

**T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

DOKTORA TEZİ

**TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN
MAHKEME KARARI İLE KAZANILMASI**

Hazırlayan

Ahmet Murat ARPACI

Danışman

Prof. Dr. Faruk ACAR

HAZİRAN, 2022

İNTİHAL SAYFASI

Doktora tezi olarak sunduğum bu çalışmayı bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışımında alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

Ahmet Murat ARPACI
14.06.2022

ÖZET

Bu çalışma, taşınmaz mülkiyetinin tapu kütüğüne tescilden önce kazanılma halleri arasında çok önemli bir yeri olan, uygulaması çok fazla bulunan mahkeme kararı ile kazanılmanın bütün yönleriyle ele alınması amacını gütmektedir. Böylece, konuyu teorik ve pratik açılardan inceleyerek hukuk tekniğine ve menfaatler dengesi ilkesine en uygun çözümlere varma hedeflenmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılma halleri ve bu çeşit kazanımın şartları ve sonuçları, çeşitli hukuki ilişkiler ve çeşitli hukuk dalları açısından çalışmamızda bütün ayrıntıları ile ele alınmıştır. Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması konusunun derinlemesine ele alınarak monografik bir çalışmanın hukukçulara sunulması, şüphesiz ki, önemli bir ihtiyaca cevap verme çabasının sergilenmesidir. Ders kitaplarında konunun bütün ayrıntıları ile okuyucuya sunulması, elbette mümkün olmamaktadır. Çalışmamızın amaçlarından biri de, işaret edildiği üzere, konuya ilişkin önemli bir boşluğun hukukun güncel görünümüne uygun biçimde doldurulmasıdır. Bu çalışmada, konuya ilişkin olan ve değinilmemiş bulunan problemlere mümkün olduğu ölçüde girilmiş, pozitif hukuka uygun ve adil olan çözümler üretilmeye gayret edilmiştir. Bazen de, ilgili problemlerin çözümü için “de lege feranda” çözümler teklif edilmiştir. Bu da, çalışmamızın amaçlarından biridir. Özgün ve doğru görüşler ileri sürülmeye çalışılmıştır.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının ne anlama geldiği, diğer bir deyişle, söz konusu kazanma halinin ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı, ayrıca ilgili kararın hukuki niteliği ve nihayet bu kararın borç ilişkisine etkisi gibi noktalar çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve böylece konuya ilişkin soru işaretleri giderilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz mülkiyeti, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tapu siciline tescil, satış sözleşmesi, satış vaadi sözleşmesi, mahkeme kararı, Türk Medeni Kanunu, önalım hakkı, tapu sicili.

ABSTRACT

This study aims to deal with all aspects of acquiring immovable property by court decision, which has a very important place among the cases of acquisition before registration in the land registry. Thus, it is aimed to reach the most appropriate solutions to the legal technique and the principle of balance of interests by examining the subject from theoretical and practical perspectives. The cases of acquisition of immovable property by court decision and the conditions and consequences of such acquisition are discussed in detail in our study in terms of various legal relations and various branches of law. Presenting a monographic study to jurists by discussing the acquisition of immovable property with a court decision in depth is undoubtedly an effort to respond to an important need. Of course, it is not possible to present the subject to the reader with all the details in the textbooks. One of the aims of our study, as pointed out, is to fill an important gap on the subject in accordance with the current view of law. In this study, the problems that are related to the subject and not mentioned have been entered as much as possible, and it has been tried to produce solutions that are in accordance with positive law and fair. Sometimes, “de lege ferenda” solutions are offered to solve the related problems. This is one of the aims of our study. It has been tried to put forward original and correct views.

The meaning of acquiring the ownership of the immovable by a court decision, in other words, the legal consequences of such acquisition, as well as the legal nature of the relevant decision and finally the effect of this decision on the obligatio have been discussed in detail in our study and thus question marks on the subject attempted to be resolved.

Keywords: Real property, acquisition of immovable property, entry in the land register, real estate sales contract, preliminary contract for real estate sale, court decision, Turkish Civil Code, right of preemption, land registry.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL SAYFASI.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR	ix
§1. GİRİŞ	1
I- GENEL OLARAK.....	1
II- ÇALIŞMANIN AMACI VE SINIRLARININ BELİRLENMESİ.....	2
BİRİNCİ BÖLÜM	4
TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI BAKIMINDAN TESCİL İLKESİNİN GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ.....	4
§2. TESCİL VE KAYIT- TAPULAMA KAVRAMLARI, KONUYA İLİŞKİN KISA AÇIKLAMALAR.....	4
I- TESCİL.....	4
1) Kavram.....	4
2) Tescilin Hukuki Niteliği	5
3) Tescilin Hukuki Sebebi.....	7
4) Tescilin Sebebe Bağlılığı	8
5) Tescilin Geçersizliği (Yolsuz Tescil Olgusu)	11
a) Baştaki Geçersizlik.....	11
b) Sonradan Geçersiz Hale Gelme Sorunu ve Konuya İlişkin Tartışmalar	13
c) Sonradan Geçersiz Hale Gelme Sorununa İlişkin Görüşümüz	16
6) Tescilin “Yok” Hükmünde Olması	20

7) Tescilin Sonradan Geçerli Hale Gelmesi	22
II- KAYIT- TAPULAMA.....	24
1) Kavram.....	24
2) Tescil ile Karşılaştırma	24
3) Mevzuat ve Uygulamadaki Konuya İlişkin Durum	25
III- TESCİLE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMA ALANI.....	26
1) Terkin Bakımından	26
2) Şerh Bakımından.....	27
3) Beyan Bakımından.....	28
4) Diğer Kayıtlar Bakımından.....	28
§3. TESCİL İLE KAZANILMAYI SAĞLAYAN HUKUKİ YOLLAR.....	29
I- SÖZLEŞME NİTELİĞİNDEKİ HUKUKİ İŞLEMLER	29
II- TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLER.....	34
1) Genel Olarak	34
2) Tahsis İşlemleri.....	36
İKİNCİ BÖLÜM.....	37
TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN TESCİLSİZ KAZANILMASI VE MAHKEME KARARI İLE KAZANIMIN NİTELİK VE ÖZELLİĞİ.....	37
§4. TESCİLSİZ KAZANIM KAVRAMI	37
§5. TESCİLSİZ KAZANILMA DURUMLARI.....	38
I- MEDENİ KANUN BAKIMINDAN	38
II- DİĞER İLGİLİ MEVZUAT BAKIMINDAN.....	44
III- MAHKEME KARARI İLE KAZANILMADA KARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	45
IV- MAHKEME KARARI İLE KAZANIMIN ÖZELLİĞİ.....	50
V- DİĞER KAYITLAR BAKIMINDAN MAHKEME KARARI.....	52
1) Terkin Bakımından	53

2) Şerh Bakımından.....	54
§6. TAŞINIR MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI BAKIMINDAN KONUMUZA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMA	56
§7. TAPUSUZ TAŞINMAZLARIN KONUMUZA İLİŞKİN DURUMU	58
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	61
TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN MAHKEME KARARI İLE KAZANILMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI	61
§8. MAHKEME KARARINA ESAS TEŞKİL EDEN BAŞLICA HUKUKİ DAYANAKLARIN İNCELENMESİ.....	61
I-MEDENİ HUKUK AÇISINDAN.....	61
1) Taşınmaz Satışı	61
a) Geçerli Satışlar	61
aa) Ülkemizdeki Uygulama	61
bb) Alıcının Genel Olarak Dönme Hakkını Kullanması	63
cc) Tarafların Temerrüdü.....	66
b) Geçerli Olmayan Satışlar	67
aa) Konunun Genel Olarak Açıklanması ve Mahkeme Kararının Geçersiz Satış İlişkisine Dayanılarak Oluşturulması Sorunu	67
bb) Maketten (veya Topraktan) Satışlar	71
aaa) Kavram ve Uygulama.....	71
bbb) Yargıtay'ın, İlgili Yasal Düzenlemeden Önceki Dönemde Konuya Bakışı	72
ccc) Konuya İlişkin Yasal Düzenleme.....	75
2) Taşınmaz Satış Vaadi.....	78
a) Hukuki Niteliği.....	78
b) Konuya İlişkin Tartışmalar.....	79
aa) Mahkeme Kararı ile Kazanılma Bakımından Öncelikle Satış İlişkisinin Kurulmasını Arayan Görüş.....	79

bb) Mahkeme Kararı ile Kazanılma Bakımından Doğrudan Doğruya Satış Vaadine Dayanılabilirliğini Savunan Görüş	82
cc) Görüşümüz.....	84
3) Satış İlişkisi Doğurabilen Haklar	86
a) Önalım (Şufla) Hakkı.....	86
aa) Kavram	86
bb) Çeşitleri	87
cc) Bugünkü Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Bakımından.....	88
dd) Önceki Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Bakımından	90
b) Geri Alım (Vefa) Hakkı	92
c) Alım (İştirak) Hakkı	94
4) Taşınmaz Bağışı.....	94
5) Ölüme Bağlı Tasarruflar	97
6) Dolaylı Vekâlet İlişkisi	98
7) Haksız İnşaat.....	100
8) Taşkın İnşaat	103
9) Aynen Tazmin.....	104
10) Toplu Mülkiyet İlişkileri.....	110
a) Paylı (Müşterek) Mülkiyet	111
b) Elbirliği Mülkiyeti (İştirak Halinde Mülkiyet)	114
c) Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı.....	114
11) Miras Payının Devri ve Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi	118
a) Miras Payının Devri	118
aa) Mirasçılar Arası Devir	118
bb) Üçüncü Kişiye Devir	119
cc) Mirasın Açılmasından Önce Devir	120
b) Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi	122

12)	Aile Hukuku Alanındaki İlişkiler.....	123
13)	Vakıf Kurma İşlemi	128
14)	Sebepsiz Zenginleşme.....	129
15)	Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi	130
16)	Tenkise İlişkin İade Borcu	131
17)	Taşınmaz Mülkiyetinin Devrine Yönelen Diğer Hukuki İşlemler	133
a)	İnançlı Temlik	133
b)	Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.....	137
c)	Sulh Sözleşmesi ve Kabul	147
d)	İsteğe Bağlı Açık Artırma	149
e)	Trampa	150
f)	Adi Ortaklık.....	152
g)	İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme.....	154
h)	Ödüllü Yarışma Ve Piyango Tertibi.....	155
II-	DİĞER HUKUK DALLARI AÇISINDAN	156
1)	Ticaret Hukuku	156
a)	Şirketler Bakımından.....	156
b)	Kooperatifler Bakımından.....	159
2)	İcra ve İflas Hukuku.....	160
§9.	TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN MAHKEME KARARI İLE KAZANILMASININ İFA VE BORCA AYKIRILIK BAKIMINDAN ETKİSİ	165
SONUÇ		169
KAYNAKÇA		171

KISALTMALAR

bkz.	: bakınız
dpn.	: dipnotu
E.	: Esas
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
krş.	: Karşılaştırınız
mad.	: madde
N.	: Kenar Numarası (Randnote)
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TST	: Tapu Sicili Tüzüğü
Tüketici K.	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
vd.	: ve devamı
Y14HD.	: Yargıtay 14. Hukuk Dairesi
Y1HD.	: Yargıtay 1. Hukuk Dairesi
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

§1. GİRİŞ

I- GENEL OLARAK

Tapuya kayıtlı taşınmazların mülkiyetinin kazanılmasında temel kural, tescille kazanılmadır (TMK.705/I). Tescil, aşağıda daha yakından görüleceği üzere Devlet (tapu memuru) tarafından gerçekleştirilen kamusal bir işlemdir. Ne var ki, bu kamusal işlem gerçekleşmeden, taşınmazın mülkiyetinin kazanılması da, kural olarak, mümkün değildir. Görüldüğü üzere, burada, özel hukuk alanındaki bir işlem, örneğin taşınmaz satımı işlemi, bir kamusal işlem sayesinde kendi hedefine, yani mülkiyetin geçirilmesi amacına erişebilmektedir. Bu görünüm, gerçekten ilginçtir.

Kanunkoyucu, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin söz konusu temel kurala birçok istisna getirmiştir. Diğer bir deyişle, taşınmaz mülkiyeti bazen tescilsiz de kazanılabilmektedir. Yalnız, şunu önemle ve özellikle belirtmek gerekir ki, tescilsiz kazanılma halleri konusunda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi mevcuttur. Bunu Medeni Kanun'umuzun 705/II hükmünden anlamaktayız.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılma yollarından biri olan mahkeme kararı ile kazanılma, üzerinde özel olarak çalışılması gerekli önemli konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması denince, gözümüzün önüne hemen TMK. 716 hükmü gelmekte ise de, konuya daha yakından baktığımızda bu görünümün yanıltıcı olduğunu anlamaktayız. Diğer bir deyişle, söz konusu karara hukukî sebep oluşturan yegâne hüküm TMK. 716 değildir. Yalnız, önemle belirtilmelidir ki, TMK. 716 hükmüne dayanan mahkeme kararının hukukî niteliği konusunun tartışmalı olmamasına karşılık, diğer hukuki sebeplerden bazılarına dayanan kararların niteliği tartışmalıdır. Öyleyse, TMK. 716'nın çalışma konumuzdaki yeri, işte bu sebeple ilgili listenin en başındadır.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması konusu elbette Medeni Hukuk alanına ilişkin bir konudur. Bununla birlikte, bu konu, özel hukukun başka dallarını da yer yer ilgilendirmekte, hangi çatı altına girdiği kuşkuyla olan usul hukuku (hukuk usulü) dahî bu ilgiden nasibini almaktadır.

Şuna da işaret edelim ki, mahkemeden bu konuda lehte karar alan kimsenin artık ilgili taşınmaz bakımından sorununu kesin olarak ortadan kaldırdığı da, hukukçu olmayanların düşüneceklerinin aksine, asla söylenemeyecektir. İlgili kararın hukuka aykırı olma ihtimalinden başka, lehine karar alan kimse adına açıklayıcı tescilin yapılmamış olabilmesi, burada önemle anılmalıdır.

İşte, bu gibi noktalar, bu çalışmada bütün yönleri ile derinlemesine ele alınacaktır. Bu çalışmada, sonuçlara varılırken sağlam teorik temellerin peşinde koşulacak, ancak, hukuk pratiği de ihmal edilmeyecektir.

II- ÇALIŞMANIN AMACI VE SINIRLARININ BELİRLENMESİ

Bu çalışma, taşınmaz mülkiyetinin tapu kütüğüne tescilden önce kazanılma halleri arasında çok önemli bir yeri olan, uygulaması çok fazla bulunan mahkeme kararı ile kazanılmanın bütün yönleriyle ele alınması amacını gütmektedir. Böylece, konuyu teorik ve pratik açılardan inceleyerek hukuk tekniğine ve menfaatler dengesi ilkesine en uygun çözümlere varma hedeflenmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılma halleri ve bu çeşit kazanımın şartları ve sonuçları, çalışmamızda bütün ayrıntıları ile ele alınacaktır. Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması konusunun derinlemesine ele alınarak monografik bir çalışmanın hukukçulara sunulması, şüphesiz ki, önemli bir ihtiyaca cevap verme çabasının sergilenmesidir. Ders kitaplarında konunun bütün ayrıntıları ile okuyucuya sunulması, elbette mümkün olmamaktadır. Çalışmamızın amaçlarından biri de, işaret edildiği üzere, konuya ilişkin önemli bir boşluğun hukukun güncel görünümüne uygun biçimde doldurulmasıdır. Bu çalışmada, konuya ilişkin

olan ve değinilmemiş bulunan problemlere mümkün olduğu ölçüde girilecek, pozitif hukuka uygun ve adil olan çözümler üretilmeye gayret edilecektir. Bazen de, ilgili problemlerin çözümü için “de lege feranda” çözümler teklif edilecektir. Bu da, çalışmamızın amaçlarından biridir. Özgün ve doğru görüşler ileri sürülmeye çalışılacaktır.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması, çalışmamızın sınırını teşkil edecektir. Ancak, bu sınırın içerisine, doğal olarak, konu ile yakından ilgili olan diğer hususlar da girmek durumundadır. Örneğin, okuyucuyu taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması konusuna hazırlamak için, kaçınılmaz olarak, bu mülkiyetin kazanılmasına ilişkin kural ve bunun istisnaları ele alınmak gerekecek, bu gibi noktalara çalışmada yerine göre az veya çok dokunma ihtiyacı kendini gösterecektir. İşte, bu gibi noktalar da çalışmamızın sınırları içinde kalacaktır. Diğer bir deyişle, çalışmamız, değinilen bu hususları da kapsayacaktır. Elbette, çalışma, mahkeme kararı ile kazanılma merkezli olacaktır. Çalışmamızın en ayrıntılı ve yoğun kısmı, doğrudan doğruya mahkeme kararı ile kazanılmayı elen alan Üçüncü Bölüm olarak planlanmıştır. Başka bir deyişle, gerekli oranlama ve dengenin gözetilmesine çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI BAKIMINDAN TESCİL İLKESİNİN GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

§2. TESCİL VE KAYIT- TAPULAMA KAVRAMLARI, KONUYA İLİŞKİN KISA AÇIKLAMALAR

I- TESCİL

1) Kavram

Hukukumuzda, tapulu (tapuya kayıtlı) taşınmazların mülkiyetinin el değiştirmesi, kural olarak, “tescil” denilen bir işlemle gerçekleştirilmektedir (TMK.705/I). Tescil terimi, hem Medeni Kanun’ da, hem de diğer ilgili mevzuatta sık sık kendinden bahsettiren önemli bir terimdir.

Tapu kütüğünde taşınmaza ayrılmış olan sayfaya o taşınmaza ilişkin aynî hakların bu işle görevli Devlet memuru tarafından yazılmasına “tescil” denmektedir. Şu halde, tescil, yukarıda ilk paragrafta da söylendiği üzere, kamusal bir işlemdir. Ancak, yine yukarıda belirtildiği üzere, bu kamusal işlem yapılmadan, kural olarak, taşınmaz mülkiyeti kazanılamaz.

Tescil, kamusal işlem olduğu içindir ki, bu işlem taşınmazlar bakımından tasarruf (harcama) işlemi olarak nitelendirilemeyecektir¹. Ancak,

¹ Bkz., H. Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.422. Bununla birlikte bkz. ve karşı. S. S. Tekinay/S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt:I, İstanbul 1989, s.328-329.

Esasen, tescilin tek taraflı bir işlem olması sebebiyle de, bu işlemi tasarruf “sözleşmesi” olarak niteleyemeyiz. Demek oluyor ki, tescil, hem kamusal işlem, hem de tek taraflı işlem olduğu içindir ki, bu işlem tasarruf sözleşmesi değildir. Gerçi, tek taraflı olmak bakımından bazı zorlama yorumlarla söz konusu kavramsal engel aşılabılır. Ne var ki, kamusal nitelikte işlem olma özelliği tescili tasarruf işlemi saymamak için tek başına yeterlidir. Tescilin resmi bir fiil olduğu konusunda bkz., A. Aybay/H. Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s.179, N.65.

tasarruf işleminin sonuç doğurması için tescilin yapılması da, işaret edildiği üzere, şarttır. İşte tescil, böylesine önemli bir kavramdır.

Tescil, bazen kurucu, bazen de açıklayıcı niteliktedir. Örneğin, bir taşınmazın satışına ilişkin sözleşme üzerine yapılan tescil kurucu nitelik taşımaktadır. Çünkü, bu tescil iledir ki, söz konusu taşınmazın maliki değişmekte, satıcıda olan mülkiyet hakkı alıcıya geçmektedir. Buna karşılık, örneğin mahkeme kararı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması durumunda, malik tarafından başka bir tasarruf işleminin yapılmasını sağlamak (TMK.705/II) ve ayrıca iyiniyetli üçüncü kişinin aynî hak kazanarak mahkeme hükmünü etkisiz kılabilmesini önlemek için (TMK.1023) yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir. Bu ikinci tescil, daha önce mahkeme kararı ile kazanılmış aynı hakkı açıklama gibi bir işleve sahiptir.

2) Tescilin Hukuki Niteliği

Tescil, yukarıda değinildiği üzere, kamusal bir işlemdir. Tescili tapu memuru yaptığına göre, bunun, özel hukuktaki anlamı ile bir hukuki işlem olmadığı açıktır. Özel hukukta (medeni hukukta) hukuki işlem şu şekilde tanımlanmalıdır: “Hukuki işlem, hukuki sonuca yönelen öyle bir irade beyanıdır ki, hukuk düzeni, bu beyana, yöneldiği hukuki sonucu bağlar”². Şüphesiz, hukuki işlem, özel hukuk kavramı olduğu için, söz konusu irade beyanının da özel hukuk nitelikli olması, yani kamu personeli tarafından ve kamu adına, kamu otoritesi kullanılarak yapılmamış bulunması gerekir. Oysa tescil, açıklandığı üzere, kamu adına ve kamu otoritesi kullanılarak icra edilmektedir.

Tescil, özel hukuk işlemi olmamakla beraber belirtildiği üzere, özel hukuka ilişkin sonuç doğurmaktadır. Acaba, bu durumdan da yararlanmak

² Bkz., S. S. Tekinay, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Beşinci Bası, İstanbul 1987, s.98.

suretiyle, tescil işlemi bakımından medeni hukuk esasları kıyas yolu ile uygulanabilecek midir? Örneğin, tescili yapan tapu memuru, medeni hukuk bakımından o esnada ehliyetsiz hale gelmişse, tescilin akıbeti ne olacaktır? Medeni Kanun, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tescili, kural olarak, şart koşmuş, ancak tescilin tanımını vermemekle kalmamış, yukarıdaki sorunun ve benzer soruların cevabı konusunda da ses çıkarmamıştır. Hemen ifade edelim ki, tapu memurunun kısıtlı veya küçük olması düşünülemeyeceğine göre (çünkü, aksi takdirde Devlet memurluğundan söz edilemeyecektir), yukarıdaki soruda sözü edilen “ehliyetsizlik”, ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun olma halini, yani tam ehliyetsizliği anlatmak için kullanılan bir terimdir. Tam ehliyetsizin yaptığı hukuki işlemler hukuki sonuç doğurmayacağına göre (TMK.15)³, kanaatimizce, tam ehliyetsiz hale gelmiş tapu memurunun bu halde iken yaptığı tescil de, TMK.15 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle hükümsüz sayılmalıdır. Tapu memurunun cebir ve tehdit altında yaptığı tescil de hükümsüz kabul edilmelidir. Cebir bakımından, zaten iradenin felç olması söz konusu edilmeli, tehdit bakımından da artık burada TBK.39 hükmünün uygulanmasından bahsedilmesi mümkün görülmemelidir. Gerçekten, bu hüküm, işin mahiyeti ile bağdaştırılamaz. Çünkü, tehdit halinde tapu memurunun TBK.39 hükmü uyarınca davranması mümkün görülemez. Şöyle ki, anılan hüküm sözleşmelerle ilgilidir; tapu memurunun yaptığı tescil işlemi ise sözleşme niteliğinde değildir. Ayrıca, tehdit etkisiyle tescil yapan tapu memurunun bu etkinin ortadan kalkmasından itibaren “bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi” veya “verdiği şeyi geri istemesi” açıktır ki düşünülemez. Dolayısıyla, tehdit etkisi altında yapılan tescil (keza şerh, beyan) işlemi, kanaatimizce “cebir” de olduğu gibi geçersiz kabul edilmelidir. Tehdit etkisiyle yapılan tescili geçerli kabul etmenin hukuken

³ Tam ehliyetsizin hukuki işlem dışındaki hukuki filleri, bunlar eğer iradeye ihtiyaç göstermiyorsa, hukuki sonuç doğuracaktır. Bunun gibi, örneğin kusursuz sorumluluk hallerinde de tam ehliyetsizin sorumlu olması söz konusudur (bu hususlar için ayrıca bkz., Tekinay, s.232-233).

doğru olmayacağı ortadadır. Böyle bir tescilin hüküm doğurduğunu ileri sürmek, TMK.2 hükmüne de aykırı düşer⁴.

3) Tescilin Hukuki Sebebi

Ayni hakların kazanılması, işaret edildiği üzere, sebebe bağlı (illî) bir işlemle gerçekleşir. Bunu, TMK.1015; TMK.1024 ve TMK.1025 hükümleri dile getirmiş bulunmaktadır. Belirtildiği üzere, mülkiyet hakkı (ve sınırlı ayni haklar), kural olarak, tescil ile kazanılacağı için, tescil işleminin dahî sebebe bağlı olduğu söylenmelidir (TMK.1024/II).

Acaba, tescilin hukuki sebebi neler olabilir? Bir kere, belirtmek gerekir ki, buradaki hukuki sebebin en belirgin görünümü hukuki işlem olmasıdır. Tescilin hukuki sebebini teşkil eden hukuki işlemin iki taraflı hukuki işlem, yani sözleşme olması yanında, bunun tek taraflı hukuki işlem olması da mümkündür. Mesela, satış ve bağış sözleşmeleri iki taraflı hukuki işleme⁵, vasiyetname de tek taraflı hukuki işleme örnek olabilir. Tescilin hukuki sebebi olan işlemin kamu hukuku alanında kalan bir işlem olarak karşımıza çıkması da mümkündür. Örneğin, mahkeme hükmü veya cebri artırma böyledir (TMK.705/II)⁶. Önemle belirtilmelidir ki, tescil, ister kurucu isterse açıklayıcı nitelikte olsun, mutlaka geçerli bir hukuki sebebe dayanmalıdır. Aksi halde, “yolsuz tescil” den söz edilir. Bu kavram, aşağıda daha yakından ele alınacaktır.

Tescilin hukuki sebebinin hukuki işlem niteliğini taşımayan hukuki olaylardan ibaret olması da olasıdır. Örneğin, ölüm olayı, açıklayıcı tescilin

⁴ Belirtelim ki, irade sakatlığı veya cebir etkisi tescilin hukuki sebebine de bulaşmışsa, esasen sebebe bağlılık ilkesi (TMK.1024/II) gereğince tescil de yolsuz olacaktır. Uygulamada da, tapu memurunun ehliyetli duruma düşmesi dışında, diğer olumsuzluklar, çoğu kez hukuki sebebe ilişkin olacaktır.

⁵ Doktrinde “tek tarafa borç yükleyen” anlamında olmak üzere bağışlamaya “tek taraflı hukuki işlem” denildiği de görülebilmektedir. Ancak, kavram karışıklığına ve yanlış nitelendirmelere sebep olabilen bu terim, artık terk edilmiş gözüküyor.

⁶ Ayrıca bkz., J. G. Akipek/T. Akintürk/D. Ateş, Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s.289. Bu konuda ayrıca bkz., P.Tuor/B. Schnyder/J. Schmid/A. Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2009 (Schulthess Verlag), s.922, N.2.

(intikal işleminin) hukuki sebebidir. Tescilin hukuki sebebi, kanun hükmü de olabilir (örneğin, TMK.893).

Tescilin hukuki sebebinin tabi olduğu şekilden de burada bir ölçüde bahsedilmelidir. Hukuki sebep bir hukuki işlem niteliğini taşıyorsa, bu işlemin türü, burada önem arzedecektir. Örneğin, söz konusu işlem bir bağış veya satış işlemi ise, bu işlem resmi biçimde yapılmalı, resmiyeti de Tapu K. 26 uyarınca tapu memuru vermelidir. Burada, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olmalarını resmi şekilde düzenlenmeleri şartına bağlayan TMK.706/I hükmü de anılmalıdır. Hukuki sebep, bazen resmi şekle tabi olmayabilir. Örneğin, ölüme bağlı tasarruf, eğer tescilin hukuki sebebinin oluşturuyorsa, burada TMK.706/I ve Tapu K.26 hükümleri değil, fakat kanunun ilgili hükümlerinin öngördüğü şekil esasları tatbik edilecektir (TMK.706/II). Bazen, adi yazılı şekil, başka işlemler vesilesiyle de yeterli olabilir (TMK.676/son)⁷.

4) Tescilin Sebebe Bağlılığı

Yukarıda işaret edildiği üzere, tescil sebebe bağlı (illî) ve kamusal bir işlemdir. Öyle ki, eğer hukuki sebep yok veya hükümsüz ise, tescil de hükümsüz olur. Bu durumda, değinildiği üzere, yolsuz tescilden söz edilir.

Tescilin yapılabilmesi için hukuki sebebin varlığı gerekli olmakla birlikte, bu şart “yeter şart” değildir. Diğer bir deyişle, tescil için geçerli bir hukuki sebepten başka, “tescil talebi, tescil istemi” denilen ikinci bir işleme de ihtiyaç vardır (TMK.1013/I). Tescil talebi, yazılı olmalıdır (TMK.1013/I). Şayet, aynî hak iktisabı örneğin mahkeme kararı gibi tescile gerek bırakmayan bir hukuki olay üzerine gerçekleşmişse, tescil talebine gerek yoktur (TMK.1013/II). Bu ihtimalde, tescil, daha önce mülkiyeti kazandıran hukuki olayın belgeleri ibraz edilmek suretiyle yaptırılabilir (TMK.1013/III).

⁷ Bkz., YİBK. 10.12.1952, 1950/2 E. 1952/4 K., RG. 13.3.1953, sayı: 8358.

Önemle belirtelim ki, hukuki sebebi bulunmayan ve geçersiz olan tescil yolsuz tescil olduğu gibi, gerektiği halde tescil talebinde bulunulmadan yapılan ve geçersiz tescil talebine istinaden icra kılınan tescil dahi yolsuz olacaktır. Gerçi, TMK.1024/II hükmündeki “bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur” ifadesinden bu sonuca hemen varılamamaktadır. Ne var ki, buradaki “bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan” sözünden hareketle tescil talebinin de tescilin geçerliliğine ilişkin kurucu işlem olduğunu söylemek mümkün olduktan başka, tescil talebinin hukuki niteliğinden yola çıkarak da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Gerçekten, tescil talebinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bir yana⁸, bu işlemin ancak o konuda tasarruf yetkisini haiz kişi tarafından yapılabileceği açık olduğuna göre (TMK.1013)⁹, taşınmazlar üzerinde aynî hakkın kurulmasını veya devrini sağlayan tescilin, tasarruf işlemi ile çok yakın ilgisi olduğu şüphesiz olan tescil talebine dayanması gerektiği orta yerdedir¹⁰. Bu açıklamalarımızdan anlaşılabileceği üzere, kurucu nitelikte olmayan tesciller için tescil talebi gerekmez. Bu noktaya yukarıda da değinilmiştir.

Burada, tescil talebi bakımından ülkemizdeki uygulamaya da değinmeliyiz. Bizdeki yaygın uygulamada, tescilin hukuki sebebini oluşturan borç sözleşmesi ile tescil talebi birleştirilmiş halde tarafların imzasına sunulmakta ve tapu memurunca hazırlanıp sunulan bu işlem imzalandıktan sonra tescil yapılmaktadır (yevmiye defterine kayıt aşamasına ilişkin ayrıntılara girmiyoruz). Başka bir anlatımla, tapu uygulamamızda, genellikle, örneğin satış veya bağış resmi sözleşmeleri ile tescil aşamaları arasına bir de tescil talebi aşaması girmemekte, satış veya bağış sözleşmesini düzenleyip tarafların imzasına sunan tapu memuru, tabir caizse, tarafların bir taşla iki kuş vurmalarını sağlamaktadır. Şu halde, uygulamadaki tabirle “akıt tablosu veya

⁸ Bu tartışmalar için bkz., Akipek/Akıntürk/Ateş, s.293 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.327 vd.; H. N. Nomer/M. S. Ergüne, Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020, s.136 vd., N.402 vd.

⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.332-333.

¹⁰ Ayrıca bkz., Y1HD., 27.9.1979, 7978/10405, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.325, dñn.16.

resmi senet” içinde tescil talebi de, genellikle mevcuttur¹¹. Tapu Sicili Tüzüğü’nün 16 vd. hükümlerinden de bu sonuç çıkmaktadır (22.07.2013 tarih ve 2013/5150 no.lu Tüzük). Ayrıca belirtelim ki, “Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” başlıklı Yönetmeliğin mad. 7/i hükmünde resmi senette “tasarrufi işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanları”nın da yer alması gerektiği yazılıdır¹².

Söz konusu uygulama, kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulması bakımından kanun hükmü halini almıştır. Gerçekten, KMK.13/I hükmünün son cümlesi, “bu sözleşme aynı zamanda tescil istemi sayılır” şeklindedir.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Medeni Kanunumuz açısından kurucu nitelikteki tesciller için hukuki sebep (örneğin satış sözleşmesi), tescil talebi ve tescil şeklinde üç aşama mevcut olmakla birlikte, uygulamada bu aşamalar “şeklen” iki olarak kendini göstermektedir. Kat Mülkiyeti Kanunu ise, bu uygulamayı yasal ifadeye kavuşturmuştur.

¹¹ Bu uygulama için ayrıca bkz., K. T. Gürsoy/F. Eren/E. Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s.247.

¹² Bu Yönetmelik 10 Kasım 2009 tarihinde 27402 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Belirtelim ki Tapu Sicili Tüzüğü’nün “istem” başlığını taşıyan mad.16 hükmünün devamındaki “Resmi Senet düzenlenmesi” başlıklı 21. maddesinin, “sözleşme düzenlenmesi gereken işlemlerde resmi senet düzenlenir. Resmi senetlerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir” biçimindeki ifadesi, Tüzük bakımından da yukarıda vardığımız sonucu doğrulamaktadır. Yani, anılan tapu uygulaması, bugün Tüzük ve Yönetmelik hükümlerine dayanmaktadır.

Yeri gelmişken, söz konusu tapu uygulamasının, bu uygulama nazara alınmadan sevkedilen bazı kanun hükümlerinin uygulamasını da imkânsız hale getirdiğine temas edilmelidir. Örneğin; Borçlar Kanunu’nun “Bağışlama sözü vermenin geri alınması ve ifadan kaçınma” başlıklı 296. maddesinin tatbiki, taşınmazlar açısından mümkün olamayacaktır. Gerçekten, taşınmazlarda bağışlama sözleşmesi (bağışlama sözü verme, bağışlama taahhüdü) tapu memuru tarafından düzenleme biçiminde yapılacağına ve tescil talebi de bu resmi senette yer alacağına göre, resmi senet (bağışlama söz verme işlemi) ile tescil (veya bunun yerini tutan önceki işlem olan yevmiye defterine kayıt) arasına bir süre giremeyecek, yani sözleşme ile birlikte bağışlanan taşınmazın mülkiyeti bağışlanana geçecektir. Hal böyle olunca da, TBK.296’nın taşınmaz bağışları için uygulanması imkânından söz edilemeyecektir. Bu durumda, ancak, TBK.295 hükmü uygulanacaktır. Bunun gibi, anılan mevzuat ve uygulama sebebiyle, TBK.242 hükmü de aynı eleştiriden nasibini alacaktır. Bu husus, ileride, önalım hakkı vesilesiyle ele alınacaktır.

5) Tescilin Geçersizliği (Yolsuz Tescil Olgusu)

a) Baştaki Geçersizlik

Değinildiği üzere, bir kere, kurucu nitelikteki tescilin dayanması gerekli hukuki sebep mevcut değilse veya hükümsüz ise, illilik prensibi gereğince tescil de hükümsüz olacaktır. Bu tescile “yolsuz tescil” denildiğine yukarıda işaret edilmişti.

Yolsuz tescilin aynı hak üzerinde etkisi olamayacağı hemen söylenmelidir. Diğer bir deyişle, böyle bir tescil ile aynı hak tesisi veya aynı hak sahipliğinin değiştirilmesi mümkün değildir. Ne var ki, yolsuz tescilin hukukten hiçbir anlam taşımayacağı, hiçbir sonuç doğuramayacağı da söylenemez. Şâyet, yolsuz tescil olgusuna bazı olgular eklenirse, bu nitelikteki tescil hukuki sonuç doğurmasına sebep teşkil edebilecektir. Gerçekten, iyiniyetli bir kişi, tapudaki yolsuz tescile güvenerek aynı hak kazanımına yönelik bir hukuki işlemle kendi adına tescil yapılmasını sağlarsa, onun bu iyiniyeti korunur ve artık o kişi yöneldiği aynı hakkı kazanır (TMK.1023). Başka bir anlatımla, tapudaki yolsuz tescile güvenerek aynı hak kazanan iyiniyetli kimsenin (üçüncü kişinin) bu kazanımı (iktisabı) korunur. Görüldüğü üzere, iyiniyetli üçüncü kişinin tapu kütüğündeki tescile dayanması olgusu mevcutsa, yolsuz tescilin aynı hak kazanımını sağlama gibi bir fonksiyonu söz konusu olmaktadır.

Acaba, tescilin hukuki sebebini oluşturan işlem kesin hükümsüz veya yokluk yaptırımı ile karşı karşıya olan değil de, irade sakatlığının etkisi altında bulunan bir işlem ise, bu işleme dayanan tescilin hukuki durumu nedir? Aynı soruyu, ehliyet noktasında eksikliği olan işlemler bakımından da sormak gerekir.

Hemen belirtelim ki, tescilin sebebini oluşturan işlem hukuken hangi durumda ise, tescil de o durumda olacaktır. Örneğin, tescile esas olan satış sözleşmesi yanıltma, aldatma ve korkutma (hata, hile ve ikrah) ile sakatsa, tescil de aynı sakatlıktan aynı şekilde etkilenecektir.

Burada, çalışma alanımızı doğrudan ilgilendirmedeği için irade bozukluğu hallerinde ilgili hukuki işlemin hukuki akıbeti konusundaki tartışmalara girmeyi uygun bulmuyoruz. Ancak, yeniden belirtelim ki, sadece irade bozukluğu hallerinde değil, hukuki işlemin geçerliliğini şu veya bu şekilde etkileyen bütün olgular bakımından aynı şeyi, yani ilgili tescile aynen yansıma halinin kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz¹³.

Bunun gibi, değinildiği üzere, gerektiği halde tescil talebine veya geçerli bir tescil talebine dayanmayan tescil de yolsuz tescil olarak nitelendirilmelidir. Ayrıca, hukuki sebep bakımından söylenenler, tescil talebi için de geçerli olacaktır. Ne var ki, yukarıda açıklandığı üzere, ülkemiz uygulamasında hukuki sebep (borç sözleşmesi)¹⁴ ile tescil talebi şeklen aynı işlem içinde yer aldığından, yani bu iki işlem birleştirildiğinden, hükümsüzlük veya diğer geçersizlik, sakatlık durumları hem hukuki sebepte, hem de tescil talebinde kendini gösterecektir. Örneğin satış sözleşmesini imzalayan satıcının, tek bir imza ile tescil talebini de imzalamış olduğu düşünülürse, bu durum daha kolay anlaşılacaktır.

Açıklayıcı tescilin hukuki sebebinde de geçersizlik, eksiklik veya sakatlık olmamalıdır. Örneğin, bir tescil mahkeme kararına dayanıyorsa, bu

¹³ Bkz., ve krş. Hatemi , Hatemi/Serozan/Arpacı, s.466-467. Tescilin sebebe bağıllığı konusu için ayrıca bkz., M. Kılıç, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.630-632.

¹⁴ Belirtelim ki, söz konusu sözleşmenin hem borç sözleşmesi hem de tasarruf işlemi (tasarruf sözleşmesi) olduğu görüşü de savunulmaktadır (Bu görüş için bkz., A. von Tuhr, Edege, Borçlar Hukuku, Ankara 1983, s.190, dpn.15; N. Kocayusufoğlu, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s.23 vd.).

kararın kesinleşmiş olması gerekir¹⁵. Bunun gibi, miras yolu ile intikal esasına dayanan tescilin geçerli olması için, ismi malik olarak yazılan kişinin, eski malikin gerçekten mirasçısı olması gerekir¹⁶. Konuya ilişkin örnekler çoğaltılabilir.

b) Sonradan Geçersiz Hale Gelme Sorunu ve Konuya İlişkin Tartışmalar

Bu başlık altında ele almak istediğimiz mesele şudur: Acaba, tescil işlemi yapılırken tescili geçersiz kılacak hiçbir sebep yoksa ve dolayısıyla yapılan tescil geçerli ise, ancak daha sonraki bir hukuki olay tescilin hukuki sebebini ortadan kaldırmışsa veya bu sebebi hükümsüz kılmışsa söz konusu tescilin de artık yolsuz tescil haline geldiği söylenmeli midir?

Bu konunun, tartışmalı olduğunu söyleyebiliriz. Bazı yazarlara göre, tescilin hukuki sebebi sadece tescilin yapılması sırasında değil, fakat aynı zamanda tescilin devam ettiği süre içinde de varlığını ve geçerliliğini devam ettirmelidir. Bu görüş uyarınca, tescilin önceden geçerli olarak mevcut bulunan hukuki sebebi sonradan geçerliliğini yitirir veya bu hukuki sebep ortadan kalkarsa, artık başta geçerli olan tescil de yolsuz tescil haline gelir¹⁷. Buna karşılık diğer bazı yazarlar, konuyu dönme bakımından ele almışlar ve borçlanma işleminden dönmenin tasarruf işlemi doğrudan etkileyip o işlemi geçersiz kılmayacağı görüşünü savunmuşlardır. Bu görüşe göre, borçlandırıci işleminden dönme tescili yolsuz hale getirmeyecektir. Diğer bir deyişle, örneğin satıcının satış sözleşmesinden dönmesi üzerine, tescil yolsuz hale gelip mülkiyet gerisin geriye satıcıya dönmeyecektir. Örneğimizdeki satıcının

¹⁵ Bkz, Gürsoy/Eren/Cansel, s.245.

¹⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s.245.

¹⁷Bu görüş için bkz., Akipek/Akıntürk/Ateş, s.291 ve orada 14 no.lu dipnotunda gösterilen eser; bunun gibi aynı yönde Gürsoy/Eren/Cansel, s.245.

tescilsiz iktisabının söz konusu edilmesinin tescilsiz iktisaplar bakımından mevcut olan numerus clausus ilkesine aykırı düşeceği fikri savunulmaktadır¹⁸.

Acaba, bu görüş kabul edilirse, örneğimizdeki satıcının, mülkiyetini devretmiş olduğu taşınmazı geri almak için nasıl bir dava açması gerekecektir? Bu görüşü savunanlara göre, satıcının açacağı dava, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası olamayacak (çünkü bu görüş uyarınca tescil yolsuz hale gelmemiştir), satıcı, ifa davası (TMK.716; eski MK.642) ile taşınmazına kavuşabilecektir¹⁹. Şüphesiz, bu görüş, dönmenin haklı olması ihtimaline dayanılarak savunulmaktadır²⁰. Ayrıca, ifa davası açmaya ilişkin söz konusu düşünce tarzının, şüphesiz ki, dönmenin, borçlandırıcı sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak (ex tunc) ortadan kaldırıcı nitelikte görülemeyeceği düşüncesine, dönmede edim ve karşı edimin ters yönde teati edilmesi haline dönüşmüş bir borç ilişkisinin varlığının kabulüne dayandığı, özellikle belirtilmelidir²¹. Dönmenin borç ilişkisini ortadan kaldırmadığı, sadece edimlerin ters yönde teati edilmesini içeren bir ilişkiye çevirdiği görüşü, bu noktada klasik görüşten ayrılmaktadır. Görülüyor ki, kısaca açıklamaya çalıştığımız görüşe göre, tescil bir kere geçerli bir hukuki sebebe dayandırılmışsa, hukuki sebebin sonradan dönme işlemine muhatap kılınması tescile zarar vermeyecektir.

Ancak, itiraf edelim ki, konuya ilişkin farklı görüşler, sadece, “dönmenin” tescile etkisi etrafında dolaşmakta, hatta dönme işleminin tasarruf işlemine etkisi bakımından klasik dönme görüşü kabul edildiğinde konuya ilişkin tartışmanın da mevcut olmayacağı anlaşılmaktadır. Gerçekten, klasik görüş açısından, dönme halinde borç ilişkisi baştan itibaren ortadan

¹⁸ Bu görüşte Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.566-567; R. Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.96 vd.

¹⁹ Bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.567.

²⁰ Bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.567.

²¹ Bkz., Serozan, s.97-98; Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.571.

kalkacağına göre²², tescilin hukuki sebebi de artık mevcut olmayacağından yolsuz tescilden bahsetme bakımından görüş ayrılığı yaşanmayacaktır. Açıklandığı üzere, dönme halinde tescilin yolsuzlaşmayacağını savunanlar, aynı zamanda, dönmenin etkisi noktasında yeni görüşü benimseyen yazarlardır. Bu nedenledir ki, konuya başlarken, tartışmanın varlığı bakımından kesin bir ifade kullanmış değiliz. Nihayet, tescilin, bir tasarruf işlemi gibi kabul edilemeyeceğini de, yeniden belirtmeliyiz.

Burada, tescil talebinin geri alınması meselesine de bir ölçüde değinmek gerekir. Acaba, tescil talebi geri alınabilir mi? Belirtelim ki, bu konu da tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, tescil talebi, yevmiye defterine (TMK.1002/I) yazımdan sonra geri alınamaz²³. Bazıları ise, tescile kadar geri almayı kabul ediyorlar²⁴. Görülüyor ki, tescil talebinin geri alınmasının tescile etkisi konusunu ele almaya gerek yoktur. Çünkü, açıklandığı üzere, tescil talebinin tescilden sonra geri alınması mümkün görülüyor.

Açıklayıcı tescilin hukuki sebebi bakımından kendini gösteren ve tescilin geçerliliğine etkisinin tartışılması gereken olgular da burada, hiç olmazsa, kısaca ele alınmalıdır.

Sorun şudur: Acaba, mahkeme kararı ile mülkiyet kazanma örneğinde ilgili mahkeme kararı sonradan iade-i muhakeme (yeni ve eksik deyimle yargılamanın yenilenmesi) yolu ile hükümden düşerse, yapılan açıklayıcı (bildirici) tescilin hukuki durumu hakkında nasıl bir sonuca varılmalıdır? Belirtmek gerekir ki, söz konusu ihtimalde mahkeme kararı geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için, ilgili açıklayıcı tescil de yolsuz hale gelecektir. Şüphesiz, bu arada üçüncü kişiler TMK.1023 hükmünden istifade ile aynı hak

²² Bkz., von Tuhr, s.627; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2018, s.522, N. 1699; H. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.504 vd.; F. N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul 1977, s.415.

²³ Örneğin Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.562 vd.

²⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş s.300; Gürsoy/Eren/Cansel, s.248-249.

kazanmış olabilirler. Bu ihtimalde, ilgili mahkeme kararının sonradan ortadan kalkması, söz konusu kazanıma (iktisaba) zarar vermez.

Burada, mülkiyetin davacıya geçmesine dair mahkeme hükmünün hukuka aykırı olduğu halde kesinleşmiş bulunması üzerine yapılan açıklayıcı tescilin hukuki durumunu daha net olarak belirtmek gerektiğine inanmaktayız. Hemen ifade edelim ki, değinildiği üzere, ilgili hüküm yargılamanın iadesi yolu ile ortadan kaldırılmadıkça, açıklayıcı tescil geçerliliğini koruyacaktır. Öte yandan, HMK.363 hükmü ile düzenlenmiş olan kanun yararına bozma da, kararın hukuki sonuçlarını değiştirmeyeceği için (HMK.363/2), anılan karara dayanan açıklayıcı tescil de geçerliliğini sürdürecektir.

Görülüyor ki, hukuka aykırı da olsa, hukuken ortadan kaldırılmadıkça, mahkeme kararı “hukuki gerçeğin” olmasa da “adli gerçeğin” ifadesi sayılacaktır. Bu durum, elbette hukuka ilişkin duyguları rahatsız etmektedir. Ne var ki, hukuken varılması gerekli sonuç da budur. Örneğin, mahkeme adi yazılı şekilde yapılmış bir taşınmaz satış vaadine dayanarak TMK.716 hükmünü uygulayıp taşınmaz mülkiyetinin davacıya geçmesine karar verirse, bu karar şu veya bu şekilde kesinleştikten sonra, yapılan açıklayıcı tescil, yukarıda yer alan açıklamaların muhatabı olacaktır.

Bu açıklamalar, tescilin hukuki durumu bakımından yapılmıştır. Konuya, ileride başka vesile ile de temas edilecektir.

Diğer tescilsiz iktisap hallerinde de yukarıdaki esaslar, esas itibarıyla, uygulanacaktır.

c) Sonradan Geçersiz Hale Gelme Sorununa İlişkin Görüşümüz

Dönmenin borç ilişkisine hukuki etkisi konusunda yukarıda anılan yeni akımın görüşü benimsenirse, dönme halinde borçlandırıcı işlem baştan itibaren ortadan kalkmadığı için, tescil de sebepsiz hale gelmeyecek ve dolayısıyla

yolsuz tescilden bahsedilemeyecektir. Diğer bir deyişle, bu durumda mevcut tescil yolsuz hale gelmeyecektir. Ne var ki, bu görüşün kabulü halinde dönme olgularından bazıları bakımından hukuki (usuli) problemler yaşanacağı muhakkaktır. Gerçekten, taşınmazı satın alan kimse, taşınmazın ayıplı olduğunu görünce satış sözleşmesinden ayıp nedeniyle dönerse (TBK. 246' nın atfı ile TBK.227/I, 1)²⁵ satış parasının iadesi talebiyle açtığı davada, hem malik durumunda bulunduğu (çünkü, dönmenin etkisi bakımından yeni görüşün kabulü halinde, dönme, tescili yolsuz kılmaz), hem de satış parasını istediği, bunun caiz olmadığı savunması ile karşılaşabilecektir²⁶. Bu savunmayı ciddiye almak gerekir. Sadece satış parasının iadesi davasında (anılan görüş uyarınca ifa davasında) hâkimin tapu kaydının iptali (teknik anlamda iptali) ile tescilin davalı adına yapılmasına karar vermesi ya da davacının kendi adına mevcut tescili terkin ettirip tescili davalı adına yaptırması şartı ile davayı kabul etmesi usul hukuku bakımından hiç değilse tereddütleri doğuracak bir davranış tarzı olacaktır (HMK.26/I).

Ayıp nedeniyle dönme halinde dönmenin tasarruf işlemine etkisi bakımından klâsik diyebileceğimiz görüş benimsendiği takdirde, yukarıda gösterilen sorun yaşanmayacaktır. Çünkü, bu görüş uyarınca, dönme halinde tescilin hukuki sebebi ortadan kalkacak ve dolayısıyla tescil yolsuz hale gelecek, sonuçta da taşınmazın mülkiyeti, dönme ile birlikte gerisin geriye satıcıya geçecektir. Bu durumda da, sözleşmeden dönerek satış parasını bu sefer sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyen alıcı yukarıdaki savunma ile karşı karşıya gelmeyecektir. Zira, burada, artık, davacı, sona ermiş sebep dolayısıyla dava (condictio ob causam finitam) (TBK. 77/II) açmakta ve sebebin sona ermesiyle birlikte davalı da yeniden ve kendiliğinden malik olmaktadır.

²⁵ Ayrıca bkz., C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s.243.

²⁶ Hatta uygulamada böyle bir savunmanın yapılmayacağı düşünülemez.

Görüldüğü üzere, örneğin ayıp nedeniyle dönmede, dönmenin etkisi bakımından klasik görüşün kabulü daha tatminkâr sonuç doğurmaktadır.

Bununla beraber, kanaatimizce, konuya ilişkin bir çözüm olarak, davalının, davacı istemi karşısında, mülkiyetin iadesini ödemezlik def'i (TBK.97) ileri sürerek talep etmesi ve böylece davacıyı, önce taşınmazın davalı adına tescilini sağlama yoluna gitmeye zorlaması düşünülebilir. Böyle bir savunma karşısında hakimin bekletici sorun hükmünü (HMK.165) uygulaması gerekecektir.

Buna karşılık, bazı hallerde ise dönmenin etkisi bakımından son ve yeni görüşün kabulünde bir sakınca mevcut değildir. Örneğin temerrüt (satış bedelinin ödenmesinde temerrüt) nedeniyle dönmede (TBK. 125/II) ya da bağışlamadan dönme (TBK. 295) durumunda karşımıza çıkan hukuki manzara budur. Gerçekten, temerrüt nedeniyle veya bağışlamadan dönmeyi mümkün kılan olayların oluşmasıyla kullanılan dönme hakkı, karşı tarafın (temerrüde düşen alıcının veya bağışlanan kişinin) ayıp nedeniyle dönmede olduğunun aksine, yukarıda zikredilen savunmayı yapmasına imkân sağlamayacaktır. Zira, bu durumda, karşı tarafın, dönme üzerine taşınmazın geri verilmesi davası açan kişiden hiçbir talebi olamayacaktır. Yeter ki, dönme haksız olmasın²⁷.

²⁷ Şunu da belirtelim ki, TBK. 246'nın atfı dolayısıyla taşınmaz satışında da uygulanması gereken TBK. 235/III uyarınca, veresiye satışlarda, alıcının satış parasını ödemekte temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülebilmesi için, dönme hakkının önceden saklı tutulması gerekmektedir (ayrıca bkz., Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s.224, 35 no.lu dipnotundaki Yargıtay kararı). Söz konusu karar aynen şöyledir: "...Borçlar Yasasının 106. maddesi uyarınca karşılıklı taahhütleri kapsayan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde diğeri borcun ifa edilmesi için uygun bir mehil tayin edebilir veya böyle bir mehlin tayinini hakimden isteyebilir. Tayin edilen mehil içerisinde borç ifa edilmediği takdirde alacaklı, borcun ifası ile birlikte gecikmeden doğan zararını veya akdin ifasından vazgeçerek, ifa edilmemesinden doğan zararını dava edebilir, ya da akdi feshedebilir. Bu maddenin akdin feshi dışındaki hükümlerinin satım akdinde de uygulanacağı kuşkusuzdur. Ne var ki, satım akdinden dönülmesi, başka bir söyleyişle akdin feshi yönüne gidilmesi Borçlar Yasasının 217. maddesi uyarınca taşınmaz mal satışlarında da uygulanması gereken aynı Yasanın 211. maddesindeki özel hükümle ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Anılan maddenin son fıkrası uyarınca satılan mal alıcıya teslim edilmişse, satıcı fesih hakkını açıkça muhafaza etmiş olmadıkça satımı feshedip satılanı geri alamaz. Bu hüküm Borçlar Kanununun 106. maddesindeki genel kuralın bir istisnasını teşkil ettiği devamlılık kazanan yargısal uygulamalar ve bilimsel görüşler gereğidir. Uyuşmazlık konusu satış akdinde davacıların satılan taşınmazı, davalılara temlik ve teslim ederken fesih haklarını saklı tutmadıkları anlaşıldığına göre davalıların satış bedelinden bir kısmını ödemekte temerrütleri nedeniyle

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, bağışlayana dönme şartına bağlı bağışlamada (vahibe rücu şartı ile yapılan hibede) (TBK.292), bağışlanan kimse bağışlayandan önce ölmüşse, bağış konusu taşınmazın mülkiyetinin kendiliğinden bağış yapana dönüp dönmeyeceği, yani tescilin yolsuzlaşıp yolsuzlaşmayacağı hususu, üzerinde durulması gereken noktalardandır. Kanunun (TBK.292/I) metni, şartın gerçekleşmesiyle birlikte tescilin yolsuzlaşacağı yorumuna daha elverişlidir. Kanundaki “bağışlama konusunun kendisine dönmesi koşulunu koyabilir” ifadesinden bu sonuç kolayca çıkarılabilmektedir. Eski Borçlar Kanunu’ nun ilgili hükmü bu yönde olmak üzere belki daha da açıktı. Gerçekten eski BK. 242’ deki “bağışlanan şeyin mülküne rücu etmesini şart edebilir” sözü vardığımız sonucu doğrulamaktadır. Yargıtay da burada tescilin yolsuzlaşacağı görüşündedir. Gerçekten, konuya ilişkin bir kararında, Yüksek Mahkeme, aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “BK’ nun 242. (6098 s.lı TBK.’nun 292.) maddesi, ölüme bağlı bağışlayanın özel bir türünü oluşturmaktadır. Burada, bozucu (infisahî) koşula bağlı bağışlama söz konusudur. Diğer bir anlatımla, bağışın devamlılığı bir olaya (lehine bağış yapılanın ölümüne) bağlanmış olmaktadır. Hal böyle olunca da, koşulun gerçekleşmesi halinde bağışa konu olan şeyin iadeten temlikine veya teslimine hacet kalmaksızın malın veya şeyin mülkiyeti kendiliğinden avdet eder. Çünkü, bozucu (infisahî) koşulla askıda (muallakta) bulunan tasarrufî işlem, koşulun gerçekleşmesiyle hükümsüz hale gelir (...) ve bağışlananın üzerinde kalan tapu kaydı da sebepten yoksun, yolsuz bir tescil niteliğini alır. Bunun doğal sonucu olarak, hükümsüz hale gelen işlem ve tescil, zamanın geçmesiyle yeniden geçerlilik kazanamaz (Y1HD., 28.12.1987, 9690/13087)”²⁸. Önemle belirtelim

borcun ifası ile birlikte gecikmeden doğan zararları veya akdin ifasından vazgeçerek ifa edilmemesinden doğan zararları istemek hakları varsa da akdin feshi yönüne gitmeleri olanaksızdır. Yanlar arasında önceden görülen dava sonunda verilen kararlar 17.100.000 lira bakiye satış bedelinin Şubat 1985 ayı sonuna kadar ödenmemesi halinde davacıların Borçlar Yasasının 106/2. maddesindeki hakları kullanabilmeleri hükmüne bağlanmışsa da bu hükmün yasanın öngördüğü ifayı isteme ve tazminat hakları , ile ilgili olduğunun ve amir hüküm nedeniyle kullanılma olanağı bulunmayan fesih hakkını kapsamadığının kabulü zorunludur. Mahkemece, bu yönler dikkate alınmayarak yazılı olduğu üzere feshi önleyen hükmün taşınır mal satımı ile ilgili olduğundan ve önceki karar gereğince davacıların akdi fesih hakları bulunduğu bahisle davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” (www.lexpera.com.tr, 25.07.2021).

²⁸ Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s.348-349’dan nakil.

ki, bağışlayana dönme kaydı (şartı) ile yapılan bağışta, bozucu şarta tâbi kılınan işlemin tasarruf işlemi (harcama işlemi) olduğu kabul edildiğindedir ki, Yargıtay’ ın vardığı sonucun kabulü doğru olacaktır. Açıklandığı üzere, Kanunun metni bu kabul tarzını desteklemektedir²⁹. Ne var ki, TST.’ nin 16. maddesinin 2. fıkrasındaki “istem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz” hükmü, bu konuda ciddi bir hukuki sıkıntı oluşturmaktadır. Tüzük, bu sıkıntının aşılması için bağışlayana dönme kaydının (şartının) ayrıca noterce düzenlenecek bir sözleşmeye bağlanması gerektiğini de hükme bağlamış (TST. mad. 47)³⁰, böylece, tescil talebinin şarta bağlanamayacağı kuralının bu tür bağışlar için getirdiği tapu sicili problemini çözmeye çalışmıştır.

Burada ayrıca belirtelim ki, bazı yazarların kabul ettiği gibi, bağışlayanın hiçbir kayıt ve şarta tabi olmadan (hiçbir olayın gerçekleşmesi gerekmeden) dönebileceği bağışlama işleminin yapılabileceği görüşü benimsenirse³¹, dönme sebeplerine dayanan dönme işlemi için yukarıda söylenenler bu bakımdan da geçerli olacaktır.

Bu başlık altında, sonuç olarak söylemek isteriz ki, tamamen sakıncasız uygulamalara imkân vermek için, dönmenin etkisi bakımından klasik görüşün benimsenmesi daha isabetlidir. Bu sayede, alıcının ayıp sebebiyle satış sözleşmesinden dönerek ödediği satış bedelini istemesi noktasında kendini gösteren ve yukarıda sunulan sakıncaya da geçit verilmemiş olacaktır.

6) Tescilin “Yok” Hükmünde Olması

Tescilin yolsuz olmasının anlamı yukarıda açıklanmış bulunuyor. Bir de, “yok” hükmünde olan tescil kavramından bahsedilmelidir. Hemen belirtelim ki,

²⁹ İsviçre Borçlar Kanunu’ nun TBK. 292’ ye kaynaklık yapan (bu hükmün mehası olan) 247. maddesinin Almanca metni de, anılan sonuca varmayı mümkün kılmaktadır.

³⁰ Ayrıca bkz., Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s.348.

³¹ Bu görüş ve gerekçesi için bkz., F. N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt:I, İstanbul 1980, s.368.

bu kavram Medeni Kanun’ da yer almış değildir. Ancak, öyle tescil halleri vardır ki, bu hallerde “geçersizlik” yaptırımının en ağırlı olan “yokluk” tan söz etmek kaçınılmaz olmaktadır. Yokluk halinde, işlem, hiç yapılmamış (keenlemyekün) hükmündedir.

Bu tür tescile örnek olarak, kamu hizmetine tahsisli, yani kamu malı nitelikli bir taşınmazın, bir kişi lehine tescil edilmesini gösterebiliriz. Biz, şayet böyle bir tescile yolsuz tescil dersek, bu tescile güvenen kimselerin TMK. 1023 hükmü gereğince aynî hak kazanmalarını da kabul etmiş oluruz (TMK. 1025/II). Bu da, kamu malı üzerinde özel mülkiyet kurulamayacağı ilkesinin³² ihlâlini caiz görmek gibi yanlış bir kabul tarzı niteliğini taşıyacaktır. Görülüyor ki, “yolsuz tescil” ile “yok tescil” i birbirinden ayırmak gerekmektedir. Çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına, yolsuz tescilin bütün görünümelerini ele almayı doğru bulmadığımız için, yukarıda sadece yolsuz tescilin en fazla görülen ve anılan hallerini söz konusu etmiş bulunuyoruz. Şunu demek istiyoruz ki, yolsuz tescilin, yukarıda zikri geçmeyen örnekleri de mevcuttur. Örneğin, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması halinde, artık mevcut tescil kendiliğinden yolsuzlaşacaktır. Burada, borçlanma işleminden dönmenin tescili yolsuzlaştırması sorunu ile ilgili olan ve yukarıda ele alınan tartışmalı durum söz konusu olmayacaktır. Bu gibi hallerde, yapılması gereken bir tescilin (açıklayıcı tescilin) yapılmaması olgusu ile karşılaşmaktayız³³. İşte, yolsuz tescilin bütün görünümleri TMK. 1023 uyarınca iyiniyetle aynî hak kazanımını mümkün kıldığı halde, “yok tescil” durumunda bu imkân mevcut olmayacaktır.

Esasen, tescilin yok hükmünde olması, sadece kamu mallarının bir kişi adına tescili halinde değil, fakat bağımsız mülkiyet konusu olamayan bütün taşınmazlar bakımından da bahse konu edilmek gerekiyor. Örneğin, kat

³² Bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.725 ve aynı yerde (1) no.lu dipnotunda gösterilen 29.07.1973 tarih ve 1/931-738 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararı.

³³ Bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.348, dpn. 1a.

mülkiyeti ilişkisinde, projeye göre ortak yer olan bir taşınmaz kısmı (KMK. 4), her nasılsa bir kişi adına kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya tescil edilmişse (aslında kaydedilmişse)³⁴, burada da “yokluk” söz konusu olacaktır. Zira, kat mülkiyeti ilişkisinde ortak yerler üzerinde asla bağımsız mülkiyet kurulamaz (KMK. 3/I; KMK. 6/son)³⁵.

Değinildiği üzere, “yolsuz tescil” ile “yok tescil”, birbirinden kesinlikle ayrılmalı, bunlar yekdiğeri ile karıştırılmamalıdır.

7) Tescilin Sonradan Geçerli Hale Gelmesi

Yolsuz tescil, bazen, bazı şartların gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden geçerli hale gelebilmektedir. Mesela, olağan kazandırıcı zamanaşımında görülen budur. Şöyle ki, şu veya bu sebeple adına yolsuz tescil bulunan bir kimsenin tescilin ilişkin bulunduğu taşınmaza on yıl süreyle malik sıfatı ile³⁶ ve iyiniyetle, ayrıca davasız ve aralıksız zilyet olması durumunda, söz konusu tescil kendiliğinden geçerli tescil haline gelecek, yani yolsuzluk düzelmiş olacaktır (TMK. 712). Adına yolsuz tescil bulunan kimsenin TMK.712 hükmü uyarınca bu şekilde mülkiyet kazanmasına, “olağan kazandırıcı zamanaşımı ile kazanma” denir. Görülüyor ki, bu durumda, yolsuz tescil, kanunun aradığı bazı şartların gerçekleşmesiyle birlikte geçerli tescile dönüşmektedir. Yolsuz tescilin olağan kazandırıcı zamanaşımı yolu ile düzelmesi, yani geçerli tescile dönüşmesi, “kendiliğinden” gerçekleşmektedir.

³⁴ “Tescil” ve “kayıt” kavramları için bkz., bu paragraf, II’ deki açıklamalar.

³⁵ Yargıtay’ ın bir kararında “Anataşınmaz mala inşaat projesi celbedilerek dava konusu yerin projede kapıcı dairesi olarak ayrılıp ayrılmayacağının tespit edilmesi ve kapıcı dairesi olarak gösterilmişse davalıların projeye rağmen bu yeri mülkiyetlerine geçirmelerine iyiniyetli sayılmayacakları cihetle olayda MK. nun 638. maddesi hükmü uygulanamaz” denilmiş ise de, bu karar, burada iyiniyet meselesinden değil de, bağımsız mülkiyete konu olma meselesinden hareket etmediği için yanlış olmuştur (Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 10.12.1979 tarih ve 1979/8150-9123 no.lu anılan kararı için bkz., A. Arpacı, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.33 ve orada gösterilen yer).

³⁶ Ayrıca bkz., S. Bertan, Aynî Haklar, Cilt:1, Ankara 1976, s.536.

Görülüyor ki, tescildeki yolsuzluk, kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi halinde, kendiliğinden düzelebilmektedir.

Yeri gelmişken, 3402 sayılı Kadastro Kanunu' nun 12. maddesinde gördüğümüz ve aslında teknik anlamda tescile ilişkin olmasa da burada zikredilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir düzenlemeye de değinmek istiyoruz. Bu düzenlemeye göre, kesinleşmiş kadastro tutanakları uyarınca tapuya geçirme işlemlerine, yani tapulamaya, kadastrodan önceki sebeplere dayanılarak mahkemede itiraz etmek, diğer bir deyişle, uygulamadaki adı ile tapu iptali ve tescil davası açmak on yıllık süreye tabidir (3402 sayılı K., mad.12/III). Belirtelim ki, bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir³⁷. Şu halde, hak sahibi olmadığı halde yanlış kadastro tespiti ile tapuya hak sahibi olarak yazılan bir kimse aleyhine, gerçek hak sahibi tarafından dava açılabilmesi on senelik hak düşürücü süreye bağlanmış, böylece, aslında hükümsüz (yolsuz) olan tapu kaydı, tutanakların kesinleşmesinden itibaren on yıl geçmişse kendiliğinden düzelmiş, geçerli hale gelmiş olmaktadır. Demek oluyor ki, Kadastro Kanunu ile getirilen bu düzenleme de, yolsuz tescilin sonradan düzelmesinin diğer bir örneği olarak gösterilebilecektir. Gerçi, yukarıda işaret edildiği üzere, burada, teknik anlamda “tescil” değil de, aşağıda ele alınacak olan “kayıt” kavramı ve bunun geçersizliği söz konusudur. Ne var ki, incelemekte olduğumuz konu ile yakın ilgisi dolayısıyla meseleyi burada ele

³⁷ Bkz., M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018, s.187, N.802 ve dñn. 562' de gösterilen Yargıtay kararları. Bu kararlar şu şekildedir: Y8HD., 20.1.2011, 2886/180, “... Anılan maddedeki 10 yıllık süre hak düşürücü nitelikte olup, olumsuz dava koşuludur. Hak düşürücü sürenin gerçekleşmesi, işin esasının incelenmesini önler ve tüm def'i ve itirazlardan önce nazara alınır. Bu nedenle; yargılama bitinceye dek hak düşürücü sürenin geçtiği taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından kendiliğinden de göz önünde tutulur...” (www.lexpera.com.tr, 25.07.2021); Müşterek maliklerde sürenin ayrı ayrı işleyeceği ile ilgili bkz., Y8HD., 18.1.1983, 260/303, “... Bu durumda satın alma müşterek mülkiyet esasına dayanmaktadır. Dava konusu 255 parselde ait tapulama tesbiti 1968 tarihinde kesinleşmiş ve o tarihte Ömer adına tapuya tescil edilmiştir. Davada tapulamaya tekaddüm eden sebebe dayanılmaktadır. Tescil tarihi ile Mehmet'in mirasçılarının açtıkları tapu iptali ve tescil davası arasında 10 yıldan fazla süre geçmiştir. İsmet ile Mehmet müşterek malik durumda bulunduklarından İsmet'in süresinde açtığı dava Mehmet bakımından 766 sayılı Tapulama Kanununun 31/2. maddesinde sözü edilen sukutu hak süresini kesmez. Şu durumda Mehmet'in mirasçılarının açtıkları dava söz konusu maddeye göre 10 yıllık süre geçtikten sonra açılmış bulunmaktadır. Mehmet mirasçılarının davalarının reddine ilişkin hüküm bu bakımdan usul ve yasaya uygun bulunmaktadır ...” (www.lexpera.com.tr, 25.07.2021).

almakta ve kayıt kavramını tescile benzetmekte, ayrıca TMK. 1024/II hükmünden kıyasen yararlanarak “yolsuz kayıt” tan söz etmekte sakınca olduğunu görmüyoruz.

II- KAYIT- TAPULAMA

1) Kavram

Kayıt veya tapulama ile tescil ayrı ayrı kavramlardır. Hatta şunu söyleyebiliriz ki, burada inceleme konumuzu oluşturan kavramı en iyi anlatan terim de, Türkçemizde “tapulama” olmalıdır. Çünkü, “kayıt” terimi, bir anlamda, “tescil” i de içine alacak genişliktedir. Bununla birlikte, “kayıt” terimini de “tapulama” anlamında kullanmakta önemli bir sakınca olmadığı kanısındayız.

Önemle belirtelim ki, bir taşınmazın ilk defa tapuya kaydedilmesine “kayıt veya tapulama” denilmeli, böylece, yukarıda ayrıntılı biçimde açıklanmış olan “tescil” kavramı ile mevcut olan fark ifade edilmelidir.

2) Tescil ile Karşılaştırma

Tescil, daha önce de açıklandığı üzere, tapu kütüğünde taşınmaza ayrılmış olan sayfaya, o taşınmaza ilişkin aynî hakların yazılmasıdır. Kayıt veya tapulama ise, yine işaret edildiği üzere, taşınmazın ilk defa tapuya yazılmasına denir³⁸. Öte yandan, kayıt veya tapulama sadece taşınmazların tapuya geçirilmesi anlamını taşıdığı halde, tescilin sadece mülkiyetin kazanılmasını sağlayan bir işlem olmadığı, sınırlı aynî hak kazanımının da tescil ile mümkün bulunduğu görülmektedir. Kanaatimizce, bir aynî hakkın ilk defa oluşturulmasına (tesisine) de “kayıt” denilebilir.

³⁸ Bu ayırım ve tapulama kavramı için ayrıca bkz., A. Aybay/N. Sanal, Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 2010, s.101; Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.423.

3) Mevzuat ve Uygulamadaki Konuya İlişkin Durum

Genel olarak hukuk metinlerimizde görülen terminoloji özensizliği ve giderek artan kavram kargaşası tescil ve kayıt-tapulama terimleri bakımından da kendini göstermektedir. Bu özensizlik sadece hukuk alanında yazıp çizenler ve konuşanlar açısından değil, aynı zamanda mevzuat bakımından da söz konusu olabilmektedir. Meselâ, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 13. maddesinin 4. fıkrası, kat mülkiyetinin kurulmasına ilişkin olarak son derece yanlış bir ifade kullanarak “tescil” terimine yanlış anlam vermiştir. Bu ifade şu şekildedir: “Kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm ayrı bir bağımsız bölüm niteliği kazanır ve kütükte o bölümün tasdikli planındaki numarayı alır”. Görüldüğü üzere, kanun, “tapulama” veya “kayıt” terimlerini “tescil” olarak ifade etmiş, böylece, konuya ilişkin özensizliğin örneğini oluşturmuştur. Gerçekten, bir bağımsız bölümün kat mülkiyeti kütüğüne “tescil edilmesi” değil, ama o bölümün “kaydedilmesi veya o bölüme ilişkin tapulama yapılması” söz konusudur. Bağımsız bölümün (veya tapuya ilk kez yazılacak, tapulanacak olan) herhangi bir taşınmazın tapu kütüğüne kaydedilmesine “tescil” denilemez. Anılan kayıttan sonra ilgili taşınmaz (örneğimizde tapuya kaydedilmekle taşınmaz niteliğini alan bağımsız bölüm) üzerindeki aynî hak ilişki ve hareketlerini tapuya yansıtan işlemlere ise “tescil” denilecektir³⁹. İşaret edildiği üzere, birçok hukukî kavramlarda olduğu gibi, bu hususta da hukukumuzda yeterli özenin gösterilmediği izlenmekte, bu özensizliğin kanunlarda dahî sergilenmesi ise dikkat çekmektedir⁴⁰.

Sözü edilen özensizlik, sadece bazı kanunlarda yer almakla kalmamış, bazı hukukçular dahi bu konuda dikkatsiz davranabilmektedirler. Gerçekten, uygulamada, bazı hukuk insanlarının kayıt veya tapulama (Buchung-Aufnahme) yerine tescil (Eintragung) terimini kullandıkları görülebilmektedir.

³⁹ Bkz., Aybay/Sanal, s.101.

⁴⁰ Yargıtay’ın, “Tapudaki proje ile belediyede saklanan proje arasında uyumsuzluk varsa, belediyedeki projeye itibar edilir. Bu projeye aykırı tescil yolsuz olup iptali istenebilir” şeklindeki ifadesi, Yüksek Mahkeme tarafından da “tescil” in, “kayıt- tapulama” anlamında kullanıldığı sonucuna götürebilmektedir (Karar için bkz., Aybay/Sanal, s.103).

Hatta, daha da vahimi, uygulamada, yönetim plânının tapuya “tescilli” olduğu bile söylenebilmektedir. Diğer bir deyişle, “tescil” sözcüğü, “şerh” veya yönetim plânı örneğinde olduğu üzere, “beyan” yerine de kullanılmaktadır.

III- TESCİLE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMA ALANI

1) Terkin Bakımından

Terkin, dar ve teknik anlamı ile, bir tescilin çizilmesi ve böylece hükümden düşürülmesi anlamını taşımaktadır⁴¹. Bazıları, terkinin, “ters yönde hükümler doğuran bir tescil mahiyetinde” olduğunu söylemişlerdir⁴². Bununla birlikte, şerhlerin ve beyanların terkininden de bahsedilebilir. Bu noktada, terkin kavramının geniş anlamı ile karşılaşmaktayız. Şu halde, geniş anlamda terkin, tapu sicilindeki “kayıtların” çizilerek hükümden düşürülmesidir. Şüphesiz, buradaki “kayıt” ile bir taşınmazın tapulanması anlamını taşıyan “kayıt” aynı şey değildir⁴³. Belirtelim ki, tescilin de geniş anlamda kullanılması ve tapu siciline yapılan kayıtların hepsine bu anlamda tescil denilmesi mümkün görülebilmıştır⁴⁴.

Terkin kavramı ile ilgili bu kısa açıklamadan sonra, şimdi, asıl konumuza gelebiliriz. İfade edelim ki, tescile ilişkin hükümlerin, elverdiği ölçüde terkin için dahi uygulanması gerektiğinde şüphe yoktur. Örneğin, nasıl ki geçerli bir hukuki sebebi bulunmaksızın yapılan tescil yolsuz ise, aynı şekilde, geçerli hukuki sebebe dayanmayan terkin de yolsuz olacaktır. Bunun gibi, tıpkı tescilde olduğu gibi, terkin bakımından da terkine yönelen geçerli bir talebin bulunmayışı, terkinin yolsuz kılacaktır. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasına dahi, burada kısaca değinmek ve terkin kavramını bu dava açısından da ele almak gerekiyor. Hemen belirtelim ki, bir tescilin yolsuz olması halinde yolsuzluğun düzeltilmesi için açılacak davaya “tapu sicilinin düzeltilmesi

⁴¹ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.209, N.878.

⁴² Bkz., Akipek/Akıntürk/Ateş, s.284.

⁴³ Bkz., bu paragraf, II’ deki açıklamalar.

⁴⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s.272.

davası” denilmektedir. Bu davaya, “tapu kütüğünün düzeltilmesi davası”⁴⁵ veya sadece “kaydın düzeltilmesi davası” da⁴⁶ denilmektedir. İşte, yolsuz terkinin (geniş anlamda kaydın) düzeltilmesi için de bu dava açılabilir.

Demek ki, tescil ile ilgili hükümler, elverdiği ölçüde terkin için de uygulanacaktır.

2) Şerh Bakımından

Tescile ilişkin hükümlerin şerh için de uygulanması sorununu ele almazdan önce, “şerh” in ne olduğuna biraz da olsa burada değinilmelidir. Yukarıda işaret edildiği üzere, şerhlere geniş anlamı ile tescil denilebilir. Ancak, şerh, dar ve teknik anlamda, tapu kütüğünün şerhler için ayrılan kısmına yapılan kayıtları anlatır. Bu kayıtlara, Medeni Kanunumuzda üç ayrı fonksiyon verilmiştir. Şöyle ki, şerhlerden birisi kişisel hakların güçlenmesini sağlama işlevini görmekte (TMK.1009), birisi tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına yaramakta (TMK.1010), nihayet birisi de “geçici tescil şerhi” adını almakta ve TMK.1011’de gösterilen amaçlara hizmet etmektedir. Belirtmek gerekir ki, Medeni Kanun’da söz konusu gruplara giren veya onların çok yakınında olan başka şerhler de zikredilmiştir. Bunun gibi, Medeni Kanun dışında dahi şerhler mevcuttur.

Tescile ilişkin hükümler, bütün bu şerhler için dahi, elverdiği ölçüde uygulanacaktır⁴⁷. Her ne kadar Medeni Kanun’da bir hüküm yoksa da, örneğin tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK.1025), yolsuz şerhlerin düzeltilmesi için de uygulanabilecektir. Şüphesiz, bu uygulama “kıyasen” olmalıdır⁴⁸.

⁴⁵ Örneğin S. Üstündağ, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959; ayrıca bkz., E. Kurt, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt, İstanbul 2009, s.23 vd.

⁴⁶ Örneğin Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.262, dpn.825 vd.

⁴⁷ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.268, N.1111; M. Akçaal, Yargıtay Kararları Işığında Tapu Sicilini Düzeltme Davasında Husumet, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul 2021, s.364.

⁴⁸ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.268, N.1111.

3) Beyan Bakımından

Tapu kütüğünde beyanlara ilişkin bir kısım mevcuttur ve bu özel yere yapılan kayıtların adı da “beyan” dır. Beyanların birbirinden farklı işlevleri mevcuttur. Ancak, beyanlara hâkim özelliğin bazı hukuki durumları aleniyete kavuşturmak olduğu söylenebilir. Beyanların gerçek durumu yansıtmaması halinde veya beyanlar için tapu kütüğünde ayrılan yere yazılmaması gereken bir hususun yazılması ihtimalinde yolsuz beyandan söz edilmelidir. Yolsuz beyan bakımından da yolsuz tescile ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Yargıtay da, bu görüştedir⁴⁹. Beyanlar için de, genel olarak, tescile ilişkin hükümler elverdiği ölçüde uygulanacaktır.

4) Diğer Kayıtlar Bakımından

Şerhler ve beyanlarda olduğu gibi, Medeni Kanunumuz, diğer kayıtlar için de yeterli düzenlemeler getirmemiştir. Öyle anlaşıyor ki, TMK.1026 ve 1027 hükümleri gözetilmek suretiyle, bu alanda da tescil ile ilgili kanun hükümlerinden elverdiği ölçüde (kıyasen) yararlanılmalıdır.

⁴⁹ Bkz., YHGK., 30.06.2010, 14-274/356, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.269, dpn.861. Bu karar şu şekildedir: “... Sonuç olarak; TMK’nda öngörülme, özel kanunlarda düzenlenmeyen ve Tapu Sicili Tüzüğünde yer verilmeyen bir nedenden dolayı taşınmazın mülkiyetini eylemli ve hukuki olarak kullanılmasını bertaraf edecek şekilde beyanlar sütununda belirtme yapılması işlemi, yolsuz bir işlemdir.

Dolayısıyla, bu yolsuz beyan nedeniyle oluşan kaydın, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının özüne dokunacağı, her türlü duraksamadan uzaktır.

Öte yandan, TMK’nun 1027. maddesinde, ilgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memurunun tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebileceği, hükmü öngörülmüştür (Aynı yönde H.G.K.’nun 25.02.2009 gün ve 2009/5-64 E. - 89 K. sayılı ilamı).

Böylece, taşınmaz maliki açacağı dava ile tapu kaydındaki yolsuz beyanın terkinini isteyebilecektir.

...

Gerek metni yukarda yazılan TMK’nun 1012. ve gerekse TST’nün 60.maddelerinden anlaşılmaktadır ki, mevzuatın yazılmasına izin vermediği bir belirtmenin kütüğün beyanlar sütununda gösterilebilme olanağı yoktur.

Öyleyse, yasal dayanağı olmayan ve mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin kullanılmasını eylemli ve hukukten ortadan kaldıran taşınmazın beyanlar sütunundaki belirtme yolsuzdur.

O halde, davacıya ait taşınmazın tapu kütüğünün beyanlar sütunundaki yolsuz belirtmenin terkinin istemi yerinde olup; Yerel Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar usul ve yasaya uygundur ...” (www.lexpera.com.tr, 25.07.2021).

§3. TESCİL İLE KAZANILMAYI SAĞLAYAN HUKUKİ YOLLAR

I- SÖZLEŞME NİTELİĞİNDEKİ HUKUKİ İŞLEMLER

Tescilin (kurucu tescilin) hukuki sebebinin oluşturan ve sözleşme niteliğini taşıyan birçok hukuki işlem mevcuttur. Bu işlemleri teker teker saymanın bir yararı olmadığını düşündüğümüzden, burada, uygulaması çok görülen bazı sözleşmelerden söz etmenin yeterli olacağı sonucuna varmış bulunuyoruz. Hemen söyleyelim ki, konuya ilişkin listenin başında satış sözleşmesi (kanuni terim olmamakla birlikte, buna, “alım-satım sözleşmesi” demek, maksadı daha iyi ifade ediyor) yer almaktadır. Satış sözleşmesi, ister taşınırın isterse taşınmazların satışına ilişkin olsun, tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerdendir. Şayet, satış sözleşmesi taşınmaza ilişkinse, resmi şekilde yapılmalıdır. Bu şekil, geçerlilik (sıhhat, sağlık) şeklidir (TMK.706/I; TBK.237/I). Öte yandan, sözleşmeye resmiyeti verecek makam da, tapu idaresidir (Tapu K. mad.26). Önemle belirtelim ki, tapu memuru, sözleşmeyi re’sen düzenleyecektir (Tapu K. mad.26). Diğer bir deyişle, tapu memurunun imza onayı ile yetinmesi caiz görülemez. Kısaca özetlenen söz konusu şekle uyulmadan yapılan bir taşınmaz satışı sözleşmesine dayanan tescil, ilgili taşınmazın mülkiyetini kazandıramaz. Böyle bir tescil, yolsuz tescildir (TMK.1024/II). Şüphesiz, tescilin geçerli olması ve mülkiyetin kazanılmasını sağlayabilmesi için, bir de tescil talebine ihtiyaç vardır. Bu talep, yazılı olmak zorundadır (TMK.1013/I). Ne var ki, ülkemizdeki tapu uygulaması, sözleşme (konumuz bakımından satış sözleşmesi) ile tescil talebini aynı yazılı metin içine almakta, yani bu iki işlemi birleştirmektedir⁵⁰.

Taşınmaz mülkiyetinin tescil ile kazanılmasını sağlayan sözleşmeler bakımından bağışlama, trampa, ölünceye kadar bakma sözleşmelerini burada söz konusu edebiliriz. Bazen de, bir sözleşme, doğrudan doğruya olmasa da,

⁵⁰ Bu konular için bkz., yukarıda 11 no.lu dipnotuna ilişkin metin ve devamı.

dolaylı olarak tescil ile kazanılmaya yol açabilir. Kat karşılığı (arsa payı karşılığı) inşaat sözleşmesi burada örnek olabilir. Belirtildiği üzere, bu konuda eksiksiz bir liste vermeyi gerekli bulmuyoruz. Önemle ifade edelim ki, tescilin hukuki sebebini oluşturan sözleşmelerin hepsi satışta olduğu gibi tapu memuru tarafından gerçekleştirilen resmi şekle tabi değildir. Hatta, konuya ilişkin bazı sözleşmeler resmi şekle bile uyulmadan geçerli olarak yapılabilmektedir. Örneğin, miras taksim sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir (TMK. 676/III). Miras taksim sözleşmesinin konusu taşınmaz olsa da, hüküm budur⁵¹. Her ne kadar 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi miras taksim sözleşmesinin de noter tarafından düzenleme biçiminde yapılması gerektiğini hükme bağlamış ise de, 26.11.1980 tarih ve 5/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, Yargıtay, miras taksim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik için yeterli olduğunu belirtmiş ve böylece konuya ilişkin tereddütlü durumu ortadan kaldırmıştır⁵². Aşağıda nakledilen karardan

⁵¹ Bkz., O. G. Antalya/İ. Sağlam , Miras Hukuku, Cilt III, 4. Baskı, Ankara, 2019, s.532, N.2165; S. Sapanoğlu, Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri, Ankara 2011, s.152.

⁵² İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz., 31.1.1981 tarih ve 17209 sayılı Resmi Gazete. Söz konusu karar aynen şöyledir: ««Tarafları dikkate davet etmek, acele ile yanlış kararlara varmamak ve altından kalkılmayacak yüklerle girmemek» gibi koruyucu amaç güden Medenî Kanunun 634, Borçlar Kanununun 213 ve Tapu Kanunun 26. maddeleri: «taşınmaz mülkiyetinin geçirimi borcunu yükleyen «sözleşmelerin resmî şekilde yapılmasını öngörmekle birlikte; bu genel kurala ayrı olarak; aralarında güven ve nezaket duygusu bulunması gereken mirasçıların, ortak miras bırakandan geçen malların hukuksal durumlarını bildikleri varsayılp, ayrıca uyarılmalarına gerek görülmemiştir. «Bunun yanında, «resmî bir makamın önüne çıkarılmaya zorlanmamak ve gidere sokulmamak» amacıyla «mülkiyeti aktarmayıp yalnızca her mirasçının kişisel payına girmemiş diğer bütün mallar üzerindeki haklarına düşümünü ifade eden ve iştirak durumuna son veren» miras taksim sözleşmesinin adi yazılı biçimde yapılması yeterli görülmüş ve bu husus Medenî Kanununun 611/2. maddesinde anlatımını bulmuştur.

54 yıl önce yürürlüğe giren Medenî Kanunun bu maddesinin düzenlenmesinde, o günkü toplumun sosyal yapısı ve genel kültür düzeyi itibarıyla bir sakınca görülmemiş, uygulamadaki denemelerden ve belirli bir gelişmeden sonra da genel çizgileriyle başarılı olmuştur.

1512 sayılı Noterlik Kanununun düzenleyici nitelikteki 89. maddesiyle miras taksim sözleşmesine el atılarak Medenî Kanunun 611/2. maddesine dokunulmuş değildir. Çünkü, ana kanun bünyesinde yapılacak değişiklikte, ya ana kanundaki bu maddeye, ya da 1512 sayılı Noterlik Kanununa eklenecek bir metin ile değişikliğin açıklıkla yapılması kanun tekniği bakımından gerekirdi.

Noterlik Kanununun 89. maddesinin amaca göre yorumlanmasından, yazılış tarzından ve Senato Geçici Komisyonu raporunda yer alan bilgilerden; aynı maddede sayılan işlemlerin yapılması için notere başvurulduğu takdirde, noterin resmî şekli nasıl gerçekleştireceğini belirten bir düzen usulünü öngördüğü anlaşılmaktadır.

Aynı Kanunun 60. maddesinin başlığı «noterlerin genel olarak yapacağı işlerdir. Bu maddede, «miras taksim sözleşmesine» yer verilmiş değildir. 89. maddede, «miras taksim sözleşmesi bu fasıl - hükümlerine göre düzenlenir» denilmiş olması, Medenî Kanunun 611/2 deki hükmün kaldırılması anlamında kabul edilemez. O halde, mirasçılar, böyle bir sözleşmeyi yazılı da yapabilirler. Eğer, noter önünde düzenlenmesi istenirse, tarafların iradesine bağlı olan noter, bu isteği, Noterlik Kanununun 84. ve onu izleyen maddelerinin hükümleri dairesinde düzenleme suretiyle yerine getirecektir

anlaşılmaktadır ki, Yüksek Mahkeme'ye göre, Noterlik Kanunu'nun sözü geçen 89. maddesi, miras taksim sözleşmesinin yapılması için notere başvurulduğu takdirde noterin resmi şekli nasıl gerçekleştireceğini belirten bir düzen hükmüdür. Diğer bir deyişle, bu hüküm, TMK.676/III (eski MK.611/2) hükmünü değiştirmiş değildir. Bu İçtihadı Birleştirme Kararına göre, taraflar miras taksim sözleşmesi yapmak için notere başvurmak zorunda değildirler; şayet notere başvurlarsa, noter, işlemi ancak düzenleme biçiminde yapacaktır. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde noterin imza onayı ile yetinmesi mümkün değildir⁵³.

Yukarıda bahsettiğimiz sözleşmelerden ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise, TBK.612 ve TMK.545 hükümlerindeki atıflar uyarınca sulh hâkimi veya noter tarafından düzenlenebilecektir. Bu sözleşmenin tapu memuru tarafından düzenlenmesi de kabul edilmektedir. Yargıtay'ın 10.12.1952 tarih ve 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda varılan sonuç budur⁵⁴. Belirtelim ki, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bakım borçlusuna

Öte yandan, miras taksim sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını yeterli gören Medenî Kanunun 611/2. maddesi, Noterlik Kanununun 89. maddesine nazaran daha özel bir hükümdür Bu yönden de Medenî Kanunun bu özel hükmüne göre, yazılı olarak yapılan «miras taksim sözleşmesini» geçerli kabul etmek zorunludur.”

⁵³ Ayrıca bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.362, N.1407; S. Tanrıver, Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89. Maddesi, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Haziran 2017, s.23-30.

⁵⁴ Bu karar için bkz., 13.3.1953 tarih ve 8358 sayılı Resmi Gazete. Bu karar aynen şöyledir: “... Kanunun, sulh hâkimleriyle noterlerden başka bu husus için bir memur tavzif edip etmediği hususuna gelince; 29/12/1934 tarihinde meriyete giren 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesiyle; (Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara mütaallik resmi senetlerin tapu sicil muhafız veya memurları tarafından yapılacağı) hükmü vazedilmiştir. Tapu Kanununun mevzuu gayrimenkuller olduğuna göre 26 ncı maddede bahis mevzuu olan mülkiyet (Gayrimenkul) mülkiyetidir. Binaenaleyh bu maddeye göre gayrimenkul mülkiyetini nakle esas olan, yani tescil için sebebi hukuki teşkil eden mukavelelerin tapu sicil muhafız veya memurları tarafından tanzim edilmesi icabetmektedir. Ölünceye kadar bakma akdi ise Borçlar Kanununun 511 inci maddesine göre mülkiyeti nakle esas olan âkitlerdendir. Bu madde metninde açıkça (bir mamelek yahut bazı mallar temlik) kaydı bulunduğu gibi 513 üncü maddede: (Diğer tarafa bir gayrimenkul temlik eden alacaklı kendi haklarını temin için o gayrimenkul üzerinde tıpkı bir bayi gibi kanuni ipotek hakkını haiz olur) hükmü mevcuttur. Bu itibarla Tapu Kanununun 28 ncı maddesiyle gayrimenkul temlikine taallük eden mukaveleleri tanzim hususunda tapu sicil muhafızlarıyla memurlarına verilen umumi salâhiyetin, mukabil ivaz gayrimenkul olan ölünceye kadar bakma âkıdlarına da şâmil olması icabeder. Bu bakımdan tapu sicil muhafızlarıyla memurları, Medeni Kanunun 479 uncu maddesindeki (Bu husus ile tavzif edilen memurlar) durumundadır. Binaenaleyh akdin mümeyyiz vasfı ölünceye kadar bakma olup mukabil ivazın gayrimenkul olmasının şekil şartlarına tesir edemeyeceği yolundaki mülâhaza yalnız bir tarafın vecibesi bakımından teferruat hakkında netice çıkarmağa matuf olması itibarıyla hatalı olduğu gibi kanunun izah olunan açık

bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu yüklemesi halinde dahi, bahsi geçen şekil yeterli olacaktır.

Kat (arsa payı) karşılığı inşaat sözleşmelerinin şekli de burada ele alınmalıdır. Şayet, bu sözleşme ile bir taraf (arsa sahibi), diğer tarafa (yükleniciye, müteahhide) onun yapacağı inşaatın bedeli olarak yapılacak bağımsız bölümlerin veya arsanın hissesinin mülkiyetini devretme borcu altına girecekse, bu sözleşmenin satış vaadi kısmı resmi şekle tabi olduğu için, sözleşmenin tamamı noterce düzenleme biçiminde (Noterlik K. mad.89) veya tapu memurunca yapılmalıdır⁵⁵. Buna karşılık, arsa payının yükleniciye daha işin başında devri söz konusu olacaksa, tapuda yapılacak pay devrinin şekil bakımından bir özelliği yoktur. Başka bir anlatımla, bu devri sağlayacak sözleşme, tapu memuru tarafından düzenlenmelidir.

Miras payının devri konusunda yapılan sözleşmeler bakımından da, kanun, eğer bu sözleşmeler mirasçılar arasında yapılacaksa, yazılı şekli yeterli görmüştür (TMK.677/I). Terekede bulunan taşınmazlar bakımından da durum değişik değildir⁵⁶. Şayet, miras payının devrine yönelik sözleşme üçüncü kişi ile yapılacaksa, kanun, sözleşmenin noterlikçe düzenlenmesini istemektedir (TMK.677/II). Bu son durumda, üçüncü kişi, paylaşma sonunda ilgili (kendisiyle sözleşme yapan) mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesine ilişkin talep hakkına sahip olacaktır.

hükümlerine göre ölünceye kadar bakma mukavelesinin mülkiyeti nakle esas olamayacağı hususundaki mülâhaza da kanuna uygun bulunmamaktadır. İzah olunan işbu sebeplere binaen; âkıdlardan birinin, ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartıyla diğerine bir gayrimenkul temlikini mutazammın olarak yapmak istediği mukaveleleri tanzime, sulh hâkimleriyle, noterlerin ve tapu sicil muhafız veya memurlarının salâhiyetli bulunduklarına 10/12/1952 tarihinde mevcudun üçte ikisini geçen oyçokluğu ile karar verildi.”

⁵⁵ Ayrıca bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.363, N.1409 ve orada gösterilen Yargıtay kararları. Kararlardan biri şöyledir: Y15HD., 29.04.1976, 840/2002, “... Arsa malikine daire ve depo verilmesi, karşılığında yapılacak inşaatla bir kısım depo ve dairelerin (taşınmazların) müteahhide nakil ve devri ile ilgili sözleşmelerin geçerli sayılması için Medeni Kanunun 634, Borçlar Kanununun 213 ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesi uyarınca tapu sicil muhafızları tarafından veya 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60 ncı maddesi buyruğuna uyularak noterlerce re'sen tanzim edilmiş olmasına bağlıdır. Bu sebeple hukuken geçersiz sözleşmenin 24 üncü maddesine dayanılarak 8.000 liranın tahsiline karar verilmesi usul ve kanuna aykırı görülmüştür ...” (www.lexpera.com.tr, 26.07.2021).

⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.363, N.1410.

Yeri gelmişken, ihtiyari açık artırma konusu taşınmazın mülkiyetini devir borcunun artırma ile doğacağını, diğer bir deyişle, ihtiyari açık artırmada ihale işleminin resmi satış sözleşmesinin yerini tutacağını da belirtmekte yarar görmekteyiz (TBK.275/I). Cebri artırmalarda da, konumuza ilişkin sonuç aynıdır (TBK.275/II). Bunun yanında, cebri artırmalarda, artırma ile taşınmazın mülkiyeti de ihale olunana geçer (TBK.279/III; TMK.705/II). Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan taşınmaz ihalesi sonucu kurulacak olan satış sözleşmesinin noterlikçe yapılmasının yeterli olduğu da burada belirtilmelidir (2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, mad.57/I)⁵⁷.

Konuya ilişkin örnekleri, ticaret ortaklıklarında sermaye koyma borcuna ilişkin özel düzenlemeye temas ederek sonlandırmak istiyoruz. Şöyle ki, ticaret ortaklığına sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti konulacaksa, bu borcu içeren ortaklık anasözleşmesi yeterli olacaktır⁵⁸. Başka bir deyişle, söz konusu taşınmazın mülkiyetini ortaklığa geçirmeye yönelen ve tapu memurunca yapılması söz konusu olan ikinci bir sözleşmeye gerek yoktur (TTK.128/3). Bu düzenlemenin anlamı, ticaret ortaklıkları anasözleşmelerindeki imzaların sadece noter onaylı olmasının yeterli olduğunu bildiren kanun hükümleri (TTK.212; TTK.305/I; TTK.339; TTK.575) nazara alındığında, daha da belirgin hale gelmektedir. Belirtelim ki, Kooperatifler Kanunu'nun 2. maddesi hükmü de, tartışmalı olmakla birlikte, bu konu ile ilgilidir. Söz konusu hüküm, ileride ele alınacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan ve verilen örneklerden anlaşılmıştır ki, taşınmaz mülkiyetinin tescil ile kazanılmasını sağlayan veya buna dolaylı olarak yol açan sözleşmeler çeşitli nitelikler taşıyabilmekte ve çeşitli şekiller bunlar için yeterli olabilmektedir. Ancak, önemle belirtilmelidir ki, bu konudaki kural, tapu memurunun gerçekleştireceği resmi şekle tabi

⁵⁷ Ayrıca krş., YHGK., 28.4.2004, 14-234/239, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.364, dpn.349.

⁵⁸ M. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2020, s.56.

olmaktır. İstisnalar, bu kuralı ortadan kaldırmayacaktır. Öte yandan, yeniden belirtelim ki, hangi şekil ve nitelikte olursa olsun, tescile esas olan sözleşmelere ilaveten, hak sahibinin (konumuz açısından malikin) tescil talebi de gerekmektedir.

II- TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLER

1) Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, tescil için iki işleme ihtiyaç vardır. Bunlardan biri borçlandırıcı işlem (satış sözleşmesinin niteliği hakkındaki tartışmalar saklıdır), diğeri de tescil talebidir⁵⁹. İşte, borçlandırıcı işlem, yukarıda örnekleri verilen türden bir işlem, yani sözleşme niteliğindeki bir hukuki işlem niteliğini taşıyabileceği gibi, bu işlemin tek taraflı hukuki işlemlerden olması da mümkündür.

Söz konusu tek taraflı hukuki işlemler bakımından da, sözleşmeler için yaptığımız gibi, birkaç örnek vermekle yetinmeyi doğru bulmaktayız. Çünkü, çalışmamızın asıl konusu bu hususlar değildir. Burada, tescile esas teşkil edecek tek taraflı borçlandırıcı işlem olarak vasiyetnameyi gösterebiliriz. Bir vasiyetname, eğer taşınmaza ilişkinse, tescile esas olabilecek borçlandırıcı işlem niteliğini taşıyacaktır. Bunun gibi, TBK.9 hükmü ile düzenlenen ilan yoluyla ödül sözü vermenin (aleni mükafat vaadinin) de taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurduğu söylenebilir⁶⁰.

Yeri gelmişken, satış ilişkisi doğurmayı sağlayan sözleşmelere de temas edilmelidir. Bu sözleşmeler, alım (iştirâ) ve geri alım (vefa) sözleşmeleridir (TMK.736). Önalım (şuf'a) sözleşmesi ise, eski Medeni Kanunumuzdaki düzen tarzının aksine, yeni Medeni Kanun'a göre, ancak dava yolu ile kullanılabileceği için (TMK.734/I; TMK.735/III; ayrıca TBK.242), önalım

⁵⁹ Bkz., yukarıda 11 no.lu dipnotuna ilişkin metin ve devamı.

⁶⁰ Bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.474.

hakkı bakımından tek taraflı hukuki işlemle tescile esas olacak borçlandırıcı işlemin yapılmasından söz etmek kolay olmayacaktır. Zira, önalım hakkı, artık dava dışı yenilik doğuran bir beyanla değil de dava açarak kullanılacağı için⁶¹, burada tek taraflı bir işlemle borç ilişkisinin (satış ilişkisinin) kurulduğunu ifade etmek, en azından alım ve geri alım hakkına kıyasla daha zor veya tartışmaya açık kabul tarzlarından olacaktır. Belki, burada da, önalım davasının dava dilekçesi karşı tarafa (önalım davasının muhatabına) tebliğ edilince satış ilişkisinin kurulduğu söylenebilecektir⁶². Ne var ki, bu sonuç çıkarılabilirse dahi, önalım sözleşmesinin ve önalım davasının davalıya tebliğ edilmiş dava dilekçesini (yani dilekçeyi ve tebliğ şerhini) tarafların tapuya götürerek tescil talebi şartına da uyulmak kaydı ile tescili sağlamaları, özellikle uygulama açısından düşünülebilecek bir durum değildir.

Buna karşılık, alım ve geri alım haklarının dava dışında kullanılmaları mümkün olduğundan, taraflar ilgili sözleşmeleri ve satış ilişkisini kuran yenilik doğurucu beyanları (tebliğ belgesiyle birlikte) tapuya götürürlerse ve tescil talebi de eklenirse tescil yapılabilecektir.

Belirtelim ki, alım ve geri alım haklarının kullanılması üzerine kurulan satış ilişkisinin mülkiyeti devir borcunu yüklediği kişinin tapuya gidip tescil talebinde bulunmaması, yani bundan kaçınması ihtimalinde alacaklının TMK.716 hükmüne dayanarak mülkiyetin hâkim kararı ile kendisine geçirilmesini istemesi mümkün iken, önalım davası bakımından bu düşünce tarzının geçerli olamayacağı açıktır. Çünkü, önalım davası mevcut iken,

⁶¹ Söz konusu yenilik doğurucu beyan için ayrıca bkz., Ş. Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul 1994, s.141 vd. Ayrıca önalım hakkının dava yolu ile kullanılmasının sakıncaları için bkz.,

A. Arpacı, Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, İstanbul 2004, 1. Baskı, s.89-113.

⁶² Eski Medeni Kanun açısından bu konuda bkz., Şıpka, s.153. Ayrıca, net olmamakla beraber, bu yönde bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.536, N.1915 vd. Bu yazarların, açık ve net olmayan ifade tarzlarından zikri geçen sonuç belki çıkarılabilir.

TMK.716'ya dayanan bir dava söz konusu olamaz. Mülkiyetin hâkim kararı ile geçmesi, önalım davasının sonucunda zaten gerçekleşebilecektir⁶³.

2) Tahsis İşlemleri

Bazen, tescile esas olacak bir borçlandırıcı işlemin yukarıda gösterilen örneklerde olduğunun aksine, mevcut olmadığına da şahit olunabilmektedir. Mesela, yapı kooperatiflerinde gördüğümüz budur. Şöyle ki, bir yapı kooperatifi, anasözleşmesine ve genel kurul kararlarına uygun olarak inşaatı imar mevzuatı çerçevesinde yapıp bitirince, iç ilişkide ortaklarına özgülediği⁶⁴ yerleri (daire, dükkan v.s.) dış ilişkide de özgülediğini tapu idaresine beyan ederek tescili sağlayabilmektedir. Genellikle, kooperatif tüzel kişiliği kat mülkiyetini kurmakta ve her bir bağımsız bölümü, iç ilişkideki özgüleme doğrultusunda ortaklara devretmektedir. İşte, kooperatifin tapu idaresine yönelen söz konusu iradesine “tahsis” denilmektedir. Bunun gibi, özel bir kanunla, bazı taşınmazların bazı şartlarla kişilere tahsisi ve tahsis iradesine dayanılarak tescilin yapılması söz konusu olabilir.

⁶³ Belirtmek isteriz ki, alım, geri alım ve önalım haklarına ilişkin ayrıntılara, bu konular çalışmamızın sınırları dışında kalacağı için, yer vermemiş bulunuyoruz.

⁶⁴ İç ilişkideki özgüleme ve kur'a işlemi konusunda ayrıntılar için bkz., A. Arpacı, İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, İstanbul 1995, s.194-195.

İKİNCİ BÖLÜM

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN TESCİLSİZ KAZANILMASI VE MAHKEME KARARI İLE KAZANIMIN NİTELİK VE ÖZELLİĞİ

§4. TESCİLSİZ KAZANIM KAVRAMI

Hukukumuzda taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, kural olarak, ancak tescil ile mümkündür. Tescil ile kazanma konusu yukarıda açıklanmış bulunuyor. Taşınmaz mülkiyeti, kanunun açıkça belirttiği bazı hallerde ise, tescilden önce, yani tescil gerekmeden kazanılabilir. Bu duruma, “tescilsiz kazanma” “sicil dışı iktisap” denmektedir. Buradaki “tescil” teriminin “kurucu tescil” olarak anlaşılması gerekir. Bir başka deyişle, “açıklayıcı tescil” şimdilik konumuzu ilgilendirmemektedir.

Belirtildiği üzere, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, kural, tescil ile kazanma olduğundan, tescilsiz kazanım istisnai bir durumdur. Medeni Kanun’da tescilsiz kazanma halleri gösterilmiş ise de (TMK.705/II), bu sayım örnek kabilindedir⁶⁵. Bunu, TMK.705/II’deki “kanunda öngörülen diğer hallerde” ibaresinden anlıyoruz. Önemle belirtelim ki, kanunlarda öngörülmemişse, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılması düşünülemeyecektir. Öyleyse, her ne kadar TMK.705/II hükmündeki sayım sınırlayıcı değilse de, diğer kanunlar ve Medeni Kanun’un diğer hükümleri nazara alınmak suretiyle daha geniş bir çerçeve içinde kalan “numerus clausus” ilkesinin burada da varlığı söylenmek gerekmektedir.

⁶⁵ Ayrıca bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.404, N.1494; H. Honsell/ N.P. Vogt/T. Geiser, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Basel-Genf-München 2003, Art.656, N.36; A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I, Bern 1974, Art.656, N.75.

§5. TESCİLSİZ KAZANILMA DURUMLARI

I- MEDENİ KANUN BAKIMINDAN

Medeni Kanunumuzun 705. maddesinin 2. fıkrası, belirtildiği üzere, mülkiyetin tescilsiz kazanılmasının bazı örneklerini vermiştir. Bu hükümde, mülkiyetin tescilden önce (tescilsiz) kazanılma hallerine örnek olarak miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma gösterilmiş, ayrıca bu sayının sınırlayıcı nitelik taşımadığına ilişkin olarak da “kanunda öngörülen diğer hallerde” ibaresi kullanılmıştır. Bu hükümde geçen örneklerden bazıları Medeni Kanun çerçevesi içinde kalan kurumlardır. Anılan örneklerin bir kısmı ise, Medeni Kanun’un dışında kalan kazanım hallerindendir. Şöyle ki, miras, mahkeme kararı ve işgal Medeni Kanun’da düzenlenmiş, buna karşılık cebri icra, İcra ve İflas Kanunu ile Borçlar Kanunu’nda, kamulaştırma ise idare hukuku mevzuatı ile düzen tarzına kavuşmuştur.

Burada önemle belirtelim ki, aşağıda etraflıca açıklanacağı üzere, mahkeme kararı ile mülkiyet kazanımını sağlayan TMK.716 hükmünün sözünü ettiği kişisel hak, yalnızca Medeni Kanun’a tabi işlemlerden ibaret olmayıp, Medeni Kanun dışındaki mevzuattan kaynaklanmış da olabilecektir. Mesela, vekâlet ilişkisini burada gösterebiliriz. Gerçekten, vekâlet sözleşmesi Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir; ama, bu sözleşme TMK.716 anlamında bir kişisel hak (hukuki sebep) oluşturabilmektedir⁶⁶. Şu halde, TMK.716 hükmü Medeni Kanun dairesinde olmakla birlikte, bu hükmün uygulanmasını mümkün kılan hukuki ilişkiler başka kanunlardan da kaynaklanmış olabilecektir.

Medeni Kanun’da düzenlenen ve TMK.705/II hükmünde gösterilen miras, mahkeme kararı ve işgal hallerine burada kısaca temas etmek gerekiyor. Bununla birlikte, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması

⁶⁶ Hatemi , Hatemi/Serozan/Arpacı, s.577.

konusu bu çalışmanın belkemiğini oluşturduğundan ve bu sebeple konu aşağıda üçüncü bölümde ayrıntılı biçimde ele alınacağından, mahkeme kararı ile kazanılmayı burada ele almayacağız.

Miras yolu ile kazanmayı ve işgali ise, kısaca inceleme konusu yapmak istiyoruz. Miras yolu ile mülkiyet intikali, ölüm olayı ile birlikte ve kendiliğinden gerçekleşir (TMK.599). Şu halde, terekede yer alan taşınmazların mülkiyeti de, kendiliğinden mirasçılara geçecek, yani bu sonuca ulaşmak için herhangi bir işleme gerek kalmayacaktır. Şayet, birden fazla mirasçı varsa, taşınmaz mülkiyeti yine ölümle birlikte mirasçıya geçer; ama, mirasçılar arasında bu ihtimalde elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) hükümleri geçerli olur (TMK.640/II)⁶⁷. Eğer, mirasçılar mirası paylaşırlarsa, kendilerine düşen pay üzerinde tek başında malik olabilirler⁶⁸. Şüphesiz, bunun için, terekedeki taşınmaz veya taşınmazların aynen taksim edilmesi mümkün olmalıdır (TMK.642/II). Mirasın bu şekilde paylaşılması üzerine her bir mirasçının tek başına malik olabilmesi için, şüphesiz ki, taşınmazlar bakımından tescil gereklidir. Artık, bu tescil, kurucu nitelikte olur⁶⁹. İşaret edildiği üzere, konunun ayrıntıları, bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır. Burada, işgal kavramı da kısaca ele alınmalıdır.

İşgal, belirtildiği üzere, TMK.705/II hükmünde tescilsiz kazanma halleri arasında sayılmıştır; ancak, bu hüküm, işgalin ne olduğu konusunda sessiz kalmıştır. İşgalin ne olduğunu TMK.707 hükmünden anlayabilmekteyiz. Buna göre, işgal, tapu kütüğüne kayıtlı iken bu kaydın malikin istemiyle terkin edilmesi üzerine sahipsiz hale gelen taşınmazlar bakımından gerçekleşebilmektedir. Yine anılan hükümden, tapuya kayıtlı olmayan bir

⁶⁷ Ayrıca bkz., R. Haab, A. Simonius, W. Scherrer/D. Zobl, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, (Zürcher Kommentar), Bd. IV/1, Das Eigentum, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Zürich 1977, Art.656, N.36.

⁶⁸ Bkz., Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.656, N.36.

⁶⁹ Bkz., A. Heberlein/P. Breitschmid/E. M. Belser/C. Rieder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Zürich 2012, Art.656, N.17.

taşınmazın mülkiyetinin işgal yolu ile kazanılamayacağı anlaşılmaktadır. Kanun, bu noktayı açık bir biçimde dile getirmiş bulunuyor (TMK.707/c.2)⁷⁰. Şunu da belirtelim ki, işgal yolu ile taşınmazın maliki olabilmek için, herhangi bir sürenin geçmesine veya başka bir şartın gerçekleşmesine gerek yoktur⁷¹. İşgal yolu ile mülkiyet kazanılmasına elverişli bir taşınmazın mülkiyeti, zilyedliğin tesisi ile birlikte kazanılmış olur⁷².

Şunu önemle ifade edelim ki, şayet taşınmaza ait tapu kaydının terkinin yolsuz ise⁷³, böyle bir taşınmaz işgal yolu ile kazanılmaya elverişli olmaz. Zira, bu durumda ilgili taşınmaz sahipsiz hale gelmiş değildir. Bu taşınmaz ancak olağanüstü zamanaşımı yolu ile kazanılabilir⁷⁴. Terkin işleminin mülkiyeti terk iradesiyle yapılması ve her bakımdan geçerli bir terkin niteliğini taşıması gerektiğini, yeniden ve önemle belirtmek isteriz.

Öte yandan, işgal yolu ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için, zilyedliğin malik olma iradesiyle kurulması gerektiği de ifade edilmelidir⁷⁵. Bununla birlikte, işgal olgusunun hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu da belirtilmelidir. Bir görüşe göre, işgal (ve bunun gibi “ihraz”, “sahiplenme”) bir hukuki işlemdir⁷⁶. Bu görüş açısından, işgal, tek taraflı ve karşılıksız yarar sağlayan bir işlem olduğu için, burada tam fiil ehliyeti aranmayacaktır. Diğer

⁷⁰ Oysa, önceki Medeni Kanunumuzun konuya ilişkin 635. maddesinin 2. fıkrası bu hususta tartışmalara ve çeşitli yorumlara açık kapı bırakmıştı (bu konudaki ayrıntılar için bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.476 vd; F. H. Saymen/H. K. Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.286-287; F. H. Saymen/H. K. Elbir, Türk Eşya Hukuku, Aynî Haklar, İstanbul 1954, s.313-314. İşgal konusunda ayrıca bkz., E. Kurt, Tescil İlkesi ve İstisnaları, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, s.116.

⁷¹ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.414, N.1525.

⁷² Ayrıca bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.414, N.1525.

⁷³ Bkz., Birinci Bölüm, III, 1.

⁷⁴ Ayrıntılar için bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.410-411, N.1514; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.478.

⁷⁵ Ayrıca bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.506.

⁷⁶ Bu görüşte Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.476. Eren ise işgal eden kişinin mülkiyet hakkını kazanabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerektiği görüşündedir (F. Eren, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara 2021, s.351).

bir fikir ise, işgalin maddi fiil olduğunu savunmaktadır⁷⁷. Kanaatimizce, işgalin bir hukuki işlem olduğu, ancak burada ayırt etme gücünün (temyiz kudretinin) varlığının yeterli olacağı görüşüne katılmak uygun olur.

Bu çalışmanın sınırlarını zorlayacağı için, işgal kurumuna ilişkin açıklamalara daha fazla yer verip ayrıntılara girmek istemiyoruz.

Burada, TMK.705/II hükmünde açıkça zikri geçmese de, TMK.713 hükmünde düzenlenen olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanmaya ilişkin açıklamalara, bir nebze olsa da, yer vermek gerekmektedir. Zira, eski Medeni Kanun'da olduğunun aksine, TMK.713'e göre, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı esasına dayanan iktisap, TMK.713/I hükmündeki şartların olduğu anda gerçekleşmiş olur (TMK.713/V, c.2). Öyleyse, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet kazanımı da, Medeni Kanun'da düzenlenen bir tescilsiz kazanım halidir⁷⁸.

Medeni Kanun'un hükümlerinden kaynaklanan başka tescilsiz iktisap halleri de mevcuttur. Bu haller TMK.705/II hükmünde yer almamakta, ancak, Medeni Kanun'un çeşitli hükümleri konuya ilişkin düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır. Kişiliği sona eren bir tüzelkişinin mallarının kamu kurum veya

⁷⁷ Alman hukukunda savunulan bu görüş için bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.476; Türk hukukunda bu görüşte, L. Sirmen, Eşya Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2020, s.378; işgalin hukuki fiil olduğu görüşünde Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.414, N.1524.

⁷⁸ Eski Medeni Kanun döneminde, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet kazanmanın hangi anda gerçekleşeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, doktrinde bu konu tartışmalıydı. Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de, söz konusu tartışmanın içinde bulunuyordu. Konuyu kısaca şu şekilde özetleyebiliriz: Bir görüşe göre, mülkiyet, MK.639'un 1. ve 2. fıkrasındaki şartların gerçekleştiği anda, Yargıtay'ın 1954 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda savunulan ikinci bir görüşe göre, mülkiyet, MK.639'un 1. ve 2. fıkrasındaki şartlardan başka 3. ve 4. fıkralardaki ilana itiraz olmadan ve dava açılmadan sürenin geçmesiyle, İsviçre Federal Mahkeme'ye göre, mülkiyet, hâkimin verdiği tescil kararının tapuya tescili ile (bu görüş Anayasa Mahkememiz tarafından da savunulmuştur), Yargıtay'ca savunulan diğer bir görüş açısından, mülkiyet, tescil kararının kesinleştiği anda, nihayet başka bir görüş bakımından da, mülkiyet, tescil davasının MK.639'un 1. ve 2. fıkrasındaki şartları gerçekleştiren kimse tarafından açılması ile kazanılmış olur (ayrıntılar için bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.543 vd.; Saymen/Elbir, 1963, s.302-303; Saymen/Elbir, 1954, s.328-329; Eren, Mülkiyet, s.306 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.456, N.1671).

kuruluşlarına geçmesi, vakfa özgülenen malların vakıf mülkiyetine girmesi, mal rejimine ilişkin mülkiyet geçişi ve yeni arazi oluşumu burada anılmalıdır.

Bu halleri, kısaca şu şekilde ele alabiliriz:

Bir tüzelkişinin kişiliği sona erince, şayet kanunda veya kuruluş belgesinde aksine hüküm yoksa, yetkili organ da başka türlü karar vermemişse, ilgili malvarlığı en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçecektir (TMK.54/I). Tüzelkişinin malvarlığı içerisinde taşınmaz da varsa, söz konusu mülkiyet geçişi, tescilden önce olmaktadır. Her ne kadar Kanun'da bu bakımdan açık hüküm yok ise de, doktrindeki kabul tarzı budur⁷⁹. Bunun gibi, hukuka veya ahlâka aykırı amaç güttüğü için kişiliğine mahkeme kararı ile son verilen tüzelkişinin malvarlığı da ilgili kamu kuruluşuna geçecektir. Kanun, bu son ihtimalde, “her halde ilgili kamu kuruluşuna geçer” demek suretiyle, aksine bir düzenleme olmasına da set çekmiş bulunuyor (TMK.54/III).

Vakfın tüzelkişilik kazanmasıyla birlikte, vakfa özgülenen malların mülkiyeti vakfa geçeceği için (TMK.105/I) bu malların içinde taşınmaz da varsa, taşınmazın mülkiyeti, vakfa, tapu kütüğüne tescilden önce geçecektir. Vakfın tüzelkişilik kazanması ve vakfa özgülenen malların (bu arada taşınmazların) mülkiyetinin TMK.105/I hükmü uyarınca vakfa geçmesi için, vakfın, yerleşim yerindeki ilgili mahkeme nezdinde tutulan sicile (vakıf siciline) tescil edilmesi gerekmektedir (TMK.102/I). Burada, dikkat edilmesi gerekli bir yasal değişikliğe de değinmemiz gerekiyor. Şöyle ki, eski Medeni Kanunumuza göre, vakfa tüzelkişilik kazandıracak olan tescil, vakfedenin yerleşim yerindeki (ikametgâhındaki) mahkeme nezdinde tutulan sicile yapılan tescildir (eski MK.74). Oysa, yeni Medeni Kanun, belirtildiği üzere, vakfın yerleşim yeri mahkemesinin tuttuğu sicile tescilden bahsetmektedir. Bu

⁷⁹ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.418, N.1541; Meier-Hayoz, Art.656, N.94.

değişiklik, doktrindeki eğilim doğrultusunda gerçekleşmiştir⁸⁰. Vakfın yerleşim yeri ise, TMK.51 ve TMK.106 hükümlerine göre belirlenecektir⁸¹. Belirtelim ki, vakfa özgülenen ve vakfın tüzelkişilik kazanmasıyla birlikte vakfın mülkiyeti altına giren taşınmazın mahkemece vakıf adına tescil ettirilmesi (TMK.105/II), açıklayıcı nitelikteki tescilin sağlanması anlamındadır⁸². Çünkü, açıklandığı üzere, ilgili taşınmazın mülkiyeti, vakıf tüzelkişiliğine, tapu kütüğüne yapılacak tescilden önce geçmektedir.

Mal rejimine ilişkin mülkiyet rejimi de, taşınmaz mülkiyetinin sicil dışı kazanılmasına yol açabilmektedir. Şöyle ki, mal ortaklığı rejiminin devreye girmesiyle birlikte, eşler ortaklığa giren mallar üzerinde elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) rejimine tabi olurlar (TMK.257/II, III)⁸³. Eşler, elbirliği mülkiyetini tescilsiz kazanırlar⁸⁴. Bu sonuca, “Bir taşınmazın mülkiyetinde eşler arasındaki mal rejimi dolayısıyla meydana gelen değişiklikler, eşlerden birinin istemiyle tapu kütüğüne doğrudan tescil olunur” şeklindeki TMK.716/III hükmü dolayısıyla kolayca varılabilmektedir.

Burada, çalışmamızın sınırları dışında kalacağı için, konuya ilişkin ayrıntılara girmek istemiyoruz.

Yukarıda değinildiği üzere, yeni arazi oluşumu da, bazı şartlarla, tescilsiz kazanıma örnek olarak gösterilebilecek hallerdendir. Medeni Kanunumuzun 708. maddesi, bu konuyu düzenlemektedir. Bu hükme göre, birikmek, dolmak, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında yahut

⁸⁰ Ayrıntılar için bkz., M.Dural/T.Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2021, s.356, dpn. 437; M. Doğan, Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara 2000, s.121, dpn. 492'deki yazarlar.

⁸¹ Bu konuda bkz., Dural/Öğüz, s.267, N.1196.

⁸² Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.418, N.1542; Dural/Öğüz, s.359, N.1567 (yazarların konuya ilişkin açıklamalarından anlaşılan budur); Doğan, s.134; Kurt, Tescil İlkesi, s.118.

⁸³ Ayrıca bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.419, N.1543; F. Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2021, s.170, N.507; E. Sonsuzoğlu, Medeni Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, İstanbul 2006, s.78.

⁸⁴ Bkz., örneğin Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.419, N.1545; M. Dural/T. Öğüz/M. A. Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2020, s.261, N.1306; Acar, s.438, N.1325.

seviyesinde değişme gibi sebeplerle, sahipsiz yerlerde yeniden oluşan ve yararlanmaya elverişli olan arazi, Devlete ait olacaktır. İşte, bu kazanma da, tescilsiz kazanmadır⁸⁵. Söz konusu hükümdeki ifadeden anlaşılan budur. Burada, Devletin özel mülkiyeti söz konusudur. şayet, yeni oluşan arazi yararlanmaya elverişli değilse, söz konusu arazi Devletin hüküm ve tasarrufu altında olacaktır ki (TMK.715)⁸⁶, bu husus konumuzun dışında kalmaktadır.

II- DİĞER İLGİLİ MEVZUAT BAKIMINDAN

Ticaret ortaklıklarının birleşmesi halinde, külli halefiyet cereyan edecek ve dolayısıyla devrolunan şirketin taşınmazlarının mülkiyeti de kendiliğinden, yani tapuya tescilden önce devralan şirkete geçecektir (TTK.153/I). Kanun, burada “bütün aktif ve pasifi” ifadesiyle, belirtildiği üzere, külli halefiyete işaret etmiřtir⁸⁷. Söz konusu külli halefiyet, birleşmenin ticaret siciline tescili anında gerçekteşmektedir (TTK.153/I)⁸⁸. Belirtelim ki, ticaret ortaklığının bölünmesinde dahi külli halefiyeti görmekteyiz (TTK.179/4)⁸⁹. Ancak, söz konusu külli halefiyet, kısmi niteliktedir⁹⁰. Çünkü, tam bölünmede malvarlığı kısım kısım devralan şirketlere geçmekte, kısmi bölünmede ise sadece malvarlığının ayrılan kısmı devralan şirkete geçmektedir⁹¹.

⁸⁵ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.419, N.1546.

⁸⁶ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.421, N.1555.

⁸⁷ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.422, N.1558; Bahtiyar, s.64; Ticaret şirketlerinin devri bakımından bkz., M. Bahtiyar, Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:106, İstanbul 2011, s.3889 vd.; Birleşme konusunda ayrıca şu esere bakılabilir; İ. G. Esin, Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2020.

⁸⁸ Ticaret ortaklıklarının birleşmesi, birleşmenin tür ve hükümleri konusunda ayrıntılar için bkz., Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.62 vd.; ř. Ertaş, Ticari İşletmenin Devrinde Hakların ve Borçların İntikali, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 163, Mart 2020, Sayfa: 575; ticaret siciline tescilin kurucu veya açıklayıcı nitelikte olup olmadığı konusunda bkz., Ö. Bağcı, Ticari İşletmenin Devri İşleminin Ticaret Siciline Tescilinin Kurucu Veya Açıklayıcı Olup Olmadığı Hususunda Düşünceler, Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:17, 01.04.2016, s.133-140.

⁸⁹ Bahtiyar, s.72; aksi görüşte Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.422, N.1558.

⁹⁰ Bahtiyar, s.72.

⁹¹ Bkz., Bahtiyar, s.72.

Bundan başka, bir özel kanunla da taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılması mümkündür⁹².

III- MAHKEME KARARI İLE KAZANILMADA KARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması bakımından, ilgili kararın hukuki niteliğini tespit etmek, açıktır ki, son derece önemlidir. Zira, mülkiyetin kazanılma anı, mülkiyete bağlanan sonuçların da doğum anıdır.

Davayı esastan çözümleyen nihai kararlar “eda kararları”, “tespit kararları” ve “yenilik doğuran ya da inşai kararlar” olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁹³. Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile hangi anda kazanılacağı problemi çözümlenince, ilgili kararın bu türlerden hangisine girdiği hususu da belirlenmiş olur.

Belirtelim ki, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması bakımından temel hüküm olan TMK.716’nın metninden, ilgili kararın yenilik doğurucu nitelikte olduğu sonucunu hemen çıkarabilmekteyiz. Gerçekten, bu hükümdeki “mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir” ifadesinden (TMK.716/I) anlaşılan budur. Kanun, “mülkiyetin kendisine verilmesini isteyebilir” şeklinde veya buna benzer bir ifade kullanmamış, fakat, mülkiyetin “hükmen geçirilmesi” nden söz etmiştir. Eski Medeni Kanunumuzun konuya ilişkin 642. maddesindeki “mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini hâkimden isteyebilir” ifadesi de aynı sonuca varılmasını gerektirmektedir. Öte yandan, ZGB 665/1’deki “... das Recht auf gerichtliche Zusprechung des

⁹² Bu hususta bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.418, N.1559; burada İçtihadı Birleştirme Kararı ile de tescilsiz kazanımın kabul edildiğine tanık oluyoruz (bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.418, N.1559).

⁹³ Bkz., B. Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı 3. Baskı, Ankara 2019, s.340; İ. E. Postacıoğlu/S. Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.768, N.1401; M. K. Oğuzman/N. Barlas, Medeni Hukuk, 20. Bası, İstanbul 2014, s..310, N.987 vd.

Eigentums” ibaresi de bizi aynı sonuca götürmektedir. Bundan başka, TMK.705/II hükmü de, mahkeme kararı ile kazanmada, mülkiyetin tescilden önce kazanılacağını belirtmek suretiyle, kararın yenilik doğurucu nitelik taşıdığını ifade etmiş olmaktadır. Doktrinde de, incelemekte olduğumuz mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁹⁴.

Şu halde, ilgili karar, kesinleşince⁹⁵ yenilik doğurucu etkisini (inşai tesirini) gösterecektir. Diğer bir anlatımla, söz konusu kararın kesinleşmesiyle birlikte ilgili taşınmazın mülkiyeti davacıya geçer. Yapılacak tescil açıklayıcı nitelikte olacaktır⁹⁶. Burada, önemle belirtmek gerekir ki, açıklayıcı nitelikte olan tescil yapılmadıkça, mahkeme kararı ile malik olan kimse, o taşınmaz üzerinde tasarruf işlemleri yapamaz (TMK.705/II). Ayrıca, belirtelim ki, TMK.716’ya dayanan dava, eda davası niteliğindedir⁹⁷. Diğer bir deyişle, hükmün yenilik doğurucu niteliği, davanın da bu nitelikte olmasını gerektirmez. Mesela, burada, boşanma davası ile boşanma hükmü bakımından gördüğümüz nitelik uyumu yoktur.

Acaba, TMK.716’nın dışında kalan ve taşınmaz mülkiyetinin yine mahkeme kararı ile kazanılmasını sağlayan diğer düzenlemeler açısından da kararın yenilik doğurucu nitelik taşıdığı söylenebilir mi? Aşağıda ele alınacağı üzere, her ne kadar taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasında TMK.716 hükmü temel düzenleme ise de, yine aşağıda temas edilecek olan başka yasal düzenlemeler de, mahkeme kararı ile kazanmanın hukuki dayanağı olabilmektedir. Örneğin, haksız inşaata ilişkin TMK.724 hükmünün uygulanması bakımından, mahkeme kararı ile ilgili arazinin mülkiyetinin

⁹⁴ Bkz., örneğin Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.407, N.1500 vd.; Bertan, s.583; Meier-Hayoz, Art.665, N.3; Haab, R. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929, Art.656, N.31; Esener/Güven, Eşya Hukuku, Ankara 2008, s.200; Sirmen, s.375; ayrıca bkz., H. Kılıç, Gayrimenkul Davaları, Cilt:I, Ankara 2001, s.786; M. R. Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s.572.

⁹⁵ Bkz., Bertan, s.583; Kuru, s.144; Karahasan, s.572, Ahmet M. Kılıçoğlu, Eşya Hukuku, Ankara 2021, s.403, N.2064.

⁹⁶ Bertan, s.583.

⁹⁷ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.407, N.1503.

kazanılmasında TMK.716'ya dayanılma söz konusu olmamalıdır. Kanaatimizce, buradaki mülkiyeti talep hakkı, doğrudan doğruya TMK.724 hükmünden doğmaktadır. Diğer bir deyişle, şayet haksız yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa ve talepte bulunan taraf da iyiniyetliyse, ayrıca öteki şartlar da mevcutsa⁹⁸, yapıyı yapan malzeme sahibi veya arazisine yapı yapılan arazi maliki uygun bir bedel karşılığında arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini doğrudan TMK.724'e dayanarak isteyebilecektir. Bazı yazarlar ise, burada, talepte bulunan için arazi mülkiyetinin malzeme malikine devri bakımından bir yenilik doğurucu hak doğacağı, bu hakka dayanılarak karşı tarafa yöneltilecek tek taraflı bir beyanla söz konusu devir hususunda bir borç ilişkisi kurulacağı görüşünü savunmuşlardır⁹⁹. Bu görüşe göre, anılan borç ilişkisi kurulunca, arazi maliki taşınmazın mülkiyetini malzeme malikine devretmek, malzeme maliki de buna karşılık uygun bir tazminat ödemek borcu altına girecektir¹⁰⁰. Bu görüş taraflarından bazıları, tarafların anlaşamamaları halinde talepte bulunanın arazi mülkiyetinin malzeme malikine verilmesi için dava açacağını söylemekte iseler de, bu davanın hangi hükme dayanacağı konusunda açıklama yapmamayı tercih etmişlerdir. Öyle sanıyoruz ki, bu yazarlar, sözü edilen borç ilişkisine dayanılarak TMK.716 hükmünün uygulanması gerektiği görüşünü örtülü biçimde ifade etmiş sayılabilirler¹⁰¹. Şüphesiz, bu yazarların neyi kastettiklerinin net olmadığı açıktır. Belirtildiği üzere, bize kalırsa, TMK.724 hükmünün tanıdığı bir hak için TMK.716 hükmüne gitmeye hiç de gerek yoktur. Öte yandan, açıklanan borç ilişkisinin kurulması için yenilik doğurucu hak kavramına sığınmak da gerekmez. Söz konusu borç ilişkisi, ilgili şartların gerçekleşmesiyle birlikte kanun (TMK.724) gereği (ipso jure) kurulacaktır.

⁹⁸ Anılan diğer şartlar için bkz., Aytekin M. Ataay, Kendi Malzemesiyle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat, İstanbul 1959, s.102 vd.; Eren, Mülkiyet, s.351.

⁹⁹ Bu görüşte Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.500-502, N.1800-1801; ayrıca Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.620.

¹⁰⁰ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.500-501, N.1800.

¹⁰¹ Bkz., Ataay, s.113; Eren, Mülkiyet, s.346, 351; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.491, N.1782, N.1783; Sirmen, s.421,426; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.526; Ş. Ertaş, Eşya Hukuku, 14. Baskı, İzmir 2018, s.370, N.1647 vd.; Hatemi ise, bunu açıkça belirtmektedir (bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.620).

Konunun ayrıntılarına daha fazla girmek istemiyoruz. Şurası kabul edilmektedir ki, TMK.724 hükmünün uygulanması suretiyle mahkemece verilen karar, yani taşınmaz mülkiyetinin malzeme malikine verilmesi kararı, yenilik doğurucu niteliktedir¹⁰². Buna ilişkin davanın ise, eda davası olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, kanun gereği kurulan borç ilişkisi sebebiyle, taraflar borçlarını eda etmek durumundadırlar. Bu eda işlemi rıza ile yapılmazsa, açılacak dava, elbette eda davası olacaktır.

Taşkın yapıya ilişkin TMK.725 hükmünün ikinci fıkrasının düzenlediği mülkiyetin devri talebi bakımından da, haksız inşaata ilişkin TMK.724 için söylenenler tekrarlanabilir¹⁰³.

Bunun gibi, paylı mülkiyet konusu taşınmazın aynen taksimine ve herbir taşınmaz parçasının ilgililere mahkeme tarafından özgülenmesine ilişkin kararın hukuki niteliği de burada ele alınmalıdır. Hemen belirtelim ki, bu konu tartışmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında, aynen taksime dair olan mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴. Buna karşılık, bazı yazarlar, aksi görüşü savunmuşlardır¹⁰⁵. Kanaatimizce, buradaki kararın da yenilik doğurucu karar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁰⁶. Buradaki davanın niteliği de tartışılabilir. Elbirliği mülkiyetinin sona ermesi bakımından da, benzer açıklamalar yapılabilecektir.

¹⁰² Bkz., örneğin Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.501-502, N.1801; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.526.

¹⁰³ Yenilik doğurucu hak ve kararın yenilik doğurucu niteliği konusunda TMK.724 için söyledikleriyle aynı doğrultuda Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.518-520, N.1864-1867.

¹⁰⁴ YGHK’nun 10.01.1962 tarih ve 1/71-1 sayılı söz konusu kararı için bkz., A. Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.142 ve orada anılan eser.

¹⁰⁵ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.341, N.1325; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.407; Sirmen, s.325. Konuya ilişkin ayrıntılı tartışmalar için bkz., Üçüncü Bölüm, §8, I, 10-a.

¹⁰⁶ Aynı görüşte bkz., Eren, Mülkiyet, s.126; Bertan, s.422; Z. Kürşat, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008, s.359 vd.

Paylı mülkiyetin aynen taksimine ilişkin mahkeme kararının hangi nitelikte olduğuna dair açık bir kanun hükmü yoktur. Ancak, TMK.705/II’ den ve TMK.716/I hükmündeki “... mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir” ifadesinden, paylı mülkiyet konusu taşınmazın aynen taksimi bakımından da hukukten yararlanılabilecektir. Aksi görüşte olan yazarların paydaşlara özgülenen parçaların tescilden önce bağımsız hukuki varlıklarının olmadığına ve dolayısıyla bunlar üzerinde hakim kararı ile mülkiyet kurulamayacağına ilişkin fikirleri, menfaatler durumu bakımından da esasen uygun değildir. Çünkü, davalı taraf tescil talebinden kaçınırsa, davacının yeniden dava açması ve hakimın konuya ilişkin

Acaba, TMK.696 hükmü ile düzenlenen paydaşıktan çıkarılma hali için nasıl bir sonuca varılmalıdır? Bu hükmün 3. ve 4. fıkraları, müşterek nesnenin aynen ayırma yolu ile mahkeme tarafından paydaşa veya paydaşlara özgülenme ve tescil etme kararı verilmesinden söz etmektedir. Bu konunun da tartışılabilir nitelikte olduğu, bununla birlikte, ilgili kararın yenilik doğurucu nitelik taşıdığı söylenebileceği belirtilmiştir¹⁰⁷. Konuya ilişkin davanın niteliği de tartışmaya açıktır.

Aynı hukuki problem, KMK.25 hükmü bakımından da kendini göstermektedir. Şöyle ki, söz konusu hüküm, kat maliklerinin, borç ve yükümlerini ihlal eden kat malikinin bağımsız bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının “kendilerine devredilmesini” hâkimden isteyebileceklerini belirtmektedir ki (KMK.25/I), bu düzen tarzından, ilgili kararın yenilik doğurucu nitelikte olduğu sonucu çıkmaktadır¹⁰⁸. İsviçre’de ise, anılan mahkeme kararının eda hükmü niteliğinde olduğu söylenmiştir¹⁰⁹. Tıpkı paylı mülkiyette paydaşıktan çıkarılma kararında olduğu gibi, burada da konuya ilişkin davanın tartışılabilir nitelikte olduğu söylenmelidir.

Yeri gelmişken, KMK.26/II hükmüne de temas edilmelidir. Bu hükümde, kendine düşen borçları noterlikçe yapılan ihtara rağmen ve ihtar tarihinden başlayarak iki ay içinde yerine getirmeyen kat irtifakı sahiplerinin arsa paylarının ve kat irtifaklarının o zamanki değeri karşılığında öteki paydaşlara arsa payları oranında devri düzenlenmiştir. Anılan hüküm, “arsa

kararını (TMK.716/I) elde etmesi gerekecektir ki, bu da usul ekonomisi esası ile bağdaşmayacak, davacıyı gereksiz formalitelerin peşinde koşmaya zorunlu kılacaktır. Öte yandan, Tapu Kanunu’nun 32. ve İmar Kanunu’nun 16. maddesi uyarınca zaten, mahkeme kararına gerekli harita ve bölünme projesi eklenecek, yani ilgili taşınmaz parçaları bağımsızlık kazanmış olacaktır. Dolayısıyla, yukarıda tercih ettiğimiz yenilik doğurucu mahkeme kararı görüşümüz bu gerekçelerle hukuken savunulabilecektir (bkz., Kürşat, s.359 vd.).

¹⁰⁷ Bu görüş için Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.136.

¹⁰⁸ Bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.216.

¹⁰⁹ Bkz., A.Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privat-rect, Das Sachenrecht, fünfte Auflage, Bern 1981, Art.649b ve 649c, N.19.

payları oranında devrine karar verir” ifadesini kullandığına göre (KMK.26/II), kanaatimizce, bu kararı da yenilik doğurucu nitelikte görmek gerekir¹¹⁰.

Buraya kadar yapılan açıklamalar göstermektedir ki, TMK.716 hükmüne dayanan mahkeme kararının hukuki niteliği konusu tartışmaya açık değildir. Buna karşılık, konuya ilişkin diğer mahkeme kararlarının hukuki niteliği konusunda görüş birliği sağlanmış değildir. Hiç değilse, söz konusu kararlardan bazıları için bunu rahatlıkla söyleyebilmekteyiz.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasına ilişkin özel bölümde (aşağıdaki üçüncü bölümde) her bir karar bakımından daha ayrıntılı açıklamalar yapılacağından, şimdilik yukarıdaki açıklamalarla yetinmeyi uygun bulmaktayız.

IV- MAHKEME KARARI İLE KAZANIMIN ÖZELLİĞİ

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması, özellikle tescil ile kazanmaya kıyasla özel bir öneme sahiptir. Mülkiyetin tescil ile kazanılmasında, ilgili hukuki durumda görünüş belirsizliği yoktur; yani, kendi adına tapuya tescil yapılan kişi ve aslında tapuyu inceleyen her ilgili, mülkiyet bakımından somut bir bilgiye sahip olacaktır. Oysa, mülkiyetin mahkeme kararı ile kazanılmasında, böylesine bir hukuki manzara yoktur. Bir kimsenin mahkeme kararı ile tapu dışında malik olması halinde, şayet açıklayıcı nitelikteki tescil yapılmamışsa, tapu kayıtları gerçek maliki göstermeyecek, dolayısıyla da tapu bakımından gerçek malik noktasında belirsizlikten bahsedilmek gerekecektir. Bu itibarla, iyiniyetli üçüncü kişilerin TMK.1023 hükmü uyarınca mülkiyet kazanmalarının ve dolayısıyla ilgili mahkeme kararının kağıt üzerinde kalmasının önlenmesi için, mutlaka açıklayıcı tescil yapılmalıdır. Demek oluyor ki, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile

¹¹⁰ KMK.26 hükmüne ilişkin ayrıntılar için bkz., Arpacı, Kanun , s.107 vd.

kazanılması, mülkiyeti bu yoldan kazanan kimse açısından tehlikeli sonuçlar doğurabilecek özelliktedir¹¹¹.

Bundan başka, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını sağlayan mahkeme kararının, mülkiyeti nakletme borcunu ihlal eden kişilere karşı en etkili yaptırımın ifadesi olması gibi bir özelliğinin dahi bulunduğunu görmekteyiz¹¹². Gerçekten, taşınmaz mülkiyetini devretme borçlusuna, şayet ilgili mahkeme kararı ile mülkiyet geçmeyip de yalnızca bir edaya mahkumiyet söz konusu olsaydı, yani borçlu sadece tapu dairesine gidip alacaklı adına tescili yaptırmakla yükümlü kılınsaydı, borçlu için etkili bir hukuki sonucun varlığından söz edilemeyecekti. Borçlu, borcuna sadık olsaydı, esasen ona karşı dava açılmasına da gerek yoktu. Borcunu ifa etmediği için kendisine karşı dava açılan borçlunun, hakimin onu tapu dairesine gitmeye mahkum etmesinin hiçbir önemi de mevcut olmayacaktır. Diğer bir deyişle, borçlu, mahkeme kararına rağmen tapu dairesine yine gitmeyecektir. Öte yandan, mahkemenin söz konusu kararına muhalefet eden devir borçlusuna tazminat dışında nasıl bir yaptırım uygulanacağı sorusu da hukukumuz açısından cevapsız kalacaktır. Demek oluyor ki, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının son derece önemli bir işlevi ve dolayısıyla özelliği vardır.

Şunu da eklemek gerekir ki, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını sağlayan mahkeme kararlarından bazıları ise, özellikle yukarıda belirtilen ikinci özelliğe sahip olmayabilmektedir. Mesela, TMK.724 hükmüne dayanan ve davacıya mülkiyet hakkı kazandıran mahkeme kararında gördüğümüz budur. Gerçekten, bu karar, mülkiyeti nakletme borcu bulunan ve bu borcunu ifa

¹¹¹ Belirtmek gerekir ki, konuya ilişkin tehlike durumu, tapu kütüğüne şerh verilmesi suretiyle giderilecektir. Bu şerh, TMK.1010/I,1 hükmündeki gibi olabilecektir. Ancak, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin bu şerh, tapu kütüğünü kilitlenmediği için (bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s.252, N.1049), uygulamada mahkemeler, ihtiyati tedbir kararı (HMK.389 vd.) vererek tapu kütüğünü tasarruf işlemlerine kapatmaktadırlar (bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s.252, N.1049). Böylece, ilgili kişi daha etkili biçimde korunmaktadır.

¹¹² Bununla birlikte, belirtilen özelliklerin taşınmaz mülkiyetinin cebri açık arttırma yolu ile kazanılmasında da bulunduğu belirtilmemiştir (TMK.705/II; TBK.279/III; İİK. 134/I; ayrıca bkz., R. Serozan, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.131).

etmeyen kimseye karşı bir yaptırım olmaktan çok uzaktır. Zira, kendi arazisine iyiniyetle, ama haksız olarak inşaat yapılan bir kimsenin, mülkiyeti nakletme borcunu ihlal ettiğinden ve dolayısıyla arazinin mülkiyetinin yapıyı yapana aidiyetine ilişkin mahkeme kararının bu ihlalin yaptırımı olduğundan nasıl söz edilebilir? Şu halde, taşınmaz mülkiyetini kazandıran mahkeme kararlarını onların özellikleri bakımından bir tek kategori içerisinde ele almak doğru olmayacaktır. Bununla birlikte, konuya ilişkin genel hüküm olan TMK.716, elbette yukarıda açıklanan önemi taşımaktadır.

Bu başlık altında ele alınması gerekli diğer bir konu da şudur: Tapu sicilinin düzeltilmesi davası sonunda mahkemece verilen düzeltme kararı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin mahkeme kararı arasında acaba nasıl bir fark vardır? Belirtelim ki, tapu sicilinin düzeltilmesi kararı, hukuki nitelik olarak ilgili tescilin yanlışlığının tespitine¹¹³ ve bu tespitin tapu siciline yansıtılmasına ilişkindir. Buna karşılık, taşınmaz mülkiyetinin kazandırılması kararı, yenilik doğurucu nitelikte olup, bu kararın tapu siciline yansıtılması, anılan mülkiyet değişikliğine ilişkin bir açıklamadan ibarettir. Diğer bir deyişle, ikinci durumda “açıklayıcı tescil” söz konusudur.

V- DİĞER KAYITLAR BAKIMINDAN MAHKEME KARARI

Çalışmamızı doğrudan ilgilendirmemekle birlikte, tescilin işlevine ilişkin olmayan mahkeme kararlarına da, bir nebze temas etmeyi uygun bulmaktayız. Böylece özellikle terkin ve şerh ile ilgili mahkeme kararları hakkında fikir verici açıklamalar yaparak konunun, tabir caizse, “komşuları ile birlikte” kucaklanmasını sağlayacağımıza inanıyoruz. Beyanları ise, bu noktada ayrıca ele almayı önemli görmüyoruz.

¹¹³ Bkz., S. Üstündağ, s.38 vd., Er

1) Terkin Bakımından

Terkin, tapudaki bir kaydın çizilerek hükümsüz duruma getirilmesidir¹¹⁴. Bazı yazarlar, terkinin, bir tescilin¹¹⁵ veya tescil ile şerhin¹¹⁶ hükümden düşürülmesi olduğunu ifade etmişler ise de, tapudaki beyanın da hükümden düşürülmesi işlemine “terkin ya da çizim” denilmesi gerektiği açıktır. Esasen, bildirici terkinler de mevcut olduğuna göre, “hükümden düşürme” deyimini de tatminkâr değildir. Şunu da belirtelim ki, TMK.1015 hükmünün ifadesinden, terkin isteminde bulunanın tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği sonucu çıkmakta ise de (TMK.1015/I), bu sonucun mutlak olmadığı görülmektedir. Örneğin, TMK.194/III hükmüne göre, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin, tapu kütüğüne aile konutu şerhinin verilmesini tek başına isteme yetkisi vardır. Şimdi sormak gerekiyor: Tek yanlı istem ile aile konutu şerhini verdiren eş, yine sadece kendi irade beyanı ile bu şerhin terkinini talep edemeyecek midir? Bu sorunun cevabı elbette olumlu olmalıdır. Öyleyse, terkin için tasarruf yetkisi, her olayda aranmaz. Esasen, örnekteki eşin şerhin yapılması noktasında ilgili taşınmaz (aile konutu) bakımından tasarruf yetkisi aranmayacaktır (TMK.194/III). Bu konu, yukarıda işaret edildiği üzere, çalışmamızı doğrudan ilgilendirmedeği için, daha fazla ayrıntıya girmek istemiyoruz.

Şurası açıkça anlaşılmaktadır ki, terkin, bir kaydın hükümsüz kılınması veya esasen hükmünü kaybeden kaydın bu durumunu bildirme (açıklama) olduğuna göre, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile “kazanılması” başlıklı bir çalışmada terkin üzerinde fazla durmamak gerekmektedir. Bununla birlikte, bazı haller vardır ki, bu hallerde, hakkın mahkeme kararı ile sona erdirilmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin, malik ile intifa hakkı sahibi arasında intifa hakkının terkinini vaadi sözleşmesinin yapıldığı, yani, intifa hakkı sahibinin böyle bir vaatte bulunduğu varsayılın. Burada, şekil problemi

¹¹⁴ Aynı yönde, Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.452 vd.

¹¹⁵ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.209, N.878.

¹¹⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.340.

olmadığı da kabul edilsin. Böyle bir durumda, intifa hakkı sahibi vaadini yerine getirmezse, diğer bir anlatımla, tapu idaresinden intifa hakkının terkinini talep etmezse, malik TMK.716 hükmünden kıyasen istifade ile terkinini yenilik doğurucu bir karar olarak sağlayamayacak mıdır? Bize kalırsa, bu soruya olumlu cevap vermekte tereddüt etmemek gerekir. Esasen, hükümsüz kalmış olan bir kaydın bu durumunu açıklamak için verilen terkin kararı ise (TMK.1026/III), konumuzun tamamıyla dışında kalmaktadır. Çünkü, çalışmamız, mahkemenin yenilik doğurucu kararları ile ilgilidir.

Görülüyor ki, bazı hallerde, yenilik doğurucu nitelikte bir mahkeme kararı ile, tıpkı tescil bakımından olduğu gibi, terkin bakımından da yargısal müdahale mümkün bulunmaktadır.

2) Şerh Bakımından

Yer yer dile getirildiği üzere, benzer karşılaştırmaları yaparken, çalışmamızın ana çizgisinden ayrılmamak gerekmektedir. Şu halde, şerhler konusundaki ayrıntılara girmek istemiyoruz. Burada, literatürde üzerinde yeterince durulmayan ve aslında kişisel hakların şerhi konusu ile ilgili olan bir hususu ele almakla yetinmek istiyoruz. Mesele şudur: Medeni Kanunumuz, paylı mülkiyette yararlanma ve yönetim anlaşmalarının ve bu konuda alınan kararların, eğer bu işlemler taşınmazlara ilişkinse, tapu kütüğüne şerh verilebileceğini, böylece, bunların sonradan paydaş olanları ve pay üzerinde aynı hak kazananları bağlayacağını hüküm altına almıştır (TMK.695/II). Taşınmazlarla ilgili anlaşmaların tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için, anlaşmadaki imzaların noterlikçe onaylanması da aranmıştır (TMK.689/II). Acaba, TMK.695/II hükmünde anılan ve dolayısıyla cüz'î halefleri veya pay üzerinde sonradan diğer aynı hakları kazananları bağlaması için şerhedilmesi gerekli kararlar, sadece paydaşlarca alınan kararlar mıdır, yoksa, mahkemece verilen kararlar da (TMK.695/I; TMK.693/II) şerhe tabi midir? Belirtmek isteriz ki, önceki Medeni Kanun döneminde paydaşlarca yapılan yararlanma ve yönetim sözleşmelerinin sonradan paydaş olan veya pay üzerinde sınırlı aynı

hak kazanan kimseleri bağlaması konusunda bir düzenleme mevcut değildi. Bunun önemli bir eksiklik olduğu doktrinde ifade edilmekte, İsviçre ve Alman hukuklarındaki çözümün benimsenmesi gerektiği belirtilmekteydi¹¹⁷. Bununla beraber, o dönemde, hâkimin hükmüne muhatap olanların cüz'î halefleri de eski HUMK.237 hükmünde geçen “taraf” teriminin kapsamı içinde görülmek suretiyle, ilgili hükmün cüz'î haleflere etkisi kabul edilmekteydi. Yargıtay’ın görüşü de bu doğrultuydu¹¹⁸. Ne var ki, bugünkü Medeni Kanun’un yukarıda anılan hükümleri sebebiyle yararlanma ve yönetime ilişkin mahkeme kararlarının da sonraki hak sahiplerine etkisi için şerhin gerekip gerekmediği hususu tartışılabilir hale sokulmuştur.

Demek oluyor ki, şayet ilgili mahkeme kararlarının önceki Medeni Kanun dönemindeki gibi anlaşılması mümkün görülürse, ilgili karar şerhin yerine geçecek ve bu noktada yenilik doğurucu bir mahkeme kararı verilmiş olacaktır. Nasıl ki, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasında, karar adeta tescilin yerine geçiyorsa, açıklanan yorum sayesinde de, mahkeme kararı şerhin yerine geçmektedir. Kanaatimizce, ilgili mahkeme kararı, önceki Medeni Kanun dönemindeki gibi anlaşılmalıdır¹¹⁹.

Burada, ancak tarafların şerh sözleşmesi yapmaları sebebiyle söz konusu olabilecek şerhler için, bu sözleşmeyi yapma ve şerh talebinde bulunma vaadini konu edinen sözleşmeye aykırılık hali için de, TMK.716 hükmünün kıyasen uygulanabileceği söylenmelidir. Bu ihtimalde dahi, mahkeme kararı ile şerhin fonksiyonu sağlanmış olacaktır. Şüphesiz, örneğin aile konutu şerhi gibi şerh anlaşılmasına ihtiyaç göstermeyen şerhler için, açıkladığımız durum gerçekleşmeyecektir.

¹¹⁷ Bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.108-109. Ayrıca, bu konudaki ayrıntılar için şu eserlere de bakılmalıdır: A. Arpacı, Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990; İ. Öztaş, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul 2011.

¹¹⁸ Bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.111 ve orada gösterilen eserler ve Yargıtay kararı.

¹¹⁹ TMK.695/II'deki “kararların” ifadesinin, hakim kararları şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz., Öztaş, s.286.

§6. TAŞINIR MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI BAKIMINDAN KONUMUZA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMA

Çalışmamızın konusu taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması olmakla birlikte, taşınır mülkiyetinin kazanılması bakımından konuya ilişkin karşılaştırma yapılmasının yararlı olacağına inanıyoruz. Bu nedenle, taşınır mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının mümkün olup olmadığı kısaca ele alınacaktır.

Yukarıda ilgili yerlerde¹²⁰ açıklandığı üzere, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması konusundaki temel kural tapu kütüğüne tescildir. Taşınır mülkiyetinin kazanılması için ise, zilyetliğe sahip olmak gerekir (TMK.763 vd.). Şu halde, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tapu kütüğüne tescil, taşınır mülkiyetinin kazanılması için de zilyetliğe sahip olmak gereklidir. Taşınmazlar bakımından anılan gereklilik, “kural” niteliğindedir. Diğer bir deyişle, konuya ilişkin istisnalar mevcuttur (TMK.705/II). Bu husus, yukarıda etraflıca açıklanmış bulunuyor. Buna karşılık, taşınır mülkiyetinin kazanılması konusunda TMK.705/II hükmüne benzer bir istisna yoktur. Öyleyse, taşınır mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması da mümkün değildir. Şüphesiz, burada, taşınır mülkiyetinin sadece, doğrudan doğruya mahkeme kararı ile kazanılmasından söz etmekteyiz. Yoksa, açıklanacağı üzere, mahkeme kararı dolayısıyla kazanmanın mümkün olmadığını söylemek söz konusu olamaz.

Demek oluyor ki, taşınır mülkiyeti mahkemenin yenilik doğurucu nitelikteki bir kararı ile kazanılamaz. Mahkemenin ilgili kararının niteliği, bir eda kararı olarak kendini gösterecektir. Bunun sebebi de, belirtildiği üzere, bu husustaki esasın TMK.705/II hükmüne benzer bir istisnasının bulunmayışdır.

¹²⁰ Yukarıda, §1 vd.

Şu hale göre, bir taşınırın mülkiyetini geçirme borcu altındaki kişi, bu borcunu yerine getirmezse, alacaklı, ifa davası açacak ve taşınmazlarda olduğunun aksine, verilecek hüküm de eda hükmü niteliğinde olacaktır. Hükme konu taşınırın mülkiyeti, ancak hüküm icra edilip zilyetlik alacaklıya nakledilince ve nakil anında geçecektir. Bunun sebebi, yeniden ve önemle kaydetmek gerekir ki, konuya ilişkin olarak TMK.705/II'ye benzer bir düzenlemenin bulunmamasıdır.

Görülüyor ki, taşınır mülkiyetini davacıya geçirmeye mahkum edilen davalı ilgili mahkeme kararının kesinleşmiş olmasına rağmen hükmün gereğini yapmazsa, yani taşınırı alacaklısına teslim etmezse (veya mülkiyetin geçişini sağlayan diğer türdeki zilyetlik nakillerine başvurmazsa), lehine hüküm kurulan alacaklının istihkak veya el atmanın önlenmesi talepleri söz konusu olamayacaktır. Çünkü o kimse, henüz malik değildir. Buna karşılık, taşınmaza ilişkin hüküm için aynı örnekte başka sonuca varılmalıdır. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde, davacı, mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte tescilden önce malik olduğu için mülkiyete dayanan davaları açabilecektir. Her ne kadar, TMK.705/II hükmü, açıklayıcı tescil yapılmadıkça, tescilden önce malik olan (örneğimizde mahkeme kararı ile malik olan) kişinin tasarruf işlemlerini yapamayacağını bildiriyorsa da, istihkak veya el atmanın önlenmesi davalarını açmak ve takip etmek tasarruf işlemi niteliğini taşıyan işlemler değildir. Bu itibarla, varılan ilgili sonuç doğrudur. Şunu itiraf edelim ki, taşınmazlar için istihkak davası yerine tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılacağından ve bu örnekte davacı esasen mahkeme kararı ile malik olduğundan ve bunun gibi açıklayıcı tescili tek başına yaptırabileceğinden, konunun pratik önemi el atmanın önlenmesinde kendini gösterecektir. Şunu da ifade edelim ki, mahkeme kararı ile taşınmazın mülkiyetini kazanan kimsenin açtığı el atmanın önlenmesi davasında, mahkemenin, davacının aynî hak iddiasını kontrol için tapu dairesinden tapu kayıtlarını istemesi, tatbikattaki söylemle tapu kayıtlarının “celbi” yoluna gitmesi, uygulamada kaçınılmaz olacaktır. Diğer bir deyişle, mülkiyeti mahkeme kararı ile kazanan kimse, el atmanın önlenmesi

davası açacaksa, zorunlu olarak, açıklayıcı tescili de yaptırmalıdır. Bu durum, hukuki mecburiyetin değil; ama pratik zorunluluğun ifadesidir. Demek ki, açıklayıcı tescil, el atmanın önlenmesi davası açma olgusu ve teknik anlamda tasarruf işlemi değilse de, pratik bakımdan zorunlu olacaktır. Yeri gelmişken, şu sorunu da söz konusu etmeliyiz: Acaba, davacı, kesinleşmiş olan ilgili kararı el atmanın önlenmesi davasına bakan mahkemeye sunmak suretiyle, açıklayıcı tescile ihtiyaç olmadan sonuca ulaşabilir mi? Bize göre bu mümkün görülmelidir. Ancak, uygulama açıklayıcı tescili isteyecektir.

§7. TAPUSUZ TAŞINMAZLARIN KONUMUZA İLİŞKİN DURUMU

Ülkemizde, çok sayıda tapusuz taşınmaz olduğu bilinmektedir. Bu taşınmazların hukuki durumunu ele alıp incelemek çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır. Ancak, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların mahkeme kararı ile kazanılması probleminin incelenip çözümlenmesinin çalışmanın sınırları dışında bırakılmasını da doğru görmüyoruz. Konuyu, sadece bu açıdan ele almak istiyoruz.

Şunu hemen ifade edelim ki, tapusuz taşınmazlar, üzerinde mülkiyet hakkı bulunup bulunmaması bakımından ikiye ayrılır¹²¹. Bunların bir kısmı üzerinde mülkiyet vardır; diğerleri üzerinde ise henüz mülkiyet hakkı oluşmamıştır. Tapusuz taşınmazlar üzerinde, bir kere, önceki hukukumuzdan kalan mülkiyet hakları mevcut bulunmaktadır¹²². Bundan başka, işgal ve ihya

¹²¹ Bu ayırım için bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.400, N.1484; Eren, Mülkiyet, s.238 vd.; Sirmen, s.370 vd. Bazı yazarlar, söz konusu ayırıma girmeksizin, tapusuz taşınmazlara ilişkin satış vaaadinin geçerli olmadığını savunmuşlar ve aksi sonuca varan Yargıtay kararlarını eleştirmişlerdir (bkz., S. Olgaç/M. R. Karahasan, Gayrimenkullerin Akid Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1956, s.76-78). Tapusuz taşınmazlar konusunda ayrıca bkz., Ş. Berki, Türk Medeni Kanununda Zilyedlik ve Tapu Sicili ile İlgili Prensipler ve Tapusuz Gayrimenkuller, Prof .Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.157 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.473 vd.; Ertaş, Eşya Hukuku, s.303 vd.

¹²² Bu konuda bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.399-400, N.1482 ve orada 490 no.lu dipnotunda gösterilen eserler.

yolu ile de tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet kazanılmış olabilecektir¹²³. Nihayet, TMK.713/V hükmüne göre de, tapusuz taşınmazlar üzerinde, henüz tescil yapılmadan mülkiyet kazanımı mümkün olacaktır. Gerçekten, bu hüküm, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı bakımından, mülkiyet hakkının kazanılması için TMK.713'ün birinci fıkrasındaki şartların gerçekleşmesini yeterli görmüş, mülkiyetin bu şartların gerçekleşmesi anında kazanılmış olacağını belirtmiştir. Hemen söyleyelim ki, TMK.713/V hükmü sebebiyle mülkiyet hakkı ile yüklü olan tapusuz taşınmazların bu türünde, mahkeme kararı ile kazanmaya ilişkin problem düşünülemez. Çünkü, bu hallerde, esasen TMK.713 uyarınca tescil davası açılacaktır. Buna karşılık, yukarıda anılan diğer ihtimaller bakımından konunun çalışmamızda ele alınması gerekir.

Acaba, üzerinde mülkiyet hakkı bulunan ve TMK.713/V hükmünün kapsamı dışında kalan tapusuz taşınmazlar, mesela gayrimenkul satış vaadine konu olsa ve vaat borçlusu da mülkiyeti geçirme işleminden kaçınsa, alacaklının TMK.716 hükmüne dayanarak hâkim kararı ile malik olması mümkün müdür? Şunu derhal ifade etmek gerekir ki, TMK.716 hükmü, tapuya kayıtlı taşınmazlar için sevk edilmiştir. Gerçekten, bu hükmün ilk fıkrası, bize göre bu hususta son derece açıktır. Ancak, hükmün örneğimiz için kıyasen uygulanması acaba düşünülebilir mi? Kanaatimizce, bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Gerçi, 3402 sayılı Kadastro Kanunu, mad. 14 ve mad. 33'ün atfı ile yine 14. madde hükmü tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların tespiti konusunda özel bir düzenleme getirmiştir. Ne var ki, bu hüküm, tapusuz taşınmazların üzerinde esasen mülkiyet hakkının varlığı konusuna yabancı olduktan başka¹²⁴, ele aldığımız örnekte Kadastro Kanunu'nun anılan hükmünde aranan en az yirmi yıl süren malik sıfatı ile zilyetlik şartı da gerçekleşmiş değildir. Başka bir anlatımla, Kadastro Kanunu, incelemekte olduğumuz meseleye çözüm getirmiş

¹²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.399-400, N.1482.

¹²⁴ Krş., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.400, N.1485, dpn.493.

değildir. Bu durumda, ya TMK.716 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle satış vaadi alacaklısının etkin ve adil bir şekilde korunması kabul edilmeli ya da alacaklıya, tazminat isteme yolunun açık olduğunun hatırlatılmasıyla yetinilmelidir. Bize kalırsa, ilk çözüm tarzı tercih edilmek gerekir. Ayrıca, tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı bulunabileceğini söylemenin de, böylece, bir anlamı olacaktır.

Üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan tapusuz taşınmazlara gelince; belirtmeliyiz ki, bu tür tapusuz taşınmazların mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması kabul edilemez. Çünkü, mevcut olmayan mülkiyet hakkının, özel bir düzenleme bulunmadıkça, mahkeme kararı ile oluşturulması imkânı hukuken düşünülemez. Yukarıdaki örneği burada tekrarlırsak şöyle bir hukuki manzara ile karşılaşırız: Bir tapusuz taşınmazın mülkiyet hakkına sahip olmayan zilyedi, bu taşınmazın satışını vaad ediyor; ama vaadinde durmadığı için, alacaklının hükmen mülkiyet kazanımına ilişkin davasına (uygulamadaki adı ile “cebrî tescil” veya “hükmen tescil” ya da “tescile zorlama” davasına) muhatap oluyor. Açıktır ki, hâkim, borçluya, yani davalıya ait olmayan, daha doğrusu hukuk dünyasında esasen bulunmayan mülkiyet hakkını tesis ve tahsis edemeyecektir. O halde, bu tür tapusuz taşınmazların konumuzla ilgisi yoktur. Bunların satışı problemi ise, çalışmamızın alanı içinde değildir. Tapusuz taşınmazların mahkeme kararı dışındaki kazanılma halleri de, burada ele alınmayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN MAHKEME KARARI İLE KAZANILMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI

§8. MAHKEME KARARINA ESAS TEŞKİL EDEN BAŞLICA HUKUKİ DAYANAKLARIN İNCELENMESİ

I- MEDENİ HUKUK AÇISINDAN

1) Taşınmaz Satışı

a) Geçerli Satışlar

aa) Ülkemizdeki Uygulama

Taşınmaz eşyanın satışı, resmi şekle tabidir (TBK.237/I; TMK.706/I). Buradaki resmiyeti de, tapu memuru (tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlisi) gerçekleştirecektir (2644 sayılı Tapu Kanunu, mad.26/I). Şu halde, tapu sicil memuru tarafından düzenleme biçiminde (re'sen) yapılacak satış sözleşmesini taraflar da imzalayacaklar ve böylece taşınmaz satışına ilişkin “borçlandırıcı” işlem yapılmış olacaktır. Bu işlemle, satıcı, taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirme, alıcı da satış parasını satıcıya ödeme borcu altına girecektir.

Satıcının mülkiyeti geçirme borcu, yapılan satış sözleşmesine ilaveten yazılı tescil talebinde bulunmayı da gerektirmektedir (TMK.1013/I; 22.7.2013 tarih ve 2013/5150 sayılı Tapu Sicili Tüzüğü, mad.16 vd.). İşte, anılan tescil talebi (Tüzüğün deyişi ile “istem”) gerçekleşince, artık satıcı kendi edimini yerine getirmiş olacaktır. Mülkiyetin alıcıya geçmesi için bir işleme daha ihtiyaç vardır. Bu işlem de, tescildir. Tescil, yukarıda ilgili yerinde açıklandığı

üzere¹²⁵, kamusal nitelikte bir işlemdir. Diğer bir deyişle, tescil, taraf işlemi olmadığı halde, özel hukuk bakımından, mülkiyetin nakli gibi son derece önemli bir işlevin sahibi durumundadır. Görüldüğü üzere, taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması için üç aşamanın gerçekleşmesi gerekir. Başka bir deyişle, hukuki işlem, tecil talebi ve tescil istasyonlarına uğramak ve bu işlemleri gerçekleştirmek gerekir. Şayet, ilk iki işlem yoksa veya bir şekilde hükümsüz ise, yapılacak tescil de yolsuz olacak (TMK.1024/II), dolayısıyla mülkiyet karşı tarafa (lehine tescil yapılarak) geçmeyecektir. İşaret edildiği üzere, bu konular yukarıda ilgili yerinde ele alınmıştır. Burada, bu hususları yeniden incelemek, elbette, gerekli değildir.

Konuya ilişkin olarak ele almak istediğimiz durum, ülkemizdeki ilgili uygulamadır. Bizdeki uygulamada, tapu memuru, resmi sözleşmeyi (yani tescilin hukuki sebeplerinden birini) düzenlerken, mülkiyeti devredecek olan malikin tescili talep ettiğini de işlemin kapsamına almakta, yani sözleşmeyi tescil talebini de kapsar biçimde hazırlamaktadır. Esasen, uygulamamızda, borç doğuran sözleşme ile tescil talebi bir arada basılı formlar halinde kullanılmaktadır¹²⁶. Şu halde, resmi senedi düzenleyen tapu memuru, ilgilisine, hem resmi senedi hem de senedin içerdiği tescil talebini aynı anda imzalatmaktadır¹²⁷. Böylece, bizdeki tapu uygulamasında, tapuda, bu konuda “bir taşla iki kuş” vurulmaktadır. Demek ki, ülkemiz uygulamasında, taşınmazını mesela satmak isteyen kimse, resmi satış sözleşmesini (uygulamadaki adıyla “akit tablosu” nu veya senedi) imzalayınca, artık tescili önleyemeyecektir. Zira, o kimse, satış sözleşmesini imzalamakla, tescili de talep etmiş olmaktadır¹²⁸.

¹²⁵ Bkz., yukarıda §2’deki açıklamalar.

¹²⁶ Bkz., Akipek/Akıntürk/Ateş, s.296; bu hususta ayrıca bkz., yukarıda §2, 12 no.lu dipnotuna ilişkin açıklamalar.

¹²⁷ Bkz., Akipek/Akıntürk/Ateş, s.296.

¹²⁸ Belirtelim ki, doktrinde, söz konusu uygulama sebebiyle, TBK.242 hükmünün, bazı istisnalar dışında uygulanma kabiliyetine sahip olmadığı ifade edilmiştir. Her şeyden önce, söz konusu hüküm buraya aynen almak suretiyle meseleye girmekte yarar görmekteyiz. Bu hüküm şu şekildedir: “Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik

Görüldüğü üzere, ülkemiz uygulamasında, borçlandırıcı işlem (satış sözleşmesi) ile tescil arasında bir zaman dilimi bulunmamaktadır. Açıklandığı üzere, satış sözleşmesinin içinde tescil talebi de bulunmakta, alıcının henüz malik olmadan satış sözleşmesi alacaklısı sıfatını taşıması fiilen söz konusu olmamaktadır. Öyleyse, bizde, taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak mahkeme kararı ile mülkiyet kazanılması gündem dışıdır.

bb) Alıcının Genel Olarak Dönme Hakkını Kullanması

Alıcı, herhangi bir sebeple, geçerli olarak satış sözleşmesinden dönebilecektir. Acaba, bu dönme işleminin konumuz bakımından ne gibi bir önemi vardır? Burada, uygulama bakımından oldukça tereddütlü olabilecek ve sıkça karşılaşılabilecek ciddi bir sorunu ele almak istiyoruz. Ancak, her şeyden önce belirtelim ki, söz konusu dönme işlemi, yukarıda açıklanan tapu uygulaması nedeniyle, zorunlu olarak mülkiyetin alıcıya devrinden sonra gerçekleşmek durumundadır. Esasen, mülkiyet henüz alıcıya geçmeden satış sözleşmesinden dönülmesi, konumuz dışında kalacak ve sadece borçlar hukukunu ilgilendirecektir. Kaldı ki, belirtildiği üzere, ülkemiz uygulamasında bu ihtimal de gerçekleşemeyecektir.

bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır ”.

Doktrinde, yukarıda anılan uygulama sebebiyle, alım-satım olayında, önalım hakkının satıcıya karşı kullanılmasının, TBK.242’de açıklandığının aksine, fiilen mümkün olmayacağı görüşü savunulmuştur. Bu görüşe göre, tescil talebi ile satış sözleşmesi birleştirildiği için, bu uygulamanın görüldüğü bütün olaylarda, tescil ile satış sözleşmesi arasında bir zaman boşluğu bulunmayacak ve dolayısıyla her satış olayında zorunlu olarak alıcı adına tescil yapılmış olacağından, önalım hakkı hep alıcıya karşı kullanılabilir (bu görüş için bkz., A.Arpaç, Yeni Borçlar Kanunu’nun 242. Maddesinin Uygulanma Kabiliyeti, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2013, Sayı:124, Cilt II, s.3-6). Yine aynı yazara göre, alım (iştiara) ve geri alım (vefa) hakları açısından durum böyle değildir. Bu haklar, alıcı tarafa yenilik doğurucu bir beyanla satış ilişkisi kurma hakkını vermekte ve yenilik doğurucu bu hak kullanılınca satış ilişkisi kurulmaktadır. İşte, satış ilişkisi kurulunca, tapuda yapılan satış sözleşmesinde olduğunun aksine, tescil ile bu ilişki arasında bir zaman dilimi girebilmektedir. Anılan yazara göre, böyle bir halde, satıcıya karşı önalım hakkının kullanılması imkân dahilindedir. Zira, söz konusu satış ilişkisi ekonomik bakımdan satışa eşdeğer (TBK.240/I) işlemlerdir (bkz., A.Arpaç, Yeni Borçlar Kanunu’nun 242. Maddesinin Uygulanma Kabiliyetine İlişkin İlâve Açıklamalar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı, Özel Sayı, Cilt: I, Yıl: 2016, Sayı:1, N.1, s.82-84).

Alıcı, mesela satın aldığı ve tapusuna kavuştuğu taşınmazın ayıplı olduğunu görüp usulünce satış sözleşmesinden dönerse (TBK.246 dolayısıyla TBK.227/I,1), dönme üzerine tapudaki tescilin yolsuz hale gelip gelmeyeceğine ilişkin görüşlere göre¹²⁹ ortaya çıkan ve inceleme konumuzu oluşturan önemli bir soruna temas edilmelidir. Şöyle ki, şayet dönme işlemi tapu kütüğünde mevcut tescili yolsuz hale getirirse, böyle bir ihtimalde konumuzu ilgilendiren hiçbir sorun çıkmayacaktır. Gerçekten, bu durumda, sözleşmeden dönen alıcı, ödediği satış bedelini talep edebilecek, satıcı da bu talep karşısında haklı bir savunmada bulunamayacaktır. Çünkü, bu kabul tarzında, tescilin yolsuzlaşması sebebiyle, satıcı, her zaman tapu kütüğünün düzeltilmesini mahkemeden isteyebilecektir (TMK.1024-1025). Burada, dönme üzerine tescilin yolsuzlaşması dolayısıyla mülkiyet kendiliğinden satıcıya geçtiği ve tapu kütüğündeki alıcı adına mevcut tescil sadece şekli nitelik taşıdığı için, alıcının açacağı satış bedeli iadesi davasında, satıcının, mülkiyetin alıcıda olduğuna ve dolayısıyla satış bedelinin iadesini isteyemeyeceğine ilişkin bir savunma hakkından söz edilemeyecektir.

Buna karşılık, alıcının satış sözleşmesinden dönmesinin mevcut tescili yolsuzlaştıramayacağı görüşü kabul edilirse, sözleşmeden dönen alıcı, satış bedelinin iadesi davasında aşılması kolay olmayan hukuki bir engel ile karşı karşıya gelecektir. Şöyle ki, bu kabul tarzına göre, sonradan yapılan dönme işlemi, tesisi sırasında geçerli bir sebebe dayanan tescili yolsuz hale getirmeyeceği için, alıcının bedel iadesi talebi dayanaksız olarak nitelenebilecektir. Çünkü, bu durumda, alıcı halen malik olduğu ve satıcının satış bedeli bakımından sebepsiz zenginleştiği söylenemeyeceği için, alıcının açtığı davanın reddi gerekecektir. Mahkemenin, satıcıya sebepsiz zenginleşme (veya ileride açıklanacağı üzere, iade sebebi) gerekçesiyle taşınmazın geri verilmesi davası açması için süre vermesi veya taşınmazın satıcı adına tescili şartı ile alıcının davasını kabul etmesi ise, usul hukuku esasları ile,

¹²⁹ Bkz., yukarıda §2, 5. Numaralı başlıktaki açıklamalar.

kanaatimizce, bağdaşamayacaktır. Gerçekten, satıcıya dava açmak için süre verme veya alıcı bakımından şartlı karar oluşturma gibi yaklaşım tarzları kabul edilemez¹³⁰. Ayıplı mal satan kimsenin bu malı geri almak için dava (sebepsiz zenginleşmeye veya iade sebebine dayanan dava) açması, hayat deneyleri karşısında, esasen söylenemez. Bu sebeptir ki, taşınmazın devrinden sonraki aşamada sözleşmenin sona erdirilmesi hallerinde açıklanan sorunların yaşanmaması için, tescilin bu sebeple yolsuzlaştığının kabulü daha isabetli bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.

Acaba, sonradan sözleşmeden dönme halinde tescilin yolsuzlaşmadığı kabul edilirse ve satıcı da taşınmazı geri almak için sebepsiz zenginleşme veya iade davası açarsa, davanın kabulü ihtimalinde mahkeme kararı ile mülkiyet davacıya geçecek midir?

Hemen belirtelim ki, TMK.716 hükmündeki “mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak” ifadesinin, sebepsiz iktisap şeklindeki hukuki sebebi de kapsadığının kabulü isabetli olacaktır. Diğer bir deyişle, madem ki TMK.716 hükmü davanın dayanacağı hukuki sebep konusunda sınırlayıcı bir ifade kullanmayıp genel olarak “mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebep” ten söz etmiştir; o halde, sebepsiz iktisap olgusunu da böyle bir sebep olarak nitelendirebiliriz. Esasen, mesela bir sözleşme (satış, bağış gibi) ile sebepsiz zenginleşme olgusu arasında bu hususta fark gözetmenin makul bir gerekçesi de yoktur. Her iki hukuki sebep de, mülkiyetin davacı bakımından kazanılmasına esas teşkil edecektir. Bu sebeptir ki, aşağıda, sebepsiz zenginleşme olgusu, konumuza ilişkin olarak ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Esasen, işaret edildiği ve ileride

¹³⁰ Zira, bir kere mahkemenin davalıya (satıcıya) taşınmazı geri vermesi için davacıya (alıcıya) karşı dava açma süresi vermesi, yani bekletici sorun yoluna gitmesi, işleri çok uzatacağı ve dolayısıyla usul ekonomisi ilkesine aykırı düşeceği için kabul edilmemelidir. İkinci olarak da, mahkemenin, kural olarak, şarta (burada geciktirici şarta) bağlı bir karar veremeyeceği de usul hukuku esaslarındandır (bkz., Kuru, s.401).

açıklanacağı üzere, tescilin dönme üzerine yolsuzlaşmadığını söyleyenlere göre, taşınmazı geri almak için açılacak dava da sözleşmeye dayanacaktır.

cc) Tarafların Temerrüdü

Alıcı ve satıcının temerrüdü de, inceleme konumuzu ilgilendirdiği ölçüde ele alınmalıdır.

Önce, taşınmaz satımında alıcının temerrüdünü ele alalım. Şayet, veresiye satım söz konusu ise, yani henüz satış bedeli alınmadan taşınmazın mülkiyeti alıcıya devredilmişse ve alıcı da temerrüde düştüğü için satıcı TBK.246 ve TBK.235/III hükümleri uyarınca sözleşmeden dönmüşse, dönme işleminin tapudaki tescili yolsuz hale getirmesi kabul edilirse, burada çalışma alanımızı ilgilendiren bir sorun bulunmayacaktır. Bu durumda, sözleşmeden dönen satıcı, tapu kütüğünün düzeltilmesini talep edecektir. Buna karşılık, satıcının sözleşmeden dönmemesinin tescili yolsuzlaştırmayacağı görüşünün kabulü halinde, satıcı, taşınmazın sebepsiz zenginleşme (veya sözleşmesel iade) esasına göre geri isteyecektir¹³¹. Bu durumda mahkemenin vereceği kararın TMK.716 hükmüne dayanacağı yukarıda açıklanmış bulunuyor.

Satıcının temerrüdüne gelince; bir kere, şunu hemen ifade etmek gerekir ki, TBK.246 hükmünün göndermesi (atfı) ile uygulanacak olan TBK.212 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkraları, ülkemizde mevcut olan ve buraya kadar hep açıklanmış bulunan tapu uygulaması sebebiyle tatbik kabiliyetine sahip değildir. Çünkü, bizde, açıklandığı üzere, taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi yapılırca, ister istemez alıcı adına tescil de (önce yevmiye defterine yazımı gerçekleştirilerek) yapılır ve dolayısıyla satış sözleşmesi yapılarak mülkiyet geçirilmeyip zilyetlik devri için bir süre öngörülen ticari satış varsayımı (vadeli ticari satış hali) söz konusu olamaz. Şu halde, TBK.246'nın taşınır satışına

¹³¹ Yeni dönme görüşünü kabul eden yazarların konuya ilişkin yaklaşımları yukarıda §2, I, 5 altında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

yaptığı göndermeyi, bu konuda, açıklandığı şekilde anlamak gerekiyor. Esasen, TBK.246 hükmü de, “kıyasen uygulama” dan söz etmek suretiyle, taşınır satış hükümlerinin “elverdiği ölçüde” uygulanacağını dile getirmiş bulunmaktadır. Öyleyse, taşınmaz satışı, ister ticari satış niteliğinde olsun isterse bu nitelikte olmasın satıcının temerrüdü bakımından borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere tabidir (TBK.212/I). Şu halde, alıcı, satıcının temerrüdü durumunda TBK.125/II hükmüne göre ve diğer ilgili hükümlere (TBK.123-124) uymak suretiyle satış sözleşmesinden dönebilecektir. Satıcının temerrüdü sebebiyle satış sözleşmesinden dönen alıcı, eğer peşin satış söz konusu ise, ödediği satış bedelini geri isteyecektir. Dönme üzerine alıcı adına yapılmış olan tescilin yolsuzlaştığı kabul edilirse, yukarıda açıklandığı üzere, burada bir sorun çıkmaz. Dönmenin tescili yolsuz kılmadığı kabul edildiği takdirde ise, yukarıda yapılan ilgili açıklamalara atıf¹³² yapmak yeterli olacaktır.

b) Geçerli Olmayan Satışlar

aa) Konunun Genel Olarak Açıklanması ve Mahkeme Kararının Geçersiz Satış İlişkisine Dayanılarak Oluşturulması Sorunu

Geçersizlik, birden çok hükümsüzlük türünü içinde barındıran bir üst kavram olarak ele alınmalıdır. Gerçekten, kesin hükümsüzlük yanında askıda hükümsüzlük gibi hallerin de bu terimin çatısı altında bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından¹³³ iptal edilebilirlik olarak adlandırılan durumların da “geçersizlik” üst başlığı altında yer alacağını söylemek gerekir. Hatta, yokluk halini bile bu üst başlığın altında ele almak yanlış olmaz. Demek oluyor ki, “geçerli olmayan satışlar” başlığı altında geçersizliğin başlıca türleri de konuya ilişkin açıklamalara muhatap olmalıdır. Geçersiz satış işlemlerinde taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının mümkün olup olmadığı sorunu, işte çeşitli geçersizlik türleri bakımından burada ele alınacaktır.

¹³² Bkz., yukarıda §8, 1, a, bb.

¹³³ Bkz., Oğuzman/Öz, s.119 vd.

Her şeyden önce, kesin hükümsüz olan taşınmaz satışı sözleşmesi bakımından karşımıza çıkan ve konumuza ilişkin olan durumu ele almalıyız. Düşünülsün ki, noterde taşınmaz satışı sözleşmesi düzenliyor ve satıcı tapu dairesine gidip gerekli işlemleri yapmaktan kaçındığı için alıcı taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanma amaçlı bir dava açıyor¹³⁴. Bilindiği gibi, noterler taşınmazlara ilişkin satış sözleşmesi yapamazlar. Bu sözleşme, sadece yetkili tapu memuru tarafından düzenlenebilir (Tapu K., m.26). Noterler, ancak taşınmaz satış vaadi düzenleyebilirler (Noterlik K., mad.60). Şu halde, örneğimizdeki sözleşme, şekle aykırılık (sağlık, geçerlilik şekline aykırılık) sebebiyle kesin hükümsüzdür (TBK.12/II). Ne var ki, burada, çevirme (tahvil, conversion) yolu ile noterin yaptığı satış sözleşmesini satış vaadi sözleşmesi olarak ayakta tutmamız mümkün olacaktır¹³⁵. Yargıtay'ın da bu imkânı kabul ettiğini görmekteyiz¹³⁶. İşte, aşağıda ilgili yerinde daha ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, örnekteki alıcının açtığı dava, geçerli bir satış vaadine dayanmış olacağı için yasal zeminde görülüp sonuca bağlanabilecektir. Görülüyor ki, söz konusu satış sözleşmesi noterde ve düzenleme biçiminde yapılmıştır. Şayet, bu satış sözleşmesi taraflarca düzenlenip imzaları noter tarafından onanmış olsaydı, anılan sözleşmenin satış vaadine çevrilmesi mümkün olamazdı. Çünkü, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterde düzenleme biçiminde yapılmalıdır (Noterlik K., mad.89). Bu sözleşme, sadece imza tasdiki ile yapılamaz.

Acaba, taşınmaz satışı sözleşmesi noterin sadece imza tasdiki ile yapılırsa ve hatta noterlik dışında düzenlenirse, satıcı da tapu dairesine gidip gerekli işlemleri yapmaktan kaçınırsa, alıcının taşınmaz mülkiyetini dava yolu

¹³⁴ Doktrin ve uygulamada, bu davaya “cebrî tescil davası”, “tescile icbar davası”, “hükmen tescil davası” gibi isimler verilmektedir (bkz., örneğin, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.407, dpn. 530; H. Erman, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, s.93; M. Ayan, Eşya Hukuku ,II, Mülkiyet, Konya 2012, s.143; Olgaç/Karahasan, s.75).

¹³⁵ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s.391, N.1470 ve aynı yer, dpn.456’da gösterilen eserler; İlhan E. Postacıoğlu, Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, Doktora Tezi, İstanbul 1945, s.92 vd.; İ. Sungurbey, Medeni Hukuk Eleştirileri, Üçüncü Cilt, İstanbul, 1971, s.116.

¹³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.391, N.1470, ayrıca dpn.457’de gösterilen kararlar.

ile kazanması mümkün olabilir mi? Hemen belirtelim ki, böyle bir davanın reddedilmesi gerektiği açıktır. Çünkü, bu ihtimallerde söz konusu sözleşmeyi tahvil yoluyla satış vaadi olarak ayakta tutamayız. Burada, satış vaadine ilişkin şekle de uyulmamıştır. Ne var ki, ilgili mahkemece bir şekilde bu dava kabul edilerek taşınmaz mülkiyetinin davacıya geçmesine karar verilmiş ve bu karar kesinleşmişse, artık “hukuki” olmasa da “adli” hakikat tecelli etmiş sayılacak ve bu karara, şartların varlığı halinde yargılamanın (daha doğrusu muhakemenin) iadesi yolu hariç olmak üzere, itiraz edilemeyecektir¹³⁷.

Yetkili tapu memuru tarafından düzenlenmeyen taşınmaz satış sözleşmesi, şayet taraflarından birinin (veya her iki tarafın) sınırlı ehliyetsiz olması sebebiyle sorunlu ise ve bu sözleşme yine noterce düzenleme biçiminde yapılmışsa, bu sözleşmeyi tahvil yoluyla satış vaadi olarak ayağa kaldırabilmek için, yasal temsilcinin (veya yasal temsilcilerin) izin veya icazetine ihtiyaç vardır (TMK.16)¹³⁸. Şayet, sınırlı ehliyetsiz vesayet altında ise, burada, vesayet makamının iznine de ihtiyaç vardır (TMK.462/1).

Kendisine yasal danışman atanan kimse için de, yasal danışmanın iznine (veya icazetine) ihtiyaç bulunduğunu¹³⁹ (TMK.429/2), diğer hususlarda (vesayet makamının izni hariç olmak üzere), sınırlı ehliyetsizler için yapılan açıklamalara yollamada bulunmanın yeterli olduğunu söylemek isteriz.

İrade sakatlıkları halinde de, sınırlı ehliyetsizler bakımından öngörülen ihtimalde, ilgili taşınmaz satışı sözleşmesinde iradesi sakatlanan taraf için sözleşme geçerli hale gelmelidir ki, bu sözleşmeyi tahvil yolu ile satış vaadine çevirme mümkün olsun. Diğer bir deyişle, irade sakatlığına uğramış olan

¹³⁷ Kanun yararına temyiz yolu ise, kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli bir yol değildir (HMK.363/II). Ayrıca bkz., §2, I, 5b.

¹³⁸ Bkz., A. Arpacı, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2000, s.55 vd.; Dural/Öğüz, s.84 vd.; H. Hatemi, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s.23 vd.; S. Helvacı, Gerçek Kişiler, 8. Bası, İstanbul 2017, s.78 vd.

¹³⁹ Bkz., A. Arpacı, Kişiler, s.35 vd.; Dural/Öğüz, s.65 vd.; Hatemi, Kişiler, s.40; Helvacı, s.65 vd.

taşınmaz satışı sözleşmesi noterce düzenleme biçiminde yapılmışsa, bu sözleşmeyi tahvil suretiyle ayağa kaldırabilmek için TBK.39'daki bir yıllık sürenin geçmesi gerekir. Aksi takdirde, tahvil yolu ile oluşturulan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de sorunlu olur. Yukarıda ele alınan askıda hükümsüzlük bakımından da durum aynıdır.

Burada şunu da belirtelim ki, şayet askıda hükümsüzlük giderilmeden veya irade sakatlığında TBK.39 hükmündeki süre geçmeden tahvil yolundan istifade ile alıcı tarafından mülkiyetin mahkeme kararı ile kazanılması amaçlı dava açılmışsa, duruma göre, ya davacının ya da davalının yasal temsilcisi veya irade sakatlığında bizzat davacı veya davalı, davanın reddine yol açabilecek irade beyanında bulunabileceklerdir. Hatta, bazı hallerde, bu imkân her iki tarafın yasal temsilcileri veya bizzat her iki tarafça da kullanılabilir (her iki tarafın sınırlı ehliyetsiz olması veya iradelerinin sakatlanmış bulunması hallerinde görülen durum budur)¹⁴⁰.

Buraya kadar, hep, taşınmaz satışı sözleşmesinin tapu dışında (haricen) yapıldığını varsayarak çeşitli ihtimaller için açıklamalar yapmış bulunuyoruz. Bu yaklaşım, ülkemizdeki tapu uygulamasının zorunlu bir sonucudur. Gerçekten, buraya kadar yer yer yapılan açıklamalar ile de ortaya konulduğu üzere, bizdeki tapu uygulamasında taşınmaz satışı sözleşmesi ile tescil (önce yevmiye defterine yazım) arasında bir süre mevcut değildir ki, alıcı, satış sözleşmesine dayanarak mahkemeden mülkiyetin kendisine geçirilmesini istesin. Başka bir anlatımla, tapu memurunun düzenlediği satış sözleşmesi geçerli olsun olmasın, daima süreç tescil ile sonuçlanacaktır. Tescil talebini içeren sözleşme geçerli ise, yapılan tescil de geçerli olacaktır. Şayet sözleşme

¹⁴⁰ Aşırı yararlanma (gabin) durumunda da, kanaatimizce, en uygun olanı, TBK.28/II'deki sürelerin geçmesini beklemek olmalıdır. Şüphesiz, bu çözüm, şayet aşırı yararlanan, sözleşmenin alıcı tarafı ise geçerlidir. Eğer satıcı taraf aşırı yararlanmışsa, alıcının anılan sürelerin geçmesini beklemesini istemek anlamsız olacaktır. Bu ihtimalde, alıcı, zaten TBK.28 hükmünden istifade etmeyi tercih edecek, mülkiyetin sözleşme şartları doğrultusunda kendisine verilmesini istemeyecektir. Eğer, bu ihtimalde, alıcı, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi seçeneğini (TBK.28/I) kullanacaksa, bu talebini, kanaatimizce, satış vaadi olarak ayağa kaldırılan sözleşmenin ifası davası ile birleştirebilir.

geçerli değilse, bu sefer de yolsuz tescil ile karşı karşıya kalınacaktır. Şu halde, tapu uygulamamız sebebiyle, tapuda yapılan geçerli veya geçersiz sözleşmeler, TMK.716'nın tatbikine imkân vermemektedir.

Şu da yeniden belirtilmelidir ki, tapuda yapılan satış sözleşmesindeki sorunlar, aynen tescile de yansıyacaktır. Örneğin, kesin hükümsüz (veya yok hükmünde) olan bir sözleşmeye istinaden yapılan tescil yolsuz tescil olacak, askıda hükümsüz bulunan sözleşmeye dayanan tescil de askıda hükümsüz olarak kabul edilmek gerekecektir. Konuya ilişkin hukuk mantığı ve muhakemesi bu sonuca varmayı gerekli kılar¹⁴¹.

Burada, mülkiyetin davacıya geçirilmesine dair mahkeme kararının tahvil yolu ile de ayağa kaldırılamayan geçersiz satış sözleşmelerine dayanması ihtimalinde hukuki durumun ne olacağı sorunu da, ele alınmalıdır. Bize göre, usul hukuku esaslarına uyulmalı ve artık adli hakikatin ifadesi olan ilgili kararın geçerli olacağı kabul edilmelidir. Yargılamanın iadesi kurumu, elbette saklıdır¹⁴².

bb) Maketten (veya Topraktan) Satışlar

aaa) Kavram ve Uygulama

Maketten satış denilince, bundan, satıma konu konut veya işyerlerinin, henüz bunlar mevcut değilken, özellik ve konumlarını gösteren maketler üzerinden şimdiden satılması anlaşılır. Bu tür satışlara, uygulamada, işaret edildiği üzere, topraktan satış da denilmektedir.

Ülkemizde maketten satışlar son derece yaygındır. Bu tür satışlar, taraflar için yararlı olduğundan, bunların uygulama alanı da geniştir.

¹⁴¹ Aynı muhakeme, tescil talebi bakımından da yapılmalıdır. Çünkü, bu hususta fark gözetmenin makul bir açıklaması söz konusu değildir. Bu konuya daha önce de değinilmiştir (bkz., §2, I, 5, a).

¹⁴² Bkz., bu paragraf, 137 no.lu dipnotu ve ilgili açıklamalar.

Gerçekten, bu sayede, yapımcı firma (gerçek veya tüzel kişi) binayı yapmak için şimdiden satış bedeline kavuşarak finansman sağlamış olmakta, alıcı da, yapımı tamamlanmış olan daire veya işyerine oranla daha avantajlı satış bedeli ile arzu ettiği taşınmazı elde etme fırsatı yakalayabilmektedir. Ne var ki, aşağıda açıklanacağı üzere, bu tür satışlar, alıcı açısından yeterli ölçüde güvenceli olmaktan uzaktır. Alıcı, belirli bir ön ödeme yapmakta ve geriye kalan satış bedelini taksitler halinde ödemeye devam etmekte, ama ona tapu verilmemektedir. Çoğu kez alelade yazılı şekilde yapılan basit bir sözleşme, açıktır ki, satıcı şayet kötünietli ise, alıcı için son derece riskli bir hukuki durum oluşturmaktadır. Öyle ki, alıcı, bütün ödemelerini yaptığı halde, bazen, tapuya kavuşamamakta ve TMK.716 uyarınca açtığı davada, özellikle, satış sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği savunması ile karşılaşmaktadır. Söz konusu adaletsizlik, aşağıda açıklanacağı üzere, ilk önce Yargıtay tarafından ele alınmış ve bazı şartlarla alıcı yararına içtihat geliştirilmiştir. Daha sonra da, yine aşağıda ele alınacak olan yasal düzenleme getirilmiştir.

bbb) Yargıtay'ın, İlgili Yasal Düzenlemeden Önceki Dönemde Konuya Bakışı

Değinildiği üzere, işaret edilen adaletsizliğe, Yargıtay tarafından set çekilmek istenmiştir. Yüksek Mahkeme, 1988 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda TMK.2 hükmünü uygulayarak şekle aykırı satış sözleşmesine dayanarak hükmen tescil davası açan alıcılara karşı şekle aykırılık savunmasında, bazı şartlarla, bulunulması imkânını ortadan kaldırmıştır. Konuyu etraflıca ele alan İçtihadı Birleştirme Kararı'nın sadece sorunun özüne dokunan kısımlarını burada aynen aktarmakta yarar görüyoruz. Söz konusu kararın incelemekte olduğumuz soruna doğrudan temas eden kısmında aynen şöyle denilmektedir:

“(...) içtihadı birleştirmenin konusu olayların özelliğinde gelince: 1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaatla başlar başlamaz ileride mülkiyeti iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaatın finansmanı için üçüncü kişilere geçersiz sözleşmelerle satmaktadır. Veyahutta bazı müteahhitler mülkiyeti kendilerine ait bulunan taşınmaza Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere inşaat yapımı sırasında inşaatı tamamlayabilmek için gerekli parayı temin amacıyla aynı şekilde geçersiz sözleşmelerle ve ileride satışa konu bağımsız bölümün tapusunu vereceği hususunda karşı tarafta tam bir güvence yaratarak satışlar yapmaktadırlar. İşte bu şekilde 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; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zamanda fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya lâyık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlâl ettiğini gösterir. Oysa MK.nun 2 nci

maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşikâr olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyuşmazlıklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ'in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr.21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürebilir; gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Çünkü hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şeye yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder, Öte yandan Medeni Kanunun 4. maddesi hükmüyle de hâkim, adalete uygun karar vermeye çağırılmaktadır. O, menfaatların doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır.

(...)

Sonuç: Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi 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 hâkimin M.K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30/9/1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi”¹⁴³.

¹⁴³ 30.9.1988 tarihli ve E.1987/2, K.1988/2 sayılı söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'nın tam metni ve muhalefet görüşleri için bkz., www.kazancihukuk.com, 20.04.2020. Konu hakkında ayrıca bkz., T. İnal (İnal Şerhi), Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016, s.660; ayrıca bkz., Ş. Ertaş, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsell'e Armağan, İzmir 2001, s.86-87'deki Yargıtay kararları.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, bu hususta son derece isabetli bir çözüm tarzı getirmiştir. Daha sonra da, 7 Kasım 2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile sorun yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

ccc) Konuya İlişkin Yasal Düzenleme

İşaret edildiği üzere, kısaca “tüketici kanunu” diyebileceğimiz 6502 sayılı Kanun’un “Ön Ödemeli Konut Satışı” başlıklı dördüncü bölümünde konuya ilişkin düzenleme getirilmiştir. Önceki tüketici kanunu olan 4077 sayılı Kanun’da yer verilmemiş olan bu düzenlemeye göre, ön ödemeli konut satışı, tapu siciline tescil edilecektir (Tüketici K., 41/I). Kanun, bundan başka, bu tür satışlara ilişkin satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılmasını zorunlu kılmıştır (Tüketici K., 41/I). Yine bu Kanun, bu hükümlere uyulmaması halinde, satıcının sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketici aleyhine olacak şekilde ileri süremeyeceğini bildirmektedir (Tüketici K., 41/I).

Kanunun, ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesini istediği, biraz önce belirtilmiştir. Acaba, bu hükümle kastedilen nedir? Hemen ifade edelim ki, söz konusu yasal düzenleme, kanunun anılan metnine bakılırsa, elbette anlamsız kalacaktır. Çünkü, satış sözleşmesinin tapu siciline tescilinden bahsetmek, kavramsal açıdan hiç de isabetli sayılamaz ve bunun bir anlamı olamaz. Ancak, konuya ilişkin olan ve “Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik” başlığını taşıyan Yönetmelik¹⁴⁴ ile bu husus açıklığa ve anlama kavuşturulmuştur. Şöyle ki, Yönetmelik hükmüne göre, tapuya tescil edilecek olan işlem, Kanun’da ifade edildiğinin aksine, satış sözleşmesi olmayıp, kat irtifakının tüketiciye devri işlemidir (Yönetmelik, 6). Kat Mülkiyeti Kanunu, kat irtifakının arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olduğunu bildirdiğine göre (KMK.3/III; KMK.5/II), kat irtifakının tüketiciye devrinden maksat da, kat irtifaklı arsa payının devridir. Diğer bir deyişle, arsa payına malik olan, ona

¹⁴⁴ Bu Yönetmelik, 7 Kasım 2014 tarih ve 29188 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

bağlanan kat irtifakına da sahip olacaktır¹⁴⁵. Görülüyor ki, tüketicinin korunması hakkındaki mevzuat, ön ödemeli konut satışında (maketten satışta), alıcıya kat irtifaklı payın devrini zorunlu kılmıştır. Açıktır ki, bu sayede, alıcı, çok önemli bir hukuki güvenceye kavuşturulmuştur. Bu düzenleme, görülüyor ki, ilgili konutun üzerinde yapılacağı arsanın satıştan önce tedarik edilmesini de zorunlu kılmaktadır. Kanun, “yapı ruhsatı alınmadan, tüketicilerle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılamaz” ifadesini kullanmak suretiyle de (Tüketici K.40/III), alıcıların satın aldıkları konut bakımından sağlam bir hukuki zeminde bulunmalarını sağlamaya çalışmıştır. Bu Kanunun sözü edilen dördüncü bölümdeki diğer hükümleri de, ön ödemeli konut satın alan tüketiciyi çeşitli açılardan korumaya yöneliktir.

Adıgeçen Yönetmelik, alıcıya kat irtifaklı arsa payının devri ile birlikte bir de yazılı sözleşme veya noterde düzenleme şeklinde yapılacak satış vaadi sözleşmesi akdedilmesini istemiştir (Yönetmelik, 6/I). Esasen, Yönetmeliğin söz konusu 6/I hükmüne bakılırsa, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrine eklenecek yazılı bir sözleşme veya bu devir işlemine ilave edilecek noterce düzenleme biçiminde yapılan bir satış vaadi ile kurulmuş olacaktır. Başka bir anlatımla, anılan sözleşmenin kurulmuş olması için şu iki işlemin birlikte yapılması şarttır: Alıcı lehine kat irtifakı devrinin tapuda tescili ve yazılı bir sözleşme (veya noterce re’sen yapılan satış vaadi). Bunlardan birinin eksik olması, Yönetmelik hükmüne (6. maddeye) göre ön ödemeli konut satış sözleşmesini geçersiz kılacaktır. Ne var ki, satıcı, sonradan bu

¹⁴⁵ Bkz., Arpacı, Kanun, s.24; ön ödemeli konut satış için ayrıca şu eserlere de bakılabilir: B. Güleş, Ön Ödemeli Konut Satışında Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Temmuz 2019, s.233-259; M. Doğan, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Aralık 2017, s.101-115; Ş. Akipek Öcal/L. Öcal, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 144, Eylül 2019, s.277-298; U. Yeniocak, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 102, Şubat 2015, s.42-53; M. Aydoğdu, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.40-46), Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 99, Kasım 2014, s.87-94; E. Cemre Şencan, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40-46 Kapsamında), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 92, Sayı: 3, Mayıs 2018, s.89-110.

geçersizliği tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremeyecektir (Tüketici K.41/I, Yönetmelik 6/I).

Görülmektedir ki, 6502 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri karşısında, artık, ön ödemeli konut satışı bakımından tüketicinin korunması için Yargıtay'ın TMK.2 hükmünün uygulanması yoluyla oluşturduğu içtihadı gerek kalmadığı söylenebilecektir. Çünkü, ilgili konutlar yapılıncaya, daha önce kat irtifaklı arsa payına malik olan alıcı, 23.6.2009 tarih ve 5912 sayılı Kanun ile değişik KMK.3/III ve aynı Kanun ile değişik KMK.14/III hükümleri uyarınca kat mülkiyetli konuta kavuşabilecektir.

Buna karşılık, maketten işyeri satışları bakımından, Yargıtay'ın çözümüne olan ihtiyaç, hâlâ devam etmektedir. Çünkü, hem Tüketici Kanunu, hem de ilgili Yönetmelik, sadece ön ödemeli “konut” satışından söz etmekte, ön ödemeli işyeri satışını yukarıda esasları açıklanan düzenlemenin dışında bırakmaktadır. Aslında, Kanunun bu tavrı doğru olmamıştır. Zira, örneğin devlet memuru olan bir kimse yatırım amacı ile veya para değerinin düşmesine karşı güvence olsun diye ön ödemeli işyeri satın almak isteyebilir. Nitekim, bunun uygulaması da vardır. Anılan kimsenin de tüketici olduğunda şüphe yoktur. Kanun da, tüketiciyi “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamaktadır (Tüketici K.3/k). Her ne ise, şu halde, maketten işyeri satımında, alıcının korunması bakımından Yargıtay'ın yukarıda açıklanan içtihadına hâlâ ihtiyaç mevcuttur.

Öte yandan, şunu da belirtmek gerekir ki, şayet tüketici mevzuatının (Kanun ve Yönetmeliğin) aradığı şekil şartlarına uyulmamışsa, satış sözleşmesinin geçersizliği tüketici aleyhine ileri sürülemeyeceğine göre (Tüketici K.41/I; Yönetmelik 6/I), ön ödemeli konut satışı bakımından alıcı (tüketici) mutlak olarak korunmuş bulunmaktadır. Öyleyse, mesela alıcı lehine kat irtifakı tescil edilmeyip de sadece adi yazılı şekilde bir sözleşme ile yetinilmiş olsa da, satıcı, sonradan buradaki geçersizliği ileri sürerek tapu

vermekten kaçınamayacaktır. Eğer, satıcı, tapuda satış ve tescil işlemlerini yaptıktan kaçınırsa, alıcı, aslında kesin hükümsüz olan¹⁴⁶ adi yazılı satış sözleşmesine dayanarak TMK.716 hükmü uyarınca ilgili taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanabilecektir. Ancak, dikkat edilirse, burada, anılan sonuca, TMK.2 hükmü sebebiyle değil, fakat Tüketici Kanunu 41/I (Yönetmelik 6/I) hükmü gereğince varmaktayız¹⁴⁷.

2) Taşınmaz Satış Vaadi

a) Hukuki Niteliği

Taşınmaz satış vaadi, her şeyden önce sözleşme niteliğini taşıyan bir hukuki işlemdir. Buradaki “vaad” sözcüğü, yanlış sonuca varmanın sebebi olmamalıdır.

Taşınmaz satış vaadinin genel olarak, ön sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸. Kanaatimizce de, bu sözleşme ön sözleşme olarak kabul edilmelidir¹⁴⁹. Çünkü, bu sözleşme ile, taraflar, birbirlerine ileride taşınmaz satışı sözleşmelerini yapmayı vaad etmektedirler. Vaad edilen (yapılması hedeflenen) sözleşme, burada, borçlandırııcı nitelikteki başka bir sözleşmedir ki, tasarruf işlemi işte bu ikinci sözleşmeden sonra yapılacaktır. Diğer bir

¹⁴⁶ Burada, şekle aykırılık halinde klasik görüşün ifadesi olan “kesin hükümsüzlük” hukuki sonucundan hareket etmiş bulunuyoruz. Konuya ilişkin olarak bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 366, dpn. 355.

¹⁴⁷ Tüketici Kanunu Madde 41 ile ilgili genel ve ayrıntılı açıklamalar için bkz., İnal, s.657 vd.

¹⁴⁸ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.390, N.1469; Kocayusufpaşaoğlu, s.44; s.67 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, s.490; Sirmen, s.364; T. Esener/F. Gündoğdu, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), İstanbul 2017, s.87; Taşınmaz satış vaadinin hukuki niteliği konusundaki ayrıntı ve tartışmalar için keza bkz., Kocayusufpaşaoğlu, s.37 vd. Ayrıca, satış vaadinin niteliği konusunda bkz. ve krş., H. V. Velidedeoğlu/ R. Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s.423; F. Eren, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2021, s. 197 vd.; O. G. Antalya/M. Topuz, Eşya Hukuku, Cilt III, İstanbul 2018, s.179, N.585; taşınmaz satış vaadinin satış niteliğinde olduğu görüşü için bkz., S. Özmen/M. B. Yüce, Taşınmaz Satış Vaadinde Tarih Önceliğine Üstünlük Taniyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, II. Cilt, İstanbul 2001, s.967 ve orada gösterilen eser; G. Kurtulan Güner, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Taşınmaz Satış Vaadinin Tescilin Yolsuzluğuna Etkisine ve Süresi Geçmiş Şerhin Sonuçlarına İlişkin Kararının Değerlendirilmesi, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul 2021, s.149.

¹⁴⁹ Bu konudaki görüşlerimiz için bkz., A. Murat Arpacı, Gayrimenkul Mülkiyetinin Satış Vaadinin İfa Edilmemesi Sebebiyle Mahkeme Kararı İle Kazanılması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Cilt: VIII/2-IX/1, İstanbul 2011-2012 , s.1081-1087.

deyişle, söz konusu ikinci sözleşme, tasarruf işleminin hukuki sebebini oluşturmaktadır¹⁵⁰. Tapu memuru, taşınmaz satış vaadine dayanarak tescil işlemini yapamayacak, tescile esas teşkil eden satış sözleşmesini düzenleyip tarafların imzasını aldıktan sonra ve tescil talebi işlemi de gerçekleşmişse tescili yapabilecektir (TMK.706/I; Tapu K.26; TMK.1013/I). Çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, satış sözleşmesi tescil talebini de kapsadığından, satış sözleşmesi yapılıncaya, tescil de yapılmak gerekecektir.

b) Konuya İlişkin Tartışmalar

aa) Mahkeme Kararı ile Kazanılma Bakımından Öncelikle Satış İlişkisinin Kurulmasını Arayan Görüş

Doktrinde bir görüş, taşınmaz satış vaadinin doğrudan doğruya TMK.716 anlamında bir hukuki sebep olmadığını, diğer bir deyişle, satış vaadi alacaklısının bu vaad işlemine dayanarak ilgili taşınmazın mülkiyetine mahkeme kararı ile kavuşamayacağını savunmaktadır. Bu fikre göre, taşınmaz satış vaadi alacaklısının, vaad borçlusu tarafından sözleşme gereğinin yerine getirilmesinden kaçınılması durumunda, mahkemeden ilk önce satış sözleşmesinin yapılmış sayılmasına karar vermesini istemesi, yani bu konuda bir dava açması gerekmektedir¹⁵¹. Esasen, bu görüşü savunan yazarlara göre, satış vaadinde tarafların satış sözleşmesini yapma borçları sözleşmenin yapılması ile de doğmayacak, bu hususta satış vaadinden doğan yenilik doğurucu hakkın kullanılması ve böylece karşı tarafın satış sözleşmesi yapma borçlusu kılınması gerekecektir¹⁵². Görüldüğü üzere, bu düşünce tarzına göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sadece, tarafları, satış sözleşmesinin yapılması

¹⁵⁰ Taşınmaz satışı sözleşmesinin hem borçlandırıcı işlem, hem de tasarruf işlemi olduğu yönündeki görüş için bkz., Kocayusufpaşaoğlu, s.70.

¹⁵¹ Bu görüşte Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.396-397, N.1477; ayrıca krş., Gürsoy/Eren/Cansel, s.490 vd.; keza krş., K. T. Gürsoy, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s.281-282; konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz., Ö. Bağcı, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Hükmü, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:160, 01.04.2016, s.2005-2007.

¹⁵² Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.392-394, N.1473; H. Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt:I/1, Üçüncü Bası, Ankara 1984, s.238.

borcunun doğumunu sağlayan yenilik doğurucu hakkın sahibi yapmaktadır. Bu fikir diğer bazı yazarlar tarafından kabul edilmemektedir. Bu yazarlara göre, satış sözleşmesini yapma borcu, önsözleşmeden, yani taşınmaz satış vaadinden doğmaktadır¹⁵³. Kanaatimizce de, satış sözleşmesi yapma borcu, satış vaadi sözleşmesinin yapılması ile birlikte doğar¹⁵⁴. Yukarıda özetlenen yenilik doğurucu hak görüşünün yasal temeli olmadığı gibi, bu görüşe dayanak olabilecek makul bir sebep de yoktur.

İşte, açıklanan ilk görüş uyarınca, yenilik doğurucu hakkın kullanılması üzerine, satış sözleşmesi yapma borçlusu haline gelen taraf, şayet bu borcunu yerine getirmekten kaçınırsa, yani tapu dairesinde satış işlemini yapmazsa, alıcı, açacağı dava ile, taşınmaz malikinin satış sözleşmesini yapmak için irade beyanında bulunmasına karar verilmesini isteyecektir. Bu görüş açısından, mahkemenin anılan kararının hukuki dayanağı da, eda davası ile davalının vermeye, yapmaya veya yapmamaya mahkum edilmesinin istenebileceğini bildiren HMK.105 hükmüdür¹⁵⁵. Söz konusu görüşü savunan Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, HMK'nın yürürlüğünden önceki dönemde, mahkemenin satıcının irade beyanı yerine geçen hükmünün, 1947 tarihli İsviçre Federal Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 78. maddesindeki düzenlemeye dayandırılabilirliğini, bu düzenlemenin bizde de uygulanmasının uygun olduğunu belirtmişlerdir¹⁵⁶.

Bize kalırsa, yenilik doğurucu hak görüşüne katılmamakla birlikte, alıcının önce satış sözleşmesinin yapılmış sayılmasına karar verilmesi için mahkemeye başvurması, şayet satıcı tescil talebinden kaçınırsa, işte bu aşamada TMK.716 hükmüne dayanan ikinci bir dava açarak mülkiyetin hâkim

¹⁵³ Bu görüşte N. Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2017, s.103, dpn.26; Sirmen, s. 366 vd.

¹⁵⁴ Bkz., A. Murat Arpacı, Satış Vaadi , s.1085.

¹⁵⁵ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.396-397, N.1477.

¹⁵⁶ Bkz., M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2006, s.314-315; yazarların halen aynı görüşte oldukları anlaşılmaktadır (bkz., aynı eser, 21. Baskı, s.397. Yazarlar, bu görüşlerini artık HMK.105 hükmüne de dayandırmaktadırlar, aynı eser, 21. Baskı, s.397).

kararı ile kendisine geçirilmesini istemesi şeklinde bir görüşün kabulüne hukuki destek verilebilecektir. Gerçekten TMK.716 hükmü, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılabilmesi için, davacının elinde “mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebep” bulunmasını aramaktadır ve taşınmaz satış vaadi de ön sözleşme olduğundan bu nitelikte bir hukuki sebep değildir. Taşınmazın satış yolu ile devri işleminde, tescilin hukuki sebebi satış sözleşmesi (ve tescil talebi) dir.

Ne var ki, bu görüşün kendi içinde teorik sakınca taşıdığı söylenmelidir. Şöyle ki, HMK.105 hükmü, zikri geçen yazarların savunduklarının aksine, burada teknik bir gerekçe olamaz. Çünkü, davalının bir irade beyanında bulunmuş sayılması ile onun “bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkum edilmesi” arasında ayniyet veya sıkı bir benzerlik görmek o kadar kolay değildir. Öte yandan, bir yabancı ülkedeki usul hükmünün bizdeki mahkeme kararına esas alınması da, bizce, kolay kolay kabul edilemez. Nihayet, bu görüş tarzı, olayların çoğunda satıcıya karşı iki ayrı dava açmayı gerektirecektir ki, bu da usul ekonomisi esası ile bağdaşmaz.

Şunu da önemle belirtmeliyiz ki, mahkemenin satıcının irade beyanı yerine geçen hüküm vermesini mümkün kılan İsviçre Federal Usul Kanununun bizde de uygulanmasının kabulü yanında ilgili kararı alan davacının tapuda satış senedini düzenlettirebileceğini de söylemek¹⁵⁷ bir çelişkinin ifadesidir. Gerçekten, eğer mahkeme hükmü satıcının satış sözleşmesi bakımından irade beyanının yerine geçerse, sadece bu kararın tapuya ibrazı yeterli sayılmalıdır. Ayrıca resmi satış senedinin düzenlenmesi gerekiyorsa, hâkimin hükmünün beyan yerine geçmesi açıklanamaz¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 11. Baskı, s.315; aynı yazarlar, 21. Baskı, s.397, N.1477.

¹⁵⁸ Benzer yönde Gürsoy/Eren/Cansel, s.491-492.

bb) Mahkeme Kararı ile Kazanılma Bakımından Doğrudan Doğruya Satış Vaadine Dayanılabilirliğini Savunan Görüş

Doktrindeki bir diğer görüş açısından da, TMK.716 hükmü, doğrudan doğruya taşınmaz satış vaadine dayanarak da işletilebilir. Diğer bir deyişle, yukarıda açıklanan dolambaçlı usule başvurmada, sadece taşınmaz satış vaadi kullanılarak hâkim kararı ile mülkiyet kazanılabilecektir¹⁵⁹. Belirtelim ki, usul ekonomisi ilkesine uygun düşen bu görüş, Yargıtay’a da hâkim olmuştur. Yüksek Mahkeme’nin konuya ilişkin kararları da bu yöndedir¹⁶⁰.

Uygulamanın ve baskın görüşü temsil ettiğini söyleyebileceğimiz bir kısım doktrinin adeta “bir taşla iki kuş vurma” misali kabul ettiği tek dava “ferağa icbar, cebrî tescil, hükmen tescil” esası, belirtildiği üzere, usul ekonomisinin de gereğidir.

¹⁵⁹ Bkz., örneğin, Kocayusufpaşaoğlu; s.170; Gürsoy/Eren/Cansel, s.492; İ. Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s.15; Özmen/Yüce, anılan makale, s.970; G. Doğan, Ön Sözleşme, Sözleşme Yapma Vaadi, İstanbul 2006, s.172; A. C. İyilikli, Şerh edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz’i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, İstanbul 2021, s.973. Ayrıca, krş. Eren, Borçlar Özel, 201 vd.

¹⁶⁰ Bkz., Ertaş, Eşya Hukuku, s.318, dpn.98’de gösterilen 25.10.1971 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı; bu kararda şöyle denilmektedir: “... Tapulama Kanununun 47. maddesinin son fıkrasında sözü edilen dava türleri, sınırlılık ifade etmektedir. Tapulamanın bir an önce gerçekleşmesi, uyumsuzlukların da çabuklukla bitirilmesine bağlıdır. Mademki, tapulaması yapılacak taşınmazla ilgili bir dava vardır, o halde o davaya da tapulama mahkemesinde bakılması gerekir. Satış vaadine dayanan dava dahi mülkiyet hakkının bu sözleşmeden yararlanan kişiye yöneltilmesini amaç güden bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle kişisel de olsa ortada bir hak vardır. Tapulama Kanununun 41. Maddesinde yer alan «bu bölümde aksine hüküm bulunmayan hallerde Türk Kanunu Medenisiyle diğer kanunların iktisap ve tescile ilişkin hükmü uygulanır» hükmü, satış vaadi sözleşmesine dayanan ve Medenî Kanunun 642. maddesi hükmü gereğince açılan tescile zorlama davasını da kapsamına almaktadır. Bu nedenlerle karşı görüşe katılmak mümkün olmadığından, satış vaadi sözleşmesine dayanan Medenî Kanunun 642. maddesi hükmünce mülkiyetin, satış vaadi sözleşmesinden yararlanan âkide aidiyetine karar verilmesi isteğini kapsayan davaların, tapulama mahkemesinin görevi içinde bulunduğu karar verilmesi gerekir.” (YİBK., 25.10.1971, E. 1970/1, K. 1971/2, 12.12.1971 tarihli ve 14040 sayılı Resmi Gazete) ve 6.7.1977 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı; bu kararda ise kısaca şunlar ifade edilmektedir: “... satış vaadi senedi geçerlidir ve yapıldığı andan itibaren mülkiyeti geçirme yükümlülüğünü yükler. Davacı da böyle bir yükümlülük altında olduğuna göre cebri tescil davasının sonucunun beklenmesi gerekir ...” (YHGK., 06.07.1977, 535/701, www.lexpera.com.tr, 26.07.2021); M. H. Surlu, Açıklamalı- İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara 2014, s.305’te gösterilen Y14HD’nin 25.04.1985 tarih ve 6685/2958 sayılı kararı; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.696’da gösterilen diğer Yargıtay kararları.

Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise, taşınmaz satış vaadi ile taşınmaz satışının aynı nitelikte olduğu yönündedir¹⁶¹. Görülüyor ki, taşınmaz satış vaadinin TMK.716 anlamında hukuki sebep olarak kabulü görüşü ve bu görüşteki Yargıtay uygulaması, ilk bakışta Sungurbey ve diğer bazı yazarların¹⁶² görüşlerine katılmayı uygun göstermektedir. Ne var ki, satış ile satış vaadinin aynı nitelikte olduğu, işin esasına girince, söylenememektedir. Bir kere, taşınmaz satış vaadi işlemi noterlerce de yapılabilirdiği halde, taşınmaz satışı kesinlikle tapu memuru tarafından yapılmak gerekmektedir (Tapu K. 26)¹⁶³. Bundan başka, bugünkü mevzuat açısından, ileride mülkiyetini kazanacağımız bir taşınmazın satışını şimdiden yapamayız; ama, satış vaadini yapmamıza engel yoktur¹⁶⁴. Zira, taşınmaz satış vaadi borçlandırıcı işlem

¹⁶¹ Bu görüşte Sungurbey, s.15; konuya ilişkin ayrıntılar için bkz., Kocayusufoğlu, s.37 vd.

¹⁶² Bkz., Kocayusufoğlu, s.37 vd.

¹⁶³ Satış vaadi ile satışın aynı olduğu görüşünün eleştirisi için ayrıca bkz., Kocayusufoğlu, s.61 vd.

¹⁶⁴ Bkz., 24.4.1978 tarih ve 3/4 sayılı Yargıtay İçtihadları Birleştirme kararı, A. Arpacı, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984, s.62'den nakil. Bahsedilen kararı şöyledir: "... 3 - İçtihat aykırılığı kat mülkiyeti ya da kat irtifakı henüz kurulmadan önce yapılan bağımsız bölüme ilişkin kat mülkiyeti veya irtifakı satış vaadi sözleşmeleri hakkındadır.

Burada öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekli olan yön, kat mülkiyeti kütüğüne henüz tescil edilmeyen ve böylelikle ayrı bir taşınmaz mal niteliği kazanmayan bir bağımsız bölümün ya da bir bağımsız bölüme ilişkin henüz kurulmamış kat irtifakının satışı vaadinin hukuken geçerli ve mümkün olup olmadığı konusuna ilişkindir.

Kat Mülkiyeti Kanununda, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin başkasına ne yolla devir ve temlik edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, bağımsız bölümler üzerinde kurulacak kat mülkiyetinin ya da kat irtifakının satışı vaadinin (kurulmadan sonraki devir ve temlik işleminde olduğu gibi) genel hükümlere göre karara bağlanması gerekir.

Ana taşınmazda henüz kat mülkiyetinin ya da kat irtifakının meydana gelmediği bir evrede, bağımsız bölümün devri için satış vaadi sözleşmesi yapılmasına eşya hukuku ve Borçlar Kanunu yönünden engel bir hüküm bulunmamaktadır. Kuşkusuz kat mülkiyeti veya kat irtifakı tapu kütüğüne tescil edilmediğinden aynı hak olarak tapuda satım ve başkası adına tescili mümkün değildir. Fakat asıl satım sözleşmesinin yapılmasına yönelik olarak taraflar arasında borçlandırıcı (iltizami) bir kişilik kuran bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi bu halde de yapılabilir. Sözleşme yapma ve vaadi, bir sözleşme olarak genellikle sözleşmeler hakkındaki hükümlere bağlıdır. Borçlandırıcı sözleşmelerin konusuna ilişkin genel sınırlar, Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20 nci maddelerinde gösterilmiştir. Bunlara göre konusu ahlaka, kamu düzenine kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan sözleşmeler yapılamaz. Konumuzdaki bağımsız bölüm satış vaadi, yasalara aykırı olmadığı gibi objektif anlamda imkansız da değildir. Satış konusunun ifa zamanında var olması veya satıcının tasarrufunda bulunması yeterlidir. Satış vaadine konu olan bağımsız bölümün ifa zamanında var olması mümkün bulunduğundan sözleşme geçersiz değildir. Çünkü satışı vaat eden yüklenicinin inşaatı bitirmesi, taşınmaza tek başına malik ise kendisinin kat mülkiyetini kurması ve bağımsız bölüm satım sözleşmesi yapması ve taşınmazı tapuda temlik etmesi, taşınmazda ortak paydaşlar varsa onlarla anlaşarak kat mülkiyetini kurması bağımsız bölümü alıcıya satması olanağı bulunduğundan objektif imkansızlık yoktur. Kat irtifakı için de durum böyledir.

Nitekim Yargıtayın yerleşmiş içtihatları gereğince, bir kimsenin, başkasına karşı, malik olmadığı bir taşınmazı iktisap ederek satışını vaat etmesi, malik olduğu bir taşınmazın belirli bir parçasını parselleyip bağımsız bir taşınmaz olarak tapuya tescil edilmesinden sonra satışının vaadi ve iştirak halindeki taşınmazda belli bir payın satışı vaadi sözleşmeleri geçerli sayılmıştır.

olması dolayısıyla satışı vaad edilen taşınmazın işlem anında mevcut olmasına ihtiyaç göstermez. Gerçi, taşınmaz satışı sözleşmesi de, aksine düşünce tarzı saklı kalmak kaydı ile¹⁶⁵, borç doğurucu sözleşmedir. Ne var ki, işaret edildiği üzere, henüz maliki olmadığınız bir taşınmaza ilişkin satış sözleşmesini tapu memuruna yaptırmamızda tapu tekniği ve uygulama bakımından imkân bulunmayacağı açıktır. Tapu memurunun uygulamadaki adıyla “akit tablosu” na, yani satış sözleşmesine taşınmazın ada, pafta ve parsel numarasını yazmadan bu sözleşmeyi yapamayacağı orta yerdedir.

Görülüyor ki, taşınmaz satış vaadi önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Bu işlem sayesinde, örneğin bana miras kalacak olan bir taşınmazın şimdiden satışını vaad edebilirim. Aynı şekilde, ileride maliki olmayı beklediğim taşınmazı da, piyasadaki elverişli şartları değerlendirmek için şimdiden satış vaadine konu edebilirim. Uygulamada satış vaadine teminat amacı ile de başvurulduğu dikkate alındığında sözü geçen ihtiyacın varlığı daha da belirginleşecektir. Şurası açıktır ki, şayet daha sonra ifa mümkün olmazsa, elbette TMK.716 işletilemeyecek ve TBK.112 uyarınca tazminat yaptırımı devreye girebilecektir¹⁶⁶. Teminatın işlevini gerçekleştirememesi halinde de durum böyle olacaktır.

cc) Görüşümüz

Yukarıda da, değinildiği üzere, taşınmaz satış vaadi alacaklısının önce satış sözleşmesinin yapılmış sayılmasına karar vermesi, şayet satım vaadi borçlusu tescil talebine yanaşmazsa mülkiyetin kendisine geçirilmesi için iki ayrı dava açması gerektiği görüşü usul ekonomisi ile bağdaşmamaktadır. Eğer, belirtilen ilk dava ve verilen karar ile ancak tapuda resmi sözleşme

Bu nedenlerle kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadan ve bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan önce de, bir bağımsız bölümün satışı vaadi geçerlidir ...” (www.legalbank.net, 26.07.2021).

¹⁶⁵ Bu görüş için bkz., Kocayusufpaşaoğlu, s.70.

¹⁶⁶ Ayrıca bkz., M. Çenberci, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1986, s.133.

yapılmasının istenebileceği görüşü kabul edilirse, işler daha da uzayacaktır. Zaten, işaret edildiği gibi, bu görüşlerin de hukukumuzda yasal dayanağını bulmak kolay değildir. Gerçi, Yargıtay, bazı kararlarında, hâkimin tarafların irade beyanı yerine geçen kararlar verebileceğini, mesela haklı sebep olmadan Kat Mülkiyeti Kanunu'nun düzenleme konusu ettiği yönetim planını imzadan kaçınan kat maliklerinin “imzalamış sayılmalarına” hükmedebileceğini belirtmektedir¹⁶⁷. Ne var ki, Yüksek Mahkeme'nin bu görüşüne gerekçe bulmak da zordur¹⁶⁸. Daha sonra, Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşünü değiştirdiği sonucuna varabilmekteyiz¹⁶⁹.

Bize göre de, baskın doktrinin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin tek bir dava açılması görüşü, yani satış vaadi alacaklısının doğrudan doğruya TMK.716 hükmüne dayanabileceği fikri pratik açıdan daha isabetlidir¹⁷⁰. Bu kabul tarzı, yukarıda açıklandığı üzere, usul ekonomisi ilkesine de uygun düşmektedir. Her ne kadar bu fikrin dahi teorik sakıncalar taşıdığı, yukarıda da işaret edildiği gibi, ortada ise de, usul ekonomisi gözetilerek bu sakıncalar tolere edilebilmelidir. Zira, usul ekonomisi esası ile bağdaşmayan diğer görüş de, esasen teorik sakınca taşımakla eleştirilebilmektedir.

¹⁶⁷ Bkz., örneğin Y5HD., 25.4.1983, 4255/4220, Arpacı, Kanun, s.116.

¹⁶⁸ Yargıtay'ın bu görüşüne dayanak olarak KMK.33 hükmünü gösterdiğine tanık olmaktayız. Bu yöndeki bir kararda aynen şöyle denilmektedir: “Davalılar yönetim plânında kendi bağımsız bölümlerinin mesken olarak kullanılacağına ve tabela asamayacaklarına dair hükümlerin bulunması sebebiyle bu plânı imzadan kaçınmışlardır (...). Davalıların bu sebeple yönetim plânını imza etmemeleri haklı değildir. Yönetim planını KMK.33 maddesi uyarınca 15 gün içinde imza etmeleri için davalılara ihtar yapılmasına aksi halde imza etmiş sayılmalarına karar verilmesi gerekirken ...” (Y5HD., 10.11.1996, 4974/5622, Arpacı, Kanun, s.117). Hemen belirtelim ki, KMK.33 hükmü bu karara gerekçe olamaz.

¹⁶⁹ Bkz., Y18HD., 30.04.1998, 2574/4626, M. E. Germeç, Kat Mülkiyeti Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2020, s.708-709.

¹⁷⁰ Bkz., A. Murat Arpacı, Satış Vaadi, s.1085.

Burada, ilgisi nedeniyle şu hususu da ele almak istiyoruz. Konu şudur: Acaba, yolsuz tescilin düzeltilmesini isteyen kimse lehine verilen karar da yenilik doğurucu nitelikte midir? Hemen söylemek gerekir ki, bazılarınca bu soruya olumlu cevap verildiğini görmekteyiz (bkz., G. Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1984, s.390; H. Kılıç, s.786). Bu düşünce tarzı, işaret edildiği üzere isabetli değildir. Çünkü, adına yolsuz tescil bulunan davalı, esasen malik değildir ve dolayısıyla mülkiyet hâlâ davacıdadır. O halde, hakimın verdiği kararın yenilik doğurucu nitelikte kabul edilmesi imkânı yoktur (nitekim bkz., Esmer, s.390, dnp.76'da gösterilen yazarlar).

Şüphesiz, bu konuda yapılacak en isabetli iş, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bir hüküm ekleyerek, bir irade beyanında bulunmakla borçlu olan kimsenin bu beyandan kaçınması somut olayda şayet haksız ise, hâkimin onun beyanı yerine geçen bir karar vermesini mümkün kılmaktır.

Nihayet, belirtelim ki, sözü geçen iki davayı açmanın gerekli olduğunu savunan görüşün, birinci davaya ilişkin kararın tapu dairesine götürülerek resmi senedin düzenlenmesine esas kılınmasını araması da benimsenemez. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, bu kabul tarzı karşısında hâkimin kararının beyan yerine geçeceğini söylemenin bir anlamı kalmayacaktır. Yeri gelmişken, taşınmaz satış vaadinin alacaklıya satış istemek konusunda yenilik doğurucu hak sağladığı görüşünün hukuki dayanağının bulunduğunu ifade etmek de güçtür. Gerçekten, taşınmaz satış vaadinin satışı vaad eden tarafının satış borcu, satış vaadi sözleşmesinin yapılması ile birlikte doğar ve o anda da muaccel olur (TBK.90). Şüphesiz, muacceliyet konusunda taraflarca değişik düzenleme getirilebilir (TBK.90).

3) Satış İlişkisi Doğurabilen Haklar

Öyle sözleşmeler vardır ki, bunların hedefi, satış ilişkisinin kurulmasıdır. Ancak, satış ilişkisi bu sözleşmelerle birlikte kurulmaz da, bu sözleşmelerden doğan hakkın kullanılması sonucu kurulur. İşte, bu başlık altında söz konusu hakkı doğuran sözleşmeler ele alınacaktır. Ne var ki, anılan hak, sadece sözleşmeden doğmayıp, bir hukuki ilişkiye bazı hukuki olgular eklenince de doğabilir. Aşağıda bütün bu hususları inceleme konusu yapacağız.

a) Önalım (Şuf'a) Hakkı

aa) Kavram

Önalım hakkı, kanunda tanımlanmamıştır. Önalım hakkına, “öncelikle satın alma hakkı” da denilebilir. Bu hususta çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir tanıma göre, “önalım hakkı, taşınmaz malikinin taşınmazını bir üçüncü kişiye

satması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı beyanı ile taşınmazın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır”¹⁷¹. Kanaatimizce, tanımdan ziyade bir hukuki kurumun, kavramın açıklanması önemlidir. Yukarıya alınan tanım, bize göre yeterlidir¹⁷². Esasen, çalışmamızın konusu da önalım hakkı değildir.

bb) Çeşitleri

Önalım hakkı, sözleşmeden veya kanundan doğar. Şu halde, bu hak, “sözleşmeden doğan önalım hakkı” ve “kanundan doğan önalım hakkı” olmak üzere ikiye ayrılır. Başka bir deyişle, önalım hakkı, açıklanan şekilde iki çeşitten ibarettir.

Bir sözleşme ile, taraflardan biri, diğerine, ilgili taşınmazın başkasına satılması halinde tek taraflı bir beyanla taşınmazı satın alabileceğine dair hak tanırsa, sözleşmeden doğan önalım hakkından bahsedilir. Söz konusu sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması gerek ve yeter şarttır (TBK.237/III). Şayet, paylı mülkiyette paydaşlardan biri payını bir üçüncü kişiye satarsa, diğer paydaşlardan her biri o payın tek taraflı bir beyanla alıcısı olma hakkını kazanır (TMK.732). Bu da kanundan doğan önalım hakkıdır. Belirtelim ki, Borçlar Kanunu, satış yanında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin de

¹⁷¹ Bu tanım için Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.536, N.1915; M. Dural/S. Sarı, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2021, s.183, N.1046; G. Antalya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Ankara 2019, s.89, N.198; Antalya/Topuz, s.180, N.586; Önalım, alım ve gerilim hakları için ayrıca bkz., T. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Neunte Auflage, Zürich 2000, s.343, N.17 vd.; Önalım hakkı konusunda bkz., P. Liver, Das Eigentum, Fünfter Band, Erster Halbband, Sachenrecht, Schweizerisches Privatrecht, Basel und Stuttgart 1977, s.204 vd.

¹⁷² Çeşitli tanımlar için bkz., M. Kılıçoğlu, Akdî ve Kanunî Şu'fa Davaları (Önalım), Ankara 1997, s.15-16. Ayrıca, önalım hakkının hukuki niteliği konusundaki görüşler için bkz., Saymen/Elbir, 1963, s.371-373. Önalım hakkı için ayrıca bkz., S. Reyhani Yüksel, Paylı Mülkiyette Yasal Önalım Hakkı, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt No:12, Sayı No:27, İstanbul 2020, s.77-92; F. Erçin, Kanunî Şu'fa Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 734. Maddesi Üzerine Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:46, İstanbul 2016, s.3011 vd.; T. Ateş, Önalım Davası, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı:27, İstanbul 2005, s.923 vd.; F. Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 2, Haziran 2016, s.251.

önalım olayı olduğunu, yani bu işlemlerin gerçekleşmesi halinde dahi hak sahibinin önalım hakkını kullanabileceğini hükme bağlamıştır (TBK.240).

cc) Bugünkü Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Bakımından

Hem Medeni Kanun, hem de Borçlar Kanunu, önalım hakkının dava yolu ile kullanılacağını hükme bağlamıştır (TMK.734; TBK.242). Şu halde, bugün, dava dışı bir yenilik doğurucu beyanla önalım hakkı kullanılarak satış ilişkisi oluşturulması imkânı yoktur¹⁷³.

Acaba, önalım davasına bakan hâkimin kararı ile (daha doğrusu kararın kesinleşmesiyle) ilgili taşınmazın mülkiyeti davacıya geçer mi? Medeni Kanun'un 716. maddesi, bu hususta, “mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse” nin mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebileceğini ifade etmiştir. Burada, her şeyden önce, şu sorunun cevaplandırılması gerekir: Davacı, davanın açılması tarihinde bu anlamda bir kişisel hakka sahip midir? Belirtelim ki, sözleşme ile (TMK.735; TBK.238 vd.) veya kanun gereği (TMK.732 vd.) önalım hakkına sahip olan kimse, açıktır ki, bu hakkını henüz kullanmadan anılan nitelikte bir kişisel hakkın sahibi sayılamayacaktır. Çünkü, malik ile önalım hakkı sahibi arasında

¹⁷³ Önalım hakkının dava yolu ile kullanılma zorunluluğunun eleştirisi için bkz., Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, s.89-113.

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğunun gerekçesi, belirtelim ki tatmin edici olmaktan uzaktır. Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin TMK.734 hükmünün ilgili gerekçesi aynen şöyledir: “Eski Kanunda bu maddeyi karşılayan bir hüküm mevcut değildir. Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Eski hükümler önalım hakkının, dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle, uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü haline getirilmiş bulunmaktadır...” (gerekçe için bkz., A. Arpacı, Gerekçelerle ve En Son Değişiklikleri ile Yeni Türk Medeni Kanunu, 3. Baskı, İstanbul 2008, s.629).

Görülüyor ki, alım ve geri alım hakları için dava yolu ile kullanma zorunluluğu getirilmeyişi karşısında bu gerekçenin anlamı yoktur. Çünkü, her hakkın kullanılmasında olabildiği gibi, alım ve geri alım hakları bakımından da dava yoluna başvurma ihtiyacı ön sırada yer alacaktır. Oysa, belirtildiği üzere, önalım hakkının komşusu sayılması gereken alım ve geri alım hakları için dava yolu ile kullanma zorunluluğu getirilmemiştir. Kanaatimizce, önalım hakkının alım ve geri alım haklarına kıyasla daha fazla uygulanma alanına sahip olması da, söz konusu gerekçenin dayanağı olamaz.

satış ilişkisi, ancak bu hakkın kullanılması üzerine kurulmuş olacaktır. Buradaki önemli bir problem şudur: Sözü edilen satış ilişkisi, acaba önalım davasına ilişkin dava dilekçesinin davalıya tebliği ile kurulmuş sayılabilecek midir? Şurası açıktır ki, satış ilişkisi, sadece davanın açılması ile kurulamaz. Bu ilişkinin varlığı için, dava dilekçesinin, yani önalım hakkını kullanmaya yönelen irade beyanının en azından karşı tarafa tebliğinin aranması gerektiği açıktır. Ne var ki, satış ilişkisinin ancak hâkimin nihai kararı ile kurulabileceğini savunmak veya hiç değilse bu hususun tartışmaya açılmasını istemek derhal reddedilecek bir tutum değildir. Şayet satış ilişkisinin kurulmasının hâkimin nihai kararına bağlı olduğu savunulabilirse, burada TMK.716 hükmünün uygulanmasından söz edilemeyecektir. Çünkü, belirtildiği üzere, bu kabul tarzı bakımından, davanın açılma tarihinde davacı, kanunun ifadesiyle, “mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe” sahip değildir. Bu düşünce, yani satış ilişkisinin hâkimin nihai kararı ile kurulabileceği düşüncesi kabul edilirse, mülkiyetin davacıya (önalım hakkı sahibine) geçmesi de TMK.716’ya göre değil, fakat önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerine (TMK.734; TBK.242) dayanacaktır. Burada belirtilmelidir ki, daha önce değinildiği üzere¹⁷⁴, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının hukuki dayanağı sadece TMK.716 hükmü değildir. Söz konusu kaynağın TMK.716’dan ibaret olduğunu söylemek doğru olmaz¹⁷⁵.

Kanaatimiz odur ki, önalım davasının dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilince, sözü edilen satış ilişkisi kurulmuş kabul edilmeli ve hâkimin kararı ile de mülkiyetin davacıya geçtiği sonucuna varılmalıdır. Şüphesiz, mülkiyet, daha

¹⁷⁴ Bkz., yukarıda, paragraf 5, III.

¹⁷⁵ Belirtmek gerekir ki, TMK.705/II’ye göre, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması mümkündür. Bu hükümde, TMK.716’ya gönderme de yapılmamıştır. Şu halde, bir kanun hükmü, taşınmaz mülkiyetinin talep edilebileceğini belirtmişse, aksine hüküm olmadıkça, mülkiyetin verilmesi istemiyle dava açılması durumunda, mahkeme kararı ile mülkiyet kazanılacaktır. Diğer bir deyişle, söz konusu karar yenilik doğurucu olacaktır. TMK.705/II hükmü, konuya ilişkin olarak kişiye mülkiyeti isteme hakkı veren bütün hükümlere hitap etmektedir. Doktrinde ise önalım hakkına ilişkin olarak yapılan açıklamalarda ilgili mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu belirtilmekle yetinilmiştir (Bkz., Eren, Mülkiyet, s.457; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s.540, N.1924; Yüksel, s.84).

doğrusu, kararın kesinleşmesiyle birlikte davacıya geçecektir. Yalnız, dikkat edilirse görülür ki, bu görüş açısından da, ilgili taşınmazın mülkiyetinin mahkeme kararı ile geçmesinin hukuki dayanağı TMK.716 hükmü olmayacak, önalım hakkına dair ilgili hükümlerin burada TMK.716'nın yerini alacağını kabulü gerekecektir. Zira, bu görüş bakımından da, TMK.716 hükmünün dava tarihinde varlığını aradığı “hukuki sebep”, davanın açılması tarihinde, yani dava dilekçesinin davalıya tebliğinden önce henüz mevcut değildir.

Görüldüğü üzere, konu nasıl tartışılırsa tartışılsın, önalım davası sonucunda davanın kabulüne dair oluşturulan hüküm, yenilik doğurucu (inşaî) niteliktedir. Şu halde, mahkemenin ilgili kararının kesinleşmesiyle birlikte mülkiyet davacı önalım hakkı sahibine geçecektir. Daha sonra yapılacak tescil, açıklayıcı tescildir¹⁷⁶.

Şunu da kaydetmek gerekir ki, bu başlık altında yapılan açıklamalar bakımından, sözleşmeden doğan önalım hakkı ile kanundan doğan önalım hakkı arasında fark yoktur.

dd) Önceki Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Bakımından

Önceki Medeni Kanunumuzun 658. maddesi ile sözleşmeden doğan önalım hakkı, 659. maddesi ile de kanundan doğan önalım hakkı düzenlenmiş bulunuyordu. O dönemde, önalım hakkı, önalım hakkı sahibinin satışı öğrenmesinden itibaren 1 ay içinde kullanılmak gerekirdi (önceki MK.658). Bu

¹⁷⁶ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.541, N.1924; F. Eren, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Prof Dr. Attila Özer'e Armağan, Cilt. XII, Sayı 1-2, Ankara 2010, s.117-118; Ertaş, Eşya Hukuku, s.400, N.1779; Aybay/Hatemi, s.196, N.13; S. Yücel, Önalım Davası, Halûk Konuralp Anısına Armağan, 1, Ankara 2009, s.1329. Önceki Medeni Kanun döneminde önalım hakkının kullanılması üzerine açılacak davanın ve verilecek kararın hukuki niteliği konusunda ilginç açıklamalar için bkz., R. Koral, Şüfa'da İstihlaf Fikri Kayıt Tashihi Davası ve Temyiz Tevhidi İçtihat Kararı, A. Samim Gönensay'a Armağan İstanbul 1955, s.263 vd.; H. Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul 2020, s.119-120; satış ilişkisinin önalım dava dilekçesinin karşı tarafa ulaştığı anda kurulduğu yönünde ayrıca bkz., M. Serkan Ergüne, Yasal Önalım Hakkı Konusu Taşınmaz Payını Devreden Muhatabın Tazminat Yükümlülüğü Altına Girmesi ve Buna İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:82, 01.10.2009, s.3149-3158.

hak, her halde, önalım hakkının tapuya şerhinden itibaren 10 yıl içinde kullanılmalıydı.

Çalışmamızın konusu, önalım hakkını mülkiyetin mahkeme kararı ile kazanılması açısından ve sadece buna özgüleyerek ele almamızı gerektirdiğinden, önceki Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu noktasında da anılan sınırı aşmak istemiyoruz. Hemen belirtelim ki, önceki Medeni Kanun'da ve bunun gibi önceki Borçlar Kanunu'nda, bugün olduğunun aksine, önalım hakkının dava yolu ile kullanılacağına dair bir hüküm yoktu. Bu sebeple de, önalım hakkının, dava dışında kullanılabilen yenilik doğurucu bir hak olduğu genellikle kabul ediliyordu¹⁷⁷.

İşte, önceki Kanuna göre, önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanınca, satış yapıp alıcı adına tescil de gerçekleşirse ve önalım hakkı da tapuya şerh edilmişse, önalım hakkı kendisine karşı kullanılan alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında bir satış ilişkisi kurulmuş olacaktır. Şayet, önalım hakkı şerh edilmemişse, bu hak satıcıya karşı kullanılacaktır. Ne var ki, bu varsayımda alıcı adına tescil yapılmış olduğu için, son tahlilde, önalım hakkı sahibi ile satıcı arasındaki ilişkinin varlığı ve sonuçları tartışılmalıdır. Esasen bu konu çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır. Görülüyor ki, her halde, bu düzen ve kabul tarzına göre, gerektiğinde açılacak dava tarihinde satış ilişkisi esasen önceden (dava dışı yenilik doğuran beyanla) kurulmuş olacağından, artık mahkeme kararının TMK.716 hükmüne dayandığı hususu tereddütsüz kabul edilecektir. Bu açıklamalar göstermektedir ki, önceki düzenleme, bu konuda daha sade bir çözüm şekli getirmiş bulunuyordu¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Örneğin bkz., Saymen/Elbir, 1963, s.370; Gürsoy/Eren/Cansel, s.639; S. S. Tekinay, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988, s.27-28; İ. Sungurbey/S. Kaneti, Medeni Hukuk Sorunları, Üçüncü Cilt, İstanbul 1976, s.239 vd.

¹⁷⁸ Önalım hakkının dava yolu ile kullanılması zorunluluğunun öteki açılardan eleştirisi için bkz., Arpacı, yukarıda 173 no.lu dipnotunda gösterilen makale.

Burada, sözleşmeden doğan önalım hakkının şerhi (TBK.238; TMK.735) konusu ele alınmayacaktır. Zira, bu husus, çalışmamızı doğrudan ilgilendirmemektedir.

b) Geri Alım (Vefa) Hakkı

Geri alım hakkı mülkiyeti devretmiş kişiye, o nesneyi tek taraflı ve yenilik doğurucu bir irade beyanı ile geri alabilme imkânı sağlayan bir hak türüdür. Şu halde, geri alım hakkı, yenilik doğurucu bir haktır. Geri alım hakkı genellikle satış sözleşmesi vesilesiyle kendini gösterir¹⁷⁹. Bu hak, satış sözleşmesinin içinde bir düzenleme olarak yer alabileceği gibi, daha sonra, ayrıca ek bir sözleşme yapılarak da sağlanabilir¹⁸⁰. Öte yandan, geri alım hakkının, ilgili nesnenin mülkiyetinin geçirilmesinden sonra bile ek bir sözleşme ile önceki malike tanınabileceğini savunan yazarlara¹⁸¹ karşılık, bu hakka ilişkin sözleşmenin ancak satıcının mülkiyeti alıcıya geçirmesinden önce yapılabileceği görüşünde olanlar da vardır¹⁸². Kanaatimizce, geri alım hakkının, mülkiyetin geçirilmesinden sonra yapılacak ayrı bir sözleşme ile de sağlanması mümkün görülmelidir. Diğer bir deyişle, bu hakkın sağlanmasına ilişkin sözleşmenin satışın bir yan sözleşmesi niteliğini taşıması şart koşulmamalıdır¹⁸³. Her ne kadar geri alım sözleşmesine ilişkin olan ve Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenleme (TBK.237-239) satış sözleşmesi bölümünde yer almışsa da, bunun sebebi, geri alım sözleşmesinin mutlaka satış sözleşmesine mahkûm olması değildir. Bunun sebebi, geri alım sözleşmesinin, satış ilişkisi kurulmasına yol açan bir sözleşme oluşudur. Diğer bir deyişle, Mecelle' den gelen bir terim olan "bey-i bilvefa" terimine sadakatin gerekmediği görüşündeyiz.

¹⁷⁹ Bkz., H. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, Bern 2000, s.309, N.1295; Gürsoy/Eren/Cansel, s.645; Tekinay, Takyitler, s.12; Liver, s.215.

¹⁸⁰ Bkz., Rey, s.309, N.1295.

¹⁸¹ Rey, s.309, N.1295.

¹⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21 Baskı, s.534, dpn.1131; Nomer/Ergüne, s.155; H. N. Nomer, Vefa Hakkı, İstanbul 1992, s.17 vd.

¹⁸³ Aksi fikirde Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.534, dpn. 1131 ve orada gösterilen eser.

İşte, geri alım sözleşmesinde düzenleme konusu yapılan hususlar gerçekleşince (şart, vade gibi), geri alım hakkı sahibi tek taraflı ve yenilik doğurucu bir beyanla geri alım hakkı sağlayan kişi ile aralarında bir satış ilişkisi kurabilecektir¹⁸⁴. Bu sebeple, geri alım hakkının kullanılması, önalım hakkına ilişkin bugünkü hukuki düzenlemelerin aksine, mahkeme vasıtası ile gerçekleşmek durumunda değildir. Geri alım hakkı sahibi, değinildiği üzere, hiçbir makamın vasıta olmasına ihtiyacı bulunmaksızın, tek taraflı bir beyanla satış ilişkisini kurabilecektir.

Geri alım sözleşmesi, resmi şekilde yapılmalıdır (TBK.237/II). Bu şekil, geçerlilik şeklidir (TBK.247/II)¹⁸⁵. Söz konusu resmiyeti, tapu memuru veya noterin gerçekleştireceği genellikle kabul edilmektedir¹⁸⁶. Ancak, konunun tartışmalı olduğu da belirtilmelidir¹⁸⁷.

Söz konusu satış ilişkisi kurulunca, tarafların tapuda mülkiyetin geri alım hakkı sahibine nakledilmesi işlemini yapmaları gerekir. Geri alım borçlusu bu devir işlemine yanaşmazsa, geri alım hakkı sahibi, TMK.716 hükmüne dayanarak mülkiyetin mahkeme kararı ile kendisine geçirilmesi için dava açabilir. Hâkimin bu yoldaki kararı kesinleşince de, ilgili taşınmazın mülkiyeti, kararın kesinleşmesiyle birlikte geri alım hakkı sahibine geçer. Burada, geri alım sözleşmesinden doğan hakkın tapuya şerhini (TBK.238; TMK.736) ve bunun hukuki sonucunu, şerh yoksa kendini gösterecek olan durumu, çalışmamızın sınırları dışında gördüğümüz için ele almayacağız.

¹⁸⁴ Bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.645.

¹⁸⁵ Bkz., Rey, s.310, N.1298.

¹⁸⁶ Bu konuda bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.645.

¹⁸⁷ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.531, N.1901; s.534, N.1911; C. Avcı Braun, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2018, s.1445, N.12.

c) Alım (İştira) Hakkı

Alım hakkı, hak sahibine, tek taraflı irade açıklaması ile ilgili taşınmazın alıcısı olma hakkını sağlayan yenilik doğurucu nitelikte bir haktır¹⁸⁸. Şu halde, alım hakkı sahibi, tek taraflı bir beyanla, alım hakkı borçlusu ile kendisi arasında, alım hakkı sözleşmesindeki şart ve hükümlere uygun olan bir satış ilişkisi kurulmasını sağlayabilecektir¹⁸⁹. Alım sözleşmesi de, tıpkı geri alım sözleşmesi gibi resmi şekle tabidir. Bu şekil de geçerlilik şeklidir (TBK.237/II).

Taraflar arasında satış ilişkisi kurulunca, alım hakkı sahibine alım hakkı konusu taşınmazın tapuda devredilmesi gerekir. Şayet, alım hakkı borçlusu bundan kaçınırsa, tıpkı geri alım hakkında olduğu gibi, alım hakkı sahibi, TMK.716 hükmüne dayanarak ilgili taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile, yani kararın kesinleşmesiyle birlikte kazanır.

Alım sözleşmesinden doğan hak da, geri alım hakkı gibi, tapuya şerhedilebilecektir (TBK.238; TMK.736). Ancak, şerhle ilgili ayrıntıların çalışma konumuzu doğrudan ilgilendirmedeği açıktır.

Görüldüğü gibi, önalım, geri alım ve alım hakları sebebiyle de taşınmaz mülkiyeti mahkeme kararı ile kazanılabilmektedir. Söz konusu kararlar, yenilik doğurucu niteliktedir. Daha sonra tapu kütüğüne yapılacak tescil, açıklayıcı tescil olacaktır.

4) Taşınmaz Bağışı

Taşınmazlara ilişkin bağışlama sözleşmesi de, ilgili taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının hukuki sebebinin oluşturabilecektir. Şurasını hemen belirtelim ki, bu bakımdan taşınmazın satışı ile bağışlanması aslında aynı kategoride ele alınabilecektir. Gerçekten,

¹⁸⁸ Benzer yönde Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.530, N.1900; Guhl, s.343, N.17 vd.

¹⁸⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s.643; Avcı Braun, s.1442, N.6.

yukarıda ilgili yerinde açıklandığı üzere¹⁹⁰, ülkemizdeki uygulama açısından, tıpkı satış sözleşmesinde olduğu gibi, bağışlama sözleşmesinde dahi resmi sözleşme ile tescil arasına bir zaman kesiti girmediği için, pratikte, bağışlamada da TMK.716 hükmünün tatbik kabiliyeti yoktur. Çünkü, yukarıda işaret edildiği üzere, uygulamada, bağışlama (veya satış) sözleşmesi tescil talebini de ihtiva etmektedir ve aslında bağışlayanın sözleşmeden sonra tescil talebinden vazgeçmesi ve dolayısıyla bağışlananın da TMK.716 uyarınca mahkemeye başvurması, yani tescile zorlama davası açması mümkün olamayacaktır.

Buna karşılık, tıpkı taşınmaz satış vaadi gibi bağışlama vaadi, yani önsözleşme niteliğinde bir vaad mümkün görülebilirse, işte bu takdirde TMK.716 hükmü pratik açıdan işlev kazanabilecektir. Önemle belirtelim ki, burada kastedilen işlem, önceki Borçlar Kanunumuzun (BK.238) “bağışlama vaadi” ve bugünkü TBK.288 hükmünün “bağışlama sözü verme” şeklinde ifade ettiği sözleşmelerden çok farklıdır. Değindiği üzere, TMK.716 hükmünün uygulanmasına kapı aralayan bağışlama vaadi, önsözleşme niteliğindeki bir işlemdir. Kanundaki bağışlama sözü verme işlemi ise, önsözleşme olmayıp, asıl sözleşmenin kendisidir¹⁹¹. Çünkü, bu anlamdaki bağışlama sözü verme işlemi, doğrudan doğruya tescil talebi ve tescili hedeflemektedir. Oysa, önsözleşmede, hedeflenen işlem, TBK.288’de zikredilen asıl sözleşmenin, tescilin hukuki sebebini oluşturan işlemin yapılmasıdır.

Belirtmek gerekir ki, bağışlama sözleşmesi, yani asıl sözleşme olan ve Borçlar Kanunumuzun “bağışlama sözü verme” biçiminde ifade ettiği sözleşme, Kanunda düzenlendiği halde (TBK.288), taşınmaz satış vaadinde olduğunun aksine (TMK.1009; TBK.237/II; Noterlik K.89), taşınmaz bağışlama vaadi, yani önsözleşme niteliğindeki bir işlem, kanunda düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, taşınmaz satış vaadine kıyasen, böyle bir

¹⁹⁰ Bkz., §8, I, 1.

¹⁹¹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2021, s.219-220; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2020, s.181.

sözleşme düzenlenebilecektir. Esasen, sözleşme özgürlüğü ilkesi de bu sonuca varmayı zorunlu kılar. Öte yandan, şekil bakımından da, taşınmaz satış vaadine ilişkin olan esasların uygulanması gerekir. Başka bir deyişle, taşınmaz bağışı vaadi sözleşmeleri (önsözleşme niteliğindeki işlemler) noterler (Noterlik K.89) ve tapu memurları (TBK.29/II) tarafından düzenleme biçiminde yapılabilmelidir.

Eğer bu görüşe itibar edilirse, taşınmaz bağışı vaadi borçlusu tarafından bu vaade uyulmazsa, vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi bakımından yapılan tartışmalar¹⁹² bu konuda da saklı kalmak kaydı ile, TMK.716 gereğince mahkemeye başvurabilecek ve mahkeme kararı ile ilgili taşınmazın mülkiyetini kazanabilecektir.

Burada, bağışlama kastı ile yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini de ele almakta yarar görmekteyiz. Mesele şudur: Bir kimse, iyilik olsun diye bir taşınmazı örneğin yarı fiyatına merhum arkadaşının fakir çocuğuna vermek ister; ama, henüz o taşınmazın mülkiyetine kendisi de kavuşmamıştır. Bu kimsenin gideceği yol, şimdilik taşınmaz satış vaadi sözleşmesine başvurmaktır. İşte, bu maksatla (yani animus donandi ile) şekline de uyularak taşınmaz satış vaadi yapılır ve bu sözleşmede satış bedeli gerçek bedelin yarısı olarak gösterilirse, “karma taşınmaz bağış vaadi” diyebileceğimiz bir hukuki görünüm ile karşı karşıya gelmiş oluruz¹⁹³. Kanaatimizce, bu hukuki görünüm, “karma taşınmaz satış vaadi” olarak da adlandırılabilir. İşte, tarafların bu şekilde anlaşmaları ile ortaya çıkan karma sözleşmeye dayanılarak da TMK.716 hükmünün çizdiği yolda ilerlenip sonuca varılabilecektir. Örneğimizdeki iyilik yapmak isteyen kişi, aslında o kadar değerli olmayan bir taşınmazı çok pahalıya almayı taşınmaz satış vaadi şekline uyarak vaad ederse¹⁹⁴, yine aynı sonuca varılacaktır.

¹⁹² Bkz., §8, 2.

¹⁹³ Karma bağış konusunda bkz., Serozan, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.140.

¹⁹⁴ Karma bağış bakımından bu örnek için bkz., Serozan, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.140.

Burada şunu da belirtelim ki, karma işlemler ile muvazaa ilişkisinin tartışılması gerektiği kanaatinde olmakla birlikte¹⁹⁵, biz bu sözleşmelerin geçerli kabul edilmesi gerektiği fikrini esas alarak açıklamalarda bulunuyoruz. Konunun ele alınıp derinlemesine tartışılması, çalışmamızın sınırları dışında kaldığından, yukarıdaki açıklamalarla yetinmeyi uygun görmekteyiz.

5) Ölüme Bağlı Tasarruflar

Ölüme bağlı tasarruflar da, ilgili taşınmazın mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının hukuki sebebi olabilecektir. Şöyle ki; bir kimse, vasiyetname veya miras sözleşmesi yaparak malvarlığı üzerinde ölümünden sonrası için tasarrufta bulunabilir (TMK.517). Söz konusu tasarruf, şayet mirasçı ataması (mirasçı nasbı) (TMK.516) değilse, yani belirli mal vasiyeti iradesini gösteriyorsa, tasarrufu yapan kimse ölünce, lehine vasiyet yapılan kişi, vasiyeti yerine getirme borçlusu mirasçılardan o konuda alacaklı olacaktır. Dikkat edilirse görülür ki, ölüm olayı ile birlikte, lehine vasiyet yapılan kimse ile vasiyet borçlusu veya borçluları arasında ilgili malın veya malların (konumuza ilişkin olarak taşınmazın veya taşınmazların) mülkiyetinin vasiyet lehdarına (musalehe) geçirme borcuna ilişkin bir hukuki ilişki kurulur (TMK.600)¹⁹⁶. İşte bu ilişki, TMK.716 anlamında bir hukuki sebeptir. Diğer bir deyişle, eğer vasiyet borçlusu tapuya giderek ilgili taşınmazın mülkiyetini geçirmekten kaçınırsa, vasiyet alacaklısı mahkeme kararı ile mülkiyete kavuşabilecektir. Bunun için, ölüme bağlı tasarrufun kendi şekline uygun

¹⁹⁵ Karma bağışla muvazaa ilişkisini tartışırken her olayın özelliğine, yani somut olaya bakılması gerektiğini hemen belirtmeliyiz. Muvazaada, üçüncü kişileri aldatma, onlara karşı gerçeğe uymayan bir görünüm yaratma amacı bulunmakta (bkz., Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.347), buna karşılık, açıklandığı üzere, karma bağışta, ilk bakışta, işlemin karşı tarafına onun onurunu incitmeden iyilik yapma amacı söz konusu olmaktadır. Ne var ki, işaret edildiği üzere, bazen, karma bağış da, üçüncü kişileri aldatma maksadıyla yapılabilir. Bu durumda, karma bağış ile muvazaa bir arada bulunmaktadır (karma bağış konusunda ayrıntılar için bkz., C. Akbıyık, Karma Bağışlama ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul 1997, s.7 vd.).

¹⁹⁶ Bkz., N. Kocayusufoğlu, Miras Hukuku, İstanbul 1987, s.260; Z. İmre/H. Erman, Miras Hukuku, İstanbul 2021, s.123-124; R. Serozan/B. İ. Engin, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s.68-69, N.74; Antalya/Sağlam, Miras, s.238.

olarak yapılmış olması yeterlidir (TMK.706/II). Şüphesiz, tasarrufun ehliyet, muhteva ve benzeri açılardan geçerli olması da elbette aranacaktır.

6) Dolaylı Vekâlet İlişkisi

Dolaylı vekâlette, vekil, hukuki işlemi kendi adına, fakat vekâlet veren (müvekkil) hesabına yapmaktadır (TBK.509/I). Şu halde, bu tür vekâlette, dış ilişki ve iç ilişki olmak üzere iki tür ilişki vardır. Dış ilişki, vekil ile, vekilin sözleşme yaptığı diğer kişi arasındadır. İç ilişki ise, vekil ile vekâlet veren arasında gerçekleşir. Dolaylı vekâlet sözleşmesi uyarınca ve bu sözleşmedeki hükümlere göre, vekil, kendi adına yaptığı işlemin sonuçlarını vekâlet verene devretmekle borçludur.

İşte, şayet vekil, dolaylı vekâlet sözleşmesindeki şartlar oluştuğu halde, yani iç ilişkideki devir borcunu ifa etmesi gerekmesine rağmen bu borcu yerine getirmezse, vekâlet veren, acaba nasıl bir hukuki tavır alabilecektir? Belirtelim ki, taşınır ve alacaklar çalışmamızın konusu dışında kaldığı için, TBK.509 hükmü bu sorunun cevaplandırılması bakımından bize yardımcı olamayacaktır. Buna karşılık, TBK.508 hükmünü burada ele almamız gerekmektedir. Şöyle ki, bu hükme göre, vekil, vekâlet verenin istemi üzerine “vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür”. Bu düzenleme, dolaylı vekâletle ilgilidir ve yukarıdaki sorunun cevaplandırılması açısından da önemli bir işleve sahiptir. Gerçekten, dolaylı vekâletin konusu vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına bir taşınmazın mülkiyetini edinmek ise, konuya ilişkin düzenlemenin vekâlet açısından TBK.508 hükmünden ibaret olacağı orta yerdedir. Çünkü, taşınır ve alacaklar bakımından sevk edilen hüküm TBK.509’dur.

Şimdi, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına mülkiyet hakkını edindiği bir taşınmazın mülkiyetinin vekil tarafından kendisine devrini talep eden ve bu talebi reddedilen vekâlet verenin, söz konusu taşınmazın mülkiyetini hâkim kararı ile elde edip edemeyeceği sorunu üzerinde durmak

gerekiyor. Hemen ifade edelim ki, buradaki hukuki problem, dolaylı vekâlet sözleşmesinin TMK.716 hükmü anlamında bir hukuki sebep olup olmadığı, ayrıca bu hükümde geçen “hukuki sebep” teriminin “resmi şekilde gerçekleşmiş hukuki sebep” olarak anlaşılmasının gerekip gerekmediği noktalarında düşünülmektedir. Kanaatimizce, dolaylı vekâlet sözleşmesinin TMK.716 hükmünde zikredilen hukuki sebep olarak kabulü için resmi şekilde yapılması aranmamalıdır¹⁹⁷. Konuya ilişkin TBK.508 hükmü bu hususta şekil şartından bahsetmediği gibi¹⁹⁸, TMK.716 hükmü de böyle bir zorunluluktan söz etmemiştir. Öte yandan, “taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır” biçiminde ifade kullanan TMK.706/I hükmü de burada aksine bir sonuca varmanın gerekçesi olamaz. Çünkü, TBK.508 hükmünün konusu ile TMK.706/I’nin konusu aynı değildir. Bu hükümlerin sevkindeki amaçlar da örtüşmemektedir¹⁹⁹. Gerçekten, mülkiyetimdeki taşınmazı size devretmem ile sizin hesabınıza devraldığım taşınmazın mülkiyetini size devretmem aynı değildir²⁰⁰. Nitekim, TMK.706/II hükmünden, ilk fıkradaki kuralın istisnalarının olabileceği hemen anlaşılmaktadır. Bu hükümde, ölüme bağlı tasarruflar ile mal rejimi sözleşmelerinin kendilerine özgü şekillere tabi oldukları yazılıdır. Bundan başka, Noterlik Kanunu’nun 89. maddesinin de aksine düşüncüyü haklı kıldığı söylenemeyecektir. Bu hükmün noterlere yönelik bir düzen esası getirdiği ve dolayısıyla vekâlet sözleşmesini şekle bağlamadığı görüşüne²⁰¹ katılmayı uygun buluyoruz²⁰². Burada, tapuda işlem yapılmasını gerektiren bazı sözleşmelerde resmi şekil aranmayacağının, hukukumuzda başka örneklerinin de bulunduğunu ayrıca söylemek isteriz. Örneğin, TTK.128/III hükmü, sermaye olarak bir taşınmaz mülkiyetinin

¹⁹⁷ Bu görüşte Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.395 vd.; C. Yavuz, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s.272.

¹⁹⁸ Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.402.

¹⁹⁹ Bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.403.

²⁰⁰ Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.403.

²⁰¹ Mirası taksim sözleşmesi açısından bu görüş için bkz., dpn.52’de yer verilen 26.11.1980 tarih ve 5/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı; ayrıca, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.362; aksi görüş için aynı eser, s.374, N.1434.

²⁰² Aynı yönde Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.403.

konulması borcunu içeren şirket sözleşmesinde resmi şekil aranmayacağını açıkça belirtmektedir. Şunu da ifade edelim ki, vekil, dolaylı vekâlet sözleşmesi gereğince devir borcunu eğer rıza ile yerine getirecekse, tapu uygulamasında, şüphesiz ki, tapu memuru, tescile esas olacak sözleşmeyi düzenleyecektir.

Nihayet, 1953 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, Yargıtay'ın, vekâlet sözleşmesini cebri tescile esas olacak bir hukuki sebep olarak görmediğini, buna karşılık daha eski olan 1947 tarihli diğer bir İçtihadı Birleştirme kararında ise, Yüksek Mahkeme'nin, vekil adına tescil edilen taşınmazın vekâlet verenin mülkiyeti altında olacağına karar verdiğini, her iki kararın da hatalı olduğunu dile getirmek isteriz²⁰³.

Demek oluyor ki, tartışmalı olan bu konuda, bize göre, kendi adına, ama vekâlet veren hesabına bir taşınmazın mülkiyet hakkını edinen dolaylı vekil, eğer devir borcunu yerine getirmezse, vekâlet veren, şekle tabi olması aranmayan vekâlet sözleşmesine dayanarak TMK.716 hükmü uyarınca mahkeme kararı ile mülkiyet hakkı kazanabilecektir. Açıktır ki, dolaylı vekâlet sözleşmesinin ispatına ilişkin usûlî esaslar saklıdır.

7) Haksız İnşaat

Haksız inşaatla, TMK.724. madde hükmü, üzerinde haksız inşaat bulunan arazinin (ve yapının) mülkiyetinin iyiniyetli tarafa mahkemece verilebileceğini, daha doğrusu, tarafların, iyiniyetli olma kaydı ile, hâkimden bu yolda istekte bulunabileceklerini belirtmektedir. Burada, haksız inşaatla ilgili ayrıntılara girmeyeceğimiz açıktır. Bizi burada ilgilendiren husus, esas

²⁰³ Bkz., YİBK, 7.10.1053, 8/7; YİBK., 5.2.1947, 20/6, Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.401'den naklen. Nihayet, burada, taşınır ve alacaklarla ilgili olmakla beraber, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına taşınmaz satış vaadi alacaklısı olması ihtimalinde, vekâlet verenin TBK.509 hükmüne dayanarak TMK.716'yı işletebileceğini de söylemek gerekir (bkz., A. Murat Arpacı, Borçlar Kanunu Açısından Vekâlet İlişkisinde Müvekkilin Hak ve Borçları, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.136).

itibarıyla, konuya ilişkin mahkeme kararının niteliği ve hangi esasa dayandığıdır. Bu itibarla, konunun detaylarına, bir nebze değinmekle yetineceğiz.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan hareketle, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının yegane yasal dayanağının TMK.716 olduğunun sanılması, önemle belirtelim ki, çok yanlış olacaktır. Diğer bir anlatımla, söz konusu kazanma biçiminin başka hukuki dayanakları da mevcuttur. İşte, TMK.724 hükmü dolayısıyla, bu durumun bir örneğine tanık olmaktadır.

Burada, kısaca şunu da işaret edelim ki, TMK.724 hükmü, önceki Medeni Kanun'un 650. maddesinden farklı olarak, yapının ve arazinin mülkiyetinin malzeme malikine verilmesini arazi malikinin de isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Bunun gibi, bu konudaki diğer fark da, hâkimden kısmi talepte de bulunulabileceği noktasında görülmektedir. Şöyle ki, MK.650 hükmü bu hususta açıklık taşııyordu; ama, TMK.724, “yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının” şeklindeki ifadesiyle konuya açıklık getirmiş bulunmaktadır. Şayet, arazi sahibi, başkasının malzemesiyle kendi arazisi üzerine yapı yapmışsa, yine TMK.724 uyarınca yapının ve arazinin mülkiyetinin malzeme malikine verilmesini isteyebilecek midir? Şurası açıktır ki, talep ister malzeme malikinden, isterse arazi malikinden gelsin, talepte bulunanın iyiniyetli olması ve yapının değerinin açıkça arazinin değerini geçmesi şarttır (TMK.724). Doktrinde bazı yazarlar, yapıyı arazi malikinin yapması halinde de yapının ve arazinin malzeme malikine verilmesini istemesinin haklı bir çözüm şekli olmayacağını savunmuşlardır²⁰⁴.

²⁰⁴ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.489, N.1776. Buna karşılık Eren, kanunun bugünkü düzenlemesini uygun bulmaktadır (Eren, Mülkiyet, s.352-353). Sirmen ise Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir' in yukarıda belirtilen görüşlerini eleştirmiştir (Sirmen, s.419, dpn.519.)

Görülüyor ki, Medeni Kanun’un haksız inşaat düzenlemesi uyarınca da, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması konusunda mahkemeye gidilebilmektedir. Bu düzenlemelerden olan TMK.724 hükmü, bütünleyici parça esası (TMK.718/II) gereğince arazinin bütünleyici parçası haline gelen haksız yapıların, arazi ile birlikte ve mahkeme kararı ile malzeme malikinin mülkiyetine geçmesinin yolunu açmıştır. Şüphesiz, şayet taraflar anlaşmışlarsa, bu sonuca araya hâkimin kararı girmeden de ulaşılabilecektir.

Acaba, anılan mahkeme kararının hukuki niteliğinin “yenilik doğurucu” olduğunda tereddüt var mıdır? Bu hususta tereddüte yer olmadığını hemen belirtmeliyiz²⁰⁵. İşaret edildiği üzere, Yargıtay’ın ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı ve bilimsel görüşler bu yolda olduğu gibi, TMK.724 hükmünün metni de bu sonuca varmaya elverişlidir. Gerçi, TMK.724’ün lâfzı, bu konuda TMK.716’da olduğunun aksine, açık ve net değildir. Ne var ki, değinildiği üzere, Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararı bu bakımdan çok açık olup, içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Yargıtay Dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı da kanun gereğidir (Yargıtay K.45/V).

²⁰⁵ Bkz., YİBK., 15.05.1957, 11/9. Bu karar şu şekildedir: “... Mülkiyet veya mülkiyetin gayri ayni bir hakkın tapulama tarihinden önce iktisap edilmiş olup olmadığı, yani, o tarihte böyle bir hakkın mevcut bulunup bulunmadığı hususunda bir ihtilaf tahaddüs öderse arazi kadastrounu ilgilendiren bir davadan bahs olunabilir. Kanunu Medenin 650 inci maddesinin tatbikinden mütevellit davalarda böyle bir faal mevcut değildir. Arsanın davalıya, levazımın davacıya aidiyetinde bir ihtilaf tahaddüs etmemiştir. Davacı; arsa mülkiyetinin davalıya aidiyetini kabul etmekte ancak 650 inci madde şartlarının mevcudiyetini ileri sürerek muhik tazminat mukabilinde tamamının kendisine temlikini istemektedir. Hakimden talep edilen karar tapu tarihindeki hukuki durumu izhar eden bir karar olmayacaktır. Belki mülkiyeti tefviz eden ihdasi mahiyette bir karar olacaktır. Davacı ancak hakim kararlarıyla mülkiyeti iktisap edecektir. Gezici arazi kadastro mahkemelerinin ihdasi mahiyette karar vermek yetkileri yoktur. Tapulama Kanununun 1, 4, 12, 13, 15, 32 ve 34 üncü maddelerinin birlikte mütalaası bu neticeyi vermektedir. Arsanın veya levazımın aidiyetinde bir ihtilaf tahaddüs öderse bunun kadastro hakim tarafından halledileceğinde şüphe yoktur. Kadastro hakim tahkikatını yapar, arsanın ve levazımın kime ait olduğunu tespit eder, gayrimenkulun arsa sahibi adına tesciline, levazım durumunun beyanlar hanesinde belirtilmesine karar vermekle iktifa eder. Alakalı aralarındaki hukuki durumun Kanunu Medenin 648 ve müteakip maddeleri uyarınca tasfiyesinde anlaşmazlarsa umumi hükümler dairesinde açılacak dava ile bu cihet hal olunur ...” (www.legalbank.net, 27.07.2021); ayrıca, Gürsoy/Eren/Cansel, s.575, dpn. 47; aynı görüş için aynı eser, s.575; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.492, N.1783; Eren, Mülkiyet, s.351.

Yukarıda temas edildiği üzere, bu çalışmanın asıl amacı haksız inşaatı ele alıp incelemek olmadığı için, konuya ilişkin açıklamalarımızı böylece sonlandırmayı uygun bulmaktayız.

8) Taşkın İnşaat

Bir yapı, başkasının arazisine taşmışsa, bu duruma taşkın yapı denmektedir. Kanuna göre, taşkın yapıda, taşkın yapıyı gerçekleştiren kimsenin, taşıdığı arazi üzerinde bir irtifak hakkı (taşmaya imkân veren irtifak hakkı) yoksa ve zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde taşmaya itiraz etmemişse, durum ve şartlar da uygunsa, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilecektir (TMK.725). Bizi burada ilgilendiren konu, taşan kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin devrinin istenmesidir. Belirtmek gerekir ki, şayet konu mahkeme önüne getirilirse (daha önceki aşama burada ele alınmamaktadır) ve hâkim de taşan kısmın mülkiyetinin davacıya devrine karar verirse (konuya ilişkin şartları burada ele almıyoruz), bu karar da yenilik doğurucu niteliktedir²⁰⁶. Haksız inşaat bakımından bu hususta yukarıda yapılan açıklamaları burada dahi anmak uygun olur.

²⁰⁶ Bkz., Eren, Mülkiyet, s.364; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.520, N.1867 ve burada dpn.1055'te gösterilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Daire kararları. Y1HD., 28.10.1997 tarihli ve E. 1996/11678 K. 1997/13242 sayılı kararında aynen şöyle denilmektedir: "... Bu iki koşulun varlığı halinde taşkın yapı maliki muhik bir tazminat ödeyeceğini bildirerek açacağı yenilik doğurucu nitelikteki temlikten tescil davası ile tecavüzlü kısmın mülkiyetini veya üzerine bir irtifak hakkı kurulmasını isteyebilir. Ayrıca, iyiniyet savunmasının yukarıda açıklanan niteliği dikkate alınıp, bu savunma içerisinde temlikten tescil isteğinin de bulunduğu kabul edilerek, tescil talebi, ayrı bir davaya gerek olmaksızın açılan davada savunma yoluyla ileri sürülebilir. Esasen bu kuralın uyuşmazlıkların en kısa sürede sağlıklı biçimde çözümlenmesi ve dava ekonomisi yönünden büyük yarar sağlayacağı da kuşkusuzdur. Her davada hakim muhik tazminat olarak salt temlik edilecek arsanın bedelini değil, gerektiğinde taşınmazının bir kısmını terk etmek zorunda kalan malikin özverisini düşünerek uzman bilirkişiden dava tarihine göre devredilen arsa bedeli yanında, geride kalan kısmın uğradığı değer kaybı varsa taşınmaz malikinin öteki zararları gibi konularda da rapor almak suretiyle Medeni Kanunun 4., Borçlar Kanununun 42. maddeleri uyarınca ve aynı zamanda sebepsiz zenginleşmeyi de önleyecek biçimde en uygun bedeli tayin ve takdir etmeli, bu bedel karşılığında tecavüzün şekline, taşkın yapının ve taşınmazların niteliğine göre, taşılan yerine mülkiyetinin devrine veya üzerinde irtifak hakkı kurulmasına karar verilmelidir ..." (www.lexpera.com.tr, 27.07.20021); ayrıca bu konuda bakınız Esmer, s.389; G. Sermet Akman, Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s.212 vd.

9) Aynen Tazmin

Tazminatın “aynen” mi yoksa “nakden” mi olacağı konusunda Borçlar Kanunumuzda açıklık yoktur. Önceki Borçlar Kanunumuzun 43. maddesinde yer alan ve “hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tayin eyler” şeklinde olan düzenleme sebebiyle, o dönemde, Borçlar Kanunu’nun aynen tazmin veya nakden tazmin bakımından hâkime takdir yetkisi verdiğini söylemek gerekirdi. Yeni Borçlar Kanunu ise, 51. maddesiyle, daha belirsiz bir ifade getirmiştir. Gerçekten, TBK.51/I hükmünde, “hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler” denilmektedir. Görülüyor ki, yeni Kanun, BK.43’teki “suretini” sözünü “kapsamını” olarak değiştirmiş, “şumulünün derecesi” ifadesini de “ödenme biçimini” şekline dönüştürmüştür. BK.43 ile TBK.51 hükümlerinin yazılış şekillerinin karşılaştırılmasından anlaşılan budur. Ancak, “şumul”, “kapsam”, “suret” de “ödenme biçimi” olarak çevrilmiş olabilir. Aslında doğru çeviri de budur.

Görülüyor ki, hâkime bu konuda takdir hakkı tanınmıştır²⁰⁷. Yukarıda açıklandığı üzere, TBK.51/I hükmündeki “kapsam” kelimesini önceki Borçlar Kanunu’nda yer alan “şumul”, “ödenme biçimi” ifadesini de “ödenme sureti” olarak anlamamız isabetli olacaktır. Esasen, aynen tazminin esas olması gerektiğini söylemek de hiç yanlış olmaz²⁰⁸. Çünkü, borcunu ifadan kaçınan kimsenin borç konusunu hiçbir değişikliğe uğramaksızın olduğu gibi “aynen” alacaklıya sağlamasından doğal bir şey olamaz. Eğer, aynen ifa imkânsız hale gelmişse, bu takdirdedir ki, nakden ifa uygun görülebilir. Bu bakımdan TBK.125 hükmü de, bu görüşe destek olarak gösterilebilir. Her ne ise, en

²⁰⁷ Bkz., F. Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2021, s.888, N.2423; S. Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s.215; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, s.305-306.

²⁰⁸ Bu konuda bkz., Eren, Borçlar Genel,s.888 vd., N.2423 vd.

azından, aynen tazmine ilişkin mahkeme kararının tazminat hukukumuzda aykırı düşmeyeceği şüphesizdir.

İşte, bu başlık altında, hâkimin taşınmaza ilişkin aynen tazmin kararı verip veremeyeceği ve verebilecekse bu kararın hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Şunu da önemle belirtelim ki, buraya kadar ki açıklamalar, haksız fiillerden kaynaklanan maddi tazminat alacağına ilişkindir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi tazminat bakımından aynen tazmin hususu, haksız fiil kaynaklı maddi tazminata kıyasla bu kadar problemli değildir. Öte yandan, haksız fiil kaynaklı aynen tazmin konusu da, taşınırлар açısından taşınmazlara nisbetle daha az problemlidir.

İlk olarak, taşınmazlar bakımından haksız fiiller dolayısıyla aynen tazmin konusunu ele almak istiyoruz. İtiraf edelim ki, bu konuda örnek bulmak kolay değildir. Buna rağmen, yine de uygulamada karşımıza çıkan ve konuya ilişkin olan örnekler vardır.

Bunlardan birisi şudur: 21.06.1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun mad.12/III hükmü, kadastro tutanaklarının kesinleşmesinden itibaren 10 yıl geçince, kadastro tespitinden önceki sebeplere dayanarak tapu iptali ve tescil davalarının açılmayacağını hükme bağlamıştır. Şu halde, sizin mülkiyetinizdeki bir arazi, kadastro tespiti sırasında başka bir kimse adına yazılmış olsa, bu yanlış tespite de o kimsenin birtakım hileli davranışları sebebiyet verse, tutanakların kesinleşmesinden itibaren 10 yıl geçince, mülkiyet hakkınızın varlığına ilişkin dava hakkınızı kaybedecek, başka bir deyişle, mülkiyet hakkınızın bir haksız fiil sonucu sizin açınızdan yok olması gerçeği ile karşılaşacaksınız. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.1991 tarih ve 9/36 sayılı kararında, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa yargısına götürülen Kadastro K., mad.12/III hükmünün mülkiyet hakkını sınırlamayıp sadece dava hakkını sınırladığı öne sürülmüş ise de, bu gerekçenin yanlış olduğu ve asla hukuken desteklenemeyeceği açıktır. Gerçekten, şayet bir

hakkınızın varlığını adalet önünde (mahkemelerde) iddia konusu yapamıyorsanız, o hakkın sizin olduğunu da hukuken söyleyemezsiniz. Söz konusu Kanun hükmü, sonuçta, mülkiyet hakkını olumsuz etkilemekte, hatta sınırlamaktan öte, ortadan kaldırmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin anılan gerekçesi, Kadastro Kanunu'ndaki adaletsiz hükmün mülkiyet hakkına son vermeye eşit olumsuz pratik sonucunu safdışı edememektedir²⁰⁹.

Yeniden konumuza dönersek, şöyle bir hukuki manzara ile karşılaşırız: Görüldüğü üzere, kadastro tespiti sırasında bir haksız fiil işlenmiş ve bunun sonucunda da belirli bir süre geçince mülkiyet hakkı kaybedilmiş, yani zarara uğranılmıştır. Burada, haksız fiilin bütün unsurları gerçekleşmiş bulunuyor. Diğer bir anlatımla, bu durumda, haksız eylem, kusur, zarar ve zararlı sonuç ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı şartları mevcuttur. İşte, böyle bir halde, şayet haksız fiil failinin başka bir arazisi varsa, diğer ilgili şartların da elvermesi halinde zararın nakden değil de, o arazinin davacıya hâkim kararı ile verilmesi şeklinde, yani aynen tazmini mümkün görülebilecektir. Söz konusu mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu da kabul edilmelidir. Haksız inşaaatla ilişkin TMK.724 hükmü uyarınca verilen karar ile burada incelemekte olduğumuz aynen tazmine ilişkin karar arasında fark gözetilmesinin makul bir gerekçesi olamaz. TMK.724 hükmünün düzenlemesiyle ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ve bilimsel görüşlerin²¹⁰ burada da zikredilmesi gerekmektedir.

Burada, zamanaşımı sorununu da ele almak gerekiyor. Belirtelim ki, haksız fiillerde zamanaşımı süresi, zararın ve tazminat borçlusunun (failin) öğrenilmesi ile başlayacağına (TBK.72/I) ve örneğimizde zararın da ancak anılan 10 yılın geçmesiyle oluştuğunun kabulü gerekmesine göre, ilk bakışta,

²⁰⁹ Konu hakkındaki ayrıntılı görüşlerimiz için bkz., A. Murat Arpacı, Kadastro Kanunu m. 12/III ile ilgili

Güncel Sorunların Değerlendirilmesi, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018, Yayın No: 1076, İstanbul 2019, s.641 vd.

²¹⁰ Bkz., yukarıda 205 no.lu dipnot.

10 yıllık sürenin geçmesinden sonra zararın, yani dava açma hakkının düştüğünün öğrenilmesinden itibaren 2 yıl içinde dava açılabileceği söylenebilir gibi gözüküyorsa da, bu sonuca varmak isabetli olmayabilecektir. Çünkü, TBK.72/I hükmünde, davanın, her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı yazılı olup, örnekte haksız fiilin işlendiği, yani kadastro işlemine hilenin karıştırıldığı tarih ile kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarih arasındaki süre somut olayda uzun ise, 10 yıllık zamanaşımı düzenlemesi devreye gireceği için, davacı 2 yıllık süreden yarar sağlayamayacaktır. Bununla birlikte, kadastro tespitinin yanlış yapılmasına kasten yol açan bir kimsenin zamanaşımı savunmasında bulunması, genel olarak, hakkın kötüye kullanılması (TMK.2/II) sayılacağından, olayların çoğunda, davacı, aynen tazmin isteminde bu bakımdan başarılı olabilecektir.

Acaba, anılan hileli davranış sonucu zarar gördüğü için aynen tazmin talebinde bulunan kimse, bu davranışa dayalı kadastro tespiti yüzünden mülkiyet hakkını kaybettiği arazinin verilmesini isteyebilir mi? Belirtelim ki, bu sorunun cevabı olumsuz olmalıdır. Çünkü, bu soruya olumlu cevap verilirse, Kadastro K.12/III hükmü, aynen tazmin isteme imkânı araç olarak kullanılmak suretiyle dolanılmış olur ki, hukuken buna izin verilemez.

Taşınmazlar bakımından haksız fiil dolayısıyla aynen tazmin isteminin söz konusu olabileceğini gösteren diğer bir örnek de şu olabilir: Düşünülsün ki, bir kimse sırf kötülük olsun diye, ailece düşman oldukları diğer bir kişinin evini kundaklıyor ve evin yanıp kül olmasına sebebiyet veriyor. Evi yanan kişinin, bu evi yeniden yapacak parası ve zamanı olmadıktan başka, zamanla değişmiş olan imar durumu dolayısıyla, yanan evin yerine yeniden benzer bir ev yapılmasına artık izin verilmiyor. Bu durumda, evi yanan kişi, açıktır ki, maddi tazminat alsa da, eski düzenini sürdüremeyecektir. Öte yandan, haksız fiili işleyen kimsenin de, aynı semtte ve yanan eve benzer olan ve kirada bulunan başka bir evi vardır. İşte, evi yanan kişi, bu örnekte, kendisine

tazminat olarak anılan kiradaki evin, evinin yanması yüzünden arsaya dönüşen taşınmazın sürüm (rayiç) değeri karşılığında aynen tazmin suretiyle kendisine hâkim kararı ile verilmesini dava edebilmelidir.

Haksız fiil denilemese de, ona benzer bir eylem dolayısıyla ve taşınmazlar bakımından aynen tazmin yolu ve hâkim kararı ile mülkiyet kazanılmasının örneği de şu olabilir: Örneğin, bir kimse inşaatçı firmadan bir daireye ilişkin satış vaadi suretiyle mülkiyet kazanmayı düşünüp noterin usulüne uygun olarak düzenlediği taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alıcı tarafını oluşturur. Öte yandan, dairenin o tarihteki bedeli de vaad borçlusuna ödenir. Taraflar arasındaki anlaşmaya göre, tapu işlemleri 1 ay içinde yapılacaktır. Ne var ki, satış vaadi borçlusu şirket, daireyi ucuza sattığını (satış vaadi bedelinin düşük olduğunu) düşünür ve başka bir kişiyle anlaşıp, daireyi tapuda bu ikinci alıcıya satıp tescilin de onun adına yapılmasını sağlar. İkinci alıcı ile satıcı şirketin ortak amaçları, satış vaadi alacaklısından biraz daha satış bedeli alabilmektir. Onlar, bu planları tutarsa, ilave bedel alıp dairenin satış vaadi alacaklısı adına tescilini sağlamayı hedeflemektedirler. Bu örnekte TBK.49/II'ye apaçık bir aykırılık görülmektedir. İşte, satış vaadi alacaklısı, bu örnekteki olayda, tapuda adına tescil yapılan kişiye aynen tazmin istemini yöneltip satış vaadi konusu dairenin mülkiyet hakkına hâkim kararı ile kavuşabilecektir.

Görüldüğü üzere, konuya ilişkin ve uygulaması olan veya olabilen örnekler bulunabilmektedir. Başka bir deyişle, ele aldığımız konu, sadece teorik bir nitelik taşımamaktadır. Konunun pratik önemi de mevcuttur.

Şimdi de, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla ve taşınmazlar açısından aynen tazmin konusunu ele alalım. Bu hususta bir iki örnekle yetinmek istiyoruz. Varsayalım ki, bir kimse, başka birine, belli bir taşınmazını satmayı vaad ediyor. Ne var ki, satış vaadi borçlusu, ilgili taşınmazı başkasına satıp tescilin de alıcı adına yapılmasını sağlıyor. İşte, somut olayda, sözleşmeye

aykırılık tazminatı satış vaadi alacaklısının zararlarını tam anlamı ile karşılayamıyorsa, bu alacaklının, aynen tazmin suretiyle satış vaadi borçlusunun mülkiyetindeki benzer başka taşınmazlardan birinin, kendisine (gereğinde ivaz ilavesiyle) verilmesini hâkimden isteyebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Konuya ilişkin diğer örnek de, taşınmaz satışlarında ayıplı teslim haline ilişkin olabilecektir. Ayıplı teslimin de, aslında sözleşmeye aykırılık olduğunda şüphe yoktur. Öte yandan, TBK.246 hükmüne göre, taşınır satışına ilişkin hükümler kıyasen taşınmaz satışına da uygulanacak ve dolayısıyla TBK.227. maddedeki seçimlik haklar konumuz açısından ele alınabilecektir. Bizi burada, TBK.227 hükmünün 4. bendi ve 3. fıkrası ilgilendirmektedir. Şöyle ki, bu hükmün 4. bendi açısından, satıcının ayıptan sorumlu olduğu hallerde alıcı, diğer seçimlik hakların yanında, eğer imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme gibi bir seçimlik hakka da sahip olduğuna göre, şayet alıcının bu isteğine uyulmazsa ve şartlar da mevcutsa, alıcı, satış konusu taşınmazın ayıpsız benzerinin kendisine verilmesini mahkemeden isteyebilecektir. İşte, mahkemenin davayı kabul kararı ile birlikte (kararın kesinleşmesiyle birlikte) ilgili taşınmazın mülkiyetinin davacı alıcıya geçtiği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, bu karar, yenilik doğurucu nitelikte olacaktır²¹¹. Gerçi, TBK.227 hükmünde bu hususta açıklık yoktur. Ne var ki, buradaki menfaatler durumu ile TMK.716 hükmünün temelinde yatan

²¹¹ Doktrinde Eren'e göre, TBK.227/I,4 hükmünün uygulanması bakımından verilen mahkeme kararı yenilik doğurucu nitelikte olmayacaktır. Zira, bu yazar, konuya ilişkin görüşlerden "yenilik doğuran dava ve değiştirilmiş sözleşme" fikirlerini kabul etmemiş, "özel yenilik doğuran hak" görüşüne katılmıştır (bkz., Eren, Borçlar Özel, s.133, N.388). Eren'in katılmadığı "yenilik doğuran dava" görüşüne göre ise, belirtildiği üzere, alıcının satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi talebine ilişkin davası sonucunda verilen kabul kararı yenilik doğurucu niteliktedir (Eren, Borçlar Özel, s.133, N.388). Kanaatimizce, yenilik doğurucu karar görüşü, yukarıda 106 no.lu dipnotunda bir başka konu bakımından açıklandığı üzere, usul ekonomisi açısından daha uygundur. Bu görüş, esasen kanunun (TBK.227/I,4) kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcıyı koruma amacına da uygun düşmektedir. Diğer bir deyişle, bu görüş "ratio legis" e de uygundur. Doktrinde Yavuz ise, TBK.227/I,4 hükmünden kaynaklanan seçim hakkının yenilik doğurucu hak olduğunu söylemekle yetinmiştir (Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel Dersleri, s.88).

menfaatler durumu farklı değildir²¹². Belirtildiği üzere, TBK.227 hükmünün 3. fıkrası da konumuzu ilgilendirmektedir. Bu fıkra, satıcıya, malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve alıcının uğradığı zararın tamamını gidererek onun seçimlik haklarını kullanmasını önleyebileceğini belirtmektedir. Şayet, alıcı, böyle bir çözüm tarzına karşı çıkarsa, sorunun hâkim tarafından çözümlenmesi gerektiği açıktır. Bu düzenlemenin uygulaması şöyle olacaktır: Alıcı, seçimlik haklardan birini kullanacak ve gereğinde bu konuda hâkime gidecektir. İşte, satıcı da ya mukabil dava ile ya da TBK.224/III hükmüne dayanan bir savunma ile, alıcı adına mevcut tescilin iptali ve mülkiyetin kendisine verilmesine, kendi mülkiyetindeki benzer taşınmazın mülkiyetinin de alıcıya tanınmasına hükmedilmesini isteyecektir. Kanaatimizce, söz konusu kararla (kararın kesinleşmesi ile) birlikte, her iki mülkiyet geçirimi de gerçekleşmiş olacaktır. Diğer bir deyişle, bu karar da yenilik doğurucu niteliktedir²¹³. Açıktır ki, hâkimin anılan kararı verebilmesi için, TBK.224/III'teki şartların oluştuğunun tespiti gereklidir. Bu tespit işi de, mahkeme tarafından öncelikle yapılacaktır. Açıklanan sonuca, tarafların ayrı ayrı açtıkları davaların birleştirilmesi suretiyle de varılabilecektir.

10) Toplu Mülkiyet İlişkileri

Bu başlık altındaki konuları ele almazdan önce, terim üzerinde durmak istiyoruz. Şöyle ki, 4721 sayılı yeni Medeni Kanunumuz, paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyetini, “birlikte mülkiyet” başlığı altında ele almış, kat mülkiyeti ve kat irtifakı konusunu, bunları ayrı bir kanun olan Kat Mülkiyeti Kanunu’nda ele aldığı için, kendi dairesinin dışında bırakmıştır. Önceki Medeni Kanunumuz (743 sayılı MK.) ise, paylı mülkiyeti ve elbirliği mülkiyetini, “Birden Ziyade Kimselerin Bir Şey Üzerinde Mülkiyeti” başlığı altında düzenleme konusu yapmıştır. Önceki Medeni Kanun da, kat mülkiyetini ve kat

²¹² Esasen, yukarıdaki 205 no.lu dipnotuna ve buna ilişkin açıklamalara atıfla yetinmek gerekmektedir.

²¹³ Bunun gerekçeleri de, daha önce 205 no.lu dipnotunda ve ilgili açıklamalarda yer almıştır.

irtifakını bu başlık altından ele almamıştır. Esasen, önceki Medeni Kanun’un kabulü tarihinde Kat Mülkiyeti Kanunu mevcut da değildi.

Biz, “birlikte mülkiyet” yerine “toplu mülkiyet” terimini tercih etmekteyiz. Çünkü, bu başlık altında kat mülkiyet ve kat irtifakını da söz konusu etmiş durumdayız ki, özellikle kat mülkiyetinin “birlikte mülkiyet” başlığı altında ele alınmasındaki isabetsizlik açıktır. Kat mülkiyeti, birlikte (paylı) mülkiyet ile bağımsız mülkiyetin bir arada bulunduğu sıradışı bir mülkiyet ilişkisidir. Bu nedenledir ki, Kanun’daki başlığı, konumuz açısından yetersiz görmekteyiz.

a) Paylı (Müşterek) Mülkiyet

Burada, paylı mülkiyetin bütün konularını ele almayacağımız açıktır. Çalışmamızın sınırları, paylı mülkiyetin, sadece, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması açısından ele alınmasını gerektirmektedir. Esasen, daha önce de işaret edildiği üzere, çalışmamızda ele alınan bütün konular bakımından durum bu şekildedir.

Bu başlık altında, paydaşıktan çıkarılma ve paylı mülkiyetin sona ermesi konuları, çalışmamızın sınırları içine giren kısımları bakımından ele alınacaktır.

Önce, paydaşıktan çıkarılmayı ele almak istiyoruz. Medeni Kanun, 696. maddesinde, paylı mülkiyette, bir paydaşın, kendi tutum ve davranışlarıyla veya malın kullanılmasını bıraktığı ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin tutum ve davranışlarıyla diğer paydaşların tamamı veya bir kısmı için çekilmez hal alması durumunda, mahkeme kararı ile paydaşıktan çıkarılabileceğini hükme bağlamıştır²¹⁴. Kanun, TMK.696’daki şartlar varsa, çıkarılacak paydaşın

²¹⁴ Paylı mülkiyette paydaşıktan çıkarılmaya ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.131 vd.; Arpacı, Yönetim, s.94-98.

payını karşılayacak kısmın müşterek maldan ayrılmasına (taşınmazın ifrazına) imkân da olduğu takdirde, hâkimin bu ayırmayı yapacağını ve ayrılan parçanın paylı mülkiyetten çıkarılana özgülenmesine karar vereceğini belirtmektedir (TMK.696/III). Buradaki sorun şudur: Acaba, söz konusu kararın hukuki niteliği nedir? Kanaatimizce, burada da, hâkimin vereceği kararın yenilik doğurucu nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Aşağıda ele alınacak olan ve paylı mülkiyetin hâkim kararı ile aynen taksimine ilişkin bulunan konu bakımından nasıl bir sonuca varılacaksa, burada da aynı sonuca varılmalıdır. Zira, hem teknik hukuk bakımından, hem de menfaatler durumu açısından bu iki konu arasında fark gözetmenin makul bir gerekçesi yoktur. Paylı taşınmaz mülkiyetini aynen taksim yolu ile sona erdiren mahkeme kararının yenilik doğurucu olup olmadığı hususu, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, söz konusu karar yenilik doğurucu niteliktedir²¹⁵. Bu görüş uyarınca, buradaki dava da yenilik doğurucu davalardandır²¹⁶. Diğer bir görüş ise, incelemekte olduğumuz konudaki mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olmadığını kabul etmektedir²¹⁷. Yargıtay ise, bir genel kurul kararında, taşınmaz malın paylaştırılmasına ilişkin ilâmın yenilik doğurucu nitelikte olduğunu açıkça dile getirmiştir²¹⁸. Bu kararın yenilik doğurucu nitelikte olmadığını savunan görüş açısından, ilgili karar uyarınca taşınmaz parsellere ayrılıp tapu kütüğünde ayrı sayfalara kaydedilmedikçe, payların ayrı bir hukuki varlıkları yoktur ve bu sebeple de bu parçalar üzerinde mahkeme ilâmı ile mülkiyet sağlanması söz konusu olmayacaktır²¹⁹.

Bize kalırsa, paylı taşınmaz mülkiyeti ilişkisinin aynen taksim yolu ile ve mahkeme kararıyla sona ermesine ilişkin hükmün, yenilik doğurucu nitelikte

²¹⁵ Bu görüşte örneğin bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.429; A. Aybay, Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966, s.11 vd., s.77; Eren, Mülkiyet, s.126; Gürsoy, s.281; bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz., Kürşat, s.354 vd.

²¹⁶ Bkz., Aybay, s.11 vd., s.77; Y. Özgür, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 1995, s.75.

²¹⁷ Bu görüşte Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.341, N.1325; ; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.407; Sirmen, s.325.

²¹⁸ Bkz., YHGK., 10.01.1962, 1/71-1, Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.142.

²¹⁹ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.341, N.1325.

olduğunun kabulü gerekir. Çünkü, bu çözüm tarzı sayesinde, ilgili hüküm (kesinleşmiş hüküm) ile, her bir taşınmaz parçası için tapu kütüğünde ayrı sayfalar açılması ve bunların o sayfalara kaydedilmesi işlemleri arasında kalan zaman dilimi bakımından kendini gösteren ve yeni parsellerin mülkiyetine ilişkin bulunan belirsizlik önlenmiş olacak, böylece daha sade ve net bir hukuki durum sağlanacaktır. Anılan mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olmadığına gerekçe olarak getirilen açıklamalar da, vardığımız sonucu isabetsiz kılmak için yeterli değildir. Çünkü, bize göre, sözü edilen ve her bir parsel ile ilişkin bulunan hukuki varlık, esasen kesinleşmiş ilâmla birlikte hukuk dünyasına gelmiş olacaktır. Tapu kütüğünde ayrı sayfalar açılması ve mahkeme kararı ile ayrı ayrı hukuki varlıklar (hak objeleri) haline gelen yeni parsellerin bu sayfalara yazılması ise, sadece “şekli” işlemlerden ibaret sayılmalıdır. Öte yandan, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile de kazanılabileceğini söyleyen TMK.705/II hükmü, bu kazanımın sadece TMK.716’ya dayanabileceğini beyan etmiş de değildir.

Aynı düşüncelerle, bir paydaşın, kendisine aynen ayrılan bir taşınmaz kısmı verilerek paydaşlıktan çıkarılması kararı da, yenilik doğurucu nitelik taşıyacaktır. Diğer bir deyişle, paylı mülkiyetin aynen taksim yolu ile ve mahkeme kararı uyarınca sona ermesine ilişkin olan ve yukarıya alınan görüşümüz paydaşlıktan çıkarılma için de tekrar edilebilecektir. Böylece, paylı mülkiyetin mahkeme kararı ile sona ermesi bakımından da, incelemekte olduğumuz konuya ilişkin ayrıntılar ve görüşümüz açıklanmış olmaktadır.

Burada, taşınmaza ilişkin paylı mülkiyetin taksiminin paylaşma sözleşmesiyle (rızaen) yapılması da ele alınmalıdır. Şayet, paydaşlar paylı mülkiyet konusu taşınmazın aynen taksim suretiyle paylaşılması yönünde bir sözleşme yapmışlarsa ve bununla ilgili yasal şartlar da gerçekleşmişse, paydaşların tapuda tescil işlemlerinden kaçınmaları halinde, sözleşmenin

icrasını isteyen paydaşın TMK.716 hükmü gereğince mahkemeye başvurması mümkün olacaktır²²⁰. TMK.716 anlamındaki hukuki sebep, anılan taksim sözleşmesidir. Bu sözleşme, tapu memuru tarafından gerçekleştirilecek resmî şekle (geçerlilik şekline) tabidir (TMK.706/I, Tapu K.26).

b) Elbirliği Mülkiyeti (İştirak Halinde Mülkiyet)

Elbirliği mülkiyetinde de, malikler, elbirliği mülkiyetine son verilmesini, kural olarak, isteyebilirler. Şüphesiz, bu konuda, elbirliği mülkiyetini doğuran özel düzenlemeler öncelikle göz önünde tutulmalıdır. Konuya ilişkin net düzenlemeyi, miras ortaklığı bakımından görebilmekteyiz. Daha önce de yer yer değinildiği üzere, bu çalışmanın sınırları içinde kalmak durumundayız. Bu sebeple de, konuyu, sadece TMK.642 açısından, yani miras ortaklığı şeklindeki elbirliği mülkiyetinin mahkeme kararı ile sona ermesi bakımından ele alacağız.

Mirasçılar, paylaşma konusunda anlaşamazlarsa, kural olarak, paylı mülkiyette olduğu gibi (TMK.703/II) paylaşma davası açıp aynen taksim isteyebileceklerdir (TMK.642/II). İşte, hâkimin aynen taksime dair kararı da, yukarıda açıklanan gerekçelerle, yenilik doğurucu nitelikte olacaktır²²¹. Açık ki, paylı mülkiyete ilişkin tartışmaları buraya da taşıyabiliriz.

c) Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı

Kat mülkiyeti ve kat irtifakı bakımından da, çalışmamızı ilgilendiren hususlar söz konusudur. Bu başlık altında, anılan hususlar ele alınacaktır.

Önce, kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulmasının konumuza ilişkin olarak sunduğu hukuki sorunu, bundan sonra KMK.25 hükmü ile

²²⁰ Bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.426-427; Eren, Mülkiyet, s.123.

²²¹ Bkz., Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s.687 vd.; Serozan/Engin, s. 510, N.68,70; Antalya/Sağlam, Miras, s.512, N.2081,2083; Acar, s.383-384, N.1153.

getirilen düzenlemenin karşımıza çıkardığı hukuki problemi ve nihayet kat irtifakı ilişkisinden çıkarılmaya dair KMK.26 hükmünü ele almak istiyoruz.

Kat mülkiyeti ilişkisi ya hukuki işlemle ya da mahkeme kararı ile kurulmaktadır (KMK.12; KMK.10/V). Hukuki işlemle kurulma, bizi burada ilgilendirmemektedir. Kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulması ise, mahkeme kararının hukuki niteliği konusunda bazı soru işaretlerini davet etmektedir. Şöyle ki, acaba, ilgili mahkeme kararı sadece kat mülkiyetinin kurulması işleminin yapılmasını mı sağlamaktadır? Bunun gibi, kat mülkiyeti, yani bağımsız bölümün mülkiyet hakkı, ilgisine ancak tapuda kat mülkiyeti işlemleri gerçekleşince yapılacak tescil (aslında kayıt) ile mi geçecektir? Yoksa, mahkemenin kararı ile hem kat mülkiyeti kurulmakta hem de ilgili bağımsız bölüm mülkiyeti ilgisine geçmekte midir? Diğer bir deyişle, söz konusu mahkeme kararı iki açıdan da yenilik doğurucu nitelikte midir? Kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulmasını düzenleyen KMK.10/V hükmü bu sorulara cevap vermemektedir. Şu halde, konunun ele alınması ve ortaya atılan soruların cevaplandırılması gerekmektedir.

Şunu öncelikle belirtmek gerekir ki, bu konuda bir diğerine zıt görüşler savunulabilecek, yani konuya ilişkin tartışmalar yapılabilecektir. Çünkü, değinildiği üzere, kanun, bu hususta sessiz kalmayı tercih etmiş, başka bir anlatımla, elini taşın altına koymamıştır. Kanaatimize göre, hâkimin kararı hem kat mülkiyetini kurmakta, hem de bağımsız bölümlerin mülkiyetini ilgililere sağlamaktadır. Yani, söz konusu karar, yenilik doğurucu niteliktedir. Tıpkı yukarıda paylı mülkiyet ilişkisinden aynen bölme ile çıkarma ve paylı mülkiyeti aynen taksim suretiyle sona erdirmeye kararlarında kabul ettiğimiz gibi, burada da, hâkimin kararı hem kat mülkiyetini kurarak her bir bağımsız bölüme henüz tapuya kayıttan önce hukuki varlık kazandırmakta, hem de yine tapu dışında bağımsız bölüm mülkiyetini ilgililerine geçirmektedir. Bu çözüm tarzı, pratik yararlar da sağlayacaktır. Mesela, bu kabul şekli sayesinde, kesinleşmiş kararlar birlikte, ilgili mirasçı veya paydaş (KMK.10/V), henüz tapudaki

işlemler (bize göre şekli işlemler) yapılmadan dahi, karara konu bağımsız bölümün maliki olduğu için o yeri diğer maliklerin rızasını almadan kiraya verebilecek yahut kanunun bağımsız malike tanıdığı bütün hakları, kural olarak, kullanabilecektir. Gerçi, KMK.10/V hükmüne dayanan ortaklığın giderilmesi davasından önce mirasçılar veya paydaşlar arasında tapu dışı (harici) taksim sözleşmeleri yapılmışsa, mesela kiraya verme örneğinin isabetli olmadığı söylenebilir. Ne var ki, somut olayın bu şekilde olması ile her zaman karşılaşmamız söz konusu edilemeyebilecektir.

Kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulması, pozitif hukukumuzda, sadece KMK.10/V hükmü ile kabul edilmiştir. Ancak, doktrinde, bu sonuca, taşınmaz satış vaadi ile de varılabileceği savunulmuştur. Şöyle ki, bu görüş uyarınca, henüz yapımı bitmemiş veya kat mülkiyetine çevrilmemiş ünitelerin taşınmaz satış vaadi konusu edilmesi durumunda, daha sonra inşaat tamamlandığı halde satış vaadi borçlusu kat mülkiyetine geçmekten ve dolayısıyla satışını vaad ettiği ünitenin (daire, kat, dükkan gibi yerlerin) vaad alacaklısına temlikini sağlamaktan kaçınırsa, alacaklı, MK.716 uyarınca açacağı ifa davası ile hem kat mülkiyetinin kurulmasını, hem de ilgili bağımsız bölünüm mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilecektir. Bu görüşe göre, kat mülkiyetinin kurulması vaadi, esasen taşınmaz satış vaadi içinde mevcuttur (mündemiçtir)²²². Acaba, bu fikir uyarınca hareket edilip de kat mülkiyeti mahkeme kararı ile kurulursa ve aynı kararlar bağımsız bölümün mülkiyet hakkı bakımından da davacı talebi kabul edilirse, hem kat mülkiyetinin kurulması, hem de bağımsız bölümün davacıya verilmesi bakımından hâkimin kararı yenilik doğurucu nitelikte midir? Anılan görüşü savunan Arpacı'ya göre, sorunun birinci kısmının cevabı tartışılabilir niteliktedir²²³. Esasen, sorunun

²²² Bu görüş için bkz., Arpacı, Yönetim, s.22; Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.171-172; ayrıca bu konuda A. Murat Arpacı, Kat Mülkiyeti Kanununa Göre Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyetinin Karşılaştırılması – Kat İrtifaklı Yerlere Kat Mülkiyeti Hükümlerinin Uygulanması, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s.225 vd.

²²³ Bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.172.

bu kısmı, çalışmamızın doğrudan konusu değildir. Bununla birlikte, bu husus, dolaylı olarak, sorunun bizi asıl ilgilendiren ikinci kısmı bakımından önemlidir. Şöyle ki, şayet kat mülkiyeti örnekteki karar ile kurulmuş olursa, bağımsız bölüm mülkiyeti de aynı kararlar ve aynı anda (kesinleşme anında) davacıya geçer. Buna karşılık, kat mülkiyetinin, hâkimin kararının infazı işlemiyle, yani tapudaki hukuki işlemle kurulduğu sonucuna varılırsa, bağımsız bölümün mülkiyeti de öyle sanıyoruz ki, yine hukuki işlemle, yani tapuda yapılacak resmi işlemlerle davacıya devredilmiş olacaktır. Ne var ki, burada, mahkeme kararı mevcut olduğu için, artık davalının (malikin) satış sözleşmesini imzalamasına ve tescil talebine gerek kalmayacaktır. Hem kat mülkiyetinin hukuki işlemle kurulduğunu hem de bağımsız bölüme ilişkin mülkiyet hakkının hâkimin kararı ile davacıya geçtiğini kabul etmek, mahkeme kararının geciktirici şarta (kat mülkiyetinin tapuda kurulması şartına) bağlı olduğunu kabul etmek gibi yanlış bir sonucun benimsendiğini gösterir. Bunun kabulünün mümkün görülemeyeceği açıktır. Bize kalırsa, KMK.10/V bakımından düşündüğümüz gibi, burada da, mahkeme kararının hem kat mülkiyetini kurduğu, hem de ilgili bağımsız bölüm mülkiyetini alıcıya geçirdiği fikrini savunmak doğru olacaktır. Böylece, mahkeme kararı, daha etkili durumda bulunacaktır. Şüphesiz, bu gibi konularda kanunların açık ve net olması her zaman yararlıdır.

Şimdi de, KMK.25 hükmünün çalışma konumuzu ilgilendiren kısmını ele almamız gerekiyor. Anılan hüküm, bazı şartların oluşması halinde, çekilmez hale gelen bir kat malikin bağımsız bölümünün bu yolda istemde bulunan kat malikine veya kat maliklerine bedeli karşılığında verilmesini düzenlemektedir. Böylece, Kanun, ilgili apartmanda veya sitede huzurun yeniden tesisini amaçlamaktadır. Bizi burada, sadece ilgili mahkeme kararının hukuki niteliği, yani davacı kat malikin bağımsız bölüm mülkiyetini hâkimin kararı ile kazanıp kazanmayacağı noktası ilgilendirmektedir. Kanun, hâkimden, “mülkiyet hakkının devredilmesi” nin istenebileceğini belirtmiştir (KMK.25/I). Aynı şekilde, Kanun’da “bağımsız bölümün mülkiyeti davayı açmış olan kat

maliklerine arsa payı oranında devrolunur” şeklinde bir ifade kullanmıştır (KMK.25/II). Kanaatimizce, Kanun’un metninden de hareketle, hâkimin buradaki kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğunu savunan görüşe²²⁴ katılmak uygun olacaktır. Paylı mülkiyette paydaşlıktan çıkarma kararı için de, aynı görüşü savunmuş bulunuyoruz²²⁵. İsviçre’de ise, bu hükmün, eda hükmü olduğu söylenmiştir²²⁶.

Nihayet, bu başlık altında, kat irtifakı ilişkisinden çıkarılmayı düzenleyen KMK.26 hükmüne de, konumuzla ilgili olduğu ölçüde değinmemiz gerekmektedir. Söz konusu hüküm de, bazı şartların varlığı halinde, borçlarını yerine getirmeyen kat irtifakı sahibinin arsa payının ve kat irtifakının değeri karşılığında, öteki paydaşlara devrine karar verileceğini belirtmektedir. Kanun, KMK.25 hükmüne benzer şekilde, “devrine karar verir” ifadesini kullanmıştır. Kanaatimizce, burada da, hâkimin kararının yenilik doğurucu karakterde olduğunun kabulü uygun olur. KMK.25 ile KMK.26 arasında bu bakımdan fark gözetilmesinin makul bir gerekçesi yoktur²²⁷.

11) Miras Payının Devri ve Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi

a) Miras Payının Devri

aa) Mirasçılar Arası Devir

Medeni Kanun’un 677. maddesi, 1. fıkrasında, miras payının mirasçılar arasındaki devrini konu edinmiştir. Miras payının devrine ilişkin ayrıntılar, çalışma konumuzun sınırları dışında kaldığı için, konu, sadece taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması açısından ele alınacaktır.

²²⁴ Bu görüşte Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.216; Arpacı, Yönetim, s.301; Aybay/Sanal, s.185; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s.699, N.2387. Bazı yazarların ise, aynı görüşte oldukları sonucuna varılabilecektir (bkz., E. Sabâ Özmen/H. Kır, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, 1. Bası, İstanbul 2010, s.67 vd.; Germeç, s.650-651).

²²⁵ Bkz., yukarıda 214 no.lu dipnotuna ilişkin metnin devamı.

²²⁶ Bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.216 ve orada gösterilen eser.

²²⁷ Bkz., E. Saba Özmen, Kat İrtifakı, Ankara 2017, s.332; E. Saba Özmen, Kat İrtifakının Devri Zorunluluğu ve Yatay Kat İrtifakında Doğurduğu Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1992/2, Ankara 1992, s.214.

Miras payının tamamı veya bir kısmı, mirasın açılmasından sonra, mirasçılar arasında devir konusu olabilecektir (TMK.677/I). Kanun, bu düzenleme ile, aslında, elbirliği ilkesinden taviz vermiş gözüküyor²²⁸. Gerçekten, mirasçıların tabi olduğu elbirliği mülkiyetinde (TMK.640/II) maliklerin üzerinde tasarruf edebilecekleri pay kavramına yer olmamasına rağmen (TMK.702/II), miras payının devrine ilişkin TMK.677/I hükmü bu esasa istisna getirmiş bulunuyor.

Şayet, bir mirasçının miras payı kendisine devredilerek miras payı artan diğer mirasçı, anlaşma ile taksimi başaramazsa, elbirliği mülkiyetine son verilmesi için taksim davası (uygulamadaki adıyla “ortaklığın giderilmesi” veya “izale-i şüyu” davası) açabilecektir (TMK.642)²²⁹. Esasen, bu sonuç, miras payının devri söz konusu olmasa da gerçekleşebilecektir. İşte, açılan taksim davası sonunda aynen taksime hükmolunursa ve bu hükmün kapsamında taşınmaz da varsa, tıpkı paylı mülkiyette olduğu gibi²³⁰, mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu kabul edilmelidir²³¹.

Görülüyor ki, son tahlilde, TMK.677/I hükmü ile getirilen düzenlemenin çalışma konumuzla ilgili bir önem ve özelliği yoktur. Burada da, elbirliği mülkiyetinde mahkeme kararı ile taksime ilişkin kabul tarzları işleyecektir. Bu konuyu ayrıca ele almamızın nedeni, ilgili olabilecek hukuki görünümleri göz önüne sermekten ibarettir.

bb) Üçüncü Kişiye Devir

TMK.677/II hükmü, çalışmamızı doğrudan doğruya ilgilendirmektedir. Şöyle ki, bu düzenlemeye göre, şayet miras payına ilişkin sözleşme, üçüncü

²²⁸ Bkz., Serozan/Engin, s.121, N.175.

²²⁹ Bu dava yerine, elbirliği mülkiyetinin paylı (müşterek) mülkiyete çevrilmesi de dava edilebilmektedir (TMK.644).

²³⁰ Bkz., yukarıda 219 no.lu dipnotuna ilişkin metnin devamı.

²³¹ Bkz., bu paragraf, 10, b'deki açıklamalar. Ayrıca bkz., Serozan/Engin, s.510, N.67, 70.

kişiyile (yani mirasçı olmayan bir kişiyile) yapılmışsa, sözleşme, bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermeyecek ve dolayısıyla paylaşma sonucunda ilgili mirasçıya düşen payın kendisine verilmesine ilişkin bir alacak hakkı söz konusu olacaktır (TMK.677/II). Bu sözleşmenin noter tarafından ve düzenleme biçiminde yapılması gereğine de işaret edilmelidir (TMK.677/II). Oysa, TMK.677/I hükmünün kapsamına giren devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir.

İşte, kendisine TMK.677/II hükmü anlamında bir alacak hakkı sağlanan üçüncü kişi, eğer ilgili mirasçıya, örneğin aynen taksim sonucu (bu sonuç rızaen veya mahkemenin taksim kararı ile ortaya çıkabilir) özgülünen bir taşınmazın veya taşınmaz payının kendisine devrinden kaçınılırsa, TMK.716 hükmüne dayanarak tescile zorlama davası açabilecek ve yenilik doğurucu bir kararlar mülkiyet hakkını tescilden önce, yani mahkeme kararı ile kazanabilecektir. Diğer bir deyişle, TMK.677/II dolayısıyla, noterlikçe düzenlenen ilgili sözleşmenin, TMK.716 anlamında bir hukuki sebep olarak kabul edilmesi gerekecektir. TMK.677/II hükmünün hedeflediği hukuki sonuç, bundan başkası olamaz²³²

cc) Mirasın Açılmasından Önce Devir

TMK.677 hükmünde düzenlenen ve miras payının devrine ilişkin olan sözleşmeler (bu hükmün 2. fıkrası, aslında, dar ve teknik anlamda “pay devri” ne ilişkin değildir), mirasın açılmasından sonraki aşamaya ilişkindir. Eğer, bu sözleşme, mirasın açılmasından önce yapılmışsa, mirasbırakanın (daha doğrusu gelecekte miras bırakacak olanın) katılımı veya izni de yoksa, sözleşmenin geçersizliği ile karşılaşılacaktır (TMK.678/I). Buna karşılık, mirasbırakanın katılımı veya izni ile yapılan böyle bir sözleşme, payı devralan (burada “devralan” kelimesi teknik anlamda kullanılmıyor) esasen mirasçı da olsa

²³² Belirtelim ki, TMK.648 hükmü, elbette saklıdır. Biz, konuyu, sadece çalışmamızın sınırları içine girdiği kadarı ile ele almaktayız (konuya ilişkin ayrıntılar için bkz., Serozan/Engin, s.484, N.22).

üçüncü kişi de olsa, sadece borçlandırııcı bir etki doğuracaktır²³³. Mirastan feragat sözleşmesi ve mirasçı atanmasına ilişkin sözleşme niteliklerini taşıyan miras sözleşmesi ise, çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır²³⁴.

Burada, TMK.678/I hükmündeki “izin” sözcüğünden ne anlamak gerektiği de ele alınmalıdır. Belirtelim ki, söz konusu iznin sözleşmenin yapılmasından sonra da verilip verilemeyeceği (yani “icazet” in caiz görülüp görülemeyeceği), ayrıca şekle bağlı olup olmadığı hususları tartışmalıdır²³⁵. Kanunun, esasen sözleşmenin şeklini de söz konusu etmediğini görmekteyiz. Biz, TMK.677 hükmünün bu konuda örnek alınması gerektiğini savunan görüşe²³⁶ katılmayı uygun görmekteyiz. Buna göre, devir sözleşmesi, gelecekteki muhtemel mirasçı ile yapılıyorsa adi yazılı şekil ile yetinilebilecek, buna karşılık bu sözleşmenin üçüncü kişi ile yapılması söz konusu ise noterce düzenleme biçiminde yapılmayı aramak gerekecektir. Biz, menfaatler durumu bakımından TMK.677’nin düzenleme konusu yaptığı olgular ile burada incelemekte olduğumuz olgular arasında fark gözetmenin gerekli olduğunu düşünmemekteyiz. Kanaatimizce, aynı kabul tarzı, mirasbırakan tarafından verilecek izin için de geçerli olmalıdır²³⁷. Bunun gibi, bize göre, izin, devir sözleşmesinden önce olabildiği gibi, bunun sonra da olabileceği, yani burada “icazet” in caiz görülmesi gerektiği kabul edilmelidir²³⁸. Çünkü, kanunkoyucunun, henüz bir kimsenin (miras bırakabilecek kişinin) sağlığında, onun ölümü sonrası için işlem yapılmasını, kural olarak caiz görmemesi, bunun, ahlaki duyguları örselemesi sebebiyledir²³⁹. Öyleyse, mirasbırakanın izninin mevcut olması yeterli sayılmalı, yani bu iznin zamanı üzerinde tartışma

²³³ Bkz., Serozan/Engin, s.485, N.24; krş., Antalya/Sağlam, Miras, s.504, N.2047, s.505, N.2051.

²³⁴ Konuya ilişkin ayrıntılar için bkz., Serozan/Engin, s.486, N.27; Antalya/Sağlam, Miras, s.505, N.2054.

²³⁵ Bkz., Serozan/Engin, s.486, N.25.

²³⁶ Bu görüşte Serozan/Engin, s.485, N.24.

²³⁷ Krş., Antalya/Sağlam, Miras, s.506.

²³⁸ İzinin önce olamayacağı görüşü için bkz., Antalya/Sağlam, Miras, s.506, N.2057 ve orada dpn.41’de gösterilen eserler.

²³⁹ Ayrıca bkz., Serozan/Engin, s.485, N.24.

yapılmamalıdır. Bize göre, konuya ilişkin tartışma, iznin geçerliliği (sıhhati) konusuna özgülenmelidir.

Şimdi, bizi bu çalışmada ilgilendirmesi gerekli asıl konuya gelelim. Hemen ifade etmek isteriz ki, TMK.678 hükmünün şartlarını taşıyan bir sözleşmenin varlığına rağmen, borçlu mirasçı, diğer mirasçılarla yapılan rızai taksim veya mahkemece verilen taksim kararı sonucu kendisine düşen taşınmazı veya taşınmaza ilişkin payı alacaklıya devretmezse, alacaklı, TMK.716 hükmü gereğince mülkiyet hakkına mahkeme kararı ile kavuşabilecektir. Diğer bir deyişle, TMK.678 hükmüne uygun geçerli bir devir sözleşmesi de, TMK.716 anlamında bir hukuki sebeptir. Yeniden ve önemle belirtelim ki, TMK.677/II ve TMK.678 hükümlerindeki sözleşmeler, teknik anlamda “miras payının devri sözleşmesi” değildir. Yapılan açıklamalardaki “devir” sözcüğü, teknik olmayan anlamda kullanılmıştır.

b) Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi

Mirasın paylaşılması (taksimi) sözleşmesi, mirasçıların hepsi tarafından yapılan ve adi yazılı şekil ile gerçekleştirilebilen bir sözleşmedir (TMK.676)²⁴⁰. Bu sözleşmeye rağmen diğer mirasçı veya mirasçılar, tapuda devir işlemine yanaşmazlarsa taşınmazlar için TMK.716 hükmü devreye girebilecektir. Şunu da özellikle belirtelim ki, Noterlik Kanunu, mad.89 hükmünün lâfzına rağmen, Yargıtay’ın 26.11.1980 tarih ve 5/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, mirasın paylaşılması sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılabileceğini belirtmiştir. Ne var ki, bizdeki tapu uygulamasında, en azından imzası noterce onaylanmış bir paylaşırma sözleşmesi aranmaktadır²⁴¹.

²⁴⁰ Sapanoğlu, s.141, s.152; A. Genç Arıdemir, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.84 vd.

²⁴¹ Bkz., Serozan/Engin, s.509, N.66. Yargıtay’ın anılan 26.11.2980 tarih ve 5/3 sayılı kararı için bkz., yukarıda dñn. 186.

Demek ki, bir mirasın paylaşılması sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen, sözleşmenin taraflarından biri veya birkaçı sözleşmeyi ifadan kaçınırsa, sözleşmenin ifasını isteyen mirasçı, TMK.716 hükmüne dayanan bir dava açabilecek ve ilgili taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanabilecektir. Öte yandan, dava için, sözleşmenin adi yazılı biçimde yapılmış olması da, açıklandığı üzere, yeterlidir.

Şüphesiz, mirasın paylaşılması sözleşmesine uyulmazsa, herbir mirasçı, TMK.642 uyarınca paylaşmayı isteme hakkını da kullanabilecektir.

12) Aile Hukuku Alanındaki İlişkiler

Aile hukukuna ilişkin bazı düzenlemelerin de, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının hukuki sebebini oluşturduğunu görebilmekteyiz.

Örneğin, TMK.240 hükmünün 3. fıkrasında, haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle ölen eşe ait aile konutu üzerinde sağ kalan eşe mülkiyet hakkının tanınabileceği düzenlenmiştir²⁴². İşte, hâkim somut olayın özelliklerine de uygun ise, eşlerin ölümden önce birlikte yaşadıkları aile konutu üzerinde, sağ kalan eşe, hükümdeki şartların varlığı halinde mülkiyet hakkı tanıyabilecek, yani mülkiyetin ilgili eşe verilmesine hükmedebilecektir. Bu karar, yenilik doğurucu niteliktedir. Diğer bir deyişle, mülkiyet, hâkim kararı ile (kararın kesinleşmesiyle birlikte) sağ kalan eşe geçecektir²⁴³.

Biraz önce incelediğimiz TMK.240 hükmü, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin bir düzenlemedir (TMK.202/I). Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ile ilgili TMK.255 hükmü de, benzer bir

²⁴² Konu hakkında bkz., Acar, s.98 vd..

²⁴³ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.407 vd., N.1502 vd.; aksi görüşte A. H. Yağcıoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir 2007, s.43.

düzenleme getirmiştir. Buna göre, eşlerden birinin ölümü halinde, birlikte yaşanılmış olan konut üzerinde sağ kalan eşe, onun istemi halinde mülkiyet hakkı tanınması mümkündür. İşte, hâkimin buna ilişkin kararı da yenilik doğurucu niteliktedir²⁴⁴. Başka bir anlatımla, mülkiyet hakkı, sağ kalan eşe, mahkemenin kararı (kararın kesinleşmesi) ile birlikte geçecektir. Aynı şekilde, TMK.652/I hükmü için de varılacak sonuç budur²⁴⁵.

Burada, anlaşmaya dayanan boşanma (uygulamadaki adı ile “anlaşmalı boşanma”) üzerinde de, konumuza ilişkin olarak bir nebze durmak istiyoruz. Kanun, bu tür boşanma davasında, eşlerin boşanmanın mali sonuçları (ve çocukların durumu) hususunda sözleşme yapmalarını ve bu sözleşmenin hâkim tarafından uygun bulunmasını aramıştır (TMK.166/III). Acaba, hâkimin uygun bulduğu ve mali sonuçlara ilişkin olan sözleşme bölümünde, taşınmazın eşlerden birine verilmesi konusunda düzenleme de varsa, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte bu taşınmazın mülkiyeti, ilgili eşe geçecek midir? Hemen ifade edelim ki, TMK.166/III hükmü sorunun cevabını vermemiştir. Ancak, söz konusu anlaşmanın boşanma hükmünün bir bölümünü oluşturduğu ve boşanma kararı ile birlikte (kesinleşme ile birlikte) ilgili taşınmazın mülkiyetinin de tescilden önce kazanılacağı kabul edilmektedir²⁴⁶. Şüphesiz, eşlerin yaptıkları protokol (sözleşme, anlaşma) hâkim tarafından uygun bulunmamışsa veya hâkimin yaptığı değişikliği taraflar kabul etmemişse, yani söz konusu sözleşme bakımından taraflar ve hâkim arasında mutabakata varılmamışsa, esasen boşanmaya da hükmedilemeyeceği için (TMK.166/III), boşanma kararına bağlı olan mülkiyetin geçişinden de bahsedilemeyecektir. Öte yandan, bu ihtimalde, Yargıtay’a göre eşlerin yaptıkları söz konusu sözleşmeye dayanılarak tapu iptali ve tescil davası da açılmaz. Başka bir

²⁴⁴ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.407, N.1502.

²⁴⁵ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.407, N.1502. Bu hüküm, miras hukukuna ilişkin olmakla beraber hükme burada işaret edilmesinde yarar görülmüştür.

²⁴⁶ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı s.408, N.1505 ve orada dpn.538-539; karş., B. Demirsatan, Boşanma Protokollerinin Paylı Mülkiyette Paylaşmayı İsteme Hakkına Etkisi, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul 2021, s.7.

Hakkına Etkisi

deyişle, Yargıtay açısından, bu sözleşme, tapu iptali ve tescil davasının hukuki sebebinin oluşturmaz. Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin 2014 tarihli kararında, aynen şöyle denilmektedir: “Protokol hâkim tarafından tasdik edilmediğine göre geçerlilik kazanmamış, içerisinden yer alan gayrimenkul temlik taahhüdü resmi şekil vasfını almamıştır. O halde geçersiz bir temlik taahhüdüne istinaden taşınmazın ½ payının iptal ve tescili istenemez”²⁴⁷. Görülüyor ki, Yargıtay, söz konusu sözleşmenin TMK.716 anlamında bir hukuki sebep olmadığı fikrindedir. Şayet, bu sözleşme, taşınmaz satış vaadi niteliğinde görülürse, Yargıtay'ın bu kararı, şüphesiz ki, yerindedir. Ancak, TMK.716 hükmünün uygulanması taşınmaz satış vaadinin varlığına, dolayısıyla resmi bir sözleşmeye bağlı değildir. Bu hususa, çeşitli vesilelerle yukarıda temas edilmiş ve gerekli açıklamalar yapılmıştır²⁴⁸. Kaldı ki, eşlerin mali sonuçlara ilişkin anlaşmalarının boşanma davasına bakan hâkim tarafından uygun bulunmasının (Yargıtay'ın deyimiyle “tasdik edilmesinin”), noterce (veya tapu memuru tarafından) düzenlenen satış vaadi olarak kabul edilmesi de, hukuken tartışmaya açık bir sonuçtur. Kanaatimiz odur ki, eşlerin mali sonuçlara ilişkin anlaşmaları hâkim tarafından uygun bulunsa da, eğer boşanma davası red ile sonuçlanmışsa (örneğin, evlenme sözleşmesinin esasen kurulmamış olduğunun anlaşılması sebebiyle dava reddedilmişse), anılan sözleşme (anlaşma) yine TMK.716 anlamında bir hukuki sebep sayılmamalıdır. Çünkü, TMK.166/III hükmünde anılan sözleşme, esasen boşanmaya ilişkindir ve bu nedenle “boşanmaya karar verilmesi geciktirici şartına” bağlıdır. Bu şarta, taraflardan başkasının (ilgili mahkemenin) iradesine bağlı bir “iradi şart” diyebiliriz. Bize göre, şayet boşanma gerçekleşmişse, işte bu durumda boşanma kararı gibi, bu kararın adeta ayrılmaz parçası olan anılan sözleşmeye ilişkin karar da yenilik doğurucu nitelikte olur. Kanunda, boşanma kararı ile birleşmemiş olan ve mali sonuçlara ilişkin bulunan sözleşmelerin TMK.716 anlamında hukuki sebep olduğu sonucuna götüren bir düzenleme yoktur. Oysa,

²⁴⁷ Bu karar için bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.408, dñn.538.

²⁴⁸ Bkz., örneğin yukarıda 228 no.lu dipnotuna ve devamına ilişkin açıklamalar.

mirası taksim sözleşmesi gibi bazı sözleşmelerin adi yazılı şekilde yapılabileceğine dair kanunda açıklık mevcut olduğundan (TMK.676/III), bu gibi sözleşmelerin TMK.716 anlamında hukuki sebep olduğunda şüphe yoktur. Bunun gibi, elyazılı vasiyetname (TMK.538) örneğinde de durum aynıdır. Konuya ilişkin açıklamalar yukarıda ilgili yerlerinde yapılmış bulunmaktadır²⁴⁹.

Bu başlık altında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin bir konuyu da ele almamız gerekiyor. Ele almak istediğimiz konu şudur: Acaba, katılma alacağı borçlusu olan eş, diğer eşe onun katılma alacağını nakit değil de ayın (burada taşınmaz anlamında) olarak ödemeyi teklif ederse (TMK.239/I)²⁵⁰ ve alacaklı eş de bu teklifi uygun görürse, yani bu hususta taraflar anlaşmaya varıp sözleşme yaparlarsa (ifa yerine edim), ayın olarak ödemeyi teklif eden eş daha sonra bu sözleşmenin gereğini yerine getirmekten kaçınırsa, alacaklı eş ilgili taşınmazın mülkiyetinin mahkeme kararıyla kendisine verilmesini isteyebilecek midir? Başka bir deyişle, ilgili mahkeme kararının hukuki niteliği bakımından acaba yenilik doğurucu karardan söz edilebilecek midir? Belirtmeliyiz ki, konuya ilişkin TMK.239 hükmünde bu konuda açıklık yoktur. Taşınmaz mülkiyetinin tescil ile kazanılması temel kuralının istisnaları TMK.705/II hükmünde gösterilmiştir. Bu istisnalardan bir de mahkeme kararıyla kazanmadır. Öte yandan, TMK.716 da “mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse” nin mahkeme kararı ile mülkiyeti kazanabileceği ifade edilmiştir. Şimdi şu soru cevaplandırılmalıdır: Acaba, eşler arasındaki anılan

²⁴⁹ Örneğin bkz., 194 no.lu dipnotuna ilişkin açıklamaların devamı.

Burada, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK.226/II uyarınca mahkemenin vereceği kararın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğunu, bize göre taşınmazlar bakımından bu kararın da yenilik doğurucu nitelikte bulunduğunu belirtmeliyiz (tartışmalar için Yağcıoğlu, s.84).

²⁵⁰ Bkz., Dural/Öğüz/Gümüş, s.248, N.1238.; T. Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2002, s.164. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Acar, s.371 vd., N.1122 vd.; M. Şengül, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, 2012, s.87 vd.

sözleşme TMK.716/I anlamında bir hukuki sebep sayılabilecek midir? Yukarıda, çeşitli konularda, mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılmasının TMK.716. maddeye özgülennesinin, yani anılan kazanımın sadece bu hükme dayanarak gerçekleştirilebileceği düşüncesinin uygun olmadığı ifade edilmiş, kanunun başka hükümlerinin de anılan sonuca varmayı mümkün kılacağı görüşü savunulmuştur. Burada ise, anılan anlamda bir hüküm yoktur. TMK.239/I hükmü belki biraz zorlanıp amaca göre yorum yöntemi ile usul ekonomisi ve menfaatler durumu da gözetilerek aynı sonuç kabul edilip alacaklı eşin açacağı dava sonucunda verilecek olan kabul kararı yenilik doğurucu nitelikte görülebilecektir. Bununla beraber, varılan bu sonucun ve gerekçesinin tartışılabilceğini de belirtmek gerekir. Ancak, kanaatimiz yukarıdaki gibidir²⁵¹.

Burada yine katılma alacağına ilişkin bir başka ihtimali de ele almamız gerekiyor. Şöyle ki, katılma alacağı borçlusu eş, seçimlik yetkisini kullanarak²⁵² karşı tarafa taşınmaz vereceğini (TMK.239/II) bildirirse, daha sonra da bu yola gitmekten kaçınırsa, alacaklı eşin açacağı davada hakimın kabule ilişkin kararının hukuki niteliği ne olacaktır? Belirtelim ki, bazı yazarlar, söz konusu bildirimın yenilik doğurucu hakkın kullanılması olduğu görüşündedirler²⁵³. Kanaatimizce, borcun ayın olarak ödeneceğinin bildirilmesinden sonra bu bildirime uymayan borçluya karşı da bir dava açılabilmelidir: Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, konuya ilişkin mahkeme kararının da yenilik doğurucu olduğunu kabul etmek uygundur. Ancak, önemle belirtelim ki, burada da tartışılmayacak bir sonuca varma imkânı göremiyoruz.

Son olarak, şu soruyu da cevaplandırmak gerekir: Acaba, katılma alacağı borçlusu, diğer eşe ayın (burada taşınmaz) vereceğini bildirirse, ama karşı taraf bunu kabul etmeyip ödemenin nakden yapılması konusunda

²⁵¹ Doktrinde, konuya ilişkin açıklamalar yapan yazarlar, bu konuya değinmemişlerdir.

²⁵² Bkz., Acar, s.373.

²⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, s.248, N.1238; Şengül, s.91.

direnirse, borçlu eş mahkeme kararı ile ayın olarak ödemeyi sağlayabilir mi ve mahkemenin konuya ilişkin kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu söylenebilir mi? Kanaatimizce, konu tartışılabilir nitelikte olmakla beraber, TMK.705/2 ile TMK.239/I hükümleri birlikte ele alınarak ilgili mahkeme kararının burada da yenilik doğurucu olacağının kabulü en sade bir çözüm olacaktır.

Bütün bu açıklamalarımıza rağmen, TMK.239/I hükmü bakımından kanunda boşluk olduğu bizce kesindir. Yukarıdaki açıklamalar ve varılan sonuçlar en doğruyu bulmak için gösterilen hukukî çabalardan ibarettir. Hakimin kanundaki konuya ilişkin boşluğu, kanaatimizce mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu yönünde doldurması, hem hukuk tekniğine hem de menfaatler durumuna en uygun olan çözümdür.

13) Vakıf Kurma İşlemi

Vakıf kurma işlemi de, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması sonucunu doğuran işlemlerdendir. Şöyle ki, TMK.105/I hükmüne göre, özgülenen malların mülkiyeti, tüzel kişiliğin kazanılması ile birlikte vakfa geçecektir. Konumuza ilişkin olarak, vakfedilen taşınmazın mülkiyeti için de durum budur. Öte yandan, vakfın tüzel kişilik kazanması da, vakıf yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan özel sicile tescil ile gerçekleşir (TMK.102/I). O halde, son tahlilde, söz konusu özel sicile tescil edilen vakfın hem tüzel kişilik kazanması, hem de vakfa özgülenen malların, bu arada taşınmazların mülkiyetinin vakfa geçmesi, birlikte ve aynı anda gerçekleşmektedir. Demek oluyor ki, ilgili taşınmazların mülkiyetinin vakfa geçmesi, tapu kütüğüne tescilden önce söz konusu olmaktadır. Tapu siciline daha sonra yapılan tescil, kurucu değil, açıklayıcıdır²⁵⁴. Tapu kütüğüne tescil, vakıf siciline tescile karar veren mahkeme tarafından tapu idaresine yapılacak bildirimle gerçekleşmektedir (TMK.105/II).

²⁵⁴ Ayrıca bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s.513; H. Kılıç, s.787.

Dikkat edilirse hemen görülecektir ki burada da, işaret edildiği üzere, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması durumuna şahit olunmaktadır. Gerçekten, vakfın özel sicile tesciline karar veren mahkeme, aslında iki hukuki sonucun oluşmasına da karar vermiş olmaktadır. Bunlardan biri vakfın tüzel kişilik kazanması, diğeri de özgülenen malların, bu arada taşınmazların, mülkiyetinin vakfa geçmesidir. Öyleyse, söz konusu karar, yenilik doğurucu nitelikte bir karardır. Ne var ki, burada, alışılmamış bir durum söz konusudur. Çünkü, mahkeme kararının doğrudan doğruya konusu, bu durumda, taşınmaz mülkiyetinin vakfa geçmesi değil, fakat vakfın tüzel kişilik kazanması için özel sicile tescilidir. Ancak, özel sicile tescilin yasal sonuçlarından biri de, özgülenen malların (bu arada taşınmazların) mülkiyetinin vakfa geçmesidir. Görülüyor ki, buradaki mahkeme kararının konumuza ilişkin etkisi, doğrudan doğruya değil, fakat dolaylı bir biçimde kendini göstermektedir. Aynı dolaylı etkiyi, hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararı ile sona eren tüzel kişinin malvarlığının, ilgili kamu kuruluşuna geçmesinde de görebilmekteyiz (TMK.54/III)²⁵⁵.

14) Sebepsiz Zenginleşme

Eğer, sebepsiz zenginleşme, bir taşınmaza ilişkinse, geri alma hakkına sahip olan kimsenin açtığı sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade davası üzerine hâkimin vereceği iade kararının hukuki niteliği, diğer bir deyişle, ilgili taşınmaz mülkiyetinin bu karar ile birlikte davacıya geçip geçmeyeceği sorunu da, bu çalışmamızda ele alınıp çözümlenmelidir.

Sebepsiz zenginleşmenin konusu bir taşınmaz ise ve bu taşınmaz da zenginleşenin halen mülkiyetinde bulunuyorsa, şüphesiz, zenginleşene karşı aynen iade davası açılabilir. Örneğin, bir taşınmaz başka bir taşınmaz ile

²⁵⁵ Belirtelim ki, malvarlığının “ilgili kamu kuruluşuna” geçmesinden ne anlaşılması gerektiği konusu elbette tartışmaya açıktır. Çünkü, burada, ilgili kamu tüzel kişinin “özel mülkiyeti” nin mi, yoksa “kamu malı” nin mi kastedildiği noktası önem arz etmekte ve kanunda da bu noktada açıklık bulunmamaktadır. Çalışmamızda, sadece bu hususu işaretleyip yetinmeyi uygun buluyoruz.

trampa edilecekse ve bir taraf edimini ifa ettikten sonra karşı edimin ifası da imkânsız hale gelmişse, daha önce adına tescil yapılan tarafa karşı tescile zorlama davası açılacaktır²⁵⁶. Bu sonuç, hem kusursuz imkânsızlıkta (TBK.136), hem de kusurlu imkânsızlık (TBK.112) durumunda söz konusu olabilecektir²⁵⁷. Bunun gibi, daha önce açıklandığı üzere, mesela taşınmaz satışından dönme üzerine tescilin yolsuzlaşmadığı görüşü kabul edilirse, taşınmazın iadesi isteminin sebepsiz zenginleşme esasına dayanacağının kabulü halinde de, sebepsiz zenginleşme esası, tescile zorlama davasının hukuki sebebi sayılacaktır²⁵⁸. Ancak, daha önce de işaret edildiği üzere²⁵⁹, dönme üzerine tescilin yolsuzlaşmadığını kabul edenler, yeni dönme teorisi esasına göre, taşınmazın iadesi için açılacak davanın sözleşmesel sebebe dayandığını savunmaktadırlar.

Sonuç olarak şunu söylemek gerekir ki, dönmedeki kabule göre sebepsiz zenginleşme de, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının TMK.716 anlamında hukuki sebebini teşkil edecektir²⁶⁰.

15) Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, TBK.611-619 hükümleri ile düzenlemeye kavuşmuştur. Kanun, ölünceye kadar bakma sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır: “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi; bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığı veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir”²⁶¹.

²⁵⁶ Örnek için bkz., M. Turgut Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s.110.

²⁵⁷ Bkz. ve krş., Öz, s.110.

²⁵⁸ Bkz., §2, 5.

²⁵⁹ Bkz., §2, 5.

²⁶⁰ Bkz., yukarıda 129 no.lu dipnotuna ilişkin metnin devamındaki açıklamalar.

²⁶¹ Bu konuda ayrıca bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.547-548.

Bu sözleşmede, bakım alacaklısının, bakım borçlusuna mesela bir taşınmazın devrini borçlanması söz konusu olabilir. Burada, bu sözleşmenin şekli üzerinde durmayacağız²⁶². Bizi burada ilgilendiren husus, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile geçerli bir şekilde taşınmaz devri taahhüt edilmişse ve bakım alacaklısı da bu vaadini yerine getirmemişse, bakım borçlusunun ilgili taşınmazın mülkiyetini nasıl kazanacağı konusudur. Hemen ifade edelim ki, bu durumda bakım borçlusu TMK.716 hükmüne göre bir eda davası açıp hâkimin vereceği yenilik doğurucu karar ile taşınmazın mülkiyetine sahip olabilecektir.

Kanun, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bazı şartlarla iptali ve feshi yoluna gidilebileceğini de düzenlemiştir (TBK.615-617). İşte, sözleşme bu şekilde sona ererse, bakım borçlusunun mülkiyetini devraldığı bir taşınmazı iade etme borcu doğabilecektir (TBK.615-617). Bu ihtimalde de, kanaatimizce, kanundan doğan iade borcu sebebiyle mahkemenin vereceği iade kararı yenilik doğurucu nitelikte olacak, yani, örneğimizde bakım alacaklısı taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanacaktır. Bu sonuca, söz konusu kanun hükümlerinin TMK.716 anlamında hukuki sebep olduğu savunularak da varılabileceği görüşündeyiz²⁶³.

16) Tenkise İlişkin İade Borcu

Medeni Kanun, sağlararası tenkise tabi kazandırmaların geri verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır (TMK.565-566). Açıktır ki, geri verme borcu, mirasın açılmasından önce ifa edilmiş sağlararası işlemlerin tenkis edilen kısmı bakımından söz konusu olacaktır. Eğer, bu kazandırma taşınmaza ilişkinse, tenkis üzerine kendini gösteren geri verme borcu da yerine getirilmezse, saklı paylı mirasçıların bir eda davası ile tenkis konusu taşınmazın mülkiyetine kavuşmaları mümkündür. Buna ilişkin kararın da yenilik doğurucu nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Başka bir deyişle, taşınmazın mülkiyeti, mahkeme kararı

²⁶² Bu konuda bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.549.

²⁶³ Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin anılan sona erme sebepleriyle son bulmasına ilişkin ayrıntılar için bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.554 vd.

ile kazanılacaktır. Benzer durumlar için daha önceki açıklamalar burada da geçerlidir. Uygulamada ise, Yargıtay'ın söz konusu eda davasını tenkis davası ile birleştirdiğine işaret edilmiştir²⁶⁴. Hatta, uygulamanın tenkis davası olarak açılan bir davada, ayrıca talep edilmiş olmasa bile, kazandırmanın tenkisi yanında tenkis edilen kısmın geri verilmesine de karar verilmesi şeklinde yürüdüğüne tanık olunmaktadır²⁶⁵.

Şunu da belirtelim ki, anılan eda davasının hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu görülmekte ise de²⁶⁶, bu tartışmanın ilgili kararın yenilik doğurucu niteliğini etkilemeyeceğini düşünmekteyiz. Nitekim, TMK.716 hükmü bakımından da, açılan davanın eda davası olması, kararın yenilik doğurucu nitelik taşımasına engel olarak görülmemektedir²⁶⁷.

Yeri gelmişken, Yargıtay'ın 1975 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'na da, konu ile ilgisi sebebiyle değinmek istiyoruz. Yüksek Mahkeme, bu kararında, mirasbırakanın saklı pay kurallarını safdışı etmek amacı ile yaptığı temlik tasarruftan sonra, bundan yararlanan kişinin, murisin bilgi ve talimatı dışında ve sırf saklı paylı mirasçılar haklarından yoksun bırakmak için kötüniyetli üçüncü kişilere taşınmazı temlik etmesi halinde, bu kişilere karşı da tenkis davası açılabileceğini kabul etmiştir²⁶⁸. Bu içtihadı ve Yargıtay'ın tenkis

²⁶⁴ Bkz., Serozan/Engin, s.115, N.162; s.187, N.87. Bu konudaki açıklamalar için bkz., F. Eren, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Dâvası, Ankara 1973, s.19-21; A. Nar, Türk Miras Hukukunda Tenkis, 1. Baskı, İstanbul 2016, s.235-238.

²⁶⁵ Bkz., Serozan/Engin, s.187, N.87.

²⁶⁶ Bkz., Serozan/Engin, s.187, N.86.

²⁶⁷ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.407, N.1503; Rey, s.401, N.1663; Gürsoy/Eren/Cansel, s.502.

²⁶⁸ YİBK. 13.1.1975, E.1974/7, K.1975/1, Serozan/Engin, s.189, N.96. Bu karar aynen şöyledir: "... Miras bırakanın katıldığı muvazaalı işlemlerin eski durumuna getirilmesi hukukta ana kural olup, esasen bu konuda gerek kararlar, gerekse kararlar savunanlar arasında uyumsuzluk yoktur. Anlaşmazlık, yukarıda da açıklandığı gibi, miras bırakanın bilgisi dışında taşınmazı temellük edenin onu başkasına devretmesi ve devir alanın kötü niyetli olması halinde tenkis davasının açılıp açılmıyacağı noktasındadır. Haklar iyi niyetle kullanıldığı zaman korunur (M. K. 2). Gerçekten herkes mülk edinebilir. Fakat bu hakkını kullanırken başkalarını zararlandırmak amacı taşıyan kişi, iyi niyet kuralına aykırı davrandığı için Kanunun teminatından yoksun kalır. Bu yüzden, aynı haklarda iyi niyetli olmayan kişilerin iktisapları geçersiz sayılmıştır (M.K. 931-932). Olayın özelliği gözetilerek ve konu taşınmazı da ilgilendirdiği için, tenkis davası şahsî hak niteliğinde olmasına rağmen, burada da alıcının iyi niyetli olmaması halinde hukukî sorumluluğunun varlığını kabul etmek hem zorunlu, hem

davası ile konuya ilişkin eda davasını, yukarıda temas edildiği üzere, birlikte ele almasına nazaran, kötünietli üçüncü kişiye karşı açılacak tenkis (ve eda) davasında verilen iade hükmünün de, yenilik doğurucu nitelikte olduğu söylenmelidir.

Nihayet, belirtmek isteriz ki, yukarıda açıklandığı üzere, tenkis edilen kısmın geri verilmesine ilişkin TMK.566 hükmü sadece ifa edilmiş sağlararası kazandırmalara özgü ise de (TMK.565), tenkis edilebileceği bilinmeden ifa edilmiş ölüme bağlı tasarruf için de iade alacağının varlığı söylenebilecektir²⁶⁹. Bu halde de, ilgili iade kararının niteliği hakkında yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

17) Taşınmaz Mülkiyetinin Devrine Yönelen Diğer Hukuki İşlemler

a) İnançlı Temlik

Çalışmamızın konusu taşınmazlara ilişkin olduğu için, bu başlık altında sadece taşınmazlar bakımından inançlı temlik işlemi ele alınacaktır.

İnançlı temlikin, çeşitli şekillerde tanımlanması mümkündür. Nitekim, konuya ilişkin tanımlar değişiktir. Örneğin, bir tanım şöyledir: “İnanan kişinin, bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dahil bir mal veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak amacıyla inanılan kişiye kazandıran, sonra da tekrar devretme yükümlülüğünü içeren işleme, inançlı işlem denir”²⁷⁰. Bir başka tanım, “inançlı temlik, bir taşınmaz mülkiyetini devren kazanan kimsenin, bu

de hak ve nasafet kurallarına uygun düşer (M. K. 4). Öte yandan üçüncü kişinin davranışı Kanuna karşı hile niteliğinde olup bunlar hakkında da tenkis davası açılması yerinde olur. SONUÇ: Miras bırakanın saklı pay kurallarını gidermek amacı ile yaptığı temlik tasarruftan sonra, bundan yararlanan kişinin, miras, bırakanın bilgi ve talimatı dışında sırf saklı pay sahibi mirasçılar bu haklarından yoksun kılmak için, durumu bilen üçüncü kişilere taşınmazları temlik etmesi halinde, kötü niyetli bu kişilere karşı saklı pay sahibi mirasçılar tarafından tenkis davası açılabileceğine üçte ikiyi aşan oyçokluğuyla 13/1/1975 gününde karar verildi.” (02.04.1975 tarihli ve 15196 sayılı Resmi Gazete).

²⁶⁹ Bkz. ve krş., Serozan/Engin, s.190, dpn.52 ve orada anılan eserler.

²⁷⁰ Eren, Mülkiyet, s.229.

mülkiyeti devredenle aralarında kararlaştırılan amaca göre kullanmayı ve gerektiğinde mülkiyeti kendisine devretmiş olana veya bir üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesi ve itimat edenin de bu taahhüde güvenerek taşınmazın mülkiyetini devretmesi halidir” şeklindedir²⁷¹. Yargıtay’ın bir kararında da, inançlı işlem şu şekilde tanımlanmıştır: “İnananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından inanana geri verme şartlarını içeren borçlandırııcı bir işlem” dir²⁷².

Çalışmamızın doğrudan doğruya konusu inançlı temlik (veya inançlı işlem) olmadığından, bu tanımların nakli ile yetinmeyi uygun bulmaktayız. Bizi asıl ilgilendiren husus, inanç sözleşmesinin, TMK.716 anlamında bir hukuki sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunudur. Bundan da önce, konuya ilişkin uygulamayı açıklamamız gerekiyor. Ülkemizdeki tapu uygulamasında, inanç sözleşmesinin, tescilin hukuki sebebi olarak kabul edilmediğini, inançlı taşınmaz devirlerinde satış formülünün kullanıldığını, yani uygulamada tescile esas teşkil edecek sözleşmenin, bu konuda satış sözleşmesi kılıfı ile gösterildiğini, bunu da tapu memurunun düzenlediğini belirtmemiz lazımdır²⁷³. Buna karşılık, doktrinde, bizzat inanç sözleşmesinin

²⁷¹ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.380, N.1447.

²⁷² Bkz., YHGK., 2018/1065 E., 2020/180 K.; karadaki ifade şu şekildedir: “Bilindiği üzere Türk Hukukunda inançlı işlemleri doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak uygulama ve öğretide, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)’nın 26. (Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 19.) maddesinde yer alan "sözleşme özgürlüğü" ilkesi kapsamında inançlı sözleşmelerin düzenlenebileceği ve geçerliliği kabul edilmektedir. İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırııcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder.”, Y. Alperen Kardeşahin, Taşınmaz Mülkiyetinin Teminat Amaçlı İnançlı Devrine Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 18.02.2020 Tarihli ve E. 2018/1065, K. 2020/180 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, s.197 vd.; ayrıca, aynı tanım için, Y1HD., 27.12.2005, 13460/13858 (www.legalbank.net, 28.07.2021); Eren, Mülkiyet, s.229, dñn.107.

²⁷³ Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.382, dñn.421.

tescilin hukuki sebebi olabileceği, bu nedenle, söz konusu sözleşmenin tapuda resmi şekilde yapılması gerektiği görüşü savunulmuştur²⁷⁴.

Çalışma konumuza dönersek, şunu hemen ifade edebiliriz ki, ülkemizdeki tapu uygulamasına nazaran, tarafların tapu dışında ayrı bir inanç sözleşmesine ihtiyaçları olacaktır. Çünkü, zamanı geldiği ve şartları olduğu halde devredilen taşınmazın iade işlemini yapmaktan kaçınılırsa, inanan kimsenin taşınmazı geri alma bakımından elinde böyle bir sözleşme bulunması şarttır. Ayrıca, bu sözleşmenin yazılı olması da Yargıtay kararlarında aranmaktadır²⁷⁵. Yüksek Mahkeme, bu konuda yazılı delil başlangıcını (HMK.202 sadece “delil başlangıcı” olarak düzenleme getirmiştir) da, yeterli görmüştür²⁷⁶. Yargıtay’ın, ikrar, yemin gibi kesin delillere de başvurulmasını kabul ettiğini görmekteyiz²⁷⁷. Şu halde, Yargıtay, tapu dışında yapılan inanç sözleşmesinin geçerlilik (sıhhat) şekline tabi olmadığı görüşündedir²⁷⁸.

²⁷⁴ Bkz., Eren, Mülkiyet, s.231 vd.; Tapu Sicili Tüzüğü’nün bu hususta engel teşkil etmediği görüşü için bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.381 vd., N.1451 vd.

²⁷⁵ Bkz., örneğin Y1HD., 16.06.2010, 5118/7031. Bu karar şöyledir: “...Belirtilen içtihadı Birleştirme Kararı’nda da değinildiği üzere; inanç sözleşmeleri bir yandan mülkiyeti nakil borcu doğurması bakımından tarafları bağlayıcı, diğer yandan, mülkiyetin naklinin sebebinin teşkil etmesi açısından tasarruf işlemlerini bünyesinde barındıran sözleşmelerdir. Bu durumda koşulların oluşması halinde taşınmaz mülkiyetini nakil özelliğini taşıdığı kabul edilmelidir.

İçtihadı Birleştirme Kararı’nın sonuç bölümünde ifade edildiği üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenilirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir, inanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem içtihadı Birleştirme Kararı’nın kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılamaz ...” (www.legalbank.net, 28.07.2021); ayrıca, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.386, dpn.432.

²⁷⁶ Örneğin Y14HD., 15.03.2013, 1928/3876. Söz konusu karar şu şekildedir: “...İnanç sözleşmesi, 5.2.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır.

Açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasındaki uyumsuzluğun tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun vukuuna delalet edecek karşı tarafın elinden çıkmış (inanılan tarafından el ile yazılmış fakat imzalanmamış olan bir senet veya mektup, daktilo veya bilgisayarla yazılmış olmakla birlikte inanılanın parafını taşıyan belge, usulüne uygun onanmamış parmak izli veya mühürlü senetler gibi) “delil başlangıcı” niteliğinde bir belge varsa 6100 sayılı HMK’nın 202. maddesi uyarınca inanç sözleşmesi “tanık” dahil her türlü delille ispat edilebilir.

Yazılı delil veya “delil başlangıcı” yoksa inanç sözleşmesinin ikrar (HMK m. 188) yemin (HMK m.225 vd) gibi kesin delillerle de ispat edilmesi olanaklıdır. Davacının yemin deliline dayanması halinde mahkemenin davacıya bu hakkını hatırlatması gerekir ...” (www.legalbank.net, 28.07.2021); ayrıca, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.386, dpn.432.

²⁷⁷ Örneğin Y14HD., 19.01.2012, 15982/498. Anılan kararda şu ifadeler kullanılmıştır: “...İnanç sözleşmesi, 5.2.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı

Doktrinde de, inanç sözleşmesinin önceki Borçlar Kanunu, mad.386/II anlamında bir vekâlet niteliğinde olduğu söylenmiş ve dolayısıyla bu işlemin geçerlilik şekline bağlı olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır²⁷⁹. Sözü edilen düzenlemenin yeni Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı TBK.502/II hükmüdür. Kanaatimizce, TBK.502/II'nin vekâlet hükümlerinin uygulanmasını, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş "iş görme sözleşmelerine" özgülemesi karşısında anılan sonuca varmak kolay olmayacaktır. Çünkü, inanç sözleşmesinin "iş görme sözleşmesi" olarak kabulü, hukuken sıkıntılı bir sonuçtur. Önceki metinde (BK.386/II) ise, "iş görme sözleşmesi" ifadesi yoktur. Bununla beraber, önceki dönemde de, kanun metni yeni metindeki gibi yorumlanıyordu²⁸⁰. Demek oluyor ki, son tahlilde, her iki kanun bakımından da, inanç sözleşmesini, bu sözleşmeyi vekâlet olarak nitelemek için, kavram olarak biraz zorlamak gerekiyor.

İşte, en azından Yargıtay kararları bakımından, inanç sözleşmesi de, TMK.716 anlamında bir hukuki sebep olarak kabul edilecek ve ayrıca, ispat sorunu saklı kalmak kaydı ile, hiçbir geçerlilik şekline tabi görülemeyecektir.

delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır.

Açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasındaki uyumsuzluğun tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş delil başlangıcı niteliğinde bir belge varsa HMK'nun 202. maddesi uyarınca inanç sözleşmesi "tanık" dahil her türlü delille ispat edilebilir ..." (www.legalbank.net, 28.07.2021); ayrıca, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.386, dpn.432.

²⁷⁸ Ayrıca bu yönde bkz., YHGK., 14.07.2010, 4-394/395. Bu karar ise şöyledir: "...Öncelikle belirtmek gerekir ki, inanç sözleşmesinin yazılı olması koşulu geçerlilik şartı olmayıp bir kanıtlama aracı olduğu, öğretide ve uygulamada oybirliğine yakın bir çoğunlukla kabul edilmektedir. ... Kazandırıcı işlem resmi şekilde yapılırsa dahi inanç sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekli olmayıp sadece yazılı yapılması zorunlu ve yeterlidir. Nitekim bu husus yukarıda etraflıca açıklandığı üzere 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararında da açıkça belirtilmiştir.

Öteki deyişle, tapulu taşınmazın inançlı işlemle temlikinde, inançlı işlemin yazılı biçimde yapılması gerekli ve yeterli olup yazılı şeklin bir ispat koşulu olduğu 05.02.1947 tarih, 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararının bir gereğidir.

İnançlı işlemi doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmadığından, ispatı hakkında da kanunlarımızda bir hüküm yer almış değildir. İnançlı işlemin ana unsurları, inanç sözleşmesi ve kazandırıcı işlem (hakkın devri işlemi) nasıl özel bir şekle bağlı değilse, inançlı işlemin ispatında da, kural olarak özel bir biçim koşulunun aranmaması, inançlı işlemin ispatında genel hükümlerin uygulanması gerekir ..." (www.legalbank.net, 28.07.2021); Ertaş, Eşya Hukuku, s.292.

²⁷⁹ Bu görüş için bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.575 vd.

²⁸⁰ Bkz., Serozan, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.39-40; Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.349.

Kaldı ki, açıklandığı üzere, doktrinde dahi bu sonuca varanlar mevcuttur²⁸¹. Öyleyse, taşınmazlara ilişkin inanç sözleşmeleri de, TMK.716 anlamında bir hukuki sebep sayılacak ve inanılanın, geri verme borcuna aykırı davranması halinde, inanan taraf, anılan hükme dayanarak açacağı dava ile taşınmaz mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanabilecektir. Acaba, inanç sözleşmesinin tapudaki işlemten önce veya sonra yapılması önem taşıyacak mıdır? Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun yukarıda işaret edilen kararındaki “inançlı işleme konu belgenin, akit tarihinden önce ya da sonra düzenlenmesinin sonuca etkili değildir” ifadesi, soruya olumsuz cevap verilmesinin, yani inanç sözleşmesi tarihinin önemli olmadığını söylemenin mümkün olduğunu göstermektedir. Kanaatimizce de, konuya ilişkin olarak bu sonuca varmak doğrudur. Çünkü, aksi sonuca varmanın makul bir izahı yoktur.

Şayet, inanç sözleşmesi, bazı yazarların²⁸² görüşü doğrultusunda tescilin doğrudan doğruya hukuki sebebi sayılarak tapuda resmi şeklide yapılırsa, yani uygulama bu yola girerse, inanılan kimse de geri verme borcuna uymazsa, bu varsayımda da resmi şekilde yapılan sözleşme TMK.716 anlamında hukuki sebep sayılmak gerekecektir²⁸³.

İnançlı temlik konusunda daha fazla ayrıntıya girmenin, çalışmamızın sınırları dışında kalacağı kanaatindeyiz.

b) Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Uygulamada “gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ya da sadece “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” adları ile anılan sözleşme, karma

²⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.385, N.1456’ daki açıklamalardan, bu yazarların da, Yargıtay uygulamasına destek verdikleri anlaşılmaktadır.

²⁸² Bkz., Eren, Mülkiyet, s.231 vd.

²⁸³ Eren, bir yandan inanç anlaşmasının tapuda resmi şekilde yapılması gerektiği görüşünü savunmuş, diğer yandan da inanç anlaşmasının yazılı delil ile ispat edileceğini belirtmiştir (bkz., Eren, Mülkiyet, s.231). Yazarın konuya ilişkin bu düşünce tarzına verilecek anlam konusu tartışılabilir.

nitelikli sözleşmelerdendir²⁸⁴. Bu sözleşmede, genellikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile inşaat (eser) sözleşmesi bir arada bulunur. Bu sözleşmenin taşınmaz satış vaadi kısmı, resmi şekle tabidir (TBK.237/II; Noterlik K. 60 ve 89). Eser sözleşmesi ise, hiçbir geçerlilik sekline bağlı değildir. Ancak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi resme şekle bağlı olduğu için (Noterlik K.89), uygulamada içinde taşınmaz satış vaadini de barından kat karşılığı inşaat sözleşmesi de resmi şekilde yapılmaktadır²⁸⁵. Bununla birlikte, satış vaadinin resmi biçimde, eser sözleşmesinin de mesela adi yazılı şekilde yapılmasına hiçbir engel düşünülemez. Ne var ki, bu yolun pratik olmayacağı açıktır. Gerçekten, ayrı ayrı yapılan bu sözleşmelerde yekdiğerine atıf yapılması işin gereklerinden olduğu için, her iki sözleşmeyi resmi biçimdeki tek bir metin içinde düzenlemek en doğrusudur.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan karşılıklı borçlar eda edilirse, elbette ortada çözülmesi gerekli hukuki problem olmayacaktır. Buna karşılık, taraflardan biri kendi borcunu ifa ettiği halde diğeri borcuna sadık kalmazsa, çözüm bekleyen hukuki sorunlar ile karşı karşıya kalınacaktır. Bizi, bu çalışmada, esas itibarıyla, yüklenici tarafın inşaatı sözleşme ve ilgili mevzuata uygun olarak yapıp bitirdiği halde arsa sahibinin (iş sahibinin) kendi edimi olan satış vaadine uymaması hususu ilgilendirmektedir. Belirtelim ki, bu ihtimalde, yüklenicinin, TMK.716 hükmü uyarınca bir dava açması ve kendisine vaad edilen bağımsız bölümlerin (veya taşınmaz payının ya da kat irtifaklı payların) mahkeme kararı ile verilmesini talep etmesi mümkündür.

Acaba, yüklenici kendi edimini gereği gibi yerine getirmemişse, buna rağmen mülkiyet hakkının kendisine sağlanmasını dava yolu ile isteyebilir mi? Bu sorunun cevabının olumsuz olması gerekir. Çünkü, kat karşılığı inşaat sözleşmesi içeriğindeki taşınmaz satış vaadi, aslında geciktirici iradi şarta bağlı

²⁸⁴ Bkz., Serozan, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.46.

²⁸⁵ Ayrıca bkz., Serozan, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar, s.46-47.

bir işlemdir²⁸⁶. Bu şart, yüklenicinin, inşaat yapma edimini sözleşmeye ve ilgili mevzuata uygun olarak yapması ve sözleşmeye uygun biçimde teslim hazırlan hale getirmesidir. Şüphesiz, sözleşmede, inşaatın aşamalarına göre yükleniciye temeldeki arsanın paylarının etap etap verilmesi de kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, açıktır ki, sözleşmeye uygun olan mülkiyet geçirimleri geçerli olarak kalacaktır. Bunun gibi, bu halde, aşamalar itibarıyla mülkiyet (pay mülkiyeti) devri borcunu yerine getirmeyen iş sahibine karşı yine TMK.716 hükmüne gidilebilecektir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, işaret edildiği üzere, uygulamada çeşitli türleri bulunmaktadır. Bütün bu türlerin, genel geçerlilik şartlarını taşımaları kaydı ile, sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca geçerli olacağı açıktır. Uygulamada, arsa sahiplerinin, daha işin başında, yani sözleşme yapılıncaya, yükleniciye düşen arsa payını şimdiden temlik ettikleri de, bu arada görülebilmektedir. Hatta, bu tarzdaki sözleşmeler, yüklenicilerin yararına olduğu için, onlar tarafından ısrarla gerçekleştirilmek istenmekte ve çoğu zaman da bu yönetime başvurulmaktadır. Yüklenici, bu sayede, yapacağı bina için kolayca mali kaynağa erişebilmektedir. Gerçekten, söz konusu arsa payı, yüklenici tarafından tapuda üçüncü kişilere devredilebilmektedir. Zira, üçüncü kişiler bu yöntemde tapuya kavuşmakta, yükleniciye düşecek arsa payının haricen (tapu dışı) satın alınması yerine tapu dairesinde satın alınması (ve satılması) hem yüklenicinin, hem de üçüncü kişinin işine gelmektedir. İşte bu gibi sebeplerle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi (artık bu yöntemde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi) söz konusu türde yapılabilmektedir.

Çalışmamızı burada ilgilendiren soru şudur: Acaba, anılan yöntemde, yüklenici tapuda devraldığı arsa paylarını yine tapuda başkalarına devrederse ve daha sonra da mesela inşaatı zamanında bitirme borcuna aykırı davranıp da

²⁸⁶ Eren de, taşınmaz satış vaaadinin şarta bağlı olarak yapılabileceği görüşündedir, Eren, Borçlar Özel, s.199.

temerrüde düşerse, arsa sahibinin temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmesi üzerine, yükleniciden tapuda arsa payı satın ve devralan üçüncü kişilerin kazanımları dönmeden olumsuz etkilenecek midir? Belirtmek isteriz ki, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, dönmenin etkisi, sadece sözleşenler arasında söz konusu olabilecektir. Dönme, dönmenin ilişkin olduğu sözleşmenin dışındaki kişilere etkili olamaz. Bu, hem hukuk tekniğinin gereğidir; hem de menfaatler durumu bu sonucu gerekli kılar. Buna rağmen, Yargıtay'ın aksi görüşte olduğuna şahit olmaktayız. Örneğin, konuya ilişkin bir kararında, Yüksek Mahkeme, aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: "... Davacı ile davalılardan İ.Y. arasında 12.9.1997 tarihli re'sen düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, davacının davalıya finans kolaylığı sağlamak amacıyla tapuda devir yetkisini de içeren vekâletname verdiği ve davalı İ.'nin bu vekâletnameye dayanarak diğer davalılara pay satışı yaptığı 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 vekâletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir..."²⁸⁷.

²⁸⁷ Y15HD., 27.10.2005, 375/5775, A. Arat/M. Akçaal, 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:26, Sayı:2, 2018, s.367-396; A. Arat, Yargıtay'ın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilere Yönelik Yerleşik Kararlarının, Y. 23. Hd. 10.10.2019 ve E. 2016/6069

Görüldüğü gibi, Yargıtay içtihatları, bu konuda hem teknik hukuka hem de haklı menfaatlere aykırıdır. Çünkü, yükleniciye daha inşaata başlanırken arsa payı devredilmişse, bu devir, eğer şu veya bu sebeple geçersizlik sonucuna götürecek bir durum yoksa, tamamıyla geçerlidir. Öte yandan, yükleniciden bu payı tapudaki işlemlerle devralan üçüncü kişi için de, bu sonuç doğru olacaktır. Oysa Yargıtay, ilgili kısmı yukarıya alınan kararında, şayet söz konusu yüklenici sözleşmenin kendisine yüklediği edimi yerine getirmezse, hem yüklenici lehine hem de yükleniciden pay devralan üçüncü kişi lehine yapılan tescilin, Yüksek Mahkeme'nin ifadesiyle, “illet ve sebepten” yoksun ve dolayısıyla yolsuz olacağını söylemektedir. Bu düşünce son derece yanlıştır. Zira, bir tescilin yolsuz olduğunu söyleyebilmek için, yukarıda ilgili yerinde²⁸⁸ açıklandığı üzere, tescile hukuki sebep teşkil eden işlemlerin geçersiz olması gerekir. Yargıtay'ın içtihadına konu olan olgularda ise, böyle bir yolsuzluk söz konusu değildir. Aynı sonuç, sözleşmeye göre yükleniciye verilecek arsa paylarının arsa sahibinin verdiği vekâletname ile yüklenici tarafında yapılan devirler için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, bu örnekte de, üçüncü kişi lehine yapılan tescilin yolsuzluğundan söz edebilmek için, ya vekâletnamenin ya da diğer hukuki sebeplerin (satış sözleşmesi ve tescil talebinin) mevcut olmaması veya geçersiz olması gerekir. Görülüyor ki, Yargıtay'ın bu görüşü yerinde değildir²⁸⁹. Yargıtay, üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağını da kararında dile getirmiştir ki, bu fikir de hukuki destek bulamaz²⁹⁰. Çünkü, yolsuz tescilden söz edilemeyen hallerde TMK.1023 hükmünün uygulanması da söz konusu olamayacak ve dolayısıyla üçüncü kişinin iyiniyetli olması da aranamayacaktır. Demek ki, Yargıtay'ın incelemekte olduğumuz içtihadında isabet yoktur. Yargıtay'ın bu içtihadı açısından, arsa sahibi tarafından sözleşme gereğince yükleniciye en başta verilen arsa payının avans niteliğinde olduğu,

K.2019/4156 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul 2021, s.171 vd.; Karş., T. Öz, Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s.27 vd.

²⁸⁸ Bkz., §2, I, 4.

²⁸⁹ Aynı görüşte, Arat, s.190

²⁹⁰ Aynı görüşte bkz., Öz, s.27.

bir başka deyişle, yüklenicinin bu şekilde sahip olduğu tapunun “avans tapu” niteliğini taşıdığı görülmektedir²⁹¹. Tapunun bu şekilde nitelendirilmesine yol açan anılan içtihadın eşya hukukunun ve esasen hukukun temel prensipleri ile bağdaşmadığı açıktır.

Hukuki durum bu olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin de eleştirdiğimiz içtihadı benimsediğine tanık olmaktayız. Anayasa Mahkemesi bir olay nedeniyle bireysel başvuru üzerine incelemekte olduğumuz konuyu ele almış ve işaret edildiği üzere, yanlış olduğunu söylediğimiz uygulamaya destek vererek başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin, Yargıtay’ın zikri geçen isabetsiz içtihadına destek gerekçelerinden özellikle birinin hukuki prensiplere ne denli aykırı olduğunu, Yüksek Mahkeme’nin kurduğu şu cümleden kolayca anlayabilmekteyiz: “... Gerçekten de başvuruçuların inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından açıkça anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki arsa paylarını satın alan başvuruçular, yüklenicinin halefi olduklarından taşınmazın maliklerine karşı, düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin haklarına da sahip olmuşlar ancak yine bu sözleşme kapsamında yüklenicinin edimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır...”²⁹². Görülüyor ki, Anayasa Mahkemesi küllî halefiyet ile cüz’î halefiyeti, yekdiğeri ile karıştırmıştır. Yükleniciden, ona düşen ve artık tapuda ona ait olan arsayı veya arsa payını tapu işlemleri sonucunda devralan üçüncü kişiler, kesinlikle küllî halef değildirler. Bu kişiler, cüz’î haleftirler. Ancak, küllî halefiyet halinde haklarla beraber borçlar ve diğer hukuki durumlar halefe intikal eder. Oysa, cüz’î halefiyette bu sonuç doğmaz. Anayasa Mahkemesi kararında her ne kadar üçüncü kişinin inşa edilecek bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldığı tapudan açıkça anlaşıldığı belirtilmiş ise de, somut olaydaki durumun böyle olması dahi, kararın yanlışlığını saf dışı edemeyecektir. Çünkü, yukarıda açıkladığımız üzere,

²⁹¹ Bkz., Arat/Akçaal, s.12.

²⁹² 20.07.2017 tarihli bu karar için bkz., Arat/Akçaal, s.1 vd.

olayda yolsuz tescil mevcut olmadığından üçüncü kişinin kötünietli olmasının bir önemi de söz konusu edilemeyecektir. Burada, üçüncü kişinin kazanımı malikten devralma suretiyle gerçekleşmiştir. Hem Yargıtay, hem de Anayasa Mahkemesi, esasen, haksız fiil ile, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin prensipleri de birbiriyle karıştırmış gözüküyorlar. Şöyle ki, yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişi şayet yüklenici ile arsa sahibi (iş sahibi) arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesini ve yüklenicinin kendisine devrettiği arsa payının arsa sahibi tarafından yükleniciye inşaat bedeli olarak devredilen bir paydan ibaret bulunduğunu şu veya bu şekilde tapudaki işlem sırasında biliyor olsa da, bu durum, üçüncü kişinin arsa sahibine karşı haksız fiil işlemiş olduğunu gösterebilecek, ama üçüncü kişi lehine yapılan tescilin yolsuz olduğu sonucuna götüremeyecektir. Arsa sahibi, bu gibi hallerde aynen tazmin suretiyle ilgili arsa payına kavuşabilecektir (TBK.51/I)²⁹³. Hukuk tekniğine en uygun yol budur. Şurası şüphesiz ki, hem Yargıtay, hem de Anayasa Mahkemesi, adalet düşüncesiyle bu yola girmişlerdir. Ne var ki, adalete, hukuki prensiplerden feda ederek varılması yanlış olur. Hukuki yöntem, hem prensiplere uygun hem de adil olan çözüme götüren bir yöntemdir. Kaldı ki, üçüncü kişinin arsa payının kendisine devrinden önceki durumu bilmediği hallerin mevcut olmadığı da söylenemez. Hatta, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerhedilmiş olması da (TMK.1009/I), arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi üzerine arsa sahibinden arsa payı devralan kimse adına mevcut tescili yolsuz kılmaya yetmeyecektir. Zira, şerh, sadece kişisel hakkın sonraki hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmesini sağlar (TMK.1009/II). Şerhin, üçüncü kişinin malikten (yükleniciden) kazandığı hakkı arsa sahibinin dönmesi dolayısıyla ortadan kaldırıcı (tescili yolsuzlaştırıcı) etkisi, kanaatimizce kabul edilemez.

²⁹³ Aynen tazmin için bkz., bu paragraf, I, 9.

Belirtelim ki, Yargıtay'ın anılan içtihadı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı benimseyen anılan kararı karşısında, artık doktrinindeki konuya ilişkin tartışmalar da²⁹⁴, pratik önemini kanaatimizce yitirmiştir. Bu ifademizden anlaşılacağı üzere, bu tartışmalar elbette bilimsel kıymetini korumaya devam edecektir.

Burada, Yargıtay'ın, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafının temerrüde düşmesi üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönmesine ilişkin görüşüne de, temas edilmelidir. Şöyle ki, Yargıtay, şayet yüklenicinin inşaatın çok büyük kısmını bitirdikten sonra işi zamanında bitiremeyip temerrüde düşmesi durumu üzerine iş sahibi (arsa sahibi) sözleşmeden dönerse, bu dönmenin ileriye etkili olduğunu içtihad etmiş ve böylece yüklenicinin mağduriyetini önlemeye çalışmıştır. Konuya ilişkin olan 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin teknik anlamda dönme yoluna gidebileceğini, kuralın bu olduğunu belirtmiş, ancak TMK.2 hükmü gereğince, inşaatın en az %90 seviyesine gelmesi gibi durumlarda arsa sahibinin ancak fesih, yani sözleşmeyi ileriye etkili olarak ortadan kaldırma işlemini yapabileceğini içtihad etmiştir²⁹⁵. Bu duruma göre, şayet yükleniciye

²⁹⁴ Bu konudaki görüş ayrılıkları için bkz., H. Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993, s.137 vd.; M. Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.240 vd.

²⁹⁵ Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı şöyledir: "...Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşırki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa-, bazı istisnâ hallerde «hakkı şekle mahkûm edecek derecede» adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkâr olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medenî Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk - İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, Medenî Kanunun 1. maddesinden değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen «hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından» yararlanılabilir. Bu gün hâkim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnâ hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır.

önceden arsa payı verilmişse, fesih görüşü açısından, inşaatın dönme tarihindeki seviyesi en az %90 oranında ise, yükleniciden ancak %10 oranında bir iade istenebilecektir. Diğer bir deyişle, bu örnekte, yükleniciye verilmiş olan arsa payının %90 oranındaki kısmı, yüklenicide kalacaktır. Bu örnek gösteriyor ki, Yargıtay’a göre, bu gibi hallerde dönmenin yükleniciye vereceği zarar bu şekilde önlenmelidir. Şöyle ki, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin 04.03.2020 tarihli ve E.2016/6059, K.2020/1489 sayılı yeni bir kararında da aynen şu ifadeye yer verilmiştir: “... 25.01.1984 tarihli ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK’nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydı ile gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Dairemizin, gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararlarında belirtildiği gibi, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaştığı dikkate alındığında ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalıdır.” Görülüyor ki Yüksek Mahkeme’nin bu konudaki görüşü aynen devam etmektedir. Aksi takdirde, dönme üzerine taraflar başa dönecekler ve dolayısıyla yüklenici, kendisine verilen arsa payının tamamını iade durumunda kalacak, borçlar hukuku veya haksız inşaat çerçevesinde arsa sahibine yöneltilen talepler, yükleniciye sözleşmesel yararı sağlayamayacaktır. Yüksek Mahkeme, belki de yüklenici yararına düşündüğü çözüme varmak için, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin “geçici (ani)- sürekli karmaşığı” bir özellik taşıdığını kabul etmiştir. Böylece

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK. 106 -108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukukî sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106 -108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmî ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de, müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır ...” (27.02.1964 tarihli ve 18325 sayılı Resmi Gazete); Arat/Akçaal, s.11; O. L. Özay, Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü, İstanbul 2021, s.284; ayrıca, bkz., Y15HD, 04.02.2005, E. 2004/7507, K. 2005/505 (www.legalbank.net, 29.07.2021).

Yargıtay, doktrindeki konuya ilişkin karşıt görüşlerden, yukarıya aldığımız şekilde olanına katılmış bulunmaktadır²⁹⁶.

İşte konuya ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, yüklenicinin, temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi, şayet inşaatın sonuna yaklaşılmışsa, yükleniciden, ancak inşa edilmeyen kısım oranında iade talep edebilecektir. Bu talep reddedilirse, daha işin başında yükleniciye arsa payı vermiş olan iş sahibi, inşaatın bitirilmeyen kısmı oranında arsa payı için TMK.716 uyarınca dava açabilecek ve taşınmaz payını mahkeme kararı ile kazanabilecektir. Buradaki hukuki sebep de, fesih işlemi üzerine kendini gösteren iade borcudur. Başka bir anlatımla, bu borç, TMK.716 anlamında hukuki sebebi oluşturacaktır. Şüphesiz, bu sonuç dönmenin (burada feshin) tapudaki tescili yolsuzlaştırmadığını savunan görüş²⁹⁷ açısından geçerli olacaktır. Dönmenin (burada feshin) tapudaki tescili yolsuzlaştırdığı kabul edilirse²⁹⁸, açılacak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası sonunda verilen karar, çoğunluğun fikrine göre, tespit kararı niteliğini taşıdığından²⁹⁹, bu davanın çalışmamızın sınırları dışında kalacağı açıktır.

Acaba, yüklenici, işin başında kendisine verilen arsa payını üçüncü kişiye devrettikten sonra temerrüde düşerse ve inşaatın seviyesi de Yargıtay'ın fesih için aradığı orana ulaşmışsa, arsa sahibinin feshi halinde üçüncü kişiden iade talebi konusunda nasıl düşünülecektir? Belirtelim ki, bu durumda, üçüncü kişiden ancak %10 oranında pay talep edilebilmelidir. Açıktır ki, bu sonuç, Yargıtay'ın avans tapu görüşüne nazaran kendini gösterecektir. Üçüncü kişiye karşı açılacak davanın ve verilecek kararın hukuki niteliği konusu da, biraz

²⁹⁶ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz., İ. Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, Dördüncü Cilt, İstanbul 1980, s.482 vd.; Erman, s.8; Öz, Eser Sözleşmesi, s.238 vd. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin yukarıda gösterilen 04.03.2020 tarihli ve E.2016/6059, K.2020/1489 sayılı kararı için bkz., www.legalbank.net, 29.07.2021.

²⁹⁷ Bkz., yukarıda §2, I, 5.

²⁹⁸ Bkz., yukarıda §2, I, 5.

²⁹⁹ Bkz., S. Üstündağ, s.38 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.263, N.1091.

yukarıda yükleniciye yöneltilen iade talebi açısından söylenilen esaslara tabi olacaktır.

c) Sulh Sözleşmesi ve Kabul

Şunu hemen belirtmek gerekir ki, sulh ikiye ayrılır. Bunlardan biri mahkeme önünde yapılır; diğeri de mahkeme dışında gerçekleştirilir. Önce, mahkeme önündeki sulhu ele alalım. Bir davada, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı sulh yoluyla halletmek isteyebilirler. HMK.313 hükmünde mahkeme huzurundaki sulh şu şekilde tanımlanmıştır: “Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir (HMK.313/I)”. Görüldüğü üzere, HMK.313, sadece mahkeme önündeki sulhu ele almıştır.

Bizi bu çalışmada, taşınmaza ilişkin olan sulh sözleşmesinin, tescilin hukuki sebebini teşkil edip etmeyeceği sorunu ilgilendirmektedir. Kanun, bu soruna doğrudan temas etmiş değildir. HMK.315 hükmünde, sulhun ilgili bulunduğu davayı sona erdireceğini ve kesin hüküm gibi sonuç doğuracağını söylemektedir. Öyle anlaşıyor ki, sulhun kesin hüküm gibi sonuç doğurması, sulh üzerine verilen hükümden sonra, o hükmün aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı hukuki sebebe dayanan başka bir davaya engel olması demektir. Kanun, tarafların sulhe göre karar verilmesini istemeleri halinde mahkemenin sulh sözleşmesine göre karar vereceğini belirtmektedir (HMK.315/I). Demek ki, mahkeme önünde yapılan sulhun konusu örneğin taraflardan birinin diğeri bir taşınmazı devretmeye ilişkinse ve taraflar da sulhe göre karar verilmesini isterlerse, mahkemenin bu kararı ile taşınmaz mülkiyetinin ilgili tarafa geçmesi sonucu doğacaktır³⁰⁰.

³⁰⁰ Bkz., H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018, s.426.

Buna karşılık, eğer sulh sözleşmesi mahkeme dışında yapılmışsa, bu sözleşmenin tescilin hukuki sebebi olacağı, kanaatimizce söylenemez. Şayet, taraflar, tapuda resmi sözleşme ve tescil talebi ile tescil işlemlerini gerçekleştirirlerse, taşınmaz mülkiyetinin tescil ile kazanılacağı açıktır.

Acaba, mahkeme önünde sulh sözleşmesi yapılmakla birlikte taraflar sulhe göre karar verilmesini istemezlerse ve HMK.315/I hükmü uyarınca da mahkeme “karar verilmesine yer olmadığına” karar verirse, söz konusu sözleşmenin işlevi ne olacaktır? Doktrindeki konuya ilişkin bir ifade tarzı, “mahkeme önünde yapılan sulh, mülkiyeti devir borcu yerine geçen işlem olarak kabul edilmektedir” şeklindedir³⁰¹. Bize kalırsa, söz konusu sulhun tescile esas olan sözleşmelerden sayılması isabetli olmaz. Çünkü, bu durumda, “karar verilmesine yer olmadığına” dair karar oluşturmakla sulhun mahkeme önünde yapılması, konumuz açısından önemini yitirmiştir. Bu şekildeki sulhun mahkeme önünde yapılmış olmasının yegâne işlevi, fikrimizce, ispat hukukuna ilişkin olacaktır³⁰².

Davacı talebinin davalı tarafından tamamen veya kısmen kabul edilmesi konusuna da bu başlık altında değinmek gerekiyor. Bu konu, HMK.308 vd. hükümlerinde ele alınmıştır. Ancak, Kanun, sulhte olduğunun aksine, kabul bakımından, ilgili tarafın “kabule göre karar verilmesini” isteyebileceğini söylememiştir. Şu hale göre, mahkeme, sadece kabul olgusunu tespit etmekle yetinecektir³⁰³. Demek ki, kabul, hiçbir şekilde, kabule ilişkin kararla taşınmaz mülkiyetinin geçişine sebep olamayacaktır.

³⁰¹ Bkz., Ertaş, Eşya Hukuku, s.273, N.1250.Yazar, bu konuda Yargıtay kararlarına atıf yapmaktadır.

³⁰² İşaret edildiği üzere, Ertaş’ın aksi görüşte olduğu anlaşıyor. Gerçekten, yazarın yukarıya aldığımız ifadesi, “taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemler ve şekil şartları” başlığı altında yer almaktadır.

³⁰³ Bkz., N. M. Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s.166, N:408; Postacıoğlu/Altay’ın “Feragat ve kabûl üzerine, feragat ve kabûl beyanında bulunan kimsenin aleyhine dava sonuçlanmış olur. Fakat, dava feragat ve kabûl üzerine mi sona eriyor yoksa feragat veya kabûle dayanılarak verilecek hüküm dolayısıyla mı sonuçlanıyor? Kanunumuzun metninden çıkan anlam, davanın feragat ve kabûl üzerine sona ereceği yolundadır ve belki doğru olan da budur. Mahkeme feragat ve kabûl üzerine, esas hakkında karar vermeyecek, fakat aleyhte karar verilmişçesine yargılama giderlerini hüküm altına almakla yetinecektir. Esasen İcra ve İflâs Kanunu, feragat ve kabûlü ilâm

Buna karşılık, mahkemece varlığı tespit edilen kabul, TMK.716 hükmü anlamında hukuki sebep sayılmalıdır³⁰⁴.

d) İsteğe Bağlı Açık Artırma

İsteğe bağlı (ihtiyarî) açık artırmalarda, eğer artırma konusu şey bir taşınmaz ise, satış sözleşmesi ihale ile birlikte kurulmuş olur. Bu sonucu, TBK.279/I-II hükümlerinden çıkarmaktayız³⁰⁵. Görülüyor ki, burada, resmi şekil aranmamaktadır³⁰⁶. İhale, resmi şeklin yerine geçmekte, resmi şekil ile hedeflenen amaca ihale ile varılacağı kabul edilmektedir. Kanunkoyucunun konuya ilişkin düşünce tarzı budur.

Önemle belirtelim ki, isteğe bağlı ihalede, taşınmaz mülkiyetinin hâkim kararı ile kazanılması ihtimali, uygulamada çok zayıf kalmaktadır. Zira, TBK.279/II hükmündeki “artırma görevlisi, satış tutanağında gösterilen taşınmazın alıcı adına tescilini hemen tapu idaresine bildirir” cümlesi karşısında, mülkiyetin kazanılması için araya mahkeme kararının girmesine yer olmadığı ortadadır. Bununla beraber, çok zayıf bir ihtimal de olsa, artırma görevlisinin bu görevini yerine getirmemesi veya tapu memurunun tescilden kaçınması hallerinde, alıcının TMK.716 hükmüne dayanarak ihale konusu taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanması söz konusu olabilecektir.

niteliğindeki belgeler kapsamında saymakla (İİK. m. 38), feragat ve kabul üzerine ayrıca esas hakkında hüküm tesisine gerek kalmadığı görüşünü teyit etmiş oluyor. Zira, feragat ve kabûl üzerine mahkeme hüküm tesis etse idi, o zaman doğrudan doğruya ilâmın icrası söz konusu olacak ve ilâm niteliğindeki belgeler kapsamındaki feragat ve kabûlden söz etmeye gerek kalmayacaktı. Bu görüş, öğretide özellikle Ergun Önen, tarafından önemle belirtilmiş ve İİK. 'nun 38'inci maddesi ile HMK.'nın 311' inci maddesinin birbirini tamamladığı ortaya konmuştur. Bu çözümün pratik sonucu şu oluyor ki; feragat ve kabûl irâde bozukluklarından biriyle sakatlandığı ya da bu konuda yetkili olmayan vekil veya temsilciden kaynaklandığı takdirde, feragat ve kabûlün hükümden düşürülmesi için, irâde bozukluğu ile sakatlanmış herhangi bir hukuki işlem için olduğu gibi bu konuda ayrı bir dava açılması mümkündür. Eğer uyuşmazlığın feragat ve kabûle dayanılarak verilecek hükümle son bulduğu kabûl edilecek olursa, feragat ve kabûlün hükümsüzlüğünü iddia için hükme karşı kanun yollarına başvurmak gerekecektir.” Şeklindeki ifadelerinden çıkarılması gerekli sonuç da aynıdır (Bkz., Postacioğlu/Altay, s.872, N.1458).

³⁰⁴ Ayrıca bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2004, s.315 ve orada dpn.433'te gösterilen eserler. Şunu da belirtelim ki, anılan yazarların 21. baskıda, kabule ilişkin mahkeme kararının, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce geçişini sağlayacağı görüşünde oldukları anlaşılıyor (bkz., aynı yazarlar, s.408, N.1504).

³⁰⁵ Ayrıca, bkz., Ertaş, Eşya Hukuku, s.273, N.1251.

³⁰⁶ Bkz., Ertaş, Eşya Hukuku, s.273, N.1251.

Başka bir anlatımla, buradaki satış tutanağı, TMK.716 anlamında bir hukuki sebeptir.

e) Trampa

Taşınmazlara ilişkin trampa sözleşmesinin de tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerektiğinde şüphe yoktur (TMK.706; Tapu K.26). Şu halde, bu sözleşmeler de resmi şekle, hem de özellikli resmi şekle tabidir.

Şayet, tapu sicil memurunun düzenlediği resmi sözleşmenin imzalanmasına rağmen, ilgili trampa sözleşmesinin taraflarından biri diğer taraf lehine tescili talep etmekten (TMK.1013/I) kaçınırsa, diğer taraf TMK.716 hükmüne dayanarak trampa konusu taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanabilecektir. Şunu hemen ifade edelim ki, böyle bir ihtimalde, hâkim, trampa konusu her iki taşınmazın mülkiyetinin de karşılıklı olarak taraflara geçtiğine karar vermek durumunda kalacaktır. Burada, satış sözleşmesinde görülen durum söz konusu değildir. Gerçekten, davacı adına mülkiyetin geçtiğine hükmedebilmek için, davacının maliki olduğu taşınmazın mülkiyetinin de davalıya geçtiğine hükmetmekten başka hukuki çare yoktur. Bu bakımdan, mahkemenin, usul hukukunda esas olan taleple bağlılık ilkesi (HMK.26) bakımından sıkıntı yaşamaması da söz konusu olamaz. Çünkü, trampada, davacı, karşı edimin ifasını istemekle (ifa menfaatine hâkim kararı ile kavuşmayı istemekle), kendine ait taşınmazın mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesini de istemiş olmaktadır. Başka bir deyişle, burada, hâkim, talepten fazlasına veya başkasına (HMK.26/I) hükmetmiş olmayacaktır. Trampanın niteliği gereği, davalı, nasıl ki, mülkiyetini geçirmeyi vaad ettiği taşınmazın hâkim kararı ile davacıya verilmesine karşı çıkamazsa (zira, TMK.716'dan çıkarılması gereken sonuç budur), aynı şekilde, davacının taşınmazına yine hâkim kararı ile malik olmaktan da kaçınamayacaktır.

Burada itiraf edilmelidir ki, ülkemizdeki tapu uygulamasında, tapu memuru, resmi sözleşmeye tescilin de talep edildiğini yazdığı için³⁰⁷, trampa sözleşmesinin imzalanması üzerine tescile artık taraflar engel olamayacaklardır. Böylece, tapu sicil memuru tarafından düzenlenen ve taraflarca imzalanan trampa sözleşmesi bakımından, ülkemizdeki uygulama açısından yukarıda ele alınan sorunlar, olayların çoğunda, kendini göstermeyecektir. Bununla birlikte, söz konusu uygulamaya uyulmaması ve bu uygulamanın terkedilmesi ihtimali bakımından, yukarıdaki açıklamaları yapmanın yararlı olduğu düşünülmüştür.

Acaba, tıpkı taşınmaz satış vaadi gibi trampa vaadi de mümkün müdür; eğer bu mümkünse taraflardan biri vaadini yerine getirmezse TMK.716 hükmü işletilebilir mi? Trampa vaadinin hukuken mümkün görülmesine bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz. Çünkü, bu türde bir önsözleşmenin yapılmasını yasaklayan düzenleme bulunmadıkça, sözleşme özgürlüğü ilkesi, vardığımız sonucu haklı gösterecektir ve sözü geçen yasak da yoktur. Öte yandan, trampa vaadi sözleşmesi de, taşınmaz satış vaadine kıyasen noterlerce düzenleme biçiminde yapılabilecektir³⁰⁸.

Ele almak istediğimiz sorun şudur: Acaba, trampa vaadinin bir tarafı, edimini yerine getirmekten, yani tapu dairesine gidip resmi sözleşmeyi ve tescil talebini imzalamaktan kaçınırsa, diğer taraf, TMK.716 hükmü gereğince mahkemeye gidebilir mi? Hiç şüphesiz, bu sorunun cevabı olumludur. İşte, bu ihtimalde, hâkim, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, ilgili taşınmazların mülkiyetlerinin taraflara geçmesine karar verecektir. Görüldüğü üzere, konuya ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar, trampa vaadi sözleşmeleri bakımından daha yoğun uygulama alanı bulabilecektir.

³⁰⁷ Bkz., bu paragraf, I, 1, a, aa.

³⁰⁸ Burada, trampa vaadine de uygulanabilecek olan ve taşınmaz satış vaadine ilişkin bulunan resmi şekli gerçekleştirecek makamlar konusundaki tartışmalara girmiyoruz (bu konuda bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı , s.391, N.1470).

f) Adi Ortaklık

Adi ortaklık sözleşmesinin hiçbir şekle bağlı olmadığı görülmektedir³⁰⁹. Öte yandan, adi ortaklığın tüzel kişiliği de yoktur³¹⁰. Uygulamada, örneğin bir inşaat işi için kurulan adi ortaklıktan bağımsız bölüm satın almak isteyen kişi ile bu ortaklık üyeleri (veya yetkili temsilci) arasında adi yazılı biçimde sözleşme yapılmakta, bazen de bu sözleşmeye uyulmamaktadır. Belirtelim ki, eğer anılan sözleşme noterce düzenlenen bir satış vaadi niteliğini taşıyorsa, TMK.716 hükmünün bütün ortaklara karşı işletilmesine bir engel yoktur. Zira, ortaklar, sözleşme konusu taşınmaza elbirliği halinde malik oldukları için (TBK.638/I)³¹¹, tescile zorlama davası da bütün ortaklara yöneltilecektir. Buna karşılık, söz konusu sözleşme, şekline uygun bir satış vaadi niteliğini taşımıyorsa, TMK.716 madde uygulanamaz. Adi ortaklık sözleşmesinin şekle tabi olmaması, bu sonucu değiştiremez³¹².

Bazen, birkaç kişi bir inşaat işi için bir araya gelip adi ortaklık kurabilirler. Bu ortaklık sözleşmesinde, yapımı tamamlanacak olan binanın oluşacak bağımsız bölümlerinin ortakların mülkiyetine geçirileceği düzenlemesi de mevcut olabilir. Daha sonra, şartlar oluştuğu halde, aslında elbirliği halinde malik olunan binanın söz konusu bağımsız bölümlerinin ilgisine verilmesi konusunda elbirliği sağlanamazsa, acaba sorun nasıl çözülmelidir? Hemen belirtelim ki, eğer adi ortaklık sözleşmesi noter tarafından düzenleme biçiminde yapılmışsa, kendisine düşen bağımsız bölümün maliki olmak isteyen ortak, bize göre, doğrudan doğruya adi ortaklık sözleşmesine dayanarak TMK.716 hükmünü işletebilmelidir. Buna karşılık, adi

³⁰⁹ N. Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Bası, İstanbul 2010, s.74, N.142; adi ortaklık sözleşmesine ilişkin şekil konusunda ayrıntılar için bkz., E. Hamamcıoğlu/A. Karamanlioğlu, *Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, 22/3, s.1303-1331.

³¹⁰ Barlas, s.66, N.129.

³¹¹ Şayet, adi ortaklık sözleşmesinde paylı mülkiyet esası kabul edilmişse (TBK.638/I'in metni buna imkân vermektedir), aslında bütün payların kazanılması için davanın yine tüm ortaklara yöneltilmesi gerekecektir (adi ortaklıkta paylı mülkiyet esasının sözleşme ile kabulü bakımından ayrıca bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.345 ve dph. 282'de gösterilen eserler).

³¹² Bkz., ve krş., Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.275, N.1254.

ortaklık sözleşmesi anılan şekilde yapılmamışsa ve ortaklara bağımsız bölüm verme taahhüdü de noterde düzenleme biçiminde gerçekleştirilmemişse, böyle bir durumda TMK.716 uygulanamayacak, yani taşınmaz (bağımsız bölüm) mülkiyeti mahkeme kararı ile kazanılamayacaktır³¹³. Şüphesiz, bütün bu açıklamalar, ilgili binada daha önce kat mülkiyetinin kurulmuş olduğu, yani ilgili ünitelerin Kat Mülkiyeti Kanunu'nun düzenlediği anlamda bağımsız mülkiyet konusu niteliğini taşıdığı varsayılarak yapılmış bulunuyor. Şayet, bağımsız bölümler bu anlamda oluşmamışsa, zaten TMK.716, ilgili üniteler için uygulanamayacaktır. Ancak, ortaklık sözleşmesi ortaklara kat irtifaklı ünitelerin verilmesini konu edinmişse, bu takdirde TMK.716'nın uygulanması bakımından kat mülkiyetinin kurulması aranmaz. Bunun gibi, sözleşme ortaklara temeldeki arsanın belirli paylarının tahsisini düzenlemişse, yerine göre binalı veya binasız arsanın ilgili payının verilmesi için TMK.716 hükmü işletilebilecektir.

Yeri gelmişken, adi ortaklığın tasfiyesine de, konumuzla ilgili olduğu ölçüde değinmek istiyoruz. Kanuna göre, adi ortaklığın sona ermesi halinde, tasfiye de elbirliği ile yapılacaktır (TBK.644/I). Yine Kanun, tasfiye usulünde veya tasfiye sonucunda her bir ortağa dağıtılacak paya ilişkin uyuşmazlık çıkarsa, ilgililerin istemi üzerine, çıkan anlaşmazlık hâkim tarafından çözüme bağlanacaktır (TBK.644/son). Burada, çalışmamızı ilgilendiren konu şudur: Acaba, ortaklık malları arasında taşınmazlar da varsa ve hâkim bunları ortaklara verecekse, bunların mülkiyeti ilgisine mahkeme kararı ile mi, yoksa tapuya tescil ile mi geçecektir? Bu sorunun cevabı Kanunda yoktur. Kanaatimizce, TMK.705/II hükmünün genel bir ifade ile mahkeme kararını da tescilsiz kazanma sebebi olarak zikretmiş oluşu karşısında, bu konuda TMK.716 hükmüne ayrıcalık (imtiyaz) tanımak, TMK.705/II' deki atfın yegâne muhatabı olarak TMK.716'yı kabul etmek, doğru olmaz. Esasen, menfaatler durumu bakımından dahi, TMK.716 ile konuya ilişkin diğer

³¹³ Krş., Ertaş, Eşya Hukuku, s.275, N.1254.

hükümler arasında fark gözetmenin kolay bir gerekçesi de yoktur. Diğer bir deyişle, burada, ilgili taşınmazın mülkiyetinin mahkeme kararı ile tescilden önce kazanılması, TBK.644/son hükmüne dayanacaktır.

g) İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme

Bu hukuki görünüme, “alenî mükâfaat vaadi” de denilmektedir. Söz konusu hukuki işlem, TBK.9 hükmünde düzenlenmiştir. Kanun, bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yolu ile vaad eden kimsenin, sözünü yerine getirmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir (TBK.9/I).

İlan yolu ile ödül sözü verme, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Söz konusu ödül, eğer bir taşınmazın mülkiyeti ise ve ödül vaadi konusu sonuç da gerçekleşirse, vaad eden tarafından, ilgili taşınmazın mülkiyeti, sonucu gerçekleştiren kişiye (veya kişilere) sağlanmalıdır. Acaba, ödül sözü verme işlemi, tapu memuru tarafından düzenlenen resmi senet yerine geçecek midir? Bunun gibi, ödül sözü veren, sonuç gerçekleştiği halde sözünü yerine getirmekten kaçınırsa, ödül sözü verme işlemi, resmi şekilde yapılmasa da TMK.716 anlamında hukuki sebep sayılabilecek midir? Doktrinde, bu işlemin resmi şekle uyulmadan da yapılabileceğinin kabul edildiğini görmekteyiz³¹⁴. Şayet, bu görüş kabul edilirse, ödül sözü verme işlemine uymayan söz verene karşı, sonucu gerçekleştiren kimsenin TMK.716 uyarınca ilgili taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanması mümkün olacaktır. Buna karşılık, aksi görüşte olunursa, bu sonuca varılamayacaktır. Bu hususta kanuna açıklık getirilmelidir. Çalışmamızın konusu, “ilan yolu ile ödül sözü verme” olmadığı için, bu hususa daha fazla yer ayırmak istemiyoruz.

³¹⁴ Bkz., Ertaş, Eşya Hukuku, s.274, N.1253. Yazar, burada, net bir tavır sergilememiş, S. S. Tekinay’ın Eşya Hukuku (Eşya Hukuku, İstanbul 1989) isimli eserine atıf yapmakla yetinmiştir. Konuya ilişkin tereddütler için ayrıca bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.537-538.

h) Ödüllü Yarışma Ve Piyango Tertibi

Ödüllü yarışmada ödül olarak bir taşınmaz konulmuşsa, yarışmaya katılma sözleşmesinin resmi şekle tabi olup olmayacağı hususu da tartışmalıdır. Bazı yazarlar, burada da resmi şekle ihtiyaç olmadığını savunmuşlardır³¹⁵. Bu görüşün kabulü halinde de, TMK.716'nın uygulanması bakımından, ilan yolu ile ödül sözü verme konusu için yapılan açıklamalar geçerli olacaktır. Yargıtay, 1958 tarihli bir Ticaret Dairesi kararında ise, kendisine ödül isabet edenin sadece resmi sözleşmenin yapılması konusunda bir talep hakkına sahip olacağını kabul etmiştir³¹⁶. Eğer, Yargıtay'ın bu kararındaki görüşüne uyulursa, bu takdirde, yarışmaya katılma sözleşmesi, resmi şekilde olmasa da, istisnaen taşınmaz satış vaadi gibi kabul edilecek ve doktrindeki baskın görüşe ve Yargıtay kararlarına uygun olarak³¹⁷, yarışmayı tertipleyen sözleşmeye aykırı davranıp tapuda işlem (resmi sözleşme ve tescil talebi) yapmaktan kaçınması üzerine TMK.716 hükmü işletilebilecektir. Görülüyor ki son tahlilde, doktrindeki anılan görüş ile Yargıtay'ın incelemekte olduğumuz görüşü, taşınmaz satış vaadi konusundaki baskın doktrin ve Yargıtay görüşüne baktığımızda, aynı pratik sonuca ulaşmaktadırlar.

Piyango tertibi için de, benzer açıklamalar yapılmalıdır. Piyango tertibinde de, piyango konusu bir taşınmaz ise, doktrindeki bir görüş, resmi şekle uyulmasının gerekmediği yönündedir³¹⁸. Yargıtay Ticaret Dairesinin sözü geçen 1958 tarihli kararını burada da anmak gerekiyor. Belirtelim ki, ister doktrindeki bir görüş kabul edilsin isterse Ticaret Dairesi gibi düşünölsün, sonuç değişmeyecek, gerektiğinde TMK.716 uyarınca taşınmaz mülkiyeti

³¹⁵ Bkz., Ertaş, Eşya Hukuku, s.274, N.1253 ve orada dpn.14'te anılan eser (bu hususta bir önceki dipnotumuza atıf yapmakla yetiniyoruz).

³¹⁶ Bkz., YTD., 4.10.1958, 57/2745-2313, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.364, dpn.351 ve orada anılan eser.

³¹⁷ Bkz., bu paragraf, I, 2.

³¹⁸ Bkz., Ertaş, Eşya Hukuku, s.274, dpn.14'teki eser.

mahkeme kararı ile kazanılabilecektir³¹⁹. Şurası açıktır ki, yapılan açıklamalar, piyango tertibinin devletin izni ile gerçekleştirilmesi halinde geçerlidir³²⁰.

II- DİĞER HUKUK DALLARI AÇISINDAN

1) Ticaret Hukuku

a) Şirketler Bakımından

Ticaret şirketleri bakımından da taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması söz konusu olabilecektir. Bilindiği gibi, ticaret şirketleri “şirket sözleşmesi” denilen temel düzenlemelere tabidir. Bu sözleşme, anonim şirketlerde “esas sözleşme”, şahıs şirketlerinde ve limited şirketlerde “şirket sözleşmesi” ve kooperatiflerde “anasözleşme” adlarını almaktadır (TTK.135/1).

İşte, şirket sözleşmesi (veya esas sözleşme)³²¹, sermaye olarak bir taşınmazın konulmasını öngörmüşse, yani ortakların sermaye olarak taşınmaz mülkiyetini geçirme borcu şirket sözleşmesinde yer almışsa, bu hükümler, resmi şekil aranmaksızın geçerli olacak ve tapu kütüğüne şirket adına tescilin hukuki sebebini oluşturacaktır (TTK.128/3). Acaba, bir ortak, sermaye olarak koymayı taahhüt ettiği taşınmazın mülkiyetini şirkete devretmekten kaçınırsa, şirket TTK.128/3 ve TMK.716 hükümleri uyarınca ilgili taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararı ile kazanabilecek midir? Belirtelim ki, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu bakımından bu problem ortadan kalkmıştır. Çünkü, söz konusu Kanuna göre, artık, tapu siciline tescil istemi, yani alışılmış deyimle tescil talebi (TMK.1013/I), ticaret sicili müdürü tarafından re’sen ve hemen yapılacaktır (TTK.128/6). Şu halde, artık, şirket sözleşmesinde (veya esas sözleşmede), sermaye olarak bir taşınmazın konulması hükmü yer almakla

³¹⁹ Anılan Yargıtay kararı bakımından aynı görüşte Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.538.

³²⁰ Bkz., Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya, s.538.

³²¹ Doktrinde Kendigelen, TTK.128’de geçen “esas sözleşme” teriminin kullanılmasına gerek olmadığı görüşündedir. Açıklamalar bkz., A. Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, s.127.

beraber, malikin tescil talebinden kaçınması ve dolayısıyla şirketin TMK.716 hükmünü işletmeye mecbur kalması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Ekleme gerekir ki, TTK.128/6 hükmü, ihtiyatlı davranmış ve şirketin tek taraflı tescil talebinde bulunabileceğini de belirtmiştir. Oysa, önceki Ticaret Kanunu, ticaret sicili müdürünün tescili talep yetki ve görevinden söz etmemiştir³²². Yeni kanun, sözü edilen düzenlemeyi getirmekle, yani tapu siciline re'sen tescil istemini yöneltmesi için ticaret sicili müdürüne yetki vermesi ve görev yüklemesiyle, önceki kanun dönemindeki konuya ilişkin uyuşmazlıkların önüne geçmek istemiştir.

Görüldüğü üzere, ticaret şirketine sermaye olarak bir taşınmaz konulması söz konusu ise, ilgili şirket sözleşmesi (ve esas sözleşme) başka bir şekil (tapu memurunun yapması gerekli resmi sözleşme) gerekmesizin konuya ilişkin borçlanma işlemi niteliğini taşıyacaktır. Diğer bir deyişle, şirket sözleşmesindeki (ve esas sözleşmedeki) imzaların noterce onaylanması bu hususta yeterlidir³²³. Ne var ki, TTK.128/5 hükmünün, sermaye olarak taşınmaz konulması durumunda şirketin bu taşınmaz üzerinde tasarruf edebilmesini tapu siciline tescil şartına bağlamış olması, çalışma konumuzu yakından ilgilendiren bir tartışmaya da geçit vermiş durumdadır. Şöyle ki, burada, tescilin kurucu olup olmadığı tartışılabilir. Bir başka deyişle, sicil dışı kazanımlarda da, tasarruf işlemi yapabilmek, mesela sicil dışında mülkiyeti kazanılan bir taşınmazı satın devredebilmek için tescil şarttır (TMK.705/II). Şunu söylemek istiyoruz ki, TTK.128/5 hükmündeki “şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir” şeklindeki düzenleme, belirtildiği üzere, tescilin kurucu olmadığı, yani mülkiyetin tescilden önce şirkete geçtiği görüşünün savunulmasına sebep olabilecek niteliktedir³²⁴. Şayet

³²² Bu hususlarda bkz., Bahtiyar, s. 56-57, dñn. 75'teki açıklamalar; M. Özdamar, 6102 Sayılı TTK. Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, www.dergipark.gov.tr, s.145-146, 15.06.2020; Bahtiyar, Makale, s.3889 vd.

³²³ Bkz., Bahtiyar, s.56; A. Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara 2013, s.171.

³²⁴ Nitekim bu görüşte bkz., Bahtiyar, s.56, dñn.74'te gösterilen eserler; Kendigelen, s.125, dñn.8.

tapuya tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu görüşü kabul edilirse, bu sefer de, ilgili taşınmazın mülkiyetinin şirkete geçme zamanını tartışmak gerekir. Çalışma konumuzun sınırları dışında kalacağını düşündüğümüz için, bu ve buna benzer konulara girmek istemiyoruz. Şüphesiz, eğer tescilin açıklayıcı olduğu görüşü benimsenirse, mülkiyetin kazanılması için mahkeme kararına gerek duyulmayacağı için, konuya ilişkin olarak daha fazla açıklama yapmamıza yer olmayacaktır.

Buna karşılık, tescilin kurucu olduğu görüşü benimsenirse, şirket tarafından TMK.716 uyarınca tescile zorlama davası açılabilir ve taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması durumu ile karşı karşıya gelinecektir. Zira, tescilin kurucu olduğu varsayımında sadece taahhüt ile taşınmaz mülkiyeti şirkete geçmeyecek, sermaye olarak taşınmaz taahhüt eden kimse de, tescile yanaşmazsa, şirketin TMK.716 hükmüne dayanarak mülkiyeti mahkeme kararı ile kazanma yoluna gitmekten başka çaresi kalmayacaktır (TTK.128/7). Şahıs şirketlerinde, bu davayı ortaklar da açabilecektir (TTK.128/7).

Belirtildiği üzere, buradaki tescilin kurucu mu, açıklayıcı mı olduğu konusu tartışılabilir niteliktedir. Nitekim, Türk Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesi bakımından tapu siciline yapılacak tescilin hukuki niteliği sorunu doktrinde tartışılmıştır³²⁵

İşte, şayet sermaye olarak konulan taşınmazın mülkiyetinin şirkete geçmesi için tescilin şart olduğu kabul edilirse, ilgili şirket sözleşmesi (ve esas sözleşme) TMK.716 anlamında hukuki sebep teşkil edecektir. Şunu da belirtelim ki, sermaye olarak taşınmazın konulmasına ilişkin hüküm içeren şirket sözleşmesi (ve esas sözleşme), yeni Ticaret Kanunumuz bakımından

³²⁵ Konuya ilişkin tartışma ve görüşler için bkz., N. Akdağ Güney/M. Alper Gümüş, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşınmazların Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi Ve Tescilsiz İktisabı, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul 2013, Cilt:3, Sayı:1, s.33 vd.

yeterli olmamakta, taşınmazın aynı sermaye olarak kabulü için, ilgili taşınmazın değer tespiti ve bu değerle birlikte durumun tapuya şerhi de gerekmektedir (TTK.128/2)³²⁶. Kanun'un sözüne bakılırsa, bu şerh yapılmadıkça, şirket sözleşmesi (ve esas sözleşme) TMK.716 anlamında hukuki sebep sayılmamalıdır. TTK.128/2 hükmü, söz konusu tavrı ile, üçüncü kişilerin ilgili taşınmaz bakımından TMK.1023 hükmünden yararlanmamasını garanti altına almak istemiştir³²⁷.

b) Kooperatifler Bakımından

Yapı kooperatifleri, konut veya işyeri yaparak bunları ortaklarının mülkiyetine geçirme amacını gütmektedirler. Yapı kooperatifleri bakımından da, temel kanun, 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'dur. Burada, kooperatif hukuku, elbette ele alınmayacaktır. Çalışmamızı, kooperatiflerin anasözleşmelerine ilişkin Koop K. 2/II hükmü ilgilendirmektedir.

Söz konusu hüküm aynen şöyledir: “Yapı kooperatifleri ile konusuna taşınmaz mal temlik dahil bulunan diğer kooperatiflerin ana sözleşmelerinde ortaklara taşınmaz mal temlik edileceği hakkındaki taahhütler başka bir resmi şekil aranmaksızın muteberdir”. Öte yandan, Koop. K. 2/I hükmü de, “ana sözleşmedeki imzaların noterce onaylanması gerekir” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Demek oluyor ki, ortaklara taşınmaz mülkiyetinin devredileceği hükmünü taşıyan anasözleşme, noterce düzenleme biçiminde yapılmassa da ana sözleşme olarak geçerli olup, bu sözleşme, aynı zamanda, bu haliyle, taşınmaz mülkiyetinin el değiştirmesine yönelik geçerli bir hukuki işlem niteliğini taşıyacaktır. Şimdi şu sorunun sorulması gerekir: Acaba, söz konusu anasözleşme, taşınmaz satış vaadi mi sayılacak, yoksa tescile esas hukuki sebep, yani tapu memuru tarafından yapılan resmi sözleşme niteliğinde mi

³²⁶ Ayrıca bkz. Sevi, s. 269; Özdamar, s.146. Belirtelim ki, TTK.128/II'nin “taşınmazın” değil de, “taşınmazın sermaye olarak konulmasının” şerhinden söz etmesi gerekirdi.

³²⁷ Bkz., Kendigelen, s.125, dpn.8.

kabul edilecektir? Bu husustaki düşünce tarzının ikiye ayrıldığını görmekteyiz. Doktrindeki bir görüşe göre, bu sözleşme taşınmaz satış vaadi niteliğindedir³²⁸. Hemen belirtelim ki, Yargıtay da bu görüştedir³²⁹. Bir diğer görüş ise, söz konusu anasözleşmeyi tescilin hukuki sebebi olarak kabul etmektedir³³⁰. Hemen ifade etmeliyiz ki, çalışma konumuz bakımından ve doktrindeki baskın görüşe ve ayrıca Yargıtay görüşüne nazaran, söz konusu kooperatif anasözleşmesinin hukuki niteliği hakkındaki her iki görüş de bir fark oluşturmaz. Çünkü, baskın görüşe ve bizdeki uygulamaya göre³³¹, taşınmaz satış vaadi de, tıpkı satış sözleşmesi (daha geniş olarak taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sebebinin oluşturan borç kaynağı işlemler) gibi TMK.716 hükmü anlamında hukuki sebeptir³³².

Şu halde, konusuna taşınmaz temlik giren kooperatif anasözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, bu anasözleşme, kural olarak, TMK.716 anlamında hukuki sebep olacak ve dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması olgusu ile karşılaşılabilecektir.

2) İcra ve İflas Hukuku

İcra ve İflas Kanunu'nda da, konumuzla ilgili düzenlemeler mevcuttur. Bunlara da, inceleme konumuzu ilgilendirdiği ölçüde değinmek gerekmektedir.

Söz konusu hususlardan biri, İİK.94/II hükmü ile karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm, borçlunun tapu dışında (tescilden önce) kazandığı mülkiyet hakkına veya diğer ayni haklara ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Hükme göre, alacaklının talebi üzerine icra dairesi, alacaklıya, açıklayıcı tescili borçlu adına

³²⁸ Bkz., Arpacı, İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, 2. Baskı, İstanbul 1995, s.31 vd.

³²⁹ Y11HD., 27.12.1976, 5220/5655, G. Eriş, Açıklamalı- İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 1998, s.127-129.

³³⁰ Bkz., örneğin, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.364, N.1412.

³³¹ Bkz., bu paragraf, I, 2.

³³² Bu hususta fark gözetilen azınlık görüşü için bkz., bu paragraf, I,2.

yaptırabilmesi için yetki verecek ve durumu tapu ve gemi sicili dairesine bildirecektir. Görülüyor ki, hükmün bu kısmı çalışma alanımızı ilgilendirmemektedir. Ancak, anılan hükümde, icra dairesinin bu bildirimi “icabında mahkemeye” de yapacağı yazılı olduğu için, Kanun’un düzen tarzının çalışma alanımızın yine de sınırları içinde kaldığı görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, İİK.94/II hükmünün ifade tarzı başarılı değildir. Gerçekten, bu düzenleme, aslında, belirttiğimiz üzere, borçlunun tescilden önceki kazanımları ile ilgilidir. Kanun, bu şekilde kaleme alınmıştır. Ne var ki, anılan son ifade ile, bildirimin gereğinde mahkemeye de yapılacağı dile getirilerek kafa karışıklığına sebep olunmuş, borçlunun mahkeme kararı ile mülkiyet kazanması halinin de buraya girdiği kanaatinin doğmasına yeşil ışık yakılmıştır. Nitekim, doktrin³³³ ve Yargıtay³³⁴ tarafından da, alacaklıya,

³³³ Bkz., B. Kuru / B. Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2021, s.175-176; S. Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 1975, s.211; T. Muşul, Teorik ve Uygulamalı İcra Hukuku I, İstanbul 2001, s.558.

³³⁴ Y4HD., 29.11.1971, 8638/9927. Bu karar şu şekildedir: “...Maddede benimsenen yetkiler arasında bir taşınmazın kovuşturma borçlusuna aldığı mal satış parası karşısında satışının vadedilmesi sonunda doğan tescil isteme yetkisi konusunda alacaklıya işlem yapma olanağı tanınacağı belirtilmemiş ise de, uyumsuzluk konusu icra kovuşturmasında Yasaca benimsenen bu ilkeler uyarınca alacaklıya bu yetki verilmiş ve alacaklı bu yetki belgesine dayanarak; kovuşturma borçlusuna ondan aldığı satış parası karşısında taşınmazının satışını vadeden satıcıya karşı tescil davası açmış ve bu davanın konusu, açılan tescil davasının kararından önce ve sonraki infaz işlemleri sırasında kovuşturma alacaklısının katlanıp sonradan söz konusu 94. maddenin son fıkrası uyarınca takip borçlusundan aldığı giderlerdir. İcra ve İflas Yasası buna benzerliğinin ileri sürülebilmesi yanlışlık sayılmayacak başka bir durumda; 120. maddesinin 2. fıkrasında yer alan giderlerde öngörülen durumun aksine, bu konuda katlanılan giderlerin kovuşturma borçlusuna ait olup ayrı bir kovuşturmaya yer kalmadan bunların o kovuşturma dosyasıyla borçludan alınacağı duyurulmuştur.

Öte yandan alacaklı, satış vaadine göre açtığı taşınmazın tescil davasında bu esas uyarınca merciinden yetki belgesi almış, davada açıkça kendisine karşı icra kovuşturmasına girdiğini borçlu adına tescil davasını açtığını dava dilekçesinde açıklamış, o mahkemeye yetki belgesini de ibraz etmiştir ...”, (www.legalbank.net, 29.07.2021); Üstündağ, İcra, s.211; Y14HD., 7.4.1997, 2250/2758. Bu karar aynen şöyledir: “... Alacaklı, borçlusunun bir gayrimenkulü, satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığını, satış vaadi ile alınan taşınmazın borçlu adına kaydı halinde bu taşınmazın satışı ile alacağından istifade edeceğini ileri sürerek, İcra İflas Kanunun 94. maddesi uyarınca borçlusunun satış vaadi ile aldığı taşınmazın onun adına tescili için satıcıları aleyhinde iş bu davayı açmıştır. Bu tür davalarda icra İflas Kanununun 94. maddesi gereğince dava açan alacaklı, taşınmazın borçlusu adına tapuya tescilini ister. Böyle davalarda karar başlığına da gerçek satış vaadi alacaklısı yazılır. İcra İflas Kanununun 94. maddesine göre yetkili kişi borçlusu adına dava açar, yetki belgesi alan şirket davayı açmış, dava sırasında bu hakkını Selvihan’a temlik etmiştir.

Borçlar Kanunu hükümlerine göre, alacaklının alacağını ve hakkını temlik için borçlunun muvafakatına ihtiyaç yoktur. Alacaklı hakkını temlik ettiğine göre, temellük eden onun bütün haklarına halef olur. Halefiyet, İcra İflas Kanununun 94. maddesi uyarınca verilen yetkiyi de kapsar. Bu sebeple, davaya devamla, toplanan delillerle bir karar verilmesi gerekir iken, yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru

mahkemenin yenilik doğurucu karar vermesi için gerekli davayı açma yetkisinin tanınabileceği kabul edilmiştir. Ancak, itiraf edelim ki, anılan yazarların konuya ilişkin tavırlarının yine de net olmadığı söylenmelidir. Bu yazarların, belirttiğimiz yöndeki Yargıtay kararlarına atıf yapmış olmaları dolayısıyladır ki, yazarların da Yüksek Mahkeme gibi düşündükleri sonucuna varmış bulunuyoruz. Zira, yazarlarca, bu kararlara karşı çıkılmamıştır. Söz konusu kararların ilgili kısımlarını aynen nakletmekte yarar görmekteyiz. Örneğin, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1990 tarihli bir kararında, bu konuda aynen şöyle denilmektedir: “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, dava dışı borçlu Rıfat'ın davacıya olan borcunun ödenebilmesi için, Rıfat'ın eser sözleşmesine istinaden davalıya ait taşınmazda inşa ettiği binadan kendisine isabet eden dairenin borçlu adına tescili isteğinden ibarettir. Dava dilekçesinde de bu şekilde talepte bulunulmuştur.

Davacı İİK.nun 94. maddesine göre yetki belgesi de alıp ibraz etmiştir. Böylece tapuya tescil isteği davacı adına değil borçlu yüklenici Rıfat adına. Bu durum karşısında mahkemece usulüne uygun şekilde taraf delillerinin toplanıp birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken...”³³⁵.

Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, görüldüğü üzere, İİK.94/II hükmünün “ve icabında mahkemeye bildirir” şeklindeki ifadesinden hareketle, alacaklının, borçlu adına TMK.716'daki davayı açabileceği sonucuna ulaşmıştır. Gerçekten, kararda adı geçen borçlu Rıfat'ın, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince bağımsız bölüm alacaklısı olduğu ve dolayısıyla taşınmaz satış vaadini de içeren bu sözleşmeden dolayı TMK.716 hükmüne dayanabileceği anlaşılmaktadır.

görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir...”, (www.legalbank.net, 29.07.2021); ayrıca, Muşul, s.559, dpn. 56.

³³⁵ Bkz., Muşul, s.558, dpn.55.

Yargıtay'ın konuya ilişkin daha önce 334 no.lu dipnotunda yer verdiğimiz kararını burada yeniden ele almakta fayda görüyoruz. Bu karar şu şekildedir: “Alacaklı, borçlusunun bir gayrimenkulü, satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığını, satış vaadi ile alınan taşınmazın borçlu adına kaydı halinde bu taşınmazın satışı ile alacağından istifade edeceğini ileri sürerek, İcra İflas Kanunu’nun 94. maddesi uyarınca borçlusunun satış vaadi ile aldığı taşınmazın onun adına tescili için satıcıları aleyhinde iş bu davayı açmıştır. Bu tür davalarda İcra ve İflas Kanunu’nun 94. maddesi gereğince dava açan alacaklı, taşınmazın borçlusu adına tapuya tescilini ister. Böyle davalarda karar başlığına da gerçek satış vaadi alacaklısı yazılır. İcra İflas Kanunu’nun 94. maddesine göre yetkili kişi borçlusu adına dava açar, yetki belgesi alan şirket davayı açmış, dava sırasında bu hakkını Selvihan’a temlik etmiştir. Borçlar Kanunu hükümlerine göre, alacaklının alacağını ve hakkını temlik için borçlunun muvafakatına ihtiyaç yoktur. Alacaklı hakkını temlik ettiğine göre, temellük eden onun bütün haklarına halef olur. Halefiyet, İcra İflas Kanununun 94. maddesi uyarınca verilen yetkiyi de kapsar. Bu sebeple, davaya devamla, toplanan delillerle bir karar verilmesi gerekir iken...”³³⁶. Bu karardan da, Yargıtay’ın, taşınmaz satış vaadi alacaklısı, ama davacı karşısında borçlu olan kimsenin satış vaadi alacağından doğan hakkını, İİK.94 uyarınca, alacaklının, borçlu adına dava edebileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay’a göre, davacı, alacağını dava sırasında temlik etmişse, yeni alacaklı ile davaya devam edilecektir. Kararda anılan davanın TMK.716 hükmüne dayanan dava olduğu da açıktır.

Kanaatimizce de, Yargıtay’ın bu kararları son derece isabetlidir. Aksi halde, kanun koyucunun İİK.94 hükmü ile hedeflediği sonuca ulaşamaz ve “ratio legis” e aykırı yorum yapılmış olur. Yargıtay’ın yaklaşımı, alacaklının haklı menfaatlerinin maksimum (azami) ölçüde korunmasına hizmet etmektedir.

³³⁶ Bkz., Muşul, s.559, dpn.56.

Görüldüğü üzere, İİK.94/II hükmü dolayısıyla, TMK.716 hükmünün düzenlediği davayı, bu dava bakımından hak sahibi yerine, onun adına başkası açabilmektedir. Ancak, davacı sıfatı yine hak sahibinin olacak ve yenilik doğurucu karar o kişi adına verilecektir. Burada, davayı fiilen açan ve yürüten kişi, İİK.94/II hükmünden aldığı yetki ile devrededir; bir bakıma, yasal temsilcidir.

Şimdi de, konumuzla ilgili olup olmadığını görmek için İİK.277 vd. hükümleri ile düzenlenmiş olan iptal davasına göz atmamız gerekiyor. Hemen belirtelim ki, İİK.277 vd. maddeleri gereğince, alacaklı, borçlu ile borçludan taşınmaz mülkiyeti kazanan kişi arasındaki hukuki ilişki gereğince üçüncü kişinin mülkiyetine geçen gayrimenkulün yeniden borçlunun mülkiyeti altına girmesini sağlayamayacaktır. Bunu, İİK.283/I hükmünden kolayca anlamaktayız³³⁷. İptal davası alacaklı tarafından kazanılmakla dava konusu taşınmaz borçlunun mülkiyetine geri dönmeyeceğine göre, bu iptal davasının çalışma konumuza ilişkin bir yanı yoktur. İptal davası ister hacizde, isterse iflâsta söz konusu olsun, sonuç değişmeyecektir³³⁸.

³³⁷ Bkz., B. Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1991, s.538.

³³⁸ Ayrıntılar için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, s.538-539.

§9. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN MAHKEME KARARI İLE KAZANILMASININ İFA VE BORCA AYKIRILIK BAKIMINDAN ETKİSİ

Bu başlık altında ele almak istediğimiz sorun şudur: Acaba, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasına esas teşkil eden hukuki ilişkilerin tamamı, ifa veya borca aykırılık konularını bünyesinde barındırır mı? Hemen belirtmeliyiz ki, bu hususta genelleme yapılmamalı ve her bir hukuki ilişki ayrı ayrı ele alınmalıdır. Gerçekten, mahkeme kararı ile taşınmaz mülkiyetini kazandıran bazı hukuki ilişkiler ifa ve borca aykırılık kavramları ile yakından ilgili olmakla birlikte, bunlardan bazıları için bu sonuca varılamamaktadır.

Örneğin, TMK.716 hükmü anlamında bir hukuki sebep mevcutsa ve davacı bu sebebe dayanarak mahkeme kararı ile taşınmaz mülkiyetini kazanmışsa, davalının, tapuda gerekli işlemleri yaparak mülkiyeti geçirmeye yönelik borcunu kendi rızası ile ve anılan hukuki sebebe uygun olarak ifa etmediği ve dolayısıyla borca aykırı davrandığı görülmektedir. Söz konusu borca aykırılık, “borçlu temerrüdü” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Burada, borçlu temerrüdünü bütün yönleriyle ele almamız uygun olmaz. Çünkü, çalışmamızın konusu bu değildir. Ancak, bu başlık altında ele aldığımız hususun anlaşılması için, borçlu temerrüdüne de gerektiği ölçüde değinmemiz kaçınılmazdır.

Kanun, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde, diğerinin, borcun ifa edilmesi için bir süre verebileceğini veya bu sürenin hâkim tarafından verilmesini isteyebileceğini hükme bağlamıştır (TBK.123). Eğer alacaklı, aynen ifayı isteyecekse, yani diğer seçimlik hakları olan olumlu zararının veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep etmeyecekse, söz konusu sürenin tayinine

ihtiyaç bulunup bulunmadığı hususunun tartışmalı olduğunu da burada belirtmek isteriz. Şöyle ki, bir görüşe göre, alacaklı, eğer aynen ifayı ve gecikme tazminatını isteyecekse, süre tayin etmek zorunda değildir³³⁹. Başka bir görüş ise, aksi yöndedir³⁴⁰. Yargıtay ise, aynen ifayı isteyebilmek için olmasa da, gecikme tazminatı talep edebilmek bakımından süre tayinini gerekli görmüştür³⁴¹. İşte, alacak hakkı bir taşınmazın mülkiyetini kazanmaya yönelikse, aynen ifayı şu veya bu şekilde seçmiş olan alacaklı, şartları varsa TMK.716 hükmüne gidebilecek ve aynen ifa manfaatine mahkeme kararı ile kavuşacaktır. Alacaklının, temerrüt tarihinden başlayarak ilgili mahkeme kararının (yenilik doğurucu kararın) kesinleşmesine kadar geçen süre için gecikme tazminatı isteyebileceği de açıktır (TBK.125/I).

Yukarıda değinildiği üzere, mahkeme kararı ile taşınmaz mülkiyeti kazanılması, bazen, ifa ve giderek borca aykırılık kavramlarına ilk bakışta yabancı da görülebilir. Örneğin, haksız inşaatta TMK.724 hükmünün uygulanması dolayısıyla ilgili arazinin ve üzerindeki haksız yapının, yani bir bütün olarak taşınmazın mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasında, bir borcun ifası veya borca aykırılık kavramlarına her zaman yer olmadığı kanaati

³³⁹ Bu görüşte, S. S. Tekinay/S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s.961; Oğuzman/ Öz, s.505, dñn.609.

³⁴⁰ Aksine görüş için bkz., Feyzioğlu, Genel Hükümler, s.260, dñn.349.

³⁴¹ Bkz., Y11HD., 1.11.1983, 4595/4691. Anılan karar şöyledir: "...Borçlar Kanununun anılan maddesi hükmün göre, sözleşme taraflarından birisi temerrüde düştüğü takdirde diğer tarafın bu borcun ifası için temerrüt halinde bulunan tarafa (uygun bir mehil) vermesi gerekecektir (BK. 106/1). Şayet, bu mehil içinde de mütemerrit durumda bulunan taraf borcunu ifa etmediği takdirde, diğer taraf artık aynı maddenin 2. fıkrası gereğince ya aynen ifa, ve buna ilaveten gecikme tazminatı ister, veya aynen ifadan vazgeçerek borcun yerine getirilmemesinden doğan zarar ziyanını talep edebilir veyahut da sözleşmeyi derhal feshederek bundan doğan menfi zararını dava yolu ile isteyebilir.

Bu genel açıklamalar ışığı altında dava konusu olaya dönülecek olursa, BK.nun 187. maddesine uygun olmayan ihtarname keşidesinden sonra 12.9.1982 tarihine kadar davalı satıcının teslimatlarını hiçbir ihtirazı kayıt koymadan kabul eden davacı, bu tarih ile dava tarihi olan 8.11.1982 tarihi arasında kesin vadeli olmayan akdi ilişkilerde çekilmesi gereken ve BK.nun 106/1. maddesinde öngörölmüş bulunan (uygun bir mehil verme) amacına yönelik ihtarnameyi keşide etmeden bu davayı açmış bulunmaktadır. Davacı, akdi feshetmediğine göre, BK.nun 107. maddesindeki hallerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin de dava konusu olayda incelenmesi mümkün bulunmamaktadır. Açıklanan şu durum karşısında aynen ifa isteminde bulunan davacı alıcı, BK.nun 106/1. maddesinde öngörölmüş bulunan (uygun bir mehil) tayini ile ilgili ihtarnameyi keşide etmeden aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan (gecikme tazminatı) isteminde bulunamayacağını kabulü ile davacının bu yöne ilişkin tazminat talebinin reddi gerekirken, bu hususlar gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görölmediğinden hükmün bu yönden davalı yararına bozulması gerekmektedir." (www.legalbank.net, 29.07.2021); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.946, dñn.2b.

doğabilecektir. Durumu bir örnekle açıklayalım. Düşünölsün ki, bir kimse kendi arazisi üzerine başkasının malzemesiyle ve iyiniyetle, araziden parasal açıdan çok daha değeri bir bina yapıyor. İşte böyle bir durumda, arazi maliki de arazinin ve üstündeki binanın malzeme sahibine bedeli karşılığında verilmesini talep edebilecektir (TMK.724)³⁴². Eğer malzeme sahibi bu talebi yerine getirmezse, arazi maliki, dava açıp yenilik doğurucu bir kararla mülkiyetin karşı tarafa (malzeme sahibine) geçişini sağlayabilecektir³⁴³. Dikkat edilirse hemen görölür ki, bu varsayımda arazi malikinin malzeme sahibine, yani mülkiyeti kazanan kimseye karşı borcu yoktur ve dolayısıyla ifa veya ifa etmeme kavramları da bu hukuki görünümün dışındadır. Bu görünüm, biraz yukarıda ele alınan ve TMK.716 hükmünü ilgilendiren hukuki durumundan çok farklıdır. Bu noktada şu soru ortaya atılabilir: Acaba, arazi malikinin söz konusu talebi, malzeme sahibini borçlu kılmaz mı? Diğer bir deyişle, burada, malzeme sahibinin, gerekli bedeli ödeyerek araziye ve arazi üzerindeki yapıyı almak gibi bir borcu yok mudur? Hemen ifade edelim ki, bu durumda, malzeme sahibini alacaklı, arazi malikini de borçlu kabul etmenin yanlışlığı ortadadır. Gerçekten, her ne kadar bu örnekteki malzeme sahibi alacaklıya benziyorsa da, arazi malikinin borçlu kabul edilmesi mümkün olmadığından, yani sözü geçen talep onun için sadece bir hak olduğundan, malzeme sahibi de borçlu sayılamayacaktır. Burada, tek tarafa borç yükleyen bir hukuki işlem de yoktur. Eğer arazi malikinin talebi üzerine malzeme sahibi için “kanundan” (TMK.724) doğan bir borcun doğacağı kabul edilirse, malzeme sahibi ancak bu takdirde borçlu sayılabilecektir. Kanaatimizce, bu son düşünce tarzı yanlış değildir. Şayet bu şekilde bir sonuca varılırsa, örneğimizdeki malzeme sahibi talep üzerine temerrüde düşmüş olacak ve yenilik doğurucu mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte borç rıza dışında da olsa ifa edilmiş sayılacaktır. Açıktır ki, arazi sahibi, gecikme tazminatı, daha doğrusu bu örnekte, bedelin geç ödenmesi söz konusu ise, bunun için gecikme faizi ve bununla

³⁴² Bu hususta bkz., bu paragraf, I, 7.

³⁴³ Ayrıntı için bkz., bu paragraf, I, 7.

karşılanamayacak olan aşkın zararının tazminini isteyebilecektir (TBK.118 vd.).

Görülüyor ki, yukarıdaki örnek bakımından ilk bakışta ifa ve borca aykırılık kavramları yadırganabilmekte, ancak, malzeme sahibinin kanundan doğan ve taraflı borç yükü altında bulunduğu sonucuna varılırsa, bu kavramlar ile ilişki kurulabilmektedir³⁴⁴.

İnceleme örneği olarak seçtiğimiz haksız inşaatta, TMK.724 hükmünün uygulanmasını malzeme sahibinin talep etmesi ihtimalinde, taraflar arasında, alacak-borç ilişkisinin varlığı hemen görülebilecektir. Bu ihtimaldeki konuya ilişkin hukuki durum, yukarıda TMK.716 ile ilgili olarak yapılan açıklamalarda gösterildiği gibidir.

³⁴⁴ Belirtelim ki, doktrindeki bir görüşe göre, arazi maliki ile malzeme sahibi arasında borç ilişkisi kurulabilmesi için, malzeme malikinin arazi malikine yenilik doğurucu beyan yöneltmesi gerekir. Bu beyan karşı tarafa ulaşınca da, mülkiyeti beyan sahibine devretme borcu doğar. Bu görüşü savunan yazarlar, bunu, arazi ve yapının mülkiyetinin kendisine verilmesini malzeme sahibinin istemesi bakımından ele almışlardır (bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 21. Baskı, s.491, N.1782). Esasen yazarlar, TMK.724'ün lâfzını, başkasının malzemesiyle kendi arazisine bina yapan malike de mülkiyetin karşı tarafa geçmesine ilişkin talep hakkı vermesi sebebiyle, bize göre de, haklı olarak eleştirmektedirler (bkz., aynı eser, s.489, N.1776). Bize göre, söz konusu borç, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır.

SONUÇ

Taşınmazların, iktisadi hayatta çok değerli ve dolayısıyla çok önemli hak konularının başında geldiği tartışmasızdır. Bu sebeptendir ki, çok eskiden beri taşınmaz eşya ve taşınmaz mülkiyeti, hukukçuları meşgul etmiş, kanunkoyucular, bu husus üzerinde hep yoğunlaşmışlardır.

Bugünkü hukukumuzda taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, tapu kütüğüne tescil yapılması gereği temel kuraldır (TMK.705/I). Şüphesiz, bu kural, tapuya kayıtlı taşınmazlar için getirilmiştir. Ne var ki, tapuya kayıtlı taşınmazların tescilden önce de kazanılması, bir ihtiyaç olarak kendini gösterdiği için, tescilden önce kazanma (sicil dışı iktisap) düzenlemeleri de kanunumuzda (TMK.705/II) yer almış bulunuyor. Bu hususlar, çalışmamızda ilgili yerlerde ele alınmıştır. Sicil dışı kazanımın görünümlerinden biri de, çalışma konumuzu oluşturan “mahkeme kararı ile kazanma” dır. Bu konu ile ilgili problemler ve bunların çözüm yolları ilgimizi çektiği ve esasen bunlar, teorik açıdan olduğu kadar uygulama bakımından da önemli olduğu içindir ki, anılan çalışma alanını, çalışma alanımız olarak seçmiş bulunmaktayız.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasının ne anlama geldiği, diğer bir deyişle, söz konusu kazanma halinin ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı, ayrıca ilgili kararın hukuki niteliği ve nihayet bu kararın borç ilişkisine etkisi gibi noktalar çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve böylece konuya ilişkin soru işaretleri giderilmeye çalışılmıştır.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile hangi hallerde kazanılabileceği hususu, çeşitli hukuki ilişkiler ve çeşitli hukuk dalları açısından, mümkün olduğunca genişlemesine ve derinlemesine ele alınmaya çalışılmış ve böylece, bu çalışmanın amacına ulaşması için çaba harcanmıştır. Konuya ilişkin eksiksiz bir liste hazırlayıp ona sadık kalmanın mümkün ve aslında gerekli de olmadığı açıktır. Önemli olanın, uygulamada en fazla

karşımıza çıkan sorunların örnek olarak ele alınıp incelenmesi suretiyle temel prensiplerle çelişmeyen, ama adaleti yansıtan sonuçlara varabilmek olduğuna inanılmış ve çalışmamızda bu düşünceye bağlı kalınmıştır.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması, eşya hukuku kitaplarında, “tescilsiz kazanma” başlığı altında ele alınmış, bu hususta, doğal olarak, derinlemesine inceleme yapma yoluna gidilmemiştir. Bu bakımdan, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılmasını konu edinen bir monografi çalışmasına ihtiyaç vardır. İşte, söz konusu ihtiyaç dahi, bizi bu konuda çalışma yapmaya itmiştir.

Çalışmamızda, konu ile ilgili olup da derli toplu ele alınmamış bulunan birçok husus üzerinde durulmuş, yer yer mevcut yasal düzenlemeler eleştirilmiş, olması gerekli kanun (de lege ferenda) bakımından öneriler sunulmuştur. Bu arada, özgün görüş belirtmenin de gerekli olduğuna inanılmış ve bu yola gitmekten geri kalınmamıştır.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 6. Baskı, Ankara, 2021.

AKBIYIK, Cem: Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, 1. Basım, İstanbul, 1997.

AKÇAAL, Mehmet: Yargıtay Kararları Işığında Tapu Sicilini Düzeltme Davasında Husumet, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021, s.363 vd.

AKDAĞ GÜNEY, Necla / GÜMÜŞ, M. Alper: Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşınmazların Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi Ve Tescilsiz İktisabı, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul 2013, Cilt:3, Sayı:1, s.33-55.

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2002.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, İstanbul, 2018.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem / ÖCAL, Levent: Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 144, Eylül 2019, s.277-298.

AKMAN, G. Sermet: Taşkın İnşaat, İstanbul, 1982.

ANTALYA, O. Gökhan / TOPUZ, Murat: Eşya Hukuku, Cilt III, İstanbul, 2018.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Ankara, 2019.

ANTALYA, O. Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Cilt III, 4. Baskı, Ankara, 2019 (Miras).

ARAT, Ayşe: Yargıtay'ın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilere Yönelik Yerleşik Kararlarının, Y. 23. Hd. 10.10.2019 ve E. 2016/6069 K.2019/4156 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021, s.171 vd.

ARAT, Ayşe / AKÇAAL, Mehmet: 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:26, Sayı:2, 2018, s.367-396.

ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul, 2004, I. Baskı, s.89-113 (Kocayusufpaşaoğlu Armağanı).

ARPACI, Abdülkadir: Gerekçeleri ve En Son Değişiklikleri ile Yeni Türk Medeni, Kanunu, 3. Baskı, İstanbul, 2008.

ARPACI, Abdülkadir: İċtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, 2. Baskı, İstanbul, 1995.

ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklamaları, 6. Baskı, İstanbul, 2002 (Arpacı, Kanun, 6. Baskı).

ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul, 2000.

ARPACI, Abdülkadir: Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul, 1990 (Yönetim).

ARPACI, Abdülkadir: Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul, 1984.

ARPACI, Abdülkadir: Yeni Borçlar Kanunu'nun 242. Maddesinin Uygulanma Kabiliyeti, Legal Hukuk Dergisi, Nisan, 2013, Sayı: 124, Cilt II, s.3-6.

ARPACI, Abdülkadir: Yeni Borçlar Kanunu'nun 242. Maddesinin Uygulanma Kabiliyetine İlişkin İlâve Açıklamalar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı, Özel Sayı, Cilt: I, Yıl: 2016, Sayı: 1, N. 1, s.82-84).

ARPACI, A. Murat: Borçlar Kanunu Açısından Vekalet İlişkisinde Müvekkilin Hak ve Borçları, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s.132-139.

ARPACI, A. Murat: Gayrimenkul Mülkiyetinin Satış Vaadinin İfa Edilmemesi Sebebiyle Mahkeme Kararı ile Kazanılması, YÜHFD., Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Cilt: VIII/2-IX/1, İstanbul, 2011-2012, s.1081-1087 (Satış vaadi).

ARPACI, A. Murat: Kadastro Kanunu m. 12/III ile ilgili Güncel Sorunların Değerlendirilmesi, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018, Yayın No: 1076, İstanbul, 2019.

ARPACI, A. Murat: Kat Mülkiyeti Kanununa Göre Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyetinin Karşılaştırılması – Kat İrtifaklı Yerlere Kat Mülkiyeti Hükümlerinin Uygulanması, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, 2010, Cilt I, s.225 vd.

ATAAY, Aytekin M.: Kendi Malzemesiyle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat, İstanbul, 1959.

ATEŞ, Turan: Önalım Davası, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı:27, İstanbul, 2005, s.923 vd.

AVCI BRAUN, Cihan: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2018.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku, II, Mülkiyet, Konya, 2012.

AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul, 2010.

AYBAY, Aydın / SANAL, Nezihi: Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul, 2010.

AYBAY, Aydın: Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul, 1966.

AYDOĞDU, Murat: Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.40-46), Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 99, Kasım 2014, s.87-94.

BAĞCI, Ömer: Ticari İşletmenin Devri İşleminin Ticaret Siciline Tescilinin Kurucu Veya Açıklayıcı Olup Olmadığı Hususunda Düşünceler, Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:17, 01.04.2016, s.133-140.

BAĞCI, Ömer: Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Hükümü, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:160, 01.04.2016, s.2005-2007.

BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2020.

BAHTİYAR, Mehmet: Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:106, İstanbul, 2011, s.3889 vd.

BARLAS, Nami: Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Bası, İstanbul, 2010.

BERKİ, Şakir: Türk Medeni Kanununda Zilyedlik ve Tapu Sicili ile İlgili Prensipler ve Tapusuz Gayrimenkuller, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s.148 vd.

BERKİN, Necmeddin M.: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.

BERTAN, Suat: Aynî Haklar, Cilt: 1, Ankara, 1976.

ÇENBERCİ, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1986.

DEMİRBAŞ, Feride: Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 2, Haziran 2016, s. 249 vd.

DEMİRSATAN, Barış: Boşanma Protokollerinin Paylı Mülkiyette Paylaşmayı İsteme Hakkına Etkisi, Yargıtay Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021, s.1 vd.

DOĞAN, Gül: Ön Sözleşme, Sözleşme Yapma Vaadi, İstanbul, 2006.

DOĞAN, Murat: Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara, 2000.

DOĞAR, Mehmet: Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Aralık 2017, s.101-115.

DURAL, Mustafa / ÖGÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, 2020.

DURAL, Mustafa / SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2021.

DURAL, Mustafa / ÖGÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2021.

ERÇİN, Ferhat: Kanunî Şufa Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 734. Maddesi Üzerine Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:46, İstanbul, 2016, s.3011 vd.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, 2021 (Borçlar Genel).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2021 (Borçlar Özel).

EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 2021 (Mülkiyet).

EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Dâvası, Ankara, 1973.

EREN, Fikret: Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan, Cilt. XII, Sayı 1-2, Ankara, 2010, s.103 vd.

ERGÜNE, M. Serkan: Yasal Önalım Hakkı Konusu Taşınmaz Payını Devreden Muhatabın Tazminat Yükümlülüğü Altına Girmesi ve Buna İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:82, 01.10.2009, s.3149-3158.

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı- İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara, 1998.

ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 1993.

ERMAN, Hasan: Eşya Hukuku Dersler, İstanbul, 2018.

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 14. Baskı, İzmir, 2018 (Eşya Hukuku).

ERTAŞ, Şeref: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell'e Armağan, İzmir, 2001, s.79 vd.

ERTAŞ, Şeref: Ticari İşletmenin Devrinde Hakların ve Borçların İntikali, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 163, Mart 2020, Sayfa: 572 vd.

ESENER, Turhan / GÜNDOĞDU, Fatih: Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), İstanbul, 2017.

ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara, 2008.

ESİN, İsmail G.: Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2020.

ESMER, Galip: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara, 1984.

FEYZİOĞLU, Feyzi N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul, 1977.

FEYZİOĞLU, Feyzi N.: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt: I, İstanbul, 1980.

GERMEÇ, Mahir E.: Kat Mülkiyeti Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2020.

GUHL, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht, Neunte Auflage, Zürich, 2000.

GÜLEŞ, Bedia: Ön Ödemeli Konut Satışında Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Temmuz 2019, s.233-259.

GÜRSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret / CANSER, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1984.

GÜRSOY, Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1970.

HAAB, R. / SIMONIUS, A. / SCHERRER, W. / ZOBL, D.: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. IV/1, Das Eigentum, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentar von Prof. C. Wieland, 1909, Zurich, 1977.

HAAB, Robert: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich, 1929, Art. 656, N.31.

HAMAMCIOĞLU, Esra / KARAMANLIOĞLU, Argun: Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, 22/3, s.1303-1331.

HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2020.

HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2014 (Kişiler).

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 1992 (Borçlar).

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

HEBERLEIN, A. / BREITSCHMID, P. / BELSER, E. M. / RIEDER, C.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Zürich, 2012.

HEINZ, Rey: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, Bern, 2000.

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8. Bası, İstanbul, 2017.

HONSELL, Heinrich / VOGT, N. Peter / GEISER, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Basel-Genf-München, 2003.

İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Basım, İstanbul, 2021.

İNAL, Tamer (İnal Şerhi): Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, 2016, s.660.

İYİLİKLİ, Ahmet Caner: Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz'i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, İstanbul, 2021.

KARAHASAN, M. Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul, 2007.

KARAŞAHİN, Y. Alperen, Taşınmaz Mülkiyetinin Teminat Amaçlı İnançlı Devrine Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.02.2020 Tarihli ve E. 2018/1065, K. 2020/180 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, s.197 vd.

KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, 2016.

KILIÇ, Halil: Gayrimenkul Davaları, Cilt: I, Ankara, 2001.

KILIÇ, Mehmet: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s.630-632.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Eşya Hukuku, Ankara, 2021.

KILIÇOĞLU, Mustafa: Akdî ve Kanuni Şuf'a Davaları (Önalım), Ankara, 1997.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2017.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, 1987 (Miras).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959.

KORAL, Rabi: Şüfa'da İstihlaf Fikri Kayıt Tashihi Davası ve Temyiz Tevhidi İçtihat Kararı, A. Samim Gönensay'a Armağan İstanbul, 1955, s.263 vd.

KURT, Ekrem: Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt, İstanbul, 2009, s.23 vd.

KURT, Ekrem: Tescil İlkesi ve İstisnaları, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, Sayfa: 99-122 (Tescil İlkesi).

KURTULAN GÜNER, Gökçe: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Taşınmaz Satış Vaadinin Tescilin Yolsuzluğuna Etkisine ve Süresi Geçmiş Şerhin Sonuçlarına İlişkin Kararının Değerlendirilmesi, Yargı Kararları Sempozyumu- I, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021, s.147 vd.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 1991.

KURU, Baki / AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara, 2021.

KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 3.Baskı, Ankara, 2019.

KÜRŞAT, Zekeriya: Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 2008.

LIVER, Peter: Das Eigentum, Fünfter Band, Erster Halbband, Sachenrecht, Schweizerisches Privatrecht, Basel und Stuttgart, 1977.

MEIER-HAYOZ, A.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I, Bern, 1974.

MEIER-HAYOZ, A.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, fünfte Auflage, Bern, 1981.

MUŞUL, Timuçin: Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku I, İcra Hukuku, İstanbul, 2001.

NAR, Ahmet: Türk Miras Hukukunda Tenkis, 1. Baskı, İstanbul, 2016.

NOMER, Halûk Nami / ERGÜNE, M. Serkan: Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2020.

NOMER, Halûk N.: Vefa Hakkı, 1. Bası, İstanbul, 1992.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, 20. Bası, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2006 (11. Baskı).

OLGAÇ, Senai / KARAHASAN, Mustafa Reşit: Gayrimenkullerin Akid Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul, 1956.

ÖZ, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989 (Eser Sözleşmesi).

ÖZ, M. Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990.

ÖZ, Turgut: Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s.21 vd.

ÖZAY, Osman Levent: Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü, İstanbul, 2021.

ÖZDAMAR, Mehmet: 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynî Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, www.dergipark.org.tr.

ÖZGÜR, Yılmaz: Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 1995.

ÖZMEN, E. Saba: Kat İrtifakı, Ankara, 2017.

ÖZMEN, E. Saba: Kat İrtifakının Devri Zorunluluğu ve Yatay Kat İrtifakında Doğurduğu Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1992/2, Ankara, 1992, s.181-214.

ÖZMEN, Saba / KIR, Hafize: Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar), 1. Bası, İstanbul, 2010.

ÖZMEN, Saba / YÜCE, Melek Bilgin: Taşınmaz Satış Vaadinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, II. Cilt, İstanbul, 2001, s.967 vd.

ÖZTAŞ, İlker: Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul, 2018.

POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015.

POSTACIOĞLU, İlhan E: Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, Doktora Tezi, İstanbul, 1945.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul, 2012,

REYHANİ YÜKSEL, Sera: Paylı Mülkiyette Yasal Önalım Hakkı, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt No:12, Sayı No:27, İstanbul, 2020, s.77-92.

SAPANOĞLU, Süleyman: Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri, Ankara, 2011.

SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halit Kemal: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963 (Saymen/Elbir, 1963).

SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halit Kemal: Türk Eşya Hukuku, Aynî Haklar, İstanbul, 1954 (Saymen/Elbir, 1954).

SEROZAN, Rona / ENGİN, B. İlkay: Miras Hukuku, Ankara, 2012.

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.

SEVİ, A. Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, 2013.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2020.

SONSUZOĞLU, Elif: Medeni Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, İstanbul, 2006.

SUNGURBEY, İsmet / KANETİ, Selim: Medeni Hukuk Sorunları, Üçüncü Cilt, İstanbul, 1976.

SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963.

SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Eleştirileri, Üçüncü Cilt, İstanbul, 1971.

SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, Dördüncü Cilt, İstanbul, 1980.

SURLU, M. Handan: Açıklamalı – İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara, 2014.

ŞENCAN, E. Cemre: Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40-46 Kapsamında), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 92, Sayı: 3, Mayıs 2018, s.89-110.

ŞENGÜL, Mehmet: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, 2012, s.61-97.

ŞİPKA, Şükran Taman: Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul, 1994.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt:I/1, Üçüncü Bası, Ankara, 1984.

TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961.

TANRIVER, Süha: Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89. Maddesi, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Haziran 2017, Sayfa: 23-30.

TEKİNAY, S. Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Beşinci Bası, İstanbul, 1987.

TEKİNAY, S. Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul, 1988 (Takyitler).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt: I, İstanbul, 1989.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.

TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / SCHMID, Jörg / RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2009 (Schulthess Verlag).

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 1975 (İcra).

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul, 1959.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / ÖZDEMİR, Rafet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987.

von TUHR, Andreas (Edege): Borçlar Hukuku, Ankara, 1983.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007.

YAVUZ, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, 1983.

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 17. Baskı, İstanbul, 2021 (Borçlar Özel Dersleri).

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014 (Borçlar Özel).

YENİOCAK, Umut: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 102, Şubat 2015, s.42-53.

YÜCEL, Sevtap: Önalım Davası, Halûk Konuralp Anısına Armağan, 1, Ankara, 2009, s.1317 vd.

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul, 2020.