

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ**

Doç. Dr. Çiğdem KIRCA

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Doç. Dr. Çiğdem KIRCA*

GİRİŞ

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa malikinin bu sözleşmenin ifası gereği yükleniciye tapu sicilinde devrettiği arsa paylarının yüklenici tarafından üçüncü kişilere geçerli bir şekilde devredilmesinden sonra, yüklenicinin sözleşme dolayısıyla temerrüde düşmesi sebebiyle arsa malikinin sözleşmeden dönmesi üzerine, “*üçüncü kişilere devredilen arsa payları konusunda mevcut tescil yolsuz hale gelir*”, “*arsa maliki üçüncü kişilere karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir*” ve bu durumda “*üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenmez*”. Çünkü, üçüncü kişiler yükleniciden arsa payını devralırken arsa malikinin sözleşmeden dönme riskini göz önünde bulundurmuşlardır. Yargıtay'ın ifadesiyle bu kişiler “*arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadırlar*”. Dolayısıyla, onların iyiniyetli olmaları söz konusu değildir. Bundan başka Yargıtay, üçüncü kişilerin aynı zamanda yüklenicinin halefi olacağını ve yüklenicinin arsa malikine karşı ileri sürebileceği hakları ve arsa malikinin, yükleniciye karşı ileri sürebileceği hakları üçüncü kişilere karşı da ileri sürebileceğini gerekçe olarak göstermektedir. Yargıtay'a göre, üçüncü kişinin arsa payı üzerinde mülkiyet hakkının doğabilmesi, yüklenicinin edimini yerine getirmesine bağlıdır. Ayrıca Yargıtay, söz konusu pay devrinin *avans niteliğinde* olduğu ve arsa malikinin sözleşmeden dönmesiyle geri verilmesi gerektiği, geri vermekle sadece yüklenicinin değil, ondan devralan üçüncü kişilerin de yükümlü olduğu görüşündedir.

A) Yargıtay'ın bu nitelikteki birkaç kararı aşağıda belirtilmektedir:

“...Bilindiği üzere; yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde Borçlar Kanunu'nun 358. maddesi uyarınca arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir. Somut olayda, sözleşme uyarınca, eserin teslim tarihi 31.10.1997'dir. Teslim tarihi dolmasına rağmen eser teslim edilememiş ancak % 5 seviyesine getirilmiş, böylelikle yüklenici teslim borcunda temerrüde düşmüştür. Böyle olunca arsa sahiplerinin sözleşmenin feshini, dolayısıyla avans niteliğinde devrettikleri tapuları geri istemekte haklı oldukları açık olduğundan, mahkemece yapılması gereken iş; taraf teşkilini sağladıktan sonra davayı kabul etmekten ibarettir. Delillerin somut olaya uygun değerlendirilmemesi sonucu davanın reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır”².

“...Bu şekildeki bir fesihle tarafların hukukî durumu ve mal varlıkları sözleşmenin yapıldığı tarihe dönecek, benzetmek gerekirse yanlar hiç sözleşme yapılmamış gibi bir işleme tabi tutulacaktır. Feshin doğal sonucu olarak da tarafların mal varlıklarına karşılıklı giren değerler varsa bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici artık sözleşmeye dayanarak yaptığı iş bedelinin arsa payı devri suretiyle ödenmesini değil, para olarak ödenmesini isteyebilir. Arsa sahipleri ise; gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak bu tapuların iadesini talep edebilir. Somut olayda yükleniciden tapu devralan 3. kişilerin kaderi de arsa sahibi ve yüklenici arasındaki ilişkinin sonucuna bağlıdır. Daha açığını söylemek gerekirse, başlangıçta yükleniciye finans kolaylığı sağlanması için avans niteliğinde bir tapu devredilmiş ve bunu da yüklenici 3. kişilere devretmiş ise, arsa sahipleri yüklenicinin hak etmediği halde 3. kişilere verdiği bu tapularında iptal ve adına tescilini isteyebilir. Hayatın olağan akışı ve MK'nun 3. maddesi bu sonucu gerektirir. Hal böyle olunca, arsa sahibinin yükleniciye geçirdiği 3. kişiler üzerindeki tüm tapuların iptal ve arsa sahipleri adına tescili yerine,

(2) 15. HD., 1.6.2004 Tarih 2003/6241 E., 2004/3055 K; 15. HD., 15.6.2004 Tarih, 2003/7122 E., 2004/3341 K.; “Yüklenicinin, ücrete (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi, edimini ifa etmesine, yani inşaatı eksiksiz ve kusursuz yapıp teslim etmesine bağlıdır. İşin başında, yükleniciye bir kısım tapu paylarının geçirilmesi, deyim yerindeyse, avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları, BK'nın 108/I. maddesi uyarınca, talep halinde, arsa sahibine geri döner. Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar. Kaldı ki, henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyi niyetli oldukları kabul edilemez. Burada, MK'nın 931. maddesi uygulanmaz. Zira, henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir.” (15. HD., 26.6.1998 Tarih, 1998/2147 E., 1998/2779 K.).

Dairemiz yerleşik uygulamasına aykırı düşecek şekilde iyiniyetlerinden bahisle davanın reddi doğru olmamış kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir³”.

B) Ayrıca Yargıtay, benzer düşüncüyü üçüncü kişilerin arsa payını yükleniciden değil, doğrudan doğruya arsa malikinden alması durumunda da uygulamaktadır. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin bir kararına göre:

“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”⁴.

C) Yargıtay, bazı kararlarında sadece yükleniciden (veya arsa sahibinden) payı devralan üçüncü kişiler için değil, ondan payı devralan dördüncü ve beşinci kişiler için de aynı kuralı uygulamaktadır:

“Somut olayda, davacılar yükleniciyi temsilen ona isabet eden bağımsız bölümle bağlantılı olarak dava dışı Ayşe K. isimli kişiye pay satmış, davalı da bu kişinin devrettiği Nusret Y.dan payı satın almıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyi niyetli olması, sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen sicilindeki yolsuz tescil durumuna düşme halini bilmemesi gerekir. ... Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. "Topraktan satış, temelden satış" şeklinde isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu

(3) 15. HD., 10.3.2003 Tarih, 2003/492 E., 2003/1152 K.

(4) 15. HD., 27.10.2005 Tarih, 2005/375 E., 2005/5775 K.

durumda, Medeni Kanun'un 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olmaz"⁵.

I. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Yapılan Tasarruf İşlemlerine Etkisi

A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Hukukî Niteliği, Kurulması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin (müteahhit), arsa sahibinin taşınmazı üzerinde bir bütünlük taşıyan bağımsız bölümler yapmayı üstlendiği, arsa sahibinin de buna karşılık taşınmazın belirli veya belirlenebilir paylarını ona devretmeyi borçlandığı bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda veya başka bir kanunda düzenlenmediğinden isimsiz bir sözleşme olup, çift tipli karma sözleşme niteliğindedir⁶. Çünkü bu sözleşme arsa malikinin aslî edim yükümü açısından satım sözleşmesine, yüklenicinin aslî edim yükümü açısından eser (istisna) sözleşmesine ilişkin unsurlar taşımakta ve bu unsurlar kanunun öngörmediği bir şekilde bir karşılıklık ilişkisi içinde bulunmaktadır. Dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesine taşınmaz satımı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır⁷.

Sözleşmenin konusunun taşınmaz mülkiyetinin devri olduğu durumlarda MK m. 706, BK m. 213 ve Tapu Kanunu m. 26 gereğince resmî şekilde yapılmalıdır. Resmî şekli verecek olan makam, kural olarak tapu sicil müdürlükleridir. Ancak taşınmaz satış vaatlerinin noterler tarafından düzenlenebileceği Noterlik K. m. 60 ile kabul edilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde satış vaadi unsurunun bulunduğu gerekçesiyle bu sözleşmenin de noterce düzenleme şeklinde yapılması halinde geçerli olacağı kabul edilmektedir⁸.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönme Halinde Meydana Gelen Hukukî Sonuçlar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunu ifa etmede temerrüdü halinde, eser sözleşmesine ilişkin özel hükümler bulunmadığından, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüde

(5) 1. HD, 26.10.2000 Tarih, 2000/12433 E., 2000/13094 K.

(6) *Yavuz*, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 507; *Tandoğan*, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt. 2, Ankara 1987, s. 28, dn. 96; *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, Ankara 1984, s. 68; *Aral*, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, Ankara 2006, s. 53; *Kartal*, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 26.

(7) *Yavuz*, s. 508, 518. Karş., *Kartal*, s. 28.

(8) *Yavuz*, s. 513; *Kartal*, s. 42 vd.

ilişkin Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri (106-108) uygulanır⁹. Yargıtay, 1984 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile, belli bir seviyeye gelmiş olan inşaatlarda sözleşmenin ileri etkili olarak feshedilmesini kabul etmiştir¹⁰.

Tebliğimizin konusunu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunu zamanında ifa etmemesi sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının üçüncü kişilere etkisi oluşturmaktadır. Bu sebeple eser sözleşmelerinin âni edimli bir borç ilişkisi olup olmadığı ve belli bir seviyeye kadar yapılmış olan eser sözleşmelerinde sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesi konuları bu çalışmada incelenmeyecektir. Bu çalışmanın konusunu yükleniciden arsa paylarının tapu sicilinde geçerli bir hukukî işlem ile bir üçüncü kişiye devredildiği olaylar oluşturduğundan, arsa payının şekle aykırılık vs. nedenlerle geçeli bir şekilde edinilmediği durumlar araştırılmayacaktır.

Borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeden dönmenin hukukî niteliği tartışmalı olup, bu konuda ileri sürülen görüşlere göre sözleşme ilişkisi gereğince verilen şeylerin iadesi, bir başka anlatımla sözleşmenin tasfiyesinin hangi kurallara göre yapılacağı değişmektedir. Bu görüşlere, dönmenin yapılan tasarruf işlemleri üzerindeki etkisini belirlediği ölçüde ve kapsamda kısaca değineceğiz.

1. Klasik Dönme Görüşü Açısından

Türk doktrininde hâkim olan klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme beyanı ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar¹¹. Sözleşmeden doğan bütün haklar ve borçlar dönme beyanı ile hiç doğmamış gibi olur. Henüz ifa edilmemiş edimler hukukî sebepten yoksun hale gelir, daha önce yerine getirilmiş edimler hukukî sebepten yoksun kalır, dolayısıyla tarafların iade yükümlülüğüne sebepsiz zenginleşme kuralları (BK 61 vd.) uygulanır; iade borcunun kapsamını

(9) Öz, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 153 vd.; Yavuz, s. 525. Karş., Kartal, s. 155 vd.

(10) İBK, 25.1.1984 Tarih, 1983/3 E., 1984/1 K.

(11) Von Tuhr/Escher: Allgemeiner Teil des schweizeris hen Obligationenrecht, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, § 73, VII, s. 155; Oser/Schönenberger: Zürher Kommentar, Bd. V, Das Obligationenrecht, 1. Halbband, Art. 1-183 OR, Zürich 1929, Art. 109, N. 2; Oğuzman/Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 403, 404; Tunçomağ, K: Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 951, 1160; Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 405; Reisoğlu, Seza: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1963, s. 33 vd., 36; Dayınlarlı, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 1988, s. 74, 75.

BK 63-65 kuralları belirler¹². Söz konusu talebin zamanaşımı süresi BK 66 uyarınca dönme bildiriminden ulaşmasından başlayarak bir yıldır.

Ancak, klasik dönme görüşüne göre, daha önce yapılmış aynî hak kazandıran tasarruf işlemleri dönmeden etkilenmezler. Aynî hak kazanımları sebebe bağlı olsa dahi dönmeden etkilenmeyip, kendiliğinden geri dönmez, sadece sebepsiz zenginleşme talebiyle geri istenebilir. Bu durumda tasarruf işlemlerinin iadesi açısından aynî değil, sadece kişisel bir talep söz konusudur. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından arsa sahibi veya yüklenici karşı tarafın edimlerini elden çıkardıkları oranda geri vermekle yükümlü değildirler.

Yargıtay, kararlarında, iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağını açıkça ifade etmektedir. Örneğin, "... taraflar arasındaki sözleşme geriye etkili olarak fesh edilmiştir. Bu şekildeki bir fesihle tarafların hukukî durumu ve mal varlıkları sözleşmenin yapıldığı tarihe dönecek, benzetmek gerekirse yanlar hiç sözleşme yapılmamış gibi bir işleme tâbi tutulacaktır. Feshin doğal sonucu olarak da tarafların mal varlıklarına karşılıklı giren değerler varsa bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir"¹³.

2. Kanunî Borç İlişkisi Görüşü Açısından

Kanunî borç ilişkisi görüşüne göre¹⁴, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermektedir. Bu durumda taraflar arasında kanundan (BK 108'den) doğan bir borç ilişkisi meydana gelir ve söz konusu ilişki gereği tarafların daha önce elde ettikleri edimleri geri verme borcu doğar. Geri verme borcunun tâbi olacağı zamanaşımı süresi BK 125'deki 10 yıllık zamanaşımı süresidir.

(12) Dönme anına kadarki süre içinde iktisap edenin daima iyiniyetli zenginleşen sayılacağı genellikle kabul edilmektedir. Böylece o, sözleşmeden dönme anına kadar iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun kapsamına ilişkin BK 63/I uyarınca sadece elinde kalanı vermekle iade borcunu yerine getirmiş olacaktır (bkz. Öz, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 228).

(13) 15. HD., 10.3.2003 Tarih, E. 2003/492, K. 2003/1252; "Bu durumda, sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek sonuçlandırılması gerekir. Tasfiyeden amaç; şayet yüklenicinin arsa sahiplerinin malvarlığına geçirdiği bir değer varsa bunun iadesinin sağlanması (somut olayda yapılan inşaat bedeli), buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahiplerine geri verilmesinin teminidir. Zira, iş tasfiyeyle sonuçlanacağından bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece sebepsiz zenginleşmeye neden olur" (15. HD., 6.11.2003 Tarih, 2003/1884 E., 2003/5280 K.).

(14) *Becker*, Hans: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI: *Das Obligationenrecht*, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-193 OR, Bern 1941, Art. 109, N. 4; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: *Tekinay Borçlar Hukuku*, İstanbul 1993, s. 968.

Geri verme borcunun kapsamı açısından ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Dönme üzerinde daha önce verilenleri geri alma hakkı aynî bir hak değil, kişisel (şahsî) bir haktır. Zira bunlar geçersiz bir hukukî sebebe dayanılarak verilmiş değildir.

3. Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşü Açısından

Alman hukuk doktrininde uzun zamandan beri, İsviçre doktrininde ve Federal Mahkemenin son kararlarında ağırlıklı olarak, Türk hukuk doktrininde de azınlıkta kalmakla birlikte değerli hukukçularca kabul edilen bu görüşe göre, dönme sözleşme ilişkisini sona erdirmeyi, onun yerine sözleşmeyi önceki hale getirmeye amaçlayan bir tasfiye ilişkisine dönüştürür¹⁵. Dönme beyanı üzerine henüz yerine getirilmemiş edim borçları sona erer; yerine getirilmiş edim borçları, sözleşmeye dayanan geri verme borçları haline gelir. Dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin amacı, sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini geleceğe etkili olarak sona erdirmek, daha önce gerçekleşen edimlerin de ters yüz edilerek, sözleşmeden önceki durumu sağlamaktır¹⁶. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme sadece borçlandırıcı işlemlere etki eder, daha önce devredilmiş aynî hakların geçerliliğine dokunmaz. Zira temel ilişki sona ermemiş olup, varlığını bir başka amaç için devam ettirmektedir. Bu sebeple, temel ilişkinin ifası bir tasarruf işlemi ile gerçekleşmişse bu tasarruf geçerlidir. Geçerli bir tasarruf işlemi ile mülkiyet, edinene geçer. Edinenden malı devralan kişilerin malik olması için iyiniyetli olması gibi bir şart aranmaz. Söz konusu kişilere mülkiyet veya tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmaz. Verilen şeylerin geriye istenmesi yine sözleşmeden doğan bir borcun istenmesidir; kişisel nitelikte bir alacak hakkına dayanır. Bu görüşe göre, iade alacaklısı dönülen sözleşmeyi yapmakla iade konusu edimi gözden çıkardığını, onun değerini elde

(15) *Stoll*, Hans: Die Wirkungen des Vertagsmaessigen Rücktritts, Bonn 1921, s. 21 vd.; *Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 26 a, b, s. 403 vd.; *Gauch/Scluep/Schmidt*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Basel-Genf 2003, N. 1570 vd; *Bucher*, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 377, 378; *Rey*, Heinz: Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Band. I, Bern 2000, N. 386; *Serozan*, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 78 vd., 207 vd; *Serozan*, Rona: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 195 vd., 199; *Eren*, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 1075 vd, 1077; *Seliçi*, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 77, 78; inşaattaki ayıp dolayısıyla dönme açısından, s. 162; BGE 114 II 158; 126 III 122; 129 III 269; 123 III 22, 4b.

(16) *Seliçi*'ye göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönmenin sonuçları sözleşmenin niteliğine göre belirlenmeli; inşaat sahiplerinin kat karşılığı olarak temlik ettikleri mülkiyet payının tekrar kendileri üzerine temlik sağlanmalı, fakat inşaatın yapılan kısmının yapım değeri hesap edilerek müteahhide verilmelidir (s. 78).

etmek istediğini göstermektedir¹⁷. Sözleşmenin hiç kurulmamış gibi ortadan kalkması gerçeklerle bağdaşmayan bir varsayımdır. Sözleşme bir kere kurulmuş, dönme anına kadar etkisini sürdürmüştür. Hiç kurulmamış gibi davranılamaz.

Yeni dönme görüşüne göre zamanaşımı 10 yıldır (BK 125), iadenin kapsamı sebepsiz zenginleşme kurallarına değil, ifası gereken sözleşmesel bir borca uygulanacak kurallara (BK 96 vd.'na) tâbidir.

4. Aynî Etkili Dönme Görüşü Açısından

Hukukî sebebe bağlılık ilkesinden hareket eden aynî etkili dönme görüşüne göre¹⁸ de dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Ancak bu görüş, klasik görüşten farklı olarak sözleşmeden dönmeye aynî etki tanımaktadır. Sözleşmeden dönme ile sadece borçlandırıcı işlem değil, buna dayanılarak yapılan tasarruf işlemleri de etkilenir. Dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşme (hukukî sebep) ve ifa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi sebebe bağlılık ilkesi gereği mülkiyet talebi ile taşınmazlarda tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile istenir. Hukukî temeli yok olan tescil, dönme beyanı anından değil, tescilin yapıldığı ilk andan itibaren yolsuzlaşır. Mülkiyet (istihkak) talebi zamanaşımı süresine tâbi değildir¹⁹.

Aynî etkili dönme görüşü, tasarruf işlemlerinin de geçmişe etkili olarak sona ermesini kabul etmesi sebebiyle hukukî işlem güvenliğini önemli ölçüde zedeleyeceği, alış veriş hayatının alt üst olacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir²⁰. Ancak bu görüşte olanlar hukukumuzda iyiniyeti koruyan hükümlerin varlığı dolayısıyla, iade konusu edimi iyiniyetle edinen kişilerin edinimlerinin korunacağını ve ticarî işlem

(17) *Serozan*, Dönme, s. 173.

(18) *Simonius*, A.: Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, Festschrift Teo Guhl, Zürich 1950, s. 44 vd., 49, 53; *Keller/Schöbi*: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Band I, Basel und Frankfurt 1988, s. 278; *Öz*, Turgut: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Yaklaşımla Eleştirisi, MHAD 1979-80-81, Yıl 13, No. 16, s. 131 vd., 141 vd.; *Öz*, s. 39 vd. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından, s. 240 vd.; *Buz*, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 133 vd., 165 vd.

(19) Geri verme borcunun kapsamı, masraflardan, harcamalardan sorumluluk açısından ise bir kanun boşluğu mevcut olup, dönmenin kendine özgü özelliği göz önünde tutulmak kaydıyla, sebepsiz zenginleşme, zilyetlikte iadeye ilişkin hükümlerden, ayıba karşı tekeffül ve taksitle satıma ilişkin hükümlerden yararlanılarak doldurulması gerekir (*Buz*, s. 151).

(20) *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 609, 610.

güvenliğinin herhangi bir şekilde etkilenmeyeceğini savunmaktadırlar²¹. Bir taşınmazın devrine ilişkin sözleşmede, temerrüde düşen borçlu dönme hakkının kullanılmasından önce tapu siciline malik olarak kaydedilmiş ve üçüncü bir kişi ondan aynî bir hak kazanmışsa, dönme hakkının kullanılmasından sonra üçüncü kişi malik olmayan bir kişiden hak kazanan konumuna düşer. Ancak üçüncü kişi iyiniyetli ise, tapu siciline güven ilkesi veya tescilin olumlu hükmü gereği bu kazanımları korunur. “Dönme hakkının kullanılmasından önce iade borçlusundan bir hak iktisap eden şahısları kural olarak iyiniyetli olarak nitelendirmek mümkündür. Zira üçüncü şahıslardan, hakkı iktisap ettikleri anda bir gün gelip de dönme hakkının kullanılabileceğini ve kendisinden hak iktisap ettikleri şahsın tasarruf yetkisinin dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını öngörmelerini beklemek mümkün değildir. Ancak istisnai olarak üçüncü şahısların kötüniyetli oldukları ispat edilebiliyorsa, artık onların iktisaplarının korunması için herhangi bir sebep yoktur. Üçüncü kişilerin kötüniyetli genellikle dönme hakkı kullanılıp iade borçları muaccel hale geldikten sonra söz konusu olacaktır”²².

Yargıtay, kararlarında klasik dönme görüşünü benimsediğini ifade etmekte ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verilenlerin iade edileceğini kabul etmekle birlikte, dönme halinde arsa malikinin bir mülkiyet davası olan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini savunmaktadır. Örneğin, “... Arsa sahipleri ise; gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak bu tapuların iadesini (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) talep edebilir”²³. Dolayısıyla, kanaatimizce dönme hakkının hukukî niteliği açısından Yargıtay’ın görüşü aynî etkili dönme görüşü grubuna girmektedir.

Değerlendirme

Aynî etkili dönme görüşü dışındaki diğer görüşler açısından sözleşmeden dönme tasarruf işlemlerine etki etmemektedir. Dolayısıyla yukarıdaki mahkeme kararlarına konu olan olaylarda yüklenici adına yapılan tescil dönmeye rağmen geçerli bir tescil olarak kalmaya devam edecek, yükleniciden taşınmaz payını devralan kişilerin mülkiyet hakkını kazanması için iyiniyetli olması şartı dahi aranmayacaktır. Burada sadece sözleşmeden dönen arsa malikinin yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşmeye veya sözleşmeye dayanan kişisel bir talebi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu talep sadece yükleniciye karşı ileri sürülebilir, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Nitekim bu durumu *Oğuzman* “Aynî hak kazanılmasını sağlayan sözleşmede sonradan vuku bulan

(21) *Buz*, s. 140, 141, 172 vd.; *Öz*, MHAD 1979, s. 150, 151.

(22) *Buz*, s. 141, 142. Ayrıca bkz. *Öz*, MHAD 1979, s. 151.

(23) 15. HD, 10 3.2003 Tarih, E. 2003/492, K. 2003/1252.

değişiklikler önceki tescili ve aynî hakkı etkilemez... Taşınmazın üçüncü kişi tarafından kazanılması için iyiniyet meselesi söz konusu olmaz” şeklinde ifade etmiştir²⁴. Üçüncü kişi kötüniyetli bile olsa, pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanır. Şu halde sözü edilen görüşler kabul edildiği takdirde yukarıda belirtilen Yargıtay kararları isabetli değildir.

Buna karşılık aynî etkili dönme görüşü açısından sözleşmeden dönme tasarruf işlemlerini de etkiler. Tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ilkesi uyarınca, dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkan sözleşme ile temel hukukî ilişki de ortadan kalkmış, buna dayanan tescil de yapıldığı andan itibaren yolsuz hale gelmiştir. Böylece yüklenici şekli tescile rağmen hiçbir an için taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanamamış duruma düşer. Sözleşmeden dönen arsa maliki yükleniciye karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak tescilin düzeltilmesini isteyebilir²⁵. Ancak yükleniciden iyiniyetle aynî hak kazananların bu kazanımı MK 1023 gereğince korunur. Buna karşılık kötünüyetti üçüncü kişilere karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Yargıtay’ın aynî etkili dönme görüşünde olduğu söylenebilir. Zira Yargıtay dönme ile sözleşmenin başından itibaren geçersiz olduğunu ve yüklenici adına yapılan tescilin tapu sicilinin düzeltilmesi (tapu iptali) davası ile düzeltilebileceğini kabul etmektedir.

Ancak Yargıtay yükleniciden edinen üçüncü (hatta dördüncü, beşinci) kişilerin her halükârda iyiniyetli olamayacağını kabul etmektedir. Bu kabul edilmiş birinci sebebi üçüncü kişinin yükleniciden pay alırken arsa sahibinin sözleşmeden dönme riski bulunduğunu bilmesi ve bilmesinin gerekmesidir. İkinci sebebi ise, üçüncü kişilerin yükleniciden pay devralmakla onların halefi olduğu, dolayısıyla arsa malikinin payı devralan kişilerden inşaatın yapımını talep edebileceği, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişinin ise iyiniyetli üçüncü kişi olamayacağına ilişkindir.

II. Tapu Siciline Güvenin Korunmasının (MK 1023) Fonksiyonu ve Şartları

MK 1023’e göre, “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur”.

(24) Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 191, dn. 646. Benzer görüşte, *Darende, İhsan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerinde Etkisi*, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_236.htm (erisim tarihi 12.12.2006).

(25) Bkz. Öz, s. 241.

MK'nın 1023. maddesi ile iyiniyetin korunması, işlem güvenliğinin korunması için kabul edilmiştir²⁶. Bu durumda önemli olan maddi hukuk açısından gerçek durum değil, tapu sicilinde görünen duruma iyiniyetle güvenenin korunmasıdır²⁷. Hukukî işlem güvenliği, gerçek hak sahibine açık bir şekilde tercih edilmektedir. Böylece kanun koyucu kişiler arasındaki hukukî ilişkilerin rahatlıkla yürütülebilmesi menfaatlerini ön planda tutmuştur. Hukukî işlem güvenliğini sağlayan temel kural MK'nın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kuralın uygulanması kanunun öngördüğü durumlar ile sınırlı tutulmuştur: "Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır". Tapu sicilinde güvenin korunması (1023), MK'nın 3. maddesinin uygulama alanı bulduğu konulardan birisidir.

Eşya hukukunun temel ilkeleri arasında aynî hakların kamuya açıklığı ve güvenin (iyiniyetin) korunması ilkesi yer alır. Aynî haklar herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar olduğundan, bu hakların

(26) *Meier-Hayoz*, Arthur: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen Art. 641-654 ZGB, N. 67; *Baumann*, Max: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband: Art. 1-7, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 3, N. 8 vd.; *Cansel*, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 5 vd.; *Edis*, Seyfullah: Türk Medeni Hukukunda İyiniyet (Sübjektif Hüsnüniyet), Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 135 vd., 147; *Sirmen*, Lâle: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet'in Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 7, 8.

(27) *Meier-Hayoz*, N. 65. *Edis*, burada iyiniyetin korunmasının sebebinin kamu yararı olduğunu kabul etmektedir. Kamu yararı hukukî ilişkilerde güven ve huzuru aradığından hukukî güvenlik gereği iyiniyet korunmaktadır (Oğuzoğlu'na Armağan, s. 147).

Yargıtay iyiniyetin korunmasının sebebinin şu şekilde açıklamaktadır: "Hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin *huzur ve güven içerisinde alışverişte bulunmaları*, satın aldıkları şeylerini ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla *toplum düzenini sağlamak* düşüncesiyle, alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla Medeni Kanun'un 2. maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988 ve 989 (Eski Kanun 901, 902), tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. (Eski Kanun 931) maddesinin özel hükümleri getirilmiştir. Öte yandan bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu ilke olarak tapuya güven kuralı uyarınca taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke MK'nun 1023. (Eski Kanun 931) maddesinde aynen "tapu sicilindeki kayda hüsnüniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynî hakkı iktisap eden kişinin bu iktisabı muteber olur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğinde bulunan 1024. (Eski Kanun 932) maddede başka bir ifade ile tekrarlanmıştır." (HGK, 3.12.2003 Tarih, 2003/14-720 E., 2003/725 K.).

varlığının herkes tarafından bilinebilir olması gerekir. Açıklığı taşınmazlar açısından sağlayan ise tapu sicili sistemidir. Bu sebeple tapu sicili herkese açıktır (MK 1020). Tapu sicili gerçek hukukî durumu yansıtmalıdır. Dolayısıyla tescil edilen aynî hak gerçekte mevcut sayılır. Tapu sicili gerçek hukukî durumu yansıtmıyorsa, açıklanan duruma güvenerek aynî hak kazanan üçüncü kişiler mutlak olarak MK 1023 ile korunmuştur²⁸.

