesi, özellikle projede olmayan ekler yapmaya kalkması yüzünden, mevzuata aykırı düşmüş ve bu nedenle temel üstü ruhsatı verilmemiş ya da sonradan inşaatın yapılması engellenmiş ise, ifa imkansızlığından söz edilemez. Yüklenici projeye ve mevzuata aykırı kısımları düzelterek, doğru dürüst ifada bulunmak zorundadır²⁵⁵.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de konu hakkındaki görüşünü, 30.5.2002 tarihli, E. 2002/1503 ve K. 2002/2913 sayılı kararında “ ... *Kamu düzeninden olan İmar Kanunu'na, yetkili mercilerin emirlerine ve sözleşme hükümlerine aykırı davranan davacı yüklenicinin, sözleşmeyle yükümlendiği edimlerini yerine getirdiği ve bedele hak kazandığı söylenemez. Ortada, projesine ve sözleşmesine aykırı ve yıkılması gereken bir bina vardır. Yıkılacak binaların da, korunmayı gerektiren ekonomik değerlerinden bahsedilemez ve yasalarca himaye görmez. Yıkımı gereken inşaat için bedel talebinde bulunulamaz. Yüklenici, ancak binayı projeye uygun hale getirir ve iskan alırsa, bedele (bağımsız bölümlere) hak kazanır.* ” şeklinde; yine 15. Hukuk

²⁵² ÖZ, *Dönme*, s.164

²⁵³ ERZURUMLUOĞLU, s.13.

²⁵⁴ ÖZ, *Dönme*, s.165.

²⁵⁵ ÖZ, *Dönme*, s.164.

Dairesi'nin 27.3.2007 tarihli, E. 2007/793 ve K. 2007/1902 sayılı kararında "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde aslolan yüklenicinin inşaatı imara, sözleşmeye ve tasdikli projesine uygun yapmasıdır. Şayet inşaat tasdikli plan ve projesi ile ruhsatına aykırı yapılmış ve yasaya aykırılığın giderilmesi olanağı yoksa eser ayıplıdır. Arsa sahibi ayıplı eseri kabule zorlanamayacağı gibi, yüklenici de sözleşmeye göre tapuda pay devri isteyemez. İmar Yasası'ndaki hükümler kamu düzenine ilişkin olduğundan görevi gereği mahkemelerce kendiliğinden gözetilir. İmara aykırı kaçak ve yıkılması gereken bir yapının korunmasını gerektiren ekonomik değerden bahsedilemeyeceği ve yapının bu haliyle muhafazası sonucunu doğuracağından arsa sahibinin kendisine ait bağımsız bölümlerin tesbit ve teslimini isteyebilmesi mümkün değildir. Arsa sahibi ancak, ifayı bekleyerek gecikme tazminatı veya sözleşmeyi feshederek kal ve elatmanın önlenmesini isteyebilir...Somut olayda geri çevirme üzerine dosyaya getirilen belediye işlem dosyasından, dava konusu taşınmaz üzerindeki inşaatla tasdikli projesine göre bir kısım yerlerin yapılmadığı, projeye aykırı bazı ilaveler ve ruhsatsız çekme katın yapıldığı, Zeytinburnu Belediye Encümenince 17.01.1995 tarihinde para cezası uygulanarak 16.02.1995 gün ve 355 sayılı karar ile 3194 Sayılı Yasa'nın 32. maddesinin uygulanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır...Mahkemece yapılması gereken iş, konusunda uzman bilirkişilerle birlikte mahallinde keşif yapılarak, inşaatın tasdikli projesi, ruhsatı ve imar mevzuatına uygun yapılıp yapılmadığı, yapılmamışsa proje tadilatı veya binanın tamamı yıkılmaksızın ruhsat ve projesine aykırı kısımların kaldırılması suretiyle yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı konularında rapor alınıp, bu husus ilgili belediyeden de araştırıldıktan sonra yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması durumunda davayı reddetmek, yasal hale getirilmesinin mümkün olup da verilecek süre sonunda yasal hale getirilmesi halinde sözleşmesine göre davacı arsa sahibine düşecek bağımsız bölümlerin araştırılarak sonucuna göre bir karar vermek olmalıdır." şeklinde ifade etmiştir²⁵⁶. Karardan da anlaşılacağı üzere, aykırılık halinin

²⁵⁶ Aynı yönde Y. 15. H.D. 19.9.2002 T., E. 2002/1577, K. 2002/4036,: "...İmara aykırı -somut olaydaki kaçak-yapılmış ve yıkılmasına karar verilmiş binadaki eksikliklerin giderilmesine hükmedilmesi kaçak yapının tamamlanması sonucunu doğurur. Bu bakımdan imara aykırı yapıdaki eksikliklerin giderilmesi için gereken bedelin tahsiline karar verilmesi de olanaksızdır. Birleştirilen davadaki arsa sahibinin bu davasının reddi yerine hüküm altına alınması doğru olmadığından karar bu nedenle bozulmalıdır..." Y. 15. HD. 19.12.2005 T., E. 2004/7709, K. 2005/6891 : "Dosyada bulunan 2.6.1999 tarihli Belediye yazısıyla 26.5.1998 tarihli encümen kararından yüklenici tarafından yapılan inşaatın ruhsatı ve projesi olmadığı için 12.5.1998 tarihinde 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca zabıt tutularak durdurulduğu anlaşılmaktadır. İmara

düzeltilmesi mümkün ise yükleniciye buna ilişkin imkan verilmelidir. Bu sayede edimini mevzuata ve sözleşmeye uygun yapan yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkı korunacağından, ondan hak elde eden üçüncü kişinin kazanımı da korunacaktır. Yüklenicini söz konusu aykırılığı gidermemesi halinde ise üçüncü kişi bakımından aynı sonuca ulaşılamayacaktır.

Ancak sözleşme kurulduktan ve işe başlandıktan sonra, imar mevzuatında yapılan değişiklik ile inşaatın kararlaştırılan şekilde yapımına engelse, burada da hukuki nitelikte bir ifa imkansızlığı söz konusudur. Ancak burada, taraflardan biri bakımından bir değişiklik meydana getirmeyecek şekilde sözleşmenin mevzuat değişikliğine uygun olarak ifasının diğer tarafça teklif edilmesi halinde, sözleşmeye göre durumunda bir farklılık bulunmayan bir tarafın imkansızlık nedeniyle sözleşmenin sona erdiğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına engel teşkil edebilir. Örneğin, sözleşmede on daire yapılması ve bunlardan dördünün arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılmışken, imar mevzuatındaki değişiklik nedeniyle ancak sekiz daireye izin veriliyorsa ve yüklenici arsa sahibine yine dört daire vermeyi teklif etmişse, arsa sahibinin imkansızlık gerekçesiyle sona erdirememesi gerekir²⁵⁷. Üçüncü kişinin kazanımı da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

2.1. Tam Tazminat Ödeyerek Sözleşmenin Feshi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Borçlar Kanunu'nun 369. maddesi, *“Yapılan şey bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baligan*

aykırı olarak yapılan yapının ekonomik bir değeri bulunmayacağından ve yıkımı gerekeceğinden bedeli talep edilemez ise de yüklenici tarafından inşaatın durdurulduğu 12.5.1998 tarihine kadar yapılan işlerin imara uygun hale getirilip getirilemeyeceği ve davalının savunması gibi yıkılması gerekip gerekmediği üzerinde durulmadan, %34 seviyesindeki inşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilmesi için davacı yükleniciye uygun mehil ve yetki verilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde yapılan işler bedeline yönelik davanın tümünden reddi doğru olmamıştır. O halde mahkemece yapılacak iş; davacı yüklenici tarafından 18.3.1996 tarihli sözleşme ile üstlenilen ve natamam halde iken durdurulan inşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilebilmesi için vekaletten azledilmiş olan yükleniciye uygun bir mehil ve yetki tanınması, inşaat yasal hale getirildiğinde fesih tarihindeki mahalli rayiçler üzerinden bedeline hükmedilmesi, yasal hale getirilemediği takdirde ise kaçak inşaatın yıkımı gerekeceğinden ve ekonomik değeri bulunmadığından şimdiki gibi davanın reddine karar verilmesinden ibarettir.”. Aynı yönde Y. 15. HD. 7.5.2001 T., E. 2001/360, K. 2001/2445.

²⁵⁷ ERMAN, s.62.

mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir” biçiminde bir düzenleme getirmektedir.

Doktrindeki genel kabul gören görüşe ve Yargıtay’a göre, Borçlar Kanunu’nun 369. maddesine göre, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde de, arsa sahibi, inşaatın yapımı sırasında herhangi bir haklı sebebe gerek kalmadan sözleşmeyi feshederek sona erdirebilir²⁵⁸. Arsa sahibinin tam tazminat karşılığında sözleşmeyi fesih hakkına sahip olabilmesi için; inşaatın henüz tamamlanmamış olması, arsa sahibinin yükleniciye fesih beyanını yöneltmiş olması ve müteahhidin yaptığı kısmın bedelini vermesi ve onun uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir.

Buradaki fesih, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdirir²⁵⁹. Arsa sahibinin feshiyle artık yüklenici de inşaatı bitirme borcundan kurtulur ve kalan kısım için de ücret isteme hakkı kalmaz. Kalan kısım ile ilgili bir ücret almışsa, bunu geri vermekle yükümlüdür. Burada, ortadan kalkan ücret alacağının yerine, yüklenicinin zararının tazminine ilişkin alacak geçer²⁶⁰.

Katıldığım görüşe göre, arsa sahibinin fesih anına kadar yapılmış olan inşaatın karşılığı olan orantılı arsa paylarını yükleniciye devredeceği gibi; sözleşmeye göre yükleniciye devretmesi gereken geri kalan arsa payları değerinden yüklenicinin henüz yapmadığı kısma ilişkin masraflar düşüldükten sonra –toplama yöntemi- bulunan kar karşılığı tazminatı yine arsa payı olarak yükleniciye vereceğini; böylece biri orantılı bedel, diğeri tazminat olmak üzere iki ayrı arsa payı toplamının yükleniciye verileceğini ve Yargıtay’ın aksine²⁶¹, aynen tazmin sonucu

²⁵⁸ **YAVUZ**, s.526.; **TANDOĞAN**, C.II, s. 344-346.; **ÖZ**, *Dönme*, s.139.; Y. 15. HD. 2.4.1998, 833/1348; Y. 15.HD. 8.10.1998, 2263/3752 (**ERMAN**, s.198, dp.56’dan naklen). Aksi görüş **ERMAN**, s.195,196.: “Yazar, eserin sadece iş sahibi yararına gerçekleştirilen bir iş olmadığı ve yüklenicinin kendisine ait olacak bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarına ilişkin karşı edime yönelik ifa çıkarı onun inşaatın yapımının engellenmemesini talep hakkını kendisine tanıdığı gerekçesiyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu hükmün uygulanmaması gerektiği kanaatindedir. Yazar, ancak yüklenicinin feshi rıza göstermesi halinde bu hükmün uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

²⁵⁹ **KARTAL**, s.126.; **TANDOĞAN**, C.II, s.346.

²⁶⁰ Yükleniciye ödenecek tazminatın belirlenmesi konusundaki yöntemler için Bkz. **KARTAL**, s.127,128.; **TANDOĞAN**, C.II, s.347.

²⁶¹ Y. 15. HD. 2.4.1998, 833/1348; Y. 15.HD. 8.10.1998, 2263/3752 (**ERMAN**, s.198, dp.56’dan naklen).

doğacağını kabul etmek gerekir²⁶². Zira, burada söz konusu olan bir ileriye etkili fesih halidir. Bu nedenle, yukarıda açıklanan yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmeni ileriye etkili feshinin doğurduğu sonuç gibi yüklenicinin yapılmış kısım ile orantılı arsa paylarını alması ve tazminatı da arsa payı olarak kazanmasının gerekli olduğu düşüncesine katılmaktayım. Bunun sonucu olarak, yüklenicinin edineceği arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi, devrini vaad etmesi veya alacağını temlik etmesi halinde, daha fazla sayıda üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır.

²⁶² **ERMAN**, s.197,198.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE AYKIRLIĞININ İLERİ SÜRÜLMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

3.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin arsa paylarının(bağımsız bölümlerin) mülkiyetini devir borcu, karşılığında yüklenicinin bina inşa etme borcu bulunmaktadır. Yani taşınmaz satım sözleşmesi veya vaadi ile eser sözleşmesi aynı sözleşme bünyesinde bulunmaktadır.

Medeni Kanun'un 706. maddesi uyarınca, Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Tapu Kanunu'nun 26.maddesinde ise bu resmi senetlerin tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından tanzim edileceği düzenlenmiştir. Taşınmaz satımına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 213. maddesine göre ise, "*gayrimenkul satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır*".

Borçlar Kanunu'nun 22.maddesinin 2.fikrası uyarınca, bir sözleşme yapılması vaadi, asıl sözleşmenin şekline tabidir. Ancak Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60.maddesinin 3.bendine göre, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmak görevi noterlere verilmiştir. Satış vaadi sözleşmesinin noter tarafından re'sen düzenlenmesi

gerekir (Noterlik Kanunu m.98). Tarafların imzalarının noter tarafından onaylandığı sözleşmeler geçerli değildir.

Sonuç olarak, arsa sahibinin borcu arsa payı mülkiyetinin devri olacağından, MK m.706, BK m.213 ve TK m.26 uyarınca sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. NK m.60 ile taşınmaz satış vaadine ilişkin yasal kural uygulanarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterlerce de resmi şekilde, geçerli olarak yapılabilecektir²⁶³.

3.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları

3.2.1. Genel Olarak Şekle Aykırılığın Sonuçları

Resmi şekil şartına uymayan taşınmaz satışına ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Ancak geçersizliğin hukuki mahiyeti konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Klasik görüşe (mutlak butlan görüşü) göre, sözleşme yasanın öngördüğü biçimde düzenlenmemişse mutlak butlanla batıldır, şekil noksanlığı herkes tarafından ileri sürülebilir, bu husus hakim tarafından da re'sen göz önünde tutulmalıdır ve taraflar edimlerini sebepsiz zenginleşme ve yerine göre istihkak davası ile geri alabileceklerdir²⁶⁴. Doktrinde eskiden beri ileri sürülen ve yerleşmiş Yargıtay

²⁶³ Noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti veya kat irtifakı satış vaadlerinin geçerli olduğu hakkında Bkz. Y. İBGK. 24.4.1978 T, E.3, K.4; **REİSOĞLU**, *Sorunlar*, s.10.;

“Ancak noterlerin resen düzenleme şeklinde yapacağı ve taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğuracak tek sözleşme “ taşınmaz satış vaadi” olduğu için, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu forma sokularak yapılması gerekmektedir. Böylece noterde düzenlenen senet metninde devredilecek arsa payından “satılması vaad edilen arsa payı” olarak sözedilmekte, hatta bu arsa payı karşılığında tarafların anlaşması ile YTL veya döviz cinsinden bir bedel de belirlenmektedir. Ancak bunun hemen ardından, “işbu bedel nakden alınmayacak olup alıcı bu bedel yerine ekte (veya senetteki diğer hükümlerde) belirtilen nitelikteki bir binayı yaparak ortaya çıkacak (yine ekte veya metinde) belirtilen bağımsız bölümleri oturma izni alınmış şekilde satıcıya verecektir” şeklinde veya benzeri bir cümleye yer verilmektedir. Böylece hem Noterlik Kanunu'nun aradığı taşınmaz satım vaadi biçimine uyulmuş hem de geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış olmaktadır. Uygulamada yaratılan bu çözüme uyulduktan sonra, yapılacak binanın vasıfları, inşa süresi, bitiş tarihi gibi hükümlerin noter senedinde yollamada bulunulan adı yazılı hatta sadece sözlü bir anlaşmayla da kararlaştırılması mümkündür.” (**ÖZ**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.19,20.).

²⁶⁴ **KARTAL**, s.56.; **KILIÇOĞLU**, s.76,77.

içtihatlarında kabul edilen görüş budur²⁶⁵. Bu görüş, karşı tarafı aldatarak, onda güven uyandırarak biçim eksikliğine kasten sebep olma ve tarafların edimlerini bilerek ve isteyerek her türlü yanılığdan uzak bir şekilde ifa etmeleri hali olmak üzere, iki şekilde yumuşatılmıştır²⁶⁶.

Kendine özgü hükümsüzlük görüşüne göre²⁶⁷, mutlak butlan değil kendine özgü bir geçersizlik söz konusu olacak, şekil noksanlığı herkes tarafından değil ancak sözleşmenin tarafları ve onların külli halefleri tarafından ileri sürülebilecek, hakim tarafından re'sen göz önünde tutulmayacaktır ve şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar sözleşme geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

3.2.2. Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Hakkın Kötüye Kullanması Sayılabileceği Durumlar

Şekil eksikliği arsa payı karşı inşaat sözleşmesini geçersiz kılmakta ise de bazı durumlarda şekil eksikliğine rağmen, sözleşmenin geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğuracağı kabul edilmektedir.

Şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeden doğan başlıca borçlar karşılıklı taraflarca yerine getirilmiş ise, şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK m.2) ile karşılaşacak ve sözleşme geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır²⁶⁸.

²⁶⁵ **ERMAN**, s.20, dp.12,13.; **KAYA, Ö. K.** (1993), *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi*, s.38,39, İstanbul.

²⁶⁶ **KARTAL**, s.57.

²⁶⁷ **KARTAL**, s.58.; **KILIÇOĞLU**, s.78; **ERMAN**, s.20, dp.14.

²⁶⁸ **REİSOĞLU**, *Sorunlar*, s.11.; **TANDOĞAN**, C.II, s.30-33.; **KARAHASAN**, s.649,650.; **KARTAL**, s.58.; **KILIÇOĞLU, A.** (1989), *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması*, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı, Ocak-Ekim 1989, S.1-4, s.310, (Yargıtay Dergisi). Y. HGK. 23.10.1991 T., E.1991/396, K.1991/511; Y.15.HD. 17.9.1976 T., E.1976/1335, K.1976/3022 (**ERMAN**, s.22'den naklen).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından biri, sözleşmeden doğan edimini yerine getirmiş ise, diğer tarafın sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğini ileri sürerek edimini yerine getirmekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. Arsa sahibi geçersiz sözleşmeden doğan edimini yerine getirerek arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye tapuda devretmişse, artık yüklenicinin şekil eksikliğini ileri sürerek inşaat yapma borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmemesi hakkın kötüye kullanılması sayılır²⁶⁹. Aynı şekilde yüklenicinin sözleşme hükümlerini tam olarak yerine getirerek inşaatı tamamlaması ve arsa sahibine teslim etmesine rağmen, arsa sahibinin şekil eksikliğini ileri sürerek tapuda arsa paylarının devrinden kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir²⁷⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda konu ile ilgili 30.4.1997 tarihli., E. 1997/15-146 ve K. 1997/372 sayılı kararında, “...Ancak geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse, yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse bu takdirde sözleşmenin hukuken geçersiz olduğu ileri sürülemez, zira bu M.K.nun 2. maddesi uyarınca iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.” şeklinde sonuca varmıştır²⁷¹.

²⁶⁹ Y. 15.HD. 8.12.2003 T., E.2003/2679, K.2003/6105 : “...Arsa sahibi olan davacılar ile davalı yüklenici arasında arsa payı devri karşılığı yapılan değişik tarihli adi sözleşmeler vardır. Ne var ki, adi yazılı bu sözleşmeler, yükleniciye tapu devri suretiyle geçerli hale gelmiştir”. Aynı yönde Y. 15. HD. 1.4.1991 T., E.1991/4445, K.1991/1613; Y. 15.HD. 30.3.1984 T., E.1984/679, K.1984/1109 (ERMAN, s.23’den naklen)

²⁷⁰ Y. 15. HD. 7.2.1995 T., E.1995/3473, K.1995/587 : “...Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan, artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK.nun 2. maddesindeki iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz. (ERMAN, s.24’ten naklen) . Y. 15. HD. 4.7.1980 T., E.1980/1699, K.1980/1725 : “...Taraflar arasında düzenlenen arsa payı karşılığında bina yapımı sözleşmesi “Noterlikçe düzenleme biçiminde yapılmamış ise de taraflar bu sözleşmeye geçerlik tanıyarak davacı yüklenici binayı tamamen inşa etmiş ve davalı arsa sahibi de, bir daire ile 2 dükkana isabet eden arsa payı dışındaki taşınmaz paylarının mülkiyetini davacı (yüklenici) veya onun müşterilerine geçirmiş olduklarından artık bu durumda sözleşmenin hukuken geçersiz olduğunu ileri sürmek, MK.’nun 2. maddesinde konmuş olan objektif iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz. Şu halde sözleşme taraflar için bağlayıcıdır. Kendi edimini yerine getiren akit taraf (olayda yüklenici), karşı tarafın da (olayda arsa sahibinin) edimini tamamen yerine getirmesini talep ve bunu davaya hakkı vardır.” (KARAHASAN, s.656,657’den naklen)

²⁷¹ Aynı yönde Y. HGK. 23.10.1991 T., E. 1991/15-396, K. 1991/511 : “...Her ne kadar, taşınmaz devrini’de içeren eser sözleşmelerinin MK. 634 BK. 213 Tapu K.26 ve Noterlik K. 60. maddeleri hükümleri uyarınca

Ayrıca, sözleşme henüz tamamen ifa edilmemiş olmasına rağmen, taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Örneğin, taraflardan biri sözleşmenin kurulmasından sonra davranışları ile sözleşmeden doğan edimlerini yerine getireceğine ilişkin olarak karşı tarafta haklı bir güven uyandırmış ve karşı tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamışsa, artık sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi MK m.2/2 kuralının tipik bir örneği olan çelişkili davranış (venire contra factum proprium) olup, kanunen korunmaz²⁷².

Tapu Sicil Muhafızları tarafından veya Noterlerce re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmekte ise de; somut olayda, davacı iş (arsa) sahibi tarafından tapuda davalı yüklenici şirkete arsa payı devir ve kaydı yapıldığı gibi davalı yüklenicide inşaatı bitirerek davacı iş (arsa) sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifada bulunmuşlardır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK.2. maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kuralına aykırı olup, sözleşme artık geçerli hukuki sonuç doğurur.” Y. 14. HD. 20.4.2007 T., E. 2007/247, K. 2007/4636 : “...Mülkiyet nakline ilişkin sözleşmelerin Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve Borçlar Kanunu'nun 213. maddeleri hükmünce resmi biçim koşuluna uyularak yapılması zorunlu olduğundan iki tipli karma sözleşme özelliği gösteren arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin geçerliliği kuşkusuz şekil şartına bağlıdır. Kural olarak davalılar arasındaki adi yazılı 02.05.1990 tarihli sözleşme geçersizdir. Ancak, geçersiz sözleşmeye rağmen arsa sahibi olan davalılar aynı sözleşme kapsamında yükleniciye tapu devri yaptıklarından bu aşamada 02.05.1990 tarihli sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek dürüst davranma kuralına uygun düşmez.” Y. 14. HD. 3.10.2006 T., E. 2006/8309, K. 2006/10308

²⁷² **ERMAN**, s.26,27. Y. HGK. 6.6.1979 T. E.1978/14- 190, K.1978/799 : “...Bir sözleşmenin taraflarından birisi o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile *karşı tarafa tam bir güvence (güven.) vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getireceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş (sözleşmede yazılı bedeli ödemiş) ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu savunma yasal himayeden yoksun kalır. Olayda da davalının şekle aykırılık nedenine dayanan savunması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmaktadır. O halde dayalı artık sözleşmenin geçersizliğine dayanarak akdin icrasından kaçınamaz.*” (Y. 13. HD. 2.12.1991 T., E.1991/7171, K.1991/10901: “...İddia, savunma, toplanan tüm deliller, özellikle, 8.8.1986 tarihli ekstra işlerin yapımına dair davalının davacıya gönderdiği yazılar; gazete ilanları, broşürler ve reklamlar içeriği davacı alıcının edimi olan satış bedeli taksitlerini kabul etme biçiminde davalının süregelen tüm tutum ve davranışları bir kül halinde değerlendirildiğinde; *davalının emrolunan şekle riayet etmeksizin akdi ifa edeceği fikrini uyandırarak davacıya akit yapmağa yönelttiği sözleşmedeki taahhütlerini yerine getireceğine dair davacıda tam bir güven yarattığı ve devam eden zaman içinde de bu güveni kuvvetlendirip sürdürdüğü, davacı ve diğer yüzlerce alıcıdan tahsil ettiği satış paralarıyla inşaatı az bir farkla tamamladıktan sonra Vakıflar Bankasına kredi temini için ipotek ettiği, ardından borçlarından kurtulmak için cebri ihale yoluyla taşınmazın Vakıflar Bankasına satılmasına neden olduğu; böylece, sözleşmeyi imkansız hale getirip ondan kurtulmak istediği kanaatına kavuşulmuştur. İşte subut bulan bu olgulardan sonra davalının satım sözleşmesinin, şekil noksanlığı nedeni ile geçersizliğini ileri sürmeye kalkışması M.K. 'un 2. maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır. Bu durumda taşınmazın temlikine ilişkin edimi fa edilmeksizin ferağ olarak kabul edilmesinde duraksamaya yer olmamalıdır. Böyle hallerde, şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğu kabul edilmeli, ifa menfaatinin (olumlu zararın) tazmini imkanı tanınmalıdır (MK m. 2;B.K. m. 41/2)”. Y. 15. HD. 12.11.1981 T., E.1981/2088, K.1981/2240 : “...Eserin tümüne yakın bölümü tamamlanmış, bir kısım bağımsız bölümlerin oturma izni alınmış ve yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerden bazıları yüklenicinin önerisine uygun olarak üçüncü kişiler adına tapuda ferağ işlemleri yerine getirilmiştir... geçersiz olmakla beraber, uzun süre sözleşmenin yerine getirileceği konusundaki davranışlarıyla yükleniciye güven vermiş bulunan arsa sahiplerinin bundan böyle sözleşmenin geçersiz olduğu yolunda savu (def'i) ileri sürmeleri MK. 'nun 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet ilkesi ile bağdaşmaz. Kişisel açıdan ise, bir hakkın sırf başkasını zarara uğratmaya yönelik bir davranış olur.” (KARAHASAN, s.654-657'den naklen).*

Sözleşmenin kurulması anında bilerek şekil eksikliğinin tehlikesini üzerine alan ya da bu eksikliği kendisi yaratan tarafın sonradan şekil eksikliğine dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi halinde de hakkın kötüye kullanılması söz konusudur²⁷³.

Y. 13. HD. 22.11.1996 tarihli, E. 1996/8841 ve K. 1996/10366 sayılı kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır : “...M.K.'nun 634. maddesinde tapulu taşınmazların mülkiyetini nakledici nitelikteki bütün sözleşmelerin resmi biçimde yapılması öngörülmüş, ayrıca B.K.'nun 213. maddesinde ise tapulu kayıtlı taşınmazlar hakkındaki satışı ve satışı vaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. Yasalarımızda belirtilen şekil koşuluna uyulmadan yapılan sözleşmeler de kural olarak batıldır. Geçersizdir. (B.K. 11/2 md.) şekle aykırılık o hukuki işlemin herhangi bir hüküm doğurmasına olanak vermez. Değişik bir anlatımla taraflarına alacak ve borç tevlit etmez. Dolayısıyla da taraflarından biri, o sözleşmenin, hukuki işlemin batıl (geçersiz) olduğunu öne sürerek sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmekten kaçınabilir. Ne var ki yasal kural böyle olmakla beraber çok özel ve ayrık durumlarda, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek edimlerin ifasından kaçınma hakkının kullanılması, hukukumuzun her alanında uygulama yeri bulan ve M.K.'nun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kurallarına ve "bir hakkın kötüye kullanılması yasağına" aykırılık teşkil edebilir. İşte bu durumda, hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme ve edimini ifa etmekten kaçınma hakkının kullanılması yönünden de bir sınır oluşturur. Diğer taraf, tıpkı geçerli sözleşmelerde olduğu gibi, edimin aynen ifasını veya ifa edilmemekten doğan olumlu zararını isteyebilir. Böylece, yasada öngörülen butlan sonucu etkisiz bırakılmakta, hakime hak ve nasafete uygun karar verebilme olanağı sağlanmakta, sözleşenlerin de karşılıklı çıkar dengesi sağlanabilmektedir. Hemen belirtelim ki, yasal butlan sonucunu bu şekilde etkisiz bırakmakta, çok hassas ve titiz davranılmalı, çok sınırlı olaylarda uygulanabileceği unutulmamalı, her somut olayda butlan iddiasının öne sürüldüğü hal ve şartlara, tarafların sözleşme öncesi ve sonrası tutum ve davranışlarına bakılmalı, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin

²⁷³ KARAHASAN, s.650.; TANDOĞAN, C.I/1, s.238.; KILIÇOĞLU, Yargıtay Dergisi, s.311.; TEKİNAY, Borçlar, s.107,108.; KARTAL, s.58.

toplumun adalet duygularını rahatsız edici çok açık unsurların varlığı araştırılıp sonuca gidilmelidir. Şekil noksanı nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmedeki edim ve karşı edimler fiilen ifa edilmemiş olsa dahi bir tarafın:

a) Yasada öngörülen şeklin gerçekleşmesinde kendi yararı için veya yanültücü hareketlerle engel olduğunun,

b) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duygularını rencide ettiği veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, aksine sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığının,

c) Edimini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmiş olduğunun,

Anlaşılması halinde dahi şekil eksikliğini ileri sürerek, edimini ifa etmekten kaçınması "bir hakkın kötüye kullanılması yasağına" aykırılık teşkil edeceği ve bu halde de diğer tarafın geçerli sözleşmelerde olduğu gibi şekil noksanı nedeniyle geçersiz olan sözleşmenin aynen ifasını veya ifa edilmemesinden doğan olumlu zararlarını isteyebileceği kabul edilmektedir."²⁷⁴

3.2.3. Üçüncü Kişi Bakımından Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliği halinde, yüklenici geçersiz sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişiye temlik etmişse, arsa sahibi yükleniciye karşı ileri sürebileceği şekil eksikliğini, üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir. Bir diğer ifade ile, üçüncü kişi ile yüklenici arasında alacağın temlik sözleşmesi yapılmışsa ve yüklenicinin bu sözleşmede devrettiği hak şeklen geçersiz bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini dayanıyor ise, arsa sahibinin bu geçersizliği BK m.167 uyarınca, üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi

²⁷⁴ Aynı yönde Y. 13. HD. 2.12.1991 T., E. 1991/7217, K. 1991/10901

mümkündür. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmemesine karşın, yukarıda açıklandığı üzere şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği bir durum söz konusu ise, geçersizlik yükleniciye karşı ileri sürülemeyeceğinden, üçüncü kişiye karşı da ileri sürülemeyecektir²⁷⁵. Bunun aksine, şekle aykırılığın bulunduğu ve bunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağı hallerde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olacağından, bu sözleşmeden hak kazanan üçüncü kişinin yükleniciye ödemiş olduğu satış bedelinin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre ve denkleştirici adalet ilkesi de gözetilerek iadesini talep edebileceği kabul edilmektedir²⁷⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmemesine karşın, yukarıda açıklandığı üzere şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğuramayacağı hallerde, üçüncü kişi ile yüklenici arasında müstakbel bağımsız bölüme özgülenen arsa payının satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde, yüklenicinin edimi imkansız hale geleceğinden, üçüncü kişi zararını BK m.96 hükmü uyarınca isteyebilmelidir.

²⁷⁵ .Y. 14. HD. 28.1.1986 T., E.1986/3901, K.1986/492: “Arsa maliki ile kat karşılığı inşaatı yükümlenen arasındaki sözleşme haricen yapılmış olduğundan geçersiz ise de, arsa malikleri, yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından satışı yapılan alıcılara intikalini sağlamak için yükleniciye vekaletname vermekle ve vekilleri de gerekli işlemi yerine getirmekle sözü edilen sözleşmeyi geçerli kılmışlardır. Sözü edilen sözleşmeyi geçerli kabul ederek ifâda bulunmalarına ve hatta aynı sözleşme doğrultusunda dava konusu dairenin davacıya ferağı için vekaletname vermelerine rağmen, arsa maliklerinden bir kaçının yüklenicinin kişisel hakkını temellük ederek ona halef olan ve bu hakkını kendilerine karşı ileri sürme olanağına sahip bulunan davacının tapu iptali ve tescil davasında sözleşmenin (müteahhitle aralarındaki sözleşmenin) geçersiz olduğunu savunmaları dürüstlikle bağdaşmaz” (ERMAN, s.176,177, dp.20'den naklen).

²⁷⁶ ERMAN, s.177. Yazar, “müteahhidin haricen yapılmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen edimini yerine getirmeyerek inşaatı tamamlamaması halinde MK. 2 hükmü gözetilerek sözleşmeye geçerlilik tanınması mümkün olmadığından, müteahhit ile üçüncü kişi arasında haricen yapılan satış vaadi sözleşmesinin de müteahhidin kişisel hakkının temlik sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir” fikrinden hareketle bu sonuca ulaşmaktadır”. Y. 13. HD. 29.11.2001 T., E. 2001/9723, K. 2001/10867 : “Davacı 16.1.1990 tarihli sözleşme gereği 25.000.000 TL ödeyerek satın aldığı dairenin tapusunun kaçak yapıldığı gerekçesiyle verilemediğini ileri sürerek ödediği bedelin dava tarihindeki değeri olan 7.000.000.000 TL.'nin faizi ile ödetilmesini talep etmiştir...Taraflar arasındaki satım sözleşmesine konu taşınmazın tapulu olduğu yönünde bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Tapulu taşınmazın satışına ilişkin sözleşme, resmi biçimde yapılmadığından hukuken geçersizdir. (MK. 634, BK. 213, Tapu K. 26 ve Noterlik K. 60 maddeleri). O nedenle geçerli sözleşmelerde olduğu gibi taraflarına hak ve borç doğurmaz. Bu durumda taraflar verdiklerini haksız iktisap kuralları gereğince geri isteyebilirler.”

Üçüncü kişinin arsa paylarını yükleniciden tapuda devralması halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olsa da üçüncü kişinin aynı hakkı korunmalıdır. Ancak, Yargıtay'ın sözleşmeden dönülmesi halinde üçüncü kişi arsa payını tapudan devralsa dahi MK m.1023'ün korumasından yararlanmayacağına ilişkin yerleşik kararları karşısında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli bir sözleşme gibi hüküm doğuramayacağı hallerde, üçüncü kişinin aynı kazanımı korunamayacaktır.

GCCRIS

SONUÇ

Üçüncü kişilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak kazanma biçimleri, taşınmaz satış sözleşmesi , taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ve uygulamada adi yazılı şekilde düzenlenmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini geçerli kılmak amacıyla kabul edilmiş alacağın temlik sözleşmesi ile olmak üzere üç türdür.

Yargıtay, yüklenicinin arsa sahibinden kazanacağı müstakbel bağımsız bölümleri üçüncü kişiye satışının vaadini şeklen geçersiz olması halinde de geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olması halinde de, BK m.162 vd. hükümlerini uygulayarak alacağın devri saymaktadır. Bu sayede, üçüncü kişi, yükleniciden alacağın temlik sözleşmesi ya da satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyeti talep hakkına yönelik kazandığı kişisel hakkı doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebilmektedir. Yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tüm borçlarını yerine getirmemesi, arsa sahibince inşaattaki eksikliğin pek az ve katlanılabilir boyutta olması halinde, dürüstlük kuralını göz önünde bulundurarak, üçüncü kişiye de bu eksikliği tamamlama, bu sayede taşınmazın adına tescili imkanı verilmektedir. Uygulamalardan ve zorunluluktan ortaya çıkan bu çözümü yerinde bulmaktayız.

Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, bu iradenin sözleşmeden dönme kabul edilebileceği durumlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından yükleniciden tapuda pay devralan üçüncü kişinin, riski üstlenmesi nedeniyle iyiniyetli sayılmayacağı ve dolayısıyla tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayacağı görüşü isabetli değildir. Kazanımın, üçüncü kişinin riski üstlenmesi nedeniyle iyiniyetli sayılmaması gibi aleyhine bir yoruma imkan

vermemesi gerekir. Üçüncü kişisini kendisi açısından en güvenli yolu seçtiğini düşünerek arsa payını tapu sicilinde devraldığı da gözönünde tutularak, üçüncü kişinin beklentisinin yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim etmesi olduğu ve bu nedenle üçüncü kişinin, sözleşmeden dönülmesini gerektirecek hallerde genellikle ortadan kaybolan yükleniciyi bulup zararını tazmin etmesini beklenmesi yerine, aynı hak kazanımı korunmalıdır. Aksi takdirde arsa sahibinin yüklenicinin seçimindeki özensiz davranışına, üçüncü kişi katlanmış olur.

Kişisel hak kazanan üçüncü kişinin, sözleşmeden dönülmesi halinde bu hakkına dayanarak ileri sürebileceği tescil isteği korunmayacak ise de, arsa sahibinin “kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanma” (venire contra factum proprium) ilkesinin ortaya çıkabileceği hallerde aksinin kabulü mümkündür.

Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, bu iradenin sözleşmenin feshi kabul edilebileceği durumlarda ise, üçüncü kişinin öngörülemez şekilde bir kısmının feda edilmesi gibi hukuki güvenliği zedeleyen bir sonuç doğurmaması ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özelliğine uygun olması nedeniyle yüklenicinin tazminat borcunun hesabında mübadele teorisinin uygulanması; bu teori uygulanırken üçüncü kişiye de yüklenicinin tazminat borcunu üstlenmesi imkanı verilmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmemesine karşın, şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğuracağı hallerde, yine üçüncü kişinin MK m.1023 hükmü gereğince aynı hak kazanımının korunması gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, üçüncü kişinin kazanımının korunmadığı hallerde, üçüncü kişinin uğradığı zararı aralarındaki sözleşme gereğince yükleniciden tazmin etmesi mümkündür. Ayrıca, üçüncü kişi bağımsız bölüme yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları da arsa sahibinden talep edebilecektir.

Söz konusu hallerde, arsa sahibinden arsa payı devralan ya da devrini vaad alan üçüncü kişinin kazanımı ise korunacaktır. Yüklenicinin göstereceği bir üçüncü kişiye satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde de, yüklenicinin arsa sahibinin verdiği vekaletnameye dayanarak üçüncü kişiye pay devri halinde de ve arsa sahibi tarafından bizzat arsa payının devri veya devrinin vaad edilmesi halinde de aynı durumun söz konusu olması gereklidir.

Çalışmada ulaşılan bu sonuçlar, inşaat kaynak sağlama gibi önemli bir işlev üstlenen üçüncü kişinin devre dışı bırakılmaması nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamada tercih edilmez hale getirmeyecek, üçüncü kişiler açısından adalet duygusunu sarsmayacak ve hukuk sistemimiz ile bağdaşacaktır.

KAYNAKÇA

- [1] **ACEMOĞLU, K.** (1970), *Eşya Hukuku Meseleleri*, İstanbul.
- [2] **AKİPEK, J.** (1971), *Türk Eşya Hukuku*, II.Kitap : Mülkiyet , Ankara.
- [3] **Aral, F.** (2003), *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 5.Baskı, Ankara.
- [4] **AYRANCI, H.** (2003), *Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)*, Ankara.
- [5] **BUZ, V.** (1998), *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara.
- [6] **CANSEL, E.** (1964), *Tapu Siciline İtimat Prensibi*, Ankara.
- [7] **ÇENBERCİ, M.** (1986), *Gayrimenkul Satış Vaadi*, 3.Baskı, Ankara.
- [8] **DAYINLARLI, K.** (1988), *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, Ankara.
- [9] **DAYINLARLI, K.** (1993), *Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki*, Ankara.
- [10] **ENGİN, B. İ.** (2002), *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Ankara.
- [11] **EREN, F.** (2003), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.
- [12] **ERMAN, H.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Gözden Geçirilmiş 2.Basım, İstanbul.

- [13] **ERZURUMLUOĞLU, E.** (197), *Türk – İsviçre Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi*, Ankara.
- [14] **FEYZİOĞLU, F. N.** (1977), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.II, İstanbul.
- [15] **HELVACI, S.** (1995), *Kat İrtifakı İle Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması*, Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ'e Armağan, İstanbul.
- [16] **KANETİ, S.** (1972), *Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)*, İstanbul.
- [17] **KARAHASAN, M. R.** (1997), *İnşaat İmar İhale Hukuku*, (Doktrin, Yargıtay-Danıştay-Sayıştay Kararları, İlgili Mevzuat), C.I, İstanbul.
- [18] **KARAHASAN, M. R.** (1998), *Mülkiyet Hakkının Kazanılması*, C.1, Ankara.
- [19] **KARTAL, B.** (1993), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Yapma Sözleşmesi*, Ankara.
- [20] **KAYA, Ö. K.** (1993), *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi*, İstanbul.
- [21] **KILIÇOĞLU, A. M.** (1989), *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması*, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı, Ocak-Ekim 1989, S.1-4.
- [22] **KILIÇOĞLU, A. M.** (2002), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- [23] **KIRCA, Ç.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi*, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara.
- [24] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.** (1959), *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, İstanbul.

- [25] **KUNTALP, E.** (1971), *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara.
- [26] **OĞUZMAN, M. K., ÖZ, T.** (2000), *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası*, İstanbul.
- [27] **OĞUZMAN, M. K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, K.** (2004), *Eşya Hukuku, (Zilyedlik – Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar)*, Gözden Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 10.Bası, İstanbul.
- [28] **ÖZ, T.**, *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Yaklaşımla Eleştirisi*, MHAD 1979-80-81, Yıl 13, No.16.
- [29] **ÖZ, T.** (1989), *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul.
- [30] **ÖZ, T.** (2006), *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi İle Birlikte*, İstanbul.
- [31] **ÖZ, T.** (2000), *Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği ve Bu Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi*, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul.
- [32] **REİSOĞLU, S.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar*, BATİDER C.XXIV, S.2, Ankara.
- [33] **REİSOĞLU, S.** (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.
- [34] **REİSOĞLU, S.** (1963), *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları*, Ankara.
- [35] **REİSOĞLU, S.** (1984), *Türk Eşya Hukuku*, C.I, B.7, Ankara.
- [36] **REİSOĞLU, S.** (1982), *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, B.4, Ankara.

- [37] **SELİÇİ, Ö.** (1977), *Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul.
- [38] **SELİÇİ, Ö.** (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul.
- [39] **SEROZAN, R.** (1975), *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul.
- [40] **SEROZAN, R.** (2004), *Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü*, Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Ankara.
- [41] **SUNGURBEY, İ.** (1963), *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, İstanbul.
- [42] **SUNGURBEY, İ.** (1980), *Medeni Hukuk Sorunları*, C.IV, İstanbul.
- [43] **SUNGURBEY, İ.** (1982), “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte Özellikle Yapının Bir Bölümü Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirildiği Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir.” (Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’a Zorunlu Bir Yanıt), YHD, Şubat 1982.
- [44] **SUNGURBEY, İ.** (1982), Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BY m.360/II,III’ün Örneğe Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’ın Son Yazısı Üzerine Notlar, YHD, Nisan 1982.
- [45] **SURLU, M. H.** (2007), *Açıklamalı-İçtihatlı Gayrimenkul Satış Vaadi, Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil, Elatmanın Önlenmesi Davaları*, Ankara.
- [46] **TANDOĞAN, H.** (1981), *Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Yapamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler*, BATİDER, C.XI, S.1, Haz 1981.
- [47] **TANDOĞAN, H.** (1982), *Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu*, YHD., Nisan 1982.

- [48] **TANDOĞAN, H.** (1987), *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C.II, B.3, Ankara.
- [49] **TANDOĞAN, H.** (1985), *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C.I/1, B.4, Ankara.
- [50] **TANDOĞAN, H.** (1961), *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s.405, Ankara.
- [51] **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP** (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B.7, İstanbul.
- [52] **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP** (1989), *Eşya Hukuku*, C.1, B.5, İstanbul.
- [53] **von TUHR, A.** (1983), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C.1-2, Çeviren : Cevat EDEGE, Ankara.
- [54] **YAVUZ, C.** (2002), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş 6.Baskı, İstanbul.
- [55] **YILDIRIM, A. A.** (2004), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri*, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul.