

Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nın Değerlendirilmesi

Evaluation Of Constitutional Court's Tari Decision 2014/12321
Numbered and 20.07.2017 Dated

Pelin ÇAVDAR*

ÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, finansal veya ticari sebeplerle, arsa sahibi ile yapmış olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişiye devredebilir. Karara konu uyuşmazlıkta da, yüklenicinin bağımsız bölüm ve arsa paylarının devrinin talebine ilişkin alacak hakkını alacağın devri yoluyla üçüncü kişiye devrettiği anlaşılmaktadır. Yüklenici ise sözleşmede kararlaştırılan şekilde inşaatı tamamlamadığı için, arsa sahibinin yüklenici ve üçüncü kişi adına tescil edilmiş olan tapu kayıtlarının iptali ve kendi adına tescili istemi ilk derece mahkemesi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Kanaatimizce, verilen karar sözleşmeden dönme teorileri, tapu siciline egemen olan ilkeler ve TMK md.2 bağlamında uyandırılan güvene aykırı davranış (çelişkili davranış yasağı) oluşturması ve hukuki güvenlik ilkesini de göz ardı etmesi gerekçeleriyle yerinde değildir.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Üçüncü kişi, Alacağın devri, İyiniyet, Tapu sicili, Çelişkili davranış yasağı, Hukuki güven ilkesi.

ABSTRACT

In the context of construction agreement in return for land and share, as a result of financial and commercial reasons, contractor might assign of his claim to third party from the land owner. In this inspected case, contractor assigned the detached section and landshare claims to the third party. However, afterwards, contractor did not complete the building as agreed in the agreement. Accordingly, land owner brought an action against third party on the basis of cancellation of a land entry and registering them on his own name. This request was accepted by Domestic Court, Court of Appeal and Constitutional Court. However, we are object to court decision. In our opinion, court shall consider the theories of termination of agreement, the principles which are dominant in land registry and the principles of prohibiting contrasting behaviour and legal security.

Keywords: Construction agreement in return for land and share, Third party, Assignment of claim, Good faith, Land registry, Prohibition of contrasting behaviour, Principle of legal security.

* Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Y.O Öğretim Görevlisi, pelin-cavdar@hotmail.com

Giriş

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaat için gerekli olan bütçeye sahip olmayan arsa sahibi, arsasından belli payları yükleniciye devreder ve bunun karşılığında ise arsasında yapılacak bağımsız bölümlere hak kazanır. Bir başka ifadeyle, arsa sahibi arsasındaki belirli payları yükleniciye devreder ve yüklenici de buna karşılık arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa eder ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları ona devreder¹. Ancak bazı hallerde yüklenici, finansal veya ticari sebeplerle, arsa sahibi ile yapmış olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişiye devredebilir². Karara konu uyuşmazlıkta da, yüklenicinin bağımsız bölüm ve arsa paylarının devrini isteme şeklindeki alacak hakkını alacağın devri yoluyla üçüncü kişiye devrettiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çıkış noktası ise, inşası devam eden bağımsız bölümün yüklenici tarafından üçüncü kişiye satılması ve yüklenicinin inşaatı sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifa edememesi durumunda, arsa sahibinin üçüncü kişi adına tescil edilen tapu kayıtlarının iptalini ve kendi adına tescilini sağlayıp sağlayamayacağından kaynaklanmaktadır. İlk derece mahkemesi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluğu, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devir eden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerektiği ve üçüncü kişinin henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladıkları, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldıkları, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı onlara bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendilerine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmekte ve dolayısıyla arsa malikleri tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devir aldıkları ve bu haliyle TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacakları gerekçeleriyle bu soruya olumlu yanıt verirken, biz aşağıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz, sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme teorileri ve TMK md.2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması bağlamında çelişkili davranış yasağı (uyandırılan güvene aykırılık) ve hukuki güvenlik prensibine aykırılık oluşturduğu gerekçeleriyle bu karara katılmamaktayız.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kararın oldukça uzun olmasından ötürü, bütünlüğü bozmayacak ve anlaşılır olacak şekilde kararın tamamı değil, özeti çalışmamızda sunulmuştur.

- 1 **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s.1033 vd., **GÜMÜŞ**, Mustafa, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2014, s.113., **AYDEMİR**, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016., s.121 vd., **DUMAN**, İlker, Hasan, İnşaat Hukuku, Ankara, 2016., s.97 vd., **DURAK**, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:1, 2015., s.208., vd., **ARIKAN**, Mustafa, **ERDOĞAN**, Kemal, Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, S.34, 2015., s.146 vd., **SELİMOĞLU**, Yaşar, Engin, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2016., s.423 vd., **YAVUZ**, Cevdet, **ACAR**, Faruk, **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2016, s.581 vd.
- 2 **KOSTAKOĞLU**, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2015, s.1112. *“İnşaat aşamasında veya öncesinde arsa sahibinin yükleniciye pay devretmesi yahut müteahhidin göstereceği üçüncü kişiye müteahhit adına pay devri, müteahhidin yapacağı veya yapmakta olduğu inşaata finansman sağlanmasına yardımcı olmak, desteklemek amacıyla verilmiş avans niteliğinde kabul edilmektedir.”*

I. Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesi 2009/358 E., 2011/180 K., 21.04.2011 Tarihli Kararı'nın Sunulması

“Davacılar vekili özetle; müvekkilleri ile davalılardan müteahhitler K1 ve K2 arasında müvekkillerine ait dava konusu A1 Mahallesi, N1 parsel sayılı taşınmazda nitelikleri Bakırköy 2. Noterliği'nin 26/11/1985 gün ve 64852 yevmiye sayılı düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını, sözleşme uyarınca taşınmazın 104 pay kabul edilerek 48 payın müvekkilleri uhdesinde tutularak geriye kalan 56 payın adı geçen davalı müteahhitlere devir ve temlik edilmesine rağmen davalı müteahhitlerin sözleşme gereklerini yerine getirmedikleri gibi sözleşmenin yerine getirilmesi şartıyla kendilerine temlik edilen payları da diğer davalılara devir temlik ettiğinden bahisle söz konusu sözleşmenin feshi ile iptali ile davalılar adına olan tapu kayıtlarının iptali ve müvekkilleri adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiş safahatta davacılarından K3'in ölümü üzerine mirasçıları olarak davaya devam ettiklerini beyan etmiştir.

Davalılar K4 ve K5 vekilleri özetle; açılan davanın M.K'nun 2. Maddesi hükmüne aykırı olduğunu, dava konusu taşınmaz üzerinde taraflar arasında yapılan inşaatın bitirilerek davacıya teslim edildiği ve 20 yılı aşkın süredir hiçbir itiraz olmaksızın dava konusu binanın taraflarca kullanıldığını, müvekkillerinin davacılar ile birlikte 1992-1998 tarihleri arasında aynı binada yaşadıklarını, müvekkillerinin taşınmazı müteahhitlerinden satın almadıklarını, satın alırken tapu siciline güvendiklerini, davacıların kötü niyetli olduklarını beyanla davanın reddini savunmuşlardır. Diğer davalılar tebligata rağmen duruşmaya katılmamışlar, davaya cevap vermemişlerdir. Bakırköy 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/75 esas sayılı iş bu dava dosyası söz konusu mahkemenin faaliyetlerinin durdurularak kapatılması üzerine mahkememize intikal ettirilmek suretiyle karara bağlanmıştır. Dava davacı arsa sahipleri ile davalı müteahhitler K1 ve K2 arasında yapılan Bakırköy 2. Noterliği'nin 26/11/1985 gün 64852 yevmiye sayılı düzenleme satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi, davalılar adına oluşan tapuların iptali ile davacılar adına tescili talebinden ibaret olup, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, söz konusu inşaat sözleşmesi, dava konusu taşınmazın tapu kaydı, tarafların pay edinimlerine ilişkin akit tabloları, imar işlem dosyası, mahallinde yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporu, dinlenen tanık beyanları ve diğer bilgi ve belgeler incelenmiş irdelenmiş içerikleri anlaşılmıştır.

Bilindiği üzere: yüklenicinin kendisine devir edilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimidir. Yüklenici edimi yerine getirmediği takdirde Borçlar Kanunu'nun 358. Maddesi uyarınca arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden 3. Kişi onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile 3.kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir söyleyişle 3.kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devir eden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan 3. Kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları ile illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. Somut olayda davaya konusu binanın yapı kullanma izin belgesi-iskan ruhsatının bulunmadığı,

inşaatın sözleşme şartlarına uygun olarak bitirilmediği, ortada imar kanununa ve sözleşmeye uygun yasal bir inşaatın bulunmadığı ve bu itibarla davalı müteahhitlerin üzerine düşen edimlerini yerine getirmedikleri, davalı müteahhitlerin payını devir ettiği 3.kişilerden iktisap eden diğer davalıların henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladıkları, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldıkları, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı onlara bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendilerine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmekte ve dolayısıyla arsa malikleri tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devir aldıkları ve bu haliyle T.M.K'nun 1023. Maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacakları anlaşılmış olmakla aşağıdaki şekilde haklı olan davanın kabulüne karar verilmesi uygun görülmüştür.

Hüküm: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 1-Davanın kabulü ile Bakırköy 2. Noterliği'nin 26/11/1985 gün ve 64852 yevmiye sayılı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile davalılar K4 ve K5 adlarına olan A1 mah. N1 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile iptal olunan toplam hissenin yarısının davacı K6'a ve yarısının da yargılama sırasında ölen davacı K3 mirasçıları davacılara veraset ilamı hisseleri oranında tesciline, 2-İİK 28 maddesi uyarınca hüküm özetinin derhal ilgili tapu sicil müdürlüğüne tevdiine, 3-Harçlar Kanunu gereğince alınması gerekli 53.148,00 TL harç için peşin alınan 101,30 TL harç ile 11.977,70 TL tamamlama harcının mahsubu ile bakiye 41.069,00 TL harcın davalılardan tahsili ile hazineye irad kaydına, 4-Davacılar tarafından yapılan ve aşağıda açık dökümü yazılı toplam 12.988,10 TL yargılama giderinin davalılardan tahsili ile davacılara ödenmesine, 5-Davacılar kendilerini vekille temsil ettirdiklerinden Yürürlükteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hesap edilen 43.562,40 TL avukatlık ücretinin davalılardan tahsili ile davacılara ödenmesine, Dair gerekçeli kararın taraflara tebliğ edileceği tarihten itibaren başlatılmak suretiyle 15 günlük yasal süresi içerisinde mahkememize sunulacak temyiz dilekçesi ile Yüksek Yargıtay nezdinde temyizi kabil olmak üzere verilen karar davacılar vekili Av. K7 ile davalılar K4 ve K5 vekili Av. K8'in yüzlerine karşı diğerlerinin yokluğunda açıkça okunup anlatıldı. 21/04/2011".

II. Yargıtay 15. HD., 2011/6160 E., 2012/5968 K., 03.10.2012 Tarihli Kararı'nın Sunulması

"Karar: Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalılar K2, K1 ve K3'un yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunmadığından davacılar yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, aşağıda yazılı bakiye 26.552,00 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalılar K1, K2 ve K3'dan alınmasına, 03.10.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi. "Başvurucuların karar düzeltme istemleri de aynı Daire'nin 22/5/2014 tarihli ilamıyla reddedilmiştir. Başvurucular 18/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

III. Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı, 20.07.2017 Tarihli Kararının Sunulması

Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucuların İddiaları

Başvurucular, tapu siciline güvenerek iyi niyetle bedeli mukabilinde satın aldıkları arsa paylarının yargısal bir kararla iptal edildiğinden yakınmaktadırlar. Başvurucular, uzun bir süre boyunca malik oldukları arsa paylarının mülkiyetini, kendi kusurları olmadığı hâlde kaybettiklerini belirtmişlerdir. Başvuruculara göre, kendilerinin bu sözleşme bakımından iyi niyetli üçüncü kişi konumunda olmalarına rağmen arsa sahiplerince açılan davada haksız bir mahkeme kararıyla mülkleri elinden alınmıştır. Başvurucular sonuç olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında açılan davada mahkeme kararıyla arsa paylarının iptal edilmesi nedeniyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Değerlendirme

Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuru, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır (Cemile Ünlü, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26). Somut olayda başvurucuların uyuşmazlık konusu taşınmazın arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yükleniciye devredilen inşa edilecek yapıdaki altı adet bağımsız bölümüne ilişkin arsa paylarını tapuda satın aldıkları görülmektedir. Yargıtay, üçüncü kişilere satılan bağımsız bölümler üzerinde üçüncü kişilerin malik olabilmelerinin halef oldukları yüklenicinin sözleşmeden doğan tüm yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 31/3/2014 T.hli ve E.2013/8737, K.2014/2416 sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25/10/2007 T.hli ve E.2006/3246, K.2007/6600 sayılı kararı, Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 31/3/2016 T.hli ve E.2014/10445, K.2016/2017 sayılı kararı, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 13/5/2010 T.hli ve E.2010/4902, K.2010/5603 sayılı kararı

Bununla birlikte Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanındaki mülkiyet hakkı, özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen mülkiyet hakkı kavramlarından farklı bir anlam ve kapsama sahip olup bu alanlarda kabul edilen mülkiyet hakkı, yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmalıdır (Hüseyin Remzi Polge, B. No: 2013/2166, 25/6/2015, § 31). Olayda uyuşmazlık konusu taşınmazdaki ilgili arsa payları, tapuda başvurucular adlarına tescil edilmiştir. Ancak yine Yargıtay içtihatlarına göre yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin gerektirdiği edimleri ifa etmemesi nedeniyle arsa malikinin geri alma hakkının doğduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla derece mahkemelerince iptal edilmeden önce taşınmazdaki arsa paylarının başvurucular adına tapuda kayıtlı olduğu ve ayrıca başvurucuların bu arsa paylarını tapuda satın alırken karşılığında parasal bir değer de ödedikleri dikkate alındığında Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında başvurucuların korunması gereken ekonomik bir menfaatlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Başvuru konusu olayda başvurucuların mülkiyet haklarına yönelik olarak kamu makamlarınca doğrudan yapılan bir müdahale mevcut olmayıp özel kişiler arası bir uyumsuzluk söz konusudur. Dolayısıyla başvuruda, devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri yönünden inceleme yapılması gerekmektedir.

3. İlkelerin Olaya Uygulanması

Uyumsuzluk konusu taşınmaz üzerinde inşa edilecek yapının bağımsız bölümlerine ilişkin arsa payları, taşınmazın malikleri ile yüklenici arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde başvuruculara devredilmiştir. Bu sözleşme ile taşınmazın malikleri taşınmazda inşa edilecek bazı bağımsız bölümleri ve arsa paylarını yükleniciye devretme; yüklenici ise bu taşınmaz üzerinde sözleşmede belirtilen koşullarda bir yapı inşa etme yükümlülüğü altına girmiştir. Yüklenici tarafından henüz yapı tamamlanmadan uyumsuzluk konusu arsa payları başvuruculara tapuda satılmıştır. Ancak arsa sahipleri tarafından açılan davada Mahkemenin de uzman bilirkişi raporlarına dayalı olarak tespit ettiği üzere arsa üzerindeki yapı, sözleşmede istenilen koşullara uygun olarak ve süresinde tamamlanamamıştır. Buna göre sözleşmede öngörülen sürede geçmiş olmasına rağmen inşa edilen yapının iskân ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi dahi bulunmamaktadır. Bunun üzerine sözleşme koşullarının yerine getirilemediğini belirten taşınmazın malikleri, sözleşmenin feshi ile tapu iptali ve tescil istemleriyle yüklenici ve yükleniciden arsa paylarını satın alan başvuruculara karşı dava açmışlardır. Yapılan yargılama neticesinde Mahkeme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin temel edimi olan yapıyı sözleşmeye uygun olarak inşa ettiremediğini tespit ederek yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi fesh etmiştir. Mahkeme ayrıca bu karar ile sözleşmenin feshini gerekçe göstererek başvurucuların tapularının iptaline ve bu payların da arsa malikleri adlarına tapuya tesciline karar vermiştir (bkz. § 14). Başvurucular, kararı temyiz etmişler ancak hüküm Yargıtayca onanmış ve başvurucuların karar düzeltme talepleri de Yargıtayca reddedilerek hüküm kesinleşmiştir (bkz. § 15).

Başvuru konusu olayda tarafların birbirleriyle çatışan menfaatleri bulunmaktadır. Buna göre bir taraftan maliki oldukları taşınmazda bina inşa edilmesi kaydıyla bu taşınmazdaki arsa paylarını devreden arsa sahipleri, diğer taraftan da aynı sözleşme gereği yükleniciye düşen bu arsa paylarını devralan başvurucuların hakları söz konusudur. Diğer bir deyişle başvurucuların yükleniciye düşen arsa paylarını tapuda satın almakla mülkiyet hakları mevcut olmakla birlikte bu payları inşaat yapılması kaydıyla devreden arsa sahiplerinin de mülkiyet hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki tarafın da mülkiyet hakkını gözetmekle yükümlü bulunan devletin, maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dikkate alınarak sonuca varılmalıdır.

Bu bağlamda ilk olarak başvurucuların tapu kayıtlarının iptalinin belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuna dayalı olup olmadığı irdelenmelidir. Yargıtay içtihatlarında, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin, arsa sahibi veya sahipleri ile yüklenici arasında yapılan ve eser sözleşmelerinin bir türü olan sözleşme tipi olduğu açıklanmıştır. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin maliyeti kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası

üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vadettiği sözleşmelerdir, inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin ana borçlarının bir inşaat (eser) meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borçları olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık bu tür sözleşmelerde iş sahibinin de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık "arsa payı devri" suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlandığı belirtilmektedir. Bu sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın (eşya) olarak ödenmektedir. Yargıtay ayrıca eser sözleşmelerinin niteliği gereği iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğunu, temerrüt hâlinde de uyuşmazlık Tarihi itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı mülga Kanun'un 106-108. maddelerinin (6098 sayılı Kanun'un 123-125. maddelerine karşılık gelmektedir.) uygulanacağını belirtmektedir. Diğer taraftan Yargıtay içtihatlarında, yüklenicinin alacağın temlik hükümlerine göre arsa paylarını yazılı şekil koşuluyla satabileceği ve yükleniciden arsa payını satın alan kişilerin ise yüklenicinin halefi oldukları kabul edilmiştir (bkz. §§ 24-28).