Eşya hukukunun ilkelerinden bir diğeri de taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı (illi) olduğudur²⁹. Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işleminin hukukî sebebi geçersiz ise, sebebe bağlılık ilkesi gereği mülkiyet geçmez. Yapılan tescil yolsuz tescil olur. Sebebe bağlılık ilkesi kabul edilirken, bu ilkenin işlem güvenliğini önemli ölçüde sarsacağı sebebiyle eleştirilmiştir. Ancak bu eleştirilere karşılık, iyiniyetin (güvenin) korunması ilkesinin işlem güvenliğini yeterince sağlayacağı dolayısıyla sebebe bağlı olmama, soyutluk görüşünün kabul edilmesine gerek olmadığı gerekçe gösterilmiştir³⁰.

Tüm bu sebeplerle, sebebe bağlılık (illilik) ilkesine sonuna kadar bağlı kalınmamaktadır. Zira aksi bir tutum devlet organları tarafından tutulan sicil kayıtlarına genel bir güvensizlik yaratır ve bundan ekonomik hayat ağır sarsıntılara maruz kalabilir. “Bu kaygı ile kanun koyucu, illilik prensibinden fedakârlık yapmış ve tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak aynî hak iktisap eden üçüncü şahısların iktisaplarını geçerli saymıştır”³¹.

MK 3 gereği, kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda o kişinin iyiniyetli olduğu kural olarak kabul edilir (iyiniyet karinesi). Bunun aksinin ispat edilmesi mümkündür. Bu karinenin kabul edilmesi iyiniyetin ruhbilim verilerine göre “ruhi ve deruni” bir durum olması dolayısıyla böyle bir durumun ispatının çok güç ve çoğu zaman da imkânsız olmasıdır. Oysa kötünin ispatı olumlu bir durumun (bilme ve bilmesi gerekme) olduğundan, iyiniyetin varlığından daha kolaydır. Diğer taraftan her gün yapılan sayısı belirsiz hukukî ilişkilerde iyiniyeti ispat zorunda bırakılmak hukukî güvensizlik yaratır, hukukî işlerdeki istikrarı kökünden sarsabilir. İyiniyetin kamu yararı düşüncesiyle karineye konu yapılmasının bir sonucu olarak iyiniyeti aranan kişinin öne sürmesi

(28) *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*: Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s. 22, 191 vd.; *Sirmen*, Lâle: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s. 33; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 344, 347 vd.

(29) *Meier-Hayoz*, Sys-Teil, N. 88 vd.

(30) *Meier-Hayoz*, Sys-Teil, N. 91.

(31) *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 348.

halinde de iyiniyetin mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulması gerekir³².

MK 1023'e göre iyiniyetin korunması için gerekli şartlar tebliğ konu olan uyuşmazlıklar açısından aşağıda kısaca işlenecektir³³:

1. Tapu Sicilinde Yolsuz Bir Tescilin Bulunması

Yolsuz tescil geçerli olmayan bir hukukî sebebe veya tasarruf yetkisine rağmen yapılan tescildir³⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönme halinde klasik dönme ve yeni dönme görüşleri açısından dönme daha önce yapılan kayıtları yolsuz hale getirmez. Aynı etkili dönme görüşü açısından ise, dönme daha önce yapılmış tescilleri yolsuz tescil haline getirir. Yargıtay bu son görüştedir.

2. Yolsuz Kayda Güvenen Kişinin Üçüncü Kişi Olması

Üçüncü kişiler tapu sicilinde yolsuz tescilin yapılmasına sebep olan hukukî işlemin tarafı olmayanlardır³⁵. Adına yolsuz tescil bulunan kişi ve onun külli halefleri üçüncü kişi değildir³⁶.

Yukarıdaki olaylarda yolsuz tescile dayanan kişinin üçüncü kişi olduğu açıktır. Oysa Yargıtay, halefiyetten bahsetmekte ve bu sebeple iyiniyetinin yokluğundan hareket etmektedir.

3. Üçüncü Kişinin Sicildeki Yolsuz Kayda Güvenmesi

Üçüncü kişi yolsuz kayda güvenmelidir. Güvenilen tapu sicilindeki bir kayıttır. Tapu sicilinin gerçeği yansıtmaması maddi açıdan aynı hakka ilişkin bir durumdur. Buna karşılık, devreden bu payı bir başkasına devretme konusunda sözleşme yapmış olması gibi, edinenin kazanımına aykırılık oluşturabilecek kişisel yükümlülüklerine ilişkin bilgi sahibi

(32) *Edis*, Oğuzoğlu'na Armağan, s. 160. Yargıtayın vakia ve karinelere olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda olan kişilerin kötünietinin diğer tarafa ispat ettirilmesine gerek kalmadığına, iyiniyet ve kötünietin mahkemece resen dikkate alınacağına ilişkin bir İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır (İBK, 14.2.1951 Tarih, E. 1951/17; K. 1951/1) (RG. 1951, 7782).

(33) Bu konuda bkz. *Homberger*, Art. 973, N. 3 vd.; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 191 vd.; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 347 vd.

(34) "Tapu sicilinin yolsuzlaşması, teknik anlamda 'gerçeğe uymamakla birlikte üçüncü kişilere karşı doğruluğu garanti edilmiş bir sicil durumu' biçiminde tanımlanır. Bu tanıma göre teknik anlamda sicil yolsuzluğu, tapu siciline güven ilkesinin uygulama alanıyla sınırlı bir kavramdır." (*Sirmen*, Devletin Sorumluluğu, s. 67).

(35) *Homberger*, Art. 973, N. 9; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 194; *Cansel*, s. 10, 89.

(36) *Sirmen*, s. 194.

olması onun iyiniyetli olmasını engellemez³⁷. Örneğin, malik aynı taşınmazı için bir başkası ile satış sözleşmesi yapmış olsa, bunu bilen üçüncü kişi adına yapılan tescil ile taşınmazı geçerli bir şekilde kazanır. Çünkü borçlandırıcı işlemler sicilde bulunan aynî hakkın durumunda bir değişiklik yapmaz.

Benzer şekilde tapu siciline yazılmamış bir sınırlı aynî hakkın, örneğin bir geçit hakkının, fiilen varlığı iyiniyetle edinenin söz konusu taşınmazı geçit hakkı ile yüklü olmaksızın kazanmasına engel olmaz³⁸.

Oysa Yargıtay, tescil dışında bir olgunun, bir kişisel hakkın varlığının bilip bilinmemesini aramaktadır. Yargıtay'a göre, üçüncü kişinin "... iyiniyetli olup olmadığı; başka bir anlatımla, satın aldığı parsellerin -aslında- davacılara ait olduğunu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle devredildiğini bilip bilmediği veya normal bir araştırma ve göstereceği özen sonucu bilip bilemeyeceği" araştırılmalıdır³⁹.

Kütükteki kaydın tescilin dayanağını oluşturan belgelerle tamamlandığı durumlarda bu belgelere de dayanılabilir. Ancak, kütükteki kaydın yolsuzluğunun belgelerden anlaşılabilmesi durumunda, sadece kütükteki tescile dayanmış olan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı söylenemez. Çünkü bu kişilerin söz konusu belgeleri inceleme zorunluluğu yoktur⁴⁰.

(37) *Homberger*, Art. 973, N. 14; *Cansel*, s. 81.

(38) *ZK- Baumann*, Art. 3, N. 73; BGE 109 II 102.

(39) 15. HD., 18.4. 2002 Tarih, 2002/367 E., 2002/1946 K.; "... henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyi niyetli oldukları kabul edilemez. Burada, MK'nın 931. maddesi uygulanmaz. Zira, henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir." (15. HD., 26.6.1998 Tarih, 1998/2147 E., 1998/2779 K.) Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarına karşı oy yazılarında bu durumda iyiniyetin ortadan kalkmayacağı isabetli bir şekilde belirtilmektedir: "Somut olayda, davalının çekişme konusu taşınmazda sadece arsa payı değil, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile yapımı öngörülen binada arsa payına bağlı daire satın almayı amaçladığı muhakkaktır. Ayrıca davalının yüklenici ile davacı arasındaki eser sözleşmesinden haberdar olduğu bir kısım payların, yükleniciye yapacağı emek ve masraf karşılığı devredildiğini bildiği de dosya kapsamıyla bellidir. Ne var ki, bütün bu olguların davalıyı kötü niyetli kılacağını söyleme olanağı yoktur. Davalının temellük ettiği bağımsız bölüme bağlantılı pay, yükleniciye davacı tarafından aktarılmıştır. Davalının pay satın aldığı sırada, yüklenici ile davacı arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi de ayaktadır. Öyle ise, davalı sebebi belli, yolsuzluktan ari tescile dayalı bir hak iktisap etmiştir. Böyle bir iktisap kötü niyetli olamaz. Davalının Medeni Kanun'un 931. maddesi anlamında iyi niyetini ortadan kaldırmaz. Kaldı ki, tapu sicilinde ortadan kaldırmaya yönelik bir kayıt da mevcut değildir" (1. HD., 26.10.2000 Tarih, 2000/12433 E., 2000/13094 K., sayılı kararın karşı oy yazısı).

(40) *Sirmen*, s. 195

4. Korumanın Sadece Aynî Haklar İçin Olması

Sicil kaydına dayanarak kişisel hakların kazanılması korumadan faydalanmaz⁴¹. Üçüncü kişilerin sicildeki yolsuz kayda dayanarak kazanmalarından sadece aynî haklar yararlanır.

5. Tasarruf Yetkisinin Olmaması Dışında Aynî Hakkın Kazanılması İçin Gereken Diğer Unsurların Bulunması

İyiniyetli üçüncü kişinin MK 1023'den yararlanabilmesi için, kendi kazanımının aynî hak üzerinde tasarrufta bulunanın bu konudaki yetkisizliği dışında, diğer bütün unsurların bulunması gerekir. Yargıtay kararlarına konu olan tüm olaylarda, yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan satım sözleşmesi, tescil talebi ve tescil geçerli bir şekilde yapılmıştır.

6. Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması

İyiniyet, hakkın geçerli olarak doğumuna veya sonuçlarını meydana getirmesine engel olan bir durumun varlığı konusunda mazur görülebilir bilgisizlik veya yanlış bilgi olarak tanımlanmaktadır⁴². Tapu siciline güvenin korunmasında aranan iyiniyet, edinenin, tapu sicilindeki tescilin gerçeği yansıtmadığını bilmemesi ve gerekli dikkatin gösterilmesine rağmen bilenememesidir⁴³. Üçüncü kişi dayandığı tescilin yolsuzluğunu biliyor ve gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek durumda bulunuyor ise kötüniiyetlidir.

İyiniyetin varlığının arandığı an, edinme anıdır. Bu an ise tescil talebinin yevmiye defterine yazıldığı andır⁴⁴. Bu andan sonraki tescilin gerçeği yansıtmadığını öğrenme, edinenin mülkiyet hakkını kazanmasını engellemez. Edinen, iyiniyetli olduğu anda, mülkiyet hakkını diğer tescil

(41) *Cansel*, s. 90 vd.

(42) *Edis*, Oğuzoğluna Armağan, s. 138, 139; *Cansel*, s. 77 vd.

(43) *Homberger*, A: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 917-977, 2. Aufl., Zürich 1938, Art. 973, N. 14; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 193, 194. "Söz konusu maddeye göre (1023) tapu sicilinde ismi geçen kişinin gerçek hak sahibi olduğuna inanan veya kendinden beklenen tüm özeni göstermesine rağmen gerçek malik olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesi imkânsız olan kişinin iktisabı geçerlidir" (HGK, 3.12.2003 Tarih, 2003/14-720 E., 2003/725 K.).

(44) *Homberger*, Art. 973, N. 18; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 194; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 365 vd.; *Cansel*, s. 84; *Sirmen*, s. 198 (Zira tescilin etkisi MK 1022/II gereği yevmiye defterine kayıt tarihinden itibaren başlar).

işlemleri de tamamlanmış olduğu takdirde kazanır⁴⁵. Sonradan durumu öğrenme hakkın kaybedilmesine sebep olmaz. Bunun gibi üçüncü kişi aynî hakkı kazandıktan sonra ondan edinenlerin kazanımı için ayrıca iyiniyetli olmaları aranmaz.

Tasarrufta bulunulduğu anda mevcut olan iyiniyet, dönme beyanının geçmişe etkili olması ve sözleşmenin (hukukî sebebin) ortadan kalkmasıyla, sonradan ortadan kalkabilir mi? Acaba ileride sözleşmeden dönme ihtimalinin bulunması bir kişinin kötüniyetli olması için yeterli midir?

Yukarıda belirttiğimiz gibi, klasik dönme ve aynî etkili dönme görüşleri açısından bu sorunun cevabı olumsuzdur. Zira sözleşmenin kurulduğu anda yüklenici tasarruf yetkisine sahiptir ve o anda yüklenici adına yolsuz bir tescil yoktur, üçüncü kişi mülkiyet hakkını kazanır. Ayrıca iyiniyetli olup olmaması önem taşımaz.

Aynî etkili dönme görüşünü savunanlara göre, “Olayın özelliği gereği bu kişiler *hemen hemen daima iyiniyetli sayılacaklardır*. Gerçekten de bunlardan, kendilerine bu hakkı kazandıranın taraf olduğu bir sözleşmeden ileride dönülmesi sonucu tasarruf yetkisine sahip olmayan birinden hak iktisap etmiş sayılacaklarını, iktisapları anında bilmelerini beklemek pek mümkün görünmemektedir”⁴⁶. “Ancak iş sahibinin sözleşmeden dönmelerinden sonra, bu durumdan haberdar olan üçüncü kişinin yolsuzlaşan tescilin düzeltilmesine fırsat kalmadan, durumdan yararlanmak amacıyla müteahhitle anlaşıp taşınmaz payını tapuda devralması gibi durumlarda artık iyiniyetli sayılamayacağından MK 931 hükmüne dayanarak iktisabının geçerli olduğunu ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Böyle istisnai durumlarda iş sahibi, aynî nitelikte olan yolsuz tescilin kendi lehine düzeltilmesi talebini üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Bu hakkaniyete uygun bir sonuçtur. Daha da istisnai bir durum olarak, üçüncü kişi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının doğduğunu ve bu hakkını yakında kullanacağını göz önüne alarak müteahhitle anlaşıp payı devralmışsa, sözleşmeden dönme işleminin bu devirden sonra yapılmasına rağmen, gene de kötü niyetli kabul edilmesi ve adına yapılmış tescilin yolsuz sayılması mümkün olmalıdır”⁴⁷. Örneğin, alacaklının dönme hazırlıkları yaptığını öğrenip, fırsattan yararlanarak borçlunun elindeki malı ucuza kapatmak amacıyla satın almalarında durum böyledir. Bu, çok seyrek rastlanacak ve kanıtlanması güç durumda ise, onların feda edilmesinin adalet duygularını rahatsız eden bir tarafı yoktur.

(45) Bkz. ZK-Baumann, Art. 3, N. 42; Cansel, s. 10; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 194; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365 vd.

(46) Öz, s. 260; MHAD 1979, s. 150, 151.

(47) Öz, s. 260, 261; MHAD 1979, s. 150, 151.

Oysa Yargıtay, üçüncü kişilerin, hatta dördüncü, beşinci kişilerin iyiniyetli olmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir.

Değerlendirme

Yargıtay'ın sözü geçen kararlarında MK 1023'un uygulanması için gerekli koşullara uyulmadığı görülmektedir.

Böyle bir yaklaşımın alış veriş hayatının güvenliğini sarstığı açıktır. MK'nın 1023. maddesi ile aranan iyiniyet, edinenin tescilin yolsuz olduğunu bilmesi ve bilmesinin gerekmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri dolayısıyla müteahhide devredilen payları devralarak, buna bağlı bağımsız bölüm edinmek isteyen kişi aynı zamanda taşınmaz üzerinde bir mülkiyet payı devralmaktadır. Üçüncü kişiler, kural olarak bunu devralırken yüklenicinin inşaatı bitireceğine güvenerek payı devralır. O, yüklenici adına tapudaki kaydın yolsuz olduğunu bilmiyordur ve zaten bilmesi de mümkün değildir. Çünkü o taşınmaz payını devraldığı anda yüklenici tasarruf yetkisine sahiptir. İyiniyetle kazanmada aranan, tasarruf yetkisinin yokluğu konusundaki bilgisizliktir. Yoksa tasarruf yetkisi olmasına rağmen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini üstlenmiş olması dolayısıyla kişisel bir borcu bulunması değildir. Dolayısıyla, tasarruf yetkisine sahip olan bir kişinin edindiği aynî hak korunur. Sadece aynî etkili dönme görüşünü savunanlar açısından çok istisnai durumlarda edinen üçüncü kişi, arsa sahibinin sözleşmeden dönme niyetini biliyor ve dolayısıyla henüz geçerli olmamakla birlikte yakın bir zamanda yolsuz hale geleceğini öngörebilecek nitelikteyse, bu duruma ilişkin olarak kötüniyetli sayılmakta ve korunması kabul edilmemektedir. Aksi bir çözüm tarzı her türlü hukukî işlem güvenliğini tehlikeye sokar.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından değil de, satım sözleşmeleri açısından böyle bir durum söz konusu olsa, örneğin, satım sözleşmesine dayanarak bir taşınmaz (B) adına tapuya kaydedilse ve daha sonra (B)'nin satım bedelini ödememesi nedeniyle sözleşmeden dönülse, bu arada (B)'nin taşınmazı bir üçüncü kişiye devretmiş olması halinde de "burada üçüncü kişi alıcının semeni ödemede temerrüde düşebileceğini öngörebilirdi, o halde iyiniyetli değildir" gibi bir sonuca ulaşabilir miyiz? Benzer şekilde "sözleşme hata ile iptal edilebilir, üçüncü kişi bunu öngörmeliydi" şeklinde bir kanaate varabilir miyiz? Böyle bir sonuca ulaşmanın alış veriş hayatının işleyişini önemli ölçüde engelleyeceği açık olup, Türk Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku sistemine tamamen aykırıdır. Gerçi Yargıtay söz konusu sonuca sadece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından ulaşmaktadır⁴⁸. Oysa, arsa payı

(48) Davacı, harici satışı gösterir belge ibraz etmemiştir. Tanıklar, davacının 1978 yılında tam pay sahibi Ferit'ten pay aldığını ve 1979 yılında davaya konu evi yaptığını bildirmişlerdir. Davada yer almayan Ferit M. (A.), 2000/2300 payını

karşılığı inşaat sözleşmeleri ile diğer sözleşmeler arasında ayrı bir değerlendirme yapmayı gerektiren bir farklılık yoktur.

III. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakların Nisbiligi

Türk Borçlar Hukuku ve Eşya Hukukundaki temel ilke, alacak hakkının nisbiligi (kişisel olması), buna karşılık aynî hakkın mutlak olması ilkesidir⁴⁹. Alacak hakkı sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Alacak hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi sadece kanunda öngörülen belirli hallerde mümkündür. Buna karşılık aynî haklar ise mutlak olup, herkese karşı ileri sürülebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bir sözleşme niteliğinde olup, sadece sözleşmenin tarafları arasında hak ve yükümlülük doğurur, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Yargıtay'ın yukarıdaki görüşünü kabul etmek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerinden doğan alacağı üçüncü kişilere karşı da ileri sürmek anlamına gelir ki, bu sözleşmenin nisbiligi ilkesine aykırıdır.

IV. Üçüncü Kişilerin Yükleniciden Tapu Sicilinde Arsa Payını Devralmasının Alacağın Temliki Veya Borcun Nakli Niteliğinde Olmaması

Yükleniciden, ileride yapılacak bağımsız bölümler arsa payına bağlıdır ve yukarıdaki olaylarda tapu sicilinde geçerli bir şekilde pay devralmaktadır. Bu sözleşme ile yüklenici ileride yapacağı bağımsız bölümlere bağlanan payları devretmekte ve alıcı üçüncü kişi de bunun bedelini ödemeyi üstlenmektedir. Şu halde, burada geçerli bir satım sözleşmesi ve bu sözleşmeye dayalı olarak yüklenicinin geçerli bir tescil talebi ve üçüncü kişi adına yapılmış bir tescil vardır. Dolayısıyla üçüncü kişi pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanmıştır.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme, bir alacağın temliki sözleşmesi değildir. Yüklenici, bu sözleşme ile arsa malikinden olan arsanın belli paylarının kendisine devrine ilişkin alacak hakkını üçüncü kişiye devretmemektedir. Böyle bir temlike gerek de yoktur. Çünkü zaten söz konusu pay kendi adına tapuda tescil edilmiştir. Yüklenici, söz konusu hakka sahiptir, arsa malikinden böyle bir alacağı

22.2.1985 tarihinde 3. kişi Mehmet C.e, kalan 300/2300 payını 10.2.1986 tarihinde davalı İsmail P.e, paydaş Mehmet C. ise Ferit'ten aldığı payını 10.8.1988 tarihinde 3. kişi Hasan C.a, o da 31.3.1993 tarihinde davalı Menevşe K.a tapuda satmışlardır. Davacı temlik isteğini sonradan malik olan Menevşe ve İsmail'e yöneltmiştir. Medeni Kanun'un 650. maddesine dayalı temlikten tescil isteği şahsî bir haktır. Şahsî hak şartları varsa sözleşmenin tarafına karşı ileri sürülebilir. Somut olayda, taşınmazı tapudan satın alarak aynî hak sahibi olan davalılara karşı şahsî hak ileri sürülemez. (14. HD., 10.12.1999 Tarih, 199/8275 E., 1999/8874 K.).

(49) *Meier-Hayoz, Sys-Teil, N. 243.*

da artık kalmamıştır. Bu açıdan yukarıdaki kararlarda sözü geçen “yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürülebilir” ifadesi bu olaylar için söz konusu olamaz. Sadece yüklenicinin arsa malikinden arsa paylarını tapuda devralmadığı, buna rağmen yazılı bir belge ile söz konusu alacağını üçüncü kişilere devrettiği takdirde, yapılan sözleşmenin alacağın temlikini de içerdiği, dolayısıyla inşaatın tamamlanması durumunda, üçüncü kişilerin arsa malikinden payların kendisine devrini (tescil talebi) istemesine ilişkindir⁵⁰; konumuzla ilgisi yoktur.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme borcun nakli (yüklenilmesi) veya sözleşmenin devrine (yüklenilmesine) ilişkin bir sözleşme de değildir. Burada yüklenici ile üçüncü kişi arasında bağımsız bölüm satımı sözleşmesi vardır ve bu sözleşme henüz bağımsız bölümler meydana gelmediğinden, sadece arsa paylarının satımı ve devrine ilişkindir. Böyle bir sözleşme yapmak üçüncü kişinin yüklenicinin borcunu üstlendiği ve alacaklı ile de bu konuda ayrıca bir sözleşme yaptıkları⁵¹ anlamına gelmez. Benzer şekilde, yüklenici arsa maliki ve üçüncü kişinin sözleşmenin yüklenilmesine⁵² ilişkin bir anlaşma yapmaları da söz konusu değildir. Tarafların özellikle üçüncü kişinin inşaatı yapma borcunu üstlenmek veya böyle bir sözleşmeyi devralmak gibi bir irade beyanı yoktur, böyle bir iradesi de yoktur. Üçüncü kişinin irade beyanının güven teorisi, dürüstlük kuralı ışığında yorumlanması sonucunda da böyle bir sonuca ulaşılamaz. Yükleniciden ileride bağımsız bölüm alma niyetinde olan normal, makul, dürüst kişiler, hayatın olağan şartları ve dürüstlük kuralı gereğince de bağımsız bölümü yapmayı değil, sadece satın almayı isterler. Aksine bir kabul, bir varsayımdan öte bir anlam taşımaz. Üçüncü kişiler inşaatın yapımını üstlenmek istiyorlarsa, bunu bir borcun nakli (yüklenilmesi) veya sözleşmenin devri (yüklenilmesi) hukukî ilişkisiyle yapabilirler. Ancak satım sözleşmesi bu anlama gelmez.

(50) Bkz. *Kartal*, s. 54 vd. “... yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir.” (14. HD., 15.4.2004 Tarih, 2004/1274 E., 2004/3040 K.).

(51) Borcun iç ve dış yüklenilmesi kavramları için bkz. *Eren*, s. 1196 vd.

(52) Sözleşmenin yüklenilmesi için bkz. *Eren*, s. 1206.

Borcun üçüncü bir kişinin irade beyanı olmaksızın üstlenilmesi sadece kanunda belirtilen külli halefiyet yollarından birinin gerçekleşmesi ile olabilir ki, sözü geçen olaylarda böyle bir durum yoktur.

V. Yargıtay Kararlarına Göre Arsa Maliki Tarafından Yükleniciye Devredilen Arsa Payının “Avans” Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa malikinin arsa payının devir borcu yüklenicinin inşaatı tamamlayarak arsa malikine teslim ettiği zaman muaccel olur (BK 81, 364/I)⁵³. Ancak taraflar bu konuda aksine bir anlaşma yaparak, arsa maliki arsa paylarının devri borcunu, yükleniciden önce ifa etmeyi kabul edebilir. Esasen tebliğimize konu olan olaylarda da durum böyle olmaktadır. Arsa malikinin borcunu önceden ifa edip, yüklenici adına tescili yapması, daha sonra sözleşmeden dönme durumunda üçüncü kişilerin veya (aynî etkili dönme görüşü kabul edildiğinde) iyiniyetli üçüncü kişilerin pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanmasını engellemez. Yargıtay bu durumu bir *avans* ödemeye benzetmekte, yüklenicinin borcunu yerine getirmediği zaman verilen avansların iadesini, arsa payının üçüncü kişilere devredilmiş olup olmadığını göz önünde bulundurmaksızın kabul etmektedir⁵⁴. Para borçlarının ileride asıl borçtan mahsup edilmek kaydıyla önceden ödenmesi (*avans*)⁵⁵ olarak nitelendirilen bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine olduğu gibi aktarılamaz. Zira birincisinde önceden ifa edilen edim tapu sicilinde kayıtlı bir taşınmazın payı, diğerinde ise paradır. Bir taşınmaz payının devri borcunun, para borcunun ifası gibi nitelendirilmesi, tapu sicili sistemini ve bu sicilin açık olduğu, doğruyu yansıttığı ve sicile güven ilkelerinin göz ardı edilmesi gibi istenmeyen sonuçlara yol açar.

(53) *Kartal*, s. 109.

(54) "Kararlılık kazanan Dairemiz içtihatlarına göre, arsa sahipleri teslimden evvel işin finansında kolaylık sağlamak üzere yükleniciye bir kısım pay devri yapmışsa bu devir "avans" niteliğindedir. Bu payın devredilmiş olması ne yükleniciye ve ne de yükleniciden bu payları satın alan 3. kişilere eser bedeline hak kazanılmadığından aynî bir hak sağlamaz. Üçüncü kişiler burada, MK'nun 3. maddesi hükmünce iyiniyet iddiasında bulunamaz. Daha açık bir anlatımla yükleniciye devri yapılan payların devir sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir." (15. HD, 1.6.2004 Tarih, 2003/6241 E., 2004/3055 K.).

(55) İstisna sözleşmeleri açısından bkz. *Baygın*, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 203, 204; *Kaplan*, İbrahim: İnşaat Sözleşmesinde Yapı sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996) Ankara 1996, s. 105 vd., 162, 158.

Ayrıca arsa maliki taşınmaz payını yükleniciye devretmek ve borcunu sonradan ifa etme hakkı varken bunu önceden yerine getirmekle yüklenicinin borcunu ifa edeceğine güvenmektedir ve bu konuda onun ifa etmeme riskini kendisi üzerine almaktadır. Arsa maliki başlangıçta bu riski göze almadan inşaatın bitmesi üzerine borcunu ifa etme seçeneğini kabul edebilirdi. Nitekim Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu sistemimiz bu düşünceden hareketle, önceden arsa paylarını devralmayan yüklenici açısından, hakkını korumak için MK 894 ile kanundan doğan ipotek hakkını kullanma olanağını kabul etmiştir. Buna rağmen malikin riski göze alıp, arsa payını devretmesi sonucunda sözleşmeden dönmesinin sonuçlarına üçüncü kişiler katlanmamalıdır⁵⁶. Üstelik tapuyu devralan üçüncü kişi aynî hakkı kazandığını düşünerek ayrıca kendisini korumak için diğer güvenceleri de istemeyecektir.

Bundan başka, BK 211/III'deki satılan mal teslim edilmiş ise, satıcı dönme hakkını açıkça saklı tutmamışsa sözleşmeden dönemez, hükmü Yargıtay tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanmamaktadır. Oysa, kanaatimizce burada da arsa malikinin pay devrini üstlenmesi borcu açısından taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin bir unsur söz konusudur ve payın tapu sicilinde geçerli bir şekilde devri borcun ifa edilmiş olması anlamına gelip, BK'nın 217. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle taşınmaz satımlarına ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanabilir. Böyle bir durumda da yukarıda anlattıklarımız, arsa malikinin dönme hakkını açıkça saklı tutması halinde geçerli olacaktır.

SONUÇ

Kanaatimizce, Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine dayanarak tapu sicilinde yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunmayacağına ilişkin yukarıdaki kararları, alacak hakkının kişiselliği (nisbiliği), tapu sicilin açıklığı, tapu siciline güven ve iyiniyetin korunması ilkelerine aykırıdır.

(56) Bkz. aynı görüşte, *Darende*, İhsan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerinde Etkisi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_236.htm (erisim tarihi 12.12.2006).