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. 818 sayılı mülga Kanun'un 19. maddesinde (6098 sayılı Kanun'un 26. maddesi) öngörülen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu Kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerden olduğu ancak bu sözleşmelerin hüküm ve uygulanma koşullarının Yargıtayın istikrar kazanmış içtihatlarıyla açıklığa kavuşmuş olduğu görülmektedir. Derece mahkemelerince de mülkiyet hakkının ihial edildiği iddiasına konu edilen uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak önceden oluşturulan, öngörülebilir, ulaşılabılır ve belirli nitelikte olduğu anlaşılan bir hukuksal çerçeve kapsamında delillerin değerlendirildiği ve hukuk kurallarının yorumlanarak sonuca varıldığı görülmektedir.

İkinci olarak başvuruçuların mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye etkin bir biçimde itiraz edebilme, savunma ve iddialarını yetkili makamlar önünde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı incelenmelidir. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkının gerçekten etkin bir biçimde korunabilmesi için devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında usule ilişkin bu güvencelerin sağlanması zorunludur. Başvuru konusu olayda ise başvuruçuların usule ilişkin bu güvencelerin sağlanmadığına yönelik açık bir iddiaları bulunmamaktadır. Nitekim başvuruçular uyuşmazlığa konu yargılamada kendilerini vekil ile temsil ettirmişler ve duruşmalı olarak görülen yargılama sırasında davalı sıfatıyla mahkeme önünde itiraz ve savunmalarını ortaya koyup delillerini sunabilmişlerdir.

Son olarak ise arsa sahiplerince iade hakkının kullanılması nedeniyle başvuruçuların mülkiyet haklarını koruyacak ve yeterli güvenceler sağlayacak hukuksal mekanizmaların oluşturulup oluşturulmadığı incelenmelidir.

Buna göre somut olayda tapu kayıtlarının iptalinin arsa sahibinin mülkiyet hakkının korunması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel kişilerin mülkiyet haklarının çatıştığı bu gibi durumlarda bunlardan hangisine üstünlük tanınacağıın takdiri, kanun koyucuya ve somut olayın koşulları

göz önünde bulundurularak derece mahkemelerine ait bir yetkidir. Bununla birlikte her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir sonuca da yol açmaması gerekir. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir. Olayın bütün koşulları ve taraflara tanınan tüm imkânlar ile tarafların tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak menfaatlerin adil bir şekilde dengelenip dengelenmediği değerlendirilmelidir.

Derece mahkemelerinin tespit ettiği üzere başvuru, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde inşa edilecek yükleniciye düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın almışlardır. Dolayısıyla başvuru, yüklenicinin halefi sıfatıyla taşınmazın malikleri ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olarak görülmüştür. Ancak bu sözleşme doğrultusunda yüklenicinin kendisine düşen asıl edimi yani inşaatı yapma edimini yerine getirmemiş olduğu tespit edilmiştir. Bu durum nedeniyle daha önce edimini yerine getirmiş olan taşınmaz malikleri, temerrüt hükümlerine dayalı olarak sözleşmenin feshini talep etmişlerdir. Derece mahkemeleri de bu gerekçeyle ilgili hukuk kuralları gereğince sözleşmenin feshine ve tapunun iptaline karar vermişlerdir. Derece mahkemelerine göre başvuru, satın alırken inşaatın henüz tamamlanmadığını ve ileride inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldıklarını bilebilecek durumdadırlar. Başka bir deyişle inşaat hâlinde olan bir yapının bağımsız bölümlerini satın alan başvuru, inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilmesini öngörmesi gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de başvuru, inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından açıkça anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki arsa paylarını satın alan başvuru, yüklenicinin halefi olduklarından taşınmaz 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.

Öte yandan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yükleniciye düşen arsa payını satın alan kişinin sonradan arsa malikinin menfaatlerini koruma amacıyla tapunun iptalinin bu kişiye bir külfet yükleyeceği açıktır. Böyle bir durumda her iki tarafın menfaatlerini dengeleyecek mekanizmaların varlığı ve bu bağlamda tapusu iptal edilen kişiye tanınan imkânların ve giderim yollarının varlığı önem taşımaktadır. Başvuru konusu olayda, başvuru borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuru, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir (bkz. 24-28).

Dolayısıyla öncelikle başvuruya konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik yargısal içtihatların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvuru, usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağlandığı, kararlarda yer verilen tespit ve

gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır. Nihayet başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin etkin ve yeterli güvencelerin mevcut olduğu da anlaşılmaktadır. Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvuru sahiplerinin, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia yönünden başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE, B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE, C. Başvuru sahiplerinin maddi tazminat taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE, D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE, E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Maliye Bakanlığına başvuru Tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği T.hen ödeme Tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA OYBİRLİĞİYLE, F. Kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi yönünden Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2009/358, K.2011/180) GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE, G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE, 20.07.2017 Tarihinde karar verildi.

2014/12321 : 20/7/2017 – Başvuru Numarası Karar Tarihi

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İstanbul İli, Bakırköy İlçesinde bulunan 954 m2 arsanın malikleri tarafından 1885 yılında müteahhit ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış ve 7 dairesi bina inşaatı tamamlanmış, ancak, sözleşme gereklerine uyulmaksızın projersiz olarak yapılan binaya yapı kullanım izni alınmamıştır. Bina bu şekilde yıllarca kullanılmaya devam edilmiştir. 2. Arsa sahipleri sözleşme gereği taahhüt ettikleri hisseleri zamanında müteahhide tapuda devretmişler; müteahhit de üçüncü kişilere devretmiştir. 3. Başvuru sahipleri, bu üçüncü kişilerden arsa paylarını 1992 (başvuru F. T ARİ) ve 1998 (başvuru Sultan T ARİ) tapuda satın almışlardır. 4. Arsa sahipleri müteahhitle kat

karşılığı inşaat sözleşmesi yapmalarından 24 yıl sonra, 5.3.2009 Tarihinde Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtıkları davada, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmediğinden bahisle, sözleşmenin feshini, tapu kayıtlarının iptalini ve başvurucular adına tapuda kayıtlı hisselerin kendi adlarına tescilini talep etmişlerdir. 5. Derece mahkemelerinde yapılan yargılama sonucunda arsa sahipleri lehine hüküm kesinleşmiştir. Başvurucuların yargılama safahatında yaptıkları, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1023. maddesindeki iyi niyet kuralının uygulanması talepleri kabul görmemiştir. 6. Her ne kadar yine Türk Medeni Kanunu'nun 1024. maddesinde bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin bu tescile dayanamayacağı öngörülmüş ise de, inşaat sözleşmesinin yapımından ve binanın fiilen kullanıma başlanmasından yıllar sonra başvurucuların, tescilin yolsuz yapıлып yapılmadığını bilmesi gerektiği söylenemez. Bu nedenle arsa sahipleri ile başvurucuların çatışan menfaatlerinin hangi tarafın daha fazla iyi niyetli olduğuna bakılarak çözüme kavuşturulması gerekir. 7. Arsa sahiplerinin, binanın projesi bulunmadığını ve dolayısıyla yapı kullanım izni alamayacak durumda olduğunu bilmelerine rağmen müteahhide hisse devretmeleri, müteahhidin de başkalarına hisse satışı yaptığını tapu kayıtlarıyla ve fiilen bilmeleri, buna rağmen 24 yıl boyunca hiçbir yasal girişimde bulunmamaları, bina ekonomik ömrünü doldurmaya başladığı ve arsa olarak daha fazla kıymet kazandığı bir dönemde daha önce devredilmiş hisselerin adlarına tescili istemiyle dava açmaları, iyi niyetli olmadıklarını göstermektedir. 8. Medeni Kanun'un 2. Maddesinde "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir haklan açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". denilmiştir. Bu noktada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki iyi niyet ilkesinin, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisindeki "sırf gayri ızzar eden suiistimal" kavramından farklı olduğu, diğer bir ifadeyle, arsa sahiplerinin başkasına zarar vermek değil kazanç sağlamak amacıyla da olsa iyi niyetli olmadıkları müddetçe, mevzuat ve Yargıtay içtihatlarındaki lehe hususlardan yararlanamayacakları belirtilmelidir. 9. Öte yandan başvurucuların, uğradıkları zarardan dolayı taleplerini, hak kazanmadığı halde devraldığı kabul edilen arsa hisselerini tapuda kendilerine satan müteahhide yöneltmeleri halinde de Borçlar hukukunun zamanaşımına ilişkin hükümleri karşısında başarı şansları şüphelidir. Açıklanan nedenlerle başvurucuların mülkiyet haklarının İHLAL EDİLDİĞİNE karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz."

IV. Kararın İncelenmesi

A. Tarafların İddia ve Savunmaları

Dava konusu uyuşmazlıkta, davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Arsa sahibi yükleniciye sözleşmede kararlaştırılan payı devir ve temlik etmiştir. Yüklenici ise, kendisine temlik edilen payların bir kısmını diğer davalı olan üçüncü kişilere temlik etmiştir. Sözleşmenin kurulmasından yirmi dört yıl sonra, davacı arsa sahibi, davalı yüklenici ve diğer davalı üçüncü kişiler aleyhine sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmediği gerekçesiyle dava açmış ve davalılar adına tapu kayıtlarının iptalini ve kendi adlarına tesciline karar verilmesini mahkmeden talep etmiştir. Gerek ilk derece mahkemesi gerekse Yargıtay davacı arsa sahibinin talebini kabul etmiş ve davalılar adına mevcut olan tapu kaydının

iptaline karar vermiştir. Davalı üçüncü kişiler ise Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuruları oyçokluğu ile reddedilmiştir.

1. Başvurucuların, Davalı Üçüncü Kişilerin İddiası

Başvurucular tapu siciline iyi niyetle güvenerek TMK md.1023 kapsamında söz konusu arsa paylarını satın aldıklarını, dolayısıyla söz konusu ilişkide iyiniyetli üçüncü kişi konumunda olduklarını iddia etmişlerdir. Ayrıca oldukça uzun bir süre arsa paylarının maliki olmalarına rağmen, kendi kusurları olmadan, yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kararlaştırıldığı şekilde ifa edilmediği gerekçesiyle adlarına tescil edilen arsa paylarının iptal edilmesi sebebiyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Davacı Arsa Sahiplerinin İddiası

Davalı yüklenicilerin davaya konu binayı sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirmediklerini; zamanında bitirmediklerini, binanın yapı kullanma belgesi ve iskân ruhsatının bulunmadığını, diğer davalı üçüncü kişilere de sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi şartıyla kendilerine temlik edilen payları temlik ettiklerini, dolayısıyla sözleşmenin gereği gibi ifası söz konusu olmadığından gerek davalı yükleniciler adına gerekse diğer davalı üçüncü kişiler adına olan tapu kayıtlarının iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Mercilerin Kararları

Yargılamanın gidişatında; ilk derece mahkemesi olan Asliye Hukuk Mahkemesi davacı arsa sahiplerinin iddialarını kabul etmiş, karar davalı başvuru üçüncü kişiler tarafından temyiz edilmiş ve Yargıtay Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bunun üzerine davalı başvuru üçüncü kişiler karar düzeltme isteminde bulunmuşlarsa da bu istem aynı daire tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine davalı başvuru üçüncü kişiler Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlar ve Anayasa Mahkemesi oyçokluğu ile başvurunun reddine karar vermiştir.

1. İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtay'ın Kararı

İlk derece mahkemesi davacı arsa sahiplerinin tapu iptali taleplerini kabul etmiştir. Davalı yüklenicinin hakkını temlik alan üçüncü kişinin yüklenicinin halefi olduğunu, dolayısıyla davacı arsa sahibinin yüklenicinin sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişiler adına yapılan tapu kayıtlarının iptalini talep edebileceğini hükme bağlamıştır. Nitekim mahkeme kararında, binanın yapı kullanım izin belgesi ve iskân ruhsatının bulunmadığını, inşaatın sözleşmeye uygun bir şekilde tamamlanmadığını tespit etmiştir. Ayrıca, davalı üçüncü kişilerin henüz inşaat bitirilmeden binadan bağımsız bölüm almayı istediklerini,

bunun için de bağımsız bölümlere ilişkin arsa payı satın aldıklarını, böyle bir durumda arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını bilmelerinin gerekmekte olduğunu ve yüklenicinin edimini gereği gibi ifa etmemesi durumunda temlik aldıkları bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmelerinin gerektiğini, bu riski öngörmelerine rağmen temlik işlemini gerçekleştirdikleri için TMK md.1023 kapsamında korunmayacaklarını belirtmiş ve davalılar adına yapılan tapu kayıtlarının iptaline karar vermiştir. Davalı üçüncü kişilerin temyiz başvurusu da benzer gerekçelerle reddedilmiştir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Anayasa Mahkemesi oyçokluğu ile başvuruçuların (davalının) talebini reddetmiştir. Mahkeme kararında üç temel gerekçeden yola çıkarak sonuca ulaşmıştır. Öncelikle, başvuruçuların tapu kayıtlarının iptalinin belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuna dayalı olup olmadığını incelemiştir. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz sözleşmelerden olduğu ve bu sözleşmelerin hüküm ve uygulanma koşullarının Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarıyla ortaya konulduğu tespit edilmiş ve bu açıdan bir ihlal olmadığı ortaya konulmuştur.

İkinci olarak mahkeme tarafından başvuruçuların (davalının) mülkiyet hakkına yapıldığı iddia edilen ihlale ilişkin etkin bir itiraz, savunma ve iddianın yetkili makamlar önünde ortaya koyabilme imkânına sahip olup olmadığı incelenmiş ve başvuruçuların kendilerini vekil ile temsil ettirdiğini, her türlü itiraz ve savunmalarını ortaya koyduklarını, bu sebeple bu yönden de bir ihlal olmadığı tespit etmiştir.

Mahkeme son değerlendirmesini ise, arsa sahiplerinin tapu iptali talebinde bulunmaları sonucunda başvuruçuların (davalının) mülkiyet haklarını koruyacak, yeterli ve etkin güvenceler sağlayacak hukuki araçlara sahip olup olmadığına ilişkin yapmıştır. Mahkeme, başvuruçuların inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıklarını, yüklenicinin halefi konumunda olduklarını, dolayısıyla yüklenicinin haklarına ve borçlarına da sahip olduklarını, bir başka ifadeyle, inşaatın tamamlanmaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edileceğinin öngörülmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Başvuruçuların TBK'nın genel hükümleri çerçevesinde yükleniciye talepte bulabileceklerini, ayrıca başvuruçuların yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahiplerinden tazminat talep edebileceklerini hükme bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iki üyesi verilen karara ilişkin karşı oy kullanmışlardır. Karşı oy gerekçesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından ve binanın kullanılmaya başlanmasından uzunca bir süre sonra, başvuruçuların tescilin yolsuz yapıp yapılmadığına ilişkin bilgi sahibi olmalarını beklemenin doğru bir yaklaşım olmadığını ve başvuruçuların iyi niyetinin korunması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca, arsa sahiplerinin binanın projesinin bulunmamasına ve yapı kullanım izni alınamayacak durumda olduğunu bilmelerine rağmen yükleniciye arsa payını devrettiklerini, yükleniciden de üçüncü kişilere söz konusu hisselerin satışının yapıldığını bildiklerini ve buna rağmen 24 yıl boyunca yasal haklarını kullanmadıklarını,

binanın ömrünü tamamlamaya başladığı ve arsa olarak daha fazla değer kazandığı bir dönemde tapu iptali davası açmalarının TMK md.2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiğini ve bu gerekçelerle başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiği kanaatinde olduklarını belirtmişlerdir.

C. Hukuki Uyuşmazlığın Tespiti

Karara konu uyuşmazlıkta öncelikle, yükleniciden henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin yüklenicinin halefi sıfatıyla hareket ettikleri, dolayısıyla üçüncü kişilerin inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın aldıkları arsa paylarının iade edilebileceğini öngörmelerinin gerektiği ve bu sebeplerle üçüncü kişiler için TMK md.1023 hükmünün uygulanamayacağı şeklinde hükme dayanak olarak belirtilen gerekçenin hukuka uygun olup olmadığı ortaya koyulmalıdır.

Karara ilişkin diğer tartışılması gereken husus ise, sözleşmenin kurulmasından 24 yıl sonra arsa sahiplerince açılan tapu iptali davasının TMK md.2'de yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edip etmediğidir.

D. Kararın Değerlendirilmesi

I. Kararın Başvurucu (Davalı) Üçüncü Kişiler İçin TMK md.1023 Hükmünün Uygulanıp Uygulanmayacağı Bağlamında Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tapu sicili devletin sorumluluğu altında bulunan ve devletin yetkili memurları tarafından tutulan resmi sicillerdendir. Tapu siciline hakim olan ilkelerden bir tanesi olan aleniyet ilkesi gereğince, tapu sicili ilgisini inanılabilir kılan herkes tarafından incelenebilen bir sicildir. Dolayısıyla, tapu sicilinin aleniyeti ve resmi sicil vasfının bir sonucu olarak, bu sicile iyiniyetle güvenerek aynı hak iktisap eden kimselerin korunması gerekmektedir³. Nitekim bu durum TMK md.1023 hükmünde vücut bulur⁴.

Karara konu uyuşmazlığın temel çıkış noktası, yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişilerin TMK md.1023 kapsamında korunup korunmayacağından kaynaklanmaktadır. Bu konuya ilişkin yerel mahkeme, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin oyçokluğu ile vermiş olduğu

3 **TEKİNAY**, Selahattin, Sulhi, **AKMAN**, Sermet, **BURCUOĞLU**, Haluk, **ALTOP**, Atilla, Eşya Hukuku, Cilt I., İstanbul, 1989., s.348 vd., **OĞUZMAN**, Kemal, **SELİÇİ**, Özer, **ÖZDEMİR-OKTAY**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, s.231., **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku I, Konya, 2013, s.184., **ANTALYA**, Gökhan, **TOPUZ**, Murat, Eşya Hukuku, Cilt III, İstanbul, 2018., s.173., **SİRMEN**, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2016., s.195., **ESENER**, Turhan, **GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 2015., s.147., **ÜNAL**, Mehmet, **BAŞPINAR**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2015., s.339.,

4 **DUMAN**, İlker, Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı, Ankara, 2016, s.179. "Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak ve toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetle taşınmaz edinilen kişiler TMK md.1023'ün koruyuculuğu altına alınmışlar; bir bakıma asıl hak sahibine tercih edilmişler ve edinimleri geçerli kabul edilmiştir."

karar, doktrinde de taraftar bulan bir görüşe dayanmaktadır. Bu görüşe göre, “topraktan satış” veya “temelden satış”⁵ işlemlerinde üçüncü kişi konumunda olan alıcıların arsanın yükleniciye değil, arsa sahibine ait olduğunu bilebilecek konumda şahıslardır. Dolayısıyla, üçüncü kişiler yüklenicinin üzerine düşen yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmede takdirde kendilerine devredilen bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında haklarının doğmayacağını öngörmelidirler⁶. Bu yaklaşım üçüncü kişinin iyiniyetli kimse konumunda olmadığından ötürü TMK md.1023’ün uygulanmasını reddetmektedir.

Ancak kanaatimizce bu tartışmayı sadece TMK md.1023 hükmünü dikkate alarak yapmak doğru değildir. Bu tartışmada doğru bir sonuca ulaşabilmek için, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğine de bakılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı’na göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi “geçici-sürekli karmaşığı edimli” bir sözleşmedir ve somut olayın şartları izin verdiği takdirde (özellikle inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak)⁷ TMK md.2 hükmü dikkate alınarak sözleşme ileriye etkili olarak sona ermelidir⁸. Dolayısıyla, söz konusu sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebileceği kabul edildiğinde, yükleniciden aynı hak elde eden üçüncü kişiler geçerli bir tescile dayanarak, gerçek malikten aynı hak iktisap etmiş olurlar⁹. Belirtmek gerekir ki, feshin ileriye etkili sonuç doğurduğu hallerde yüklenicinin hak ettiği ve

5 **ERMAN**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s.163. Yazar temelden satışı şu şekilde tanımlamaktadır: “Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile kendisine isabet edecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını daha inşaat safhasında iken üçüncü kişilere satması veya satışını vaat etmesidir.”

6 **DUMAN**, Dürüstlük Kuralı, s.178. Yargıtay’ın bu görüşü destekleyici nitelikteki içtihatları için bkz; Yargıtay 23. HD., 2013/8737 E., 2014/2416 K., 31.03.2014 Tarihli Karar, Yargıtay 15. HD., 2006/3246 E., 2007/6600 K., 25.10.2007 Tarihli Karar., Yargıtay 23. HD., 2014/10445 E., 2016/2017 K., 31.03.2016 Tarihli Karar., Yargıtay 14. HD., 2010/4902 E., 2010/5603 K., 13.05.2010 Tarihli Karar., **GÜNAY**, Erhan, Yargıtay Kararları Eşliğinde Uygulamalı ve Örnekli Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, Ankara, 2016., s.173., **AYDEMİR**, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016, s.418 vd.

7 Yargıtay 15. HD., 2009/1031 E., 2009/4125 K., 01.04.2009 Tarihli Karar, “ İnşaatın büyük oranda tamamlanması (%90’ın üzerinde) durumunda Medeni Kanun’un 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir.” Benzer nitelikte kararlar için bkz; Yargıtay 15. HD., 2014/5121 E., 2015/286 K., 21.01.2015 Tarihli Karar, Yargıtay 15. HD., 2004/7507 E., 2005/505 K., 04.02.2005 Tarihli Karar.

8 **YİBK.**, 1983/3 E., 1984/1 K., 25.01.1984 Tarihli Karar., “.İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici - sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır.” Kararda ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi ya da başka sözleşmeye aykırı davranışları halinde, olayın niteliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK md.2 hükmünden hareketle TBK md. 117 vd. (BK md.106 vd.) hükümlerinin uygulanabileceği, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebileceği kabul edilmektedir. Benzer nitelikte karar için bkz; Y.15. HD., 2003/4328 E., 2004/1320 K., 10.03.2004 Tarihli Karar. Yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi gerektiği görüşünde olan Sungurbey’in konu hakkındaki ayrıntılı kanaati için bkz; **SUNGURBEY**, İsmet, Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapımını Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt), YHD., Şubat, 1982, s.173-194.

9 **ERMAN**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s.1, **ŞAHİN**, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, 2012, s.292.

ona bırakılan bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişi arsa sahibi tarafından yapılan fesihden etkilenmeyecek; yükleniciye kalan bağımsız bölümlerden birine hak kazanmış ise bu kazanımı korunacak ve üçüncü şahsın tapusuna dokunulamayacaktır¹⁰.

Bunun yanı sıra, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili sonuç doğuracağı benimsendiğinde, klasik dönme¹¹ ve kanuni borç ilişkisi¹² teorilerine göre, bu durumda sebebe bağlı tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceği¹³, aynı hakları etkilemeyeceği, bir başka ifadeyle aynı hakların geçerliliklerini koruyacağı; yükleniciden taşınmaz üzerinde aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin kazanımlarının geçerli olduğu çünkü bu kişilerin işlemi yaptıkları anda geçerli bir tescilin mevcut olduğunu ve onların da bu geçerli tescile istinaden hak kazandığı ileri sürülmektedir¹⁴. Dolayısıyla üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmaması hakkı kazanmaları bakımından etkili olmamaktadır¹⁵. Ancak klasik dönme görüşüne göre, sebep ortadan kalktığı için arsa sahibi başlangıçta devrettiği bağımsız bölümleri yükleniciden TBK md. 77 ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri¹⁶ uyarınca talep edebilir. Bir başka ifadeyle, sebepsiz

10 **AVCI**, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015, s.176, s.188., **COŞKUN**, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010, s.160.

11 Klasik dönme teorisiyle ilgili ayrıntılı için bkz; **SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007., s.60., **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016., s.761. **OĞUZMAN**, Kemal, **ÖZ**, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2017, s.517., **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s.1144., **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, **AKMAN**, Sermet, **BURCUOĞLU**, **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993., s.967 vd., **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, İstanbul, 2017, s.510., **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, **HATEMİ**, Hüseyin, **SEROZAN**, Rona, **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İstanbul 2014, s.236.

12 **SEROZAN**, s.61 vd., **OĞUZMAN/ÖZ**, s.520, **EREN**, s.1144 vd. Doktrinde Özmen bu teoriyi benimsemektedir. Bkz; **ÖZMEN**, Saba, E., **ÜREM**, Müge, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s.18. **ÖZMEN**, Saba, 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararı'nın Eleştirisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl:30, Sayı: 135, s.499. Özmen'e göre hukuk sistemimizin bu sonucu kabul ettiği TBK md.136/II hükmünden anlaşılmaktadır. Mal değişim (trampa) sözleşmesi uyarınca, taraflardan birinin önceden ifa edilmiş edimi karşılığında diğer tarafın parça borcu eşyayı devir borcu sonradan ortaya çıkan kusursuz ifa imkansızlığı ile sona erecek olursa, diğer taraf önceden yapmış olduğu ifanın iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir. **ÖZMEN**, s.505., Özmen'e göre, benimsediği kanuni borç ilişkisi teorisi gereğince, iade konusu eşya bir taşınmaz ise, dava TMK md. 716/I hükmü uyarınca tescile zorlama davası olacaktır. Yazar bu talebin hiçbir zaman TMK md.683'te düzenlenen istihkak davası niteliğinde yolsuz tescilin düzeltilmesi davası (TMK md.1025) olmayacağını ileri sürmektedir.

13 **BUZ**, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s.118 vd.

14 Özmen'e göre, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemi oluşturan tescil talebinin koşula bağlanamayacağı prensibi uyarınca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciden arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanımı, yüklenicinin üstlendiği edimi ifası koşuluna bağlı tutulamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz; **ÖZMEN**, s.506 vd.

15 **ÜREM**, Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme – Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m.473/I), İstanbul, 2017, s.233.

16 **OĞUZMAN/ÖZ**, s.518, YHGK, 1982/15-356 E., 1982/817 K., 06.10.1982 Tarihli Karar., ". İş sahibinin fesih (dönme) hakkını kullandığı durumlarda feshin geriye etkili olup olmadığını saptamak için ise borç ilişkisinin niteliğine ve somut olayın özelliğine bakmak gerekir. Eser sözleşmelerinde, Sürekli – geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliği bulunduğu kabul edildiğine göre, somut olay adaleti gerektirdiğinde ya da yüklenicinin korunmaya hiç layık olmadığı durumlarda hakkaniyete ve eser sözleşmesinin kurallarına göre nedensiz zenginleşme hukuku çerçevesinde bir çözümün uygun ve

zenginleşmeden doğan iade alacağı üçüncü kişilerce devralındığında, arsa sahibinin üçüncü kişilere karşı doğrudan bir talepte bulunması söz konusu olamaz¹⁷. Kanuni borç ilişkisi görüşüne göre ise, iadenin kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmakla beraber, zamanaşımı süresi TBK md.146'da düzenlenen sözleşmeden doğan alacakların tabi olduğu zamanaşımına süresine tabidir¹⁸. Yeni dönme teorisi ise¹⁹, dönme hakkının kullanılmasıyla beraber taraflar arasındaki sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermeyip, içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisi meydana getireceğini kabul eder. Bu görüşe göre, sebepsiz zenginleşme değil, sözleşmeden doğan iade yükümlülüğü söz konusudur ve dönme sadece borçlandırıcı işlemin geçerliliğini etkiler, bir başka ifadeyle, daha önce devredilen aynı hakların geçerliliğine etki etmez²⁰. Geçerli bir şekilde tasarruf işlemi yapıldıysa, bu tasarruf işlemi sonucu mülkiyet karşı tarafa geçer. Bu kişiden söz konusu taşınmazı edinen kimselerin malik olması için iyiniyetli olmalarına da gerek yoktur. Bu teoriye göre, sözleşmeden dönülmesiyle birlikte daha önce verilen şeylerin iadesi arsa sahibi tarafından yükleniciye sözleşmeden doğan kişisel bir talep hakkıyla ileri sürülebilir²¹. Aynı etkili dönme görüşünde ise²², sözleşmeden dönme tasarruf işlemlerini etkiler ve sebebe bağlılık ilkesi gereğince dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkan sözleşme ile temel hukuki ilişki de ortadan kalkmış olur. Dolayısıyla, arsa sahibi tarafından yüklenici aleyhine TMK md.1025 hükmünde düzenlenen tapu sicilinin düzeltilmesi davası (tapu iptali) açılması mümkündür. Ancak tapu sicilindeki yolsuz tescile iyiniyetle güvenen üçüncü kişinin kazanımı ise TMK md. 1023 gereğince korunur²³.

Buna karşılık sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili sonuç doğuracağını ileri süren Öz, bu durumda taşınmaz üzerinde kazanılmış aynı hakların da geçmişe etkili olarak kendiliğinden

gerekliliği kabul edilmelidir."

17 **ÖZMEN**, s.502. Özmen'in benimsediği kanuni borç ilişkisi teorisi gereğince, iade talebi, borç ilişkisinin nisbiliği gereği, zenginleşene karşı ileri sürülebilir. Üçüncü kişilerin fakirleşen ile zenginleşen arasındaki kanundan doğan borç ilişkisinin tarafı olmaları borçlar hukukuna egemen olan nisbilik ilkesine de aykırıdır. Bu durumda, yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş olan üçüncü kişilerin yüklenicinin bu ediniminin ileride sözleşmeden dönme sonucu iyiniyetli olmasa dahi iade ile yükümlü olmayacakları açıktır.

KAPANCI, Kadir, Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), İstanbul, 2016., s.243. Ancak bazı hallerde sebepsiz zenginleşme talebinin nispi özelliğinin bir kenara bırakılarak, üçüncü kişiye TBK md.49/II hükmü uyarınca doğrudan talepte bulunulabileceği kabul edilmektedir. Karara konu uyumsuzluk bakımından, üçüncü kişi sadece arsa sahibinin zarara uğramasını sağlamak amacıyla ahlaka aykırı bir şekilde arsa payını ve bağımsız bölümü devralmışsa, böyle bir durumda arsa sahibinin doğrudan üçüncü kişiye başvurup ondan tazminat talep edebileceği kabul edilmelidir.

18 **BUZ**, s.121.

19 **SELİÇİ**, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978., s.162., **SEROZAN**, s.82. vd., **ANTALYA**, İfa, s.512., **OĞUZMAN/ÖZ**, s.521, **EREN**, s.1144 vd., **SEROZAN**, İfa, s.237.

20 **BUZ**, s.123.

21 **KIRCA**, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXII, Aralık, 2006., 86.

22 **ANTALYA**, İfa, s. 511., **BUZ**, s. 121., Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda aynı etkili dönme teorisini benimsediği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Yargıtay 15. HD. 2009/1416 E., 2010/3797 K., 01.07.2010 Tarihli Karar., Yargıtay 15. HD., 2012/2647 E., 2012/4512 T., 16.04.2012 Tarihli Karar.

23 **KIRCA**, s.87., **ÖZMEN/ÜREM**, s.29.

hükümsüzleşeceğini savunmaktadır²⁴. Taşınmazın devri işlemi sebebe bağlı bir işlemdir ve sözleşmeden dönülmesiyle beraber hukuki sebep ortadan kalkmıştır. Yazara göre, yolsuzluk dönme hakkının kullanılmasından itibaren değil, başlangıçtan itibaren mevcuttur, buna göre iade talebi istihkak davası niteliğinde tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla mümkün olmalıdır. Üçüncü kişilerin durumu açısından ise, yüklenici adına yapılan tescilin baştan itibaren yolsuz bir tescil olmasından ötürü, üçüncü kişilerin TMK md.1023 hükmü gereğince iyiniyetli olmaları kaydıyla arsa payı üzerinde mülkiyet hakkını kazanacakları kabul edilmektedir²⁵. Yazar bu bağlamda, yükleniciden hak kazanan üçüncü kişilerin yüklenicinin ediminin karşılığı olarak arsa paylarının yükleniciye teslim edildiğini bilmelerinin onların iyiniyetini ortadan kaldıran bir etken olarak görülmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişilerin taşınmaz mülkiyetinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sebebiyle yükleniciye devredildiğinin bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması üçüncü kişilerin ileride bu hakkın kendilerinden alınabileceğini bilmelerini gerektirmez²⁶.

Kanaatimizce, klasik dönme, kanuni borç ilişkisi ve yeni dönme teorileri benimsendiğinde, üçüncü kişi zaten gerçek malikten hak kazanmaktadır, dolayısıyla ortada yolsuz bir tescil olmadığı için, yolsuz tescile dayanarak iyiniyetli bir aynı hakkın kazanılması hükmünü düzenleyen TMK md.1023'e başvuruya zaten gerek yoktur. Burada, üçüncü kişi mülkiyeti tescil ile kazanır ve arsa sahibinin üçüncü kişiden talepte bulunması söz konusu olmaz²⁷. Ayrıca, arsa sahibi yüklenicinin gereği gibi ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle, klasik dönme ve yasal borç ilişkisi teorilerine göre yüklenici aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açarak, yeni dönme teorisine göre ise sözleşmeden doğan kişisel hakkını ileri sürerek uğramış olduğu zararı tazmin edebilecek konumdadır. Yüklenici aleyhine bu imkânlarla başvurabilecek olan arsa sahibine, bir de üçüncü kişiye başvurup onun adına olan tapu kaydının iptali ve tescilini talebini kabul etmek, kanaatimizce arsa sahibine aşırı ölçüde bir menfaat sağlanmasına yol açar. Aynı etkili dönme teorisi benimsendiğinde ise, dönme tasarruf işlemlerini de etkileyeceği için yüklenici adına yapılan tescil yolsuz tescil olacaktır. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişi²⁸, tapu sicilindeki yolsuz kayda güvenen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olmayan ve yükleniciden aynı hak kazanan iyiniyetli bir üçüncü kişi ise mülkiyeti geçerli bir şekilde kazanmış olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla TMK md.1023'e göre hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişiden pay devrine ilişkin talep hakkı olmayan arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yükleniciden iadeye konu olan arsa paylarını sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep etme imkanına sahiptir²⁹.

24 **ÖZ**, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989., s.241.

25 Burada aranan iyiniyet, tescil isteminin yevmiye defterine kaydı esasında mevcut olmalıdır. **COŞKUN**, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2017, s.852.

26 **YAKUPPUR**, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul, 2016., s.194.

27 **ŞAHİN**, s.292.

28 Üçüncü şahıs, geçerli olmayan tescil işleminde taraf olmayan, bu işleme katılmamış olan ancak sicile hukuka aykırı olarak kaydedilmiş kişiden aynı hakkı iyiniyetle kazanan kimsedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; **CANSEL**, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara, 1964., s.10.

29 **BUZ**, s.144., Benzer şekilde yüklenici arsa sahibinin arazisi üzerinde gerçekleştirdiği inşaatla, arazi üzerinde bir değer artışı oluşturmuşsa, arsa sahibinden sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talepte bulunabilir. "Kuşku

Belirtmek gerekir ki, hakim üçüncü kişinin iyiniyetinin tespitine ilişkin takdir hakkını kullanırken kanun maddesinden, yargısal içtihatlardan ve bilimsel görüşlerden yola çıkarak, kişisel mantığı ve vicdaniyla hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapmalıdır³⁰. Ayrıca bu noktada Yargıtay'ın yukarıda belirttiği gerekçelerle üçüncü kişi bakımından TMK md.1023 hükmünün uygulanamayacağı yaklaşımına da katılmamaktayız, şöyle ki; Yargıtay bu noktada sicil dışı bir unsur olan üçüncü kişinin arsa sahibinin kişisel hakkını bilmesini aramaktadır. Oysa TMK md.1023 sicil dışı bir olgunun varlığını değil, sicilden anlaşılacak bir olgunun varlığını aramaktadır. Ayrıca, Yargıtay'ın bu tip uyuşmazlıklarda üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığını araştırmaksızın³¹ mutlak kötüniet karinesi yaratması hukukun temel ilkeleriyle de çelişki oluşturmaktadır³². Bunun dışında, Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu içtihatların tapu sicilinin açıklığı (aleniyeti)³³, tapu siciline güven³⁴, iyiniyetin korunması³⁵, hukuki

yok ki, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin mahkemece feshine karar verilmesi halinde, yüklenici, arsa sahibinin mal varlığında artı bir değer yaratmışsa, bu değer in adesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir...". Ayrıntılı bilgi için bkz; 15. HD., 2007/1276 E., 2008/2431 K., 14.04.2008 Tarihli Karar.

- 30 DUMAN, İlker, Hasan, "İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Yargıcın Rolü ve Takdir Yetkisi, Ankara, 2016., s.185.
- 31 ÖZMEN, s.513, Özmen'in ifadesiyle, ". üçüncü kişinin taşınmazı iade etmek durumunda kalmamak için bu araştırmaya yansıyan bilgilere sahip bir hukukçu niteliği taşımak ya da alımlarında böyle bir hukukçudan hukuki yardım gerekeceği sonucuna varılmaktadır. İşte bu sonucun günlük yaşam tecrübeleriyle ne kadar bağdaştığı konusunda daha fazla ayrıntıya girmeyi abesle iştiğal olarak kabul etmekteyiz."
- 32 ÖZMEN, s.512.
- 33 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.152., SİRMEN, s.118., AYAN, s.181., ÜNAL/BAŞPINAR, s.244., ESENER/GÜVEN, s.118., Açıklık (aleniyet) ilkesi, aynı hakkın herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte olmasının doğal bir sonucudur. Bu bağlamda, üçüncü kişilerin aynı hakka uygun hareket edebilmeleri bu hakkın varlığı ve kapsamı hakkında bilgi sahibi olmalarına bağlıdır. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakları açık hale getirme görevi ise tapu siciline aittir. İlgisini inanılır kılan herkesin tapu sicilini inceleyebileceği de TMK md.1020 hükmünde kaleme alınmıştır. Aleniyet ilkesi sadece asli siciller için mevcuttur, bir başka ifadeyle feri siciller bu ilkenin kapsamına girmezler.
- 34 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.152., SİRMEN, s.117., AYAN, s.183., ÜNAL/BAŞPINAR, s.249., ESENER/GÜVEN, s.124., Tapu sicili, devletin yetkili kıldığı tapu memurları tarafından tutulan, devletin denetim, gözetim ve sorumluluğu altında tutulan resmi sicillerdendir. Bu sicillerin aksi ispat edilinceye kadar doğru ve tam oldukları kabul edilir. Dolayısıyla, tapuda işlem yapan kişilerin tapu kayıtlarının doğruluğuna güvenmeleri doğaldır. Ancak tapu kayıtlarının yolsuz hale gelmesi mümkündür. İşte böyle bir durumla karşılaşılması, tapu sicilinde yer alan kayıtlara iyiniyetle güvenen kimsenin korunması ihtiyacını da beraberinde getirmiş ve güven ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilke TMK md.1023 hükmünde de açıkça ifade edilmiştir.
- 35 DUMAN, Takdir Yetkisi, s.188. Kişilerin satın aldığı şeylerin ileriki bir zamanda kendilerinden geri alınabileceği kaygısı taşınmazları ve toplum düzenini ve huzurunu sağlamak amacıyla satın alan kişinin iyiniyetinin korunması prensibi kabul edilmektedir. Yargıtay 1. HD., 2006/201 E., 2006/1961 K., 28.02.2006 Tarihli Karar. ". Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplam düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğu ileri sürerek kimse diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyiniyetli gözükeni değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitelik bu görüşten hareketle "kötüniet iddiasının defi değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (resen) nazara alınacağı ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşlerde aynı doğrultuda gelişmiştir."

işlem güvenliği gibi temel ilkelerle çeliştiği ve ticari hayattaki işleyişi de olumsuz etkileyeceği şüphesizdir³⁶. Benzer şekilde, sözleşmeler hukukuna egemen olan nisbîlik ilkesi de bu yaklaşımla sekteye uğramaktadır³⁷. Arsa sahibinin sözleşmeden doğan alacak hakkını sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye yöneltmesi nisbîlik ilkesine açık bir şekilde aykırıdır³⁸. Ayrıca, Yargıtay içtihatlarında üçüncü kişilerin, söz konusu inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilebileceği rizikosunu öngörerek bu ilişki içerisinde girmeleri sebebiyle TMK md.1023'ün korumasından yararlanamayacakları şeklinde yerleşmiş bulunan anlayışa da katılmamaktayız. Kanaatimizce, üçüncü kişinin böyle bir rizikoyu üstlenmiş olması onun iyiniyetini ortadan kaldıran bir etken olarak değerlendirilmemelidir³⁹; üçüncü kişi usulüne uygun bir şekilde tapuda gerekli işlemleri yaparak, yüklenicinin inşaatı tamamlayacağı inancı ile arsa payını devralan şahıstır. Üçüncü kişinin TMK md.1023'ün korumasından yararlanamaması için, üçüncü kişiye yapılan devirlerin arsa sahibinin iade talebini sonuçsuz bırakmak amacıyla yapılması veya sözleşmeden dönüldükten sonra üçüncü kişiye pay devrinin yapılmış olması gibi olguların mevcut olması gerekmektedir⁴⁰.

II. Kararın TMK md.2 Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi

Kararı TMK md.2 çerçevesinde değerlendirmeye başlamadan önce, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması terimleri hakkında kısaca bilgi vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Kanunumuzda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Doktrinde dürüstlük kuralı, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğru, dürüst, namuslu, ahlaklı, orta zekâlı bir kişiden beklenen şekilde davranmasını ifade eden davranış kuralı olarak tanımlanmaktadır⁴¹. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ise, hakkı tanıyan hükmün amacına aykırı olarak hakkın kullanılması ve hakkı kullanan kişinin kullanmada menfaatinin olmaması gerektiğini ifade eder⁴². Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı da hükümde belirtilmektedir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanıldığından söz

36 COŞKUN, s.144-145.

37 OĞUZMAN/ÖZ, s.27, EREN, s.18, KILIÇOĞLU, s.11., ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I., İstanbul, 2015., s.21., TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016., s.76.

38 ÜREM, s.227., KIRCA, s.190., ÖZMEN, Ethem, Saba, KARAMAN-AKÇURA, Tuba, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:87, Sayı:1, 2013, s.66.

39 COŞKUN, s.146.

40 ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014., s.189.

41 ANTALYA, Gökhan, TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul, 2015., s.356 vd., OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2017., s.262, DURAL, Mustafa, SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015., s.238., KAYIHAN, Şaban, ÜNLÜTEPE, Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2017., s.371.

42 AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995., s.21.

edilmek için, geçerli şekilde kazanılan bir hakkın bulunması ve hakkın açıkça kötüye kullanılmış olması gerekmektedir. Hükme göre, hakkın kullanımı dürüstlük kuralına uygun olmalıdır⁴³.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının temel özelliklerine kısaca yer verecek olursak; genel nitelikli, ikincil (tali), emredici, objektif ve tamamlayıcı role sahiptir, itiraz niteliğindedir ve hakim tarafından re' sen dikkate alınır⁴⁴. Dürüstlük kuralının hukuki işlemlerin kurulmasında, hukuki işlemlerin yorumlanması ve tamamlanmasında, hukuki işlemlerin tahvilinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasında, sözleşme öncesi davranıştan sorumlulukta, kanun hükümlerinin yorumlanması ve boşlukların doldurulmasında ve kanuna karşı hilenin önlenmesi gibi hallerde oldukça önemli bir fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

Benzer şekilde hakkın kötüye kullanılmasına temel oluşturabilecek bir takım durumlar da mevcuttur. Bunlara örnek olarak, hakkın kullanılmasını gerektiren meşru bir menfaatin bulunmaması, hakkın kullanılmasının sağladığı yarar ile karşı tarafa verilen zarar arasında aşırı bir oransızlık bulunması, kişinin kendi ahlaka aykırı davranışı sonucu yarattığı durumun sağladığı hakları kullanması, şekil eksikliğinin caiz olmayan biçimde ileri sürülmesi veya çelişkili davranış yasağı (uyandırılan güvene aykırı davranılmasıdır) verilebilir⁴⁶.

Bu açıklamalardan sonra, karara konu olayı TMK md.2 hükmü bağlamında incelediğimizde, arsa sahibinin binanın projesi bulunmadığını ve yapı kullanım izni alamayacak durumda olmasına rağmen yükleniciye arsa payını devrettiğini, yüklenicinin de üçüncü kişilere arsa payını devrettiğini bildiğini görmekteyiz. Ayrıca, arsa sahibinin bu durumları bilmesine rağmen 24 yıl süresince hiçbir hukuki imkândan faydalanmadığını, binanın eskimeye başladığı ve arsanın da değeri artmaya başladığında dava açmış olduğunu anlamaktayız. Diğer bir açıdan, arsa sahibi yüklenicinin inşaatı tamamlamak için kendisine ekonomik kaynak tesis etmek amacıyla devraldığı arsa paylarının üçüncü kişiye devredebileceğini bilebilecek durumda bir şahıstır. Dolayısıyla, yüklenicinin arsa payının satışına örtülü olarak rıza gösteren arsa sahibinin, arsa payını yükleniciye devretmesi üçüncü kişi bakımından da bir güven oluşturmaktadır⁴⁷. Bu durumlar ise hakkın kötüye kullanılmasının görünülerinden biri

43 ANTALYA/TOPUZ, s.292, DURAL/SARI, s.250.

44 OĞUZMAN/BARLAS, s.317 vd., AKYOL, s.5 vd., AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul, 2007., s.61. Dürüstlük kuralının hakkın kötüye kullanılması ile ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; ANTALYA/TOPUZ, s.397 vd. DURAL/SARI, s.256., OĞUZMAN/BARLAS, s.261., Yargıtay 6. HD., 1990/5478 E., 1990/5682 K., 16.04.1990 Tarihli Karar. *"..Şu'fâlı payın ilişkin olduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin tasarrufundaki yeri ve ona tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa satıcı zamanında o yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda pay satışı şeklinde yapılan işlem nedeniyle şuf'a hakkını kullanmışsa MK.nun 2. maddesinde yer alan objektif iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz. Kötüye kullanılan bu hak kanunen himaye görmez. 14.2.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bu hususun davanın her aşamasında ileri sürülmesi hatta mahkemenin kendiliğinden nazara alması gerekir."*

45 ANTALYA/TOPUZ, s.373 vd., KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.382 vd., DURAL/SARI, s.239 vd.

46 ANTALYA/TOPUZ, s.401 vd., KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.408 vd., DURAL/SARI, s.252 vd.

47 COŞKUN, s.147., İNAL, Emrehan, BAYSAL, Başak, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İNAL, Emrehan, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi", İstanbul, 2017, s.378 vd. Yüklenici tarafından bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışının vaat edileceğini bilen arsa sahibinin bu sözleşme ilişkisi içerisinde hiçbir risk üstlenmemesi ve

olan uyandırılan güvene aykırı davranışta (çelişkili davranış yasağı) bulunulması prensibini aklımıza getirmektedir. Hukukumuzda kişinin davranışlarında tutarlı olmasının gerekliliğine ilişkin bir ilke bulunmamaktadır⁴⁸. Ancak bir kimse, davranışlarıyla karşı tarafta önemli ölçüde güven oluşturduktan sonra, önceki davranışlarıyla çelişen ve ondan tamamen farklı bir tutumda bulunması halinde bu tutumu hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur ve hukuk düzenince korunmaz⁴⁹. Bir başka ifadeyle, bir kimse davranışlarıyla karşı tarafta esaslı bir güven yaratıyorsa, bu oluşturduğu güveni zedeleyici şekilde davranmama yükümlülüğü altındadır. Belirtmek gerekir ki, çelişkinin meydana gelmesi için, çelişkili davranan kişinin kasıtlı veya ihmal ile hareket etmiş olması önemli değildir⁵⁰.

Somut olaydaki verileri değerlendirdiğimizde, arsa sahibinin yapı kullanım izni alınamayacağını bildiği arsa payını yükleniciye devretmesi ve bu devirden sonra 24 yıl boyunca sessiz kalması⁵¹ ve aradan 24 yıl geçtikten sonra sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde ve kararlaştırıldığı zamanda yerine getirilmediği gerekçesiyle tapu iptali davası açması uyandırılan güvene aykırı davranış (çelişkili davranış) kapsamında değerlendirilmeli ve hakkın kötüye kullanılması teşkil etmelidir.

riskin tümüyle üçüncü kişiler üzerinde bırakılması menfaatler dengesine aykırıdır. Ayrıca, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin finansmanı projeden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerce gerçekleştirilmektedir. Buna rağmen, inşaatın gereği gibi bitirilememesi riskinin arsa sahibine değil, bağımsız bölümlerin inşaatını finanse eden üçüncü kişiler üzerinde bırakılması uygun bir çözüm yolu olarak görülmektedir. Bunun yanı sıra, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde üçüncü kişilerin korunması inşaat sektörünün ve bu bağlamda ülke ekonomisinin gelişmesi bakımından da oldukça önemli bir role sahiptir.

48 DURAL/SARI, s.253, OĞUZMAN/BARLAS, s.280.

49 ANTALYA/TOPUZ, s.405., KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.410, DURAL/SARI, s.253., OĞUZMAN/BARLAS, s.280. Yargıtay 23. HD., 2013/5641 E., 2014/557 K., 30.01.2014 Tarihli Karar. *"..Dava, sözleşmenin iptali davasıdır. Davacı kooperatifle, davalılar arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesi, karma nitelikli sözleşme olup, gayrimenkul mülkiyetini devir borcu doğurduğu için, Noterlikçe düzenleme şeklinde yapılmalı, emredici nitelikte olan şekil kuralı mahkemece resen göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak, resmi şekilde yapılmayan sözleşme, arsa payı sahibi tarafından tapuda devir yapılması veya eserin tamamına yakınının tamamlanması ve iş sahibi tarafından kabule icbar edilebilecek düzeye getirilmiş olması halinde, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu gözetilerek, tarafların karşılıklı edimlerini yerine getirmeleri nedeniyle sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir."*

50 AKYOL, s.53.

51 Yargıtay'ın bu görüşü destekleyici nitelikteki kararları için bkz; Yargıtay 15. HD., 2008/1881 E., 2009/2175 K., 14.04.2009 Tarihli Karar. *".. Nevar ki dava tarihine kadar %99 seviyesine getirilen bir yapıım işine ait sözleşmenin inşaatın tamamına yakınının bitmesi ve aradan 9 yıl geçtikten sonra geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK'nun 2. maddesinde belirlenen iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacaktır. Bu safhada sözleşmenin geçersizliğine dayanılması hakkın kötüye kullanılması olup hukuk düzeninin bu davranışı korumayacağı ortadadır."*

Yargıtay 11 HD., 1998/9242 E., 1999/4123 K., 18.05.1999 Tarihli Karar. *"..Kaldı ki, murisin ölümü müteakip, tüm mirasçıların iştiraki ile 5.12.1986 tarihinde miras taksim sözleşmesi yapıldıktan sonra, davacının davalı kardeşlerinin dava dışı şirkette ortaklıklarını bildiği halde, buna 8 yıl ses çıkarmadıktan sonra işbu davayı açması da MK.nun 2 nci maddesinde düzenlenmiş bulunan hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur ki bu davranışın hukuken korunması da mümkün değildir."*

Yargıtay HGK., 2013/2-1207 E., 2014/890 K., 12.11.2014 Tarihli Karar. *"..Davacı kadının aile konutu olan taşınmazın satışının gerçek bir satış olmadığını, borçlara karşılık verildiğini bildiği halde ve devir sırasında hazır bulunarak devre karşı çıkmaması, uzun süre bu duruma sessiz kaldıktan sonra, taşınmazı alan davalı tarafından açılan elatmanın önlenmesi davasının kabulünden sonra, taşınmazın devrinden haberi olmadığından ve devrin rızası dışında gerçekleştirildiğinden bahisle eldeki davayı açması TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Dava bu nedenle ret edilmelidir."*

Bu noktada hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı olarak, TMK md.2'de kötüye kullanılan hakkın korunmayacağı belirtilmektedir, bir başka ifadeyle, hakkı kötüye kullanan kişinin o hakkı kullanmakla elde etmek istediği sonuç gerçekleşmez⁵². Bu yükümlülüğe aykırı davrandığında güven teorisi kapsamında çelişkili davranışta bulunanın, kullandığı hak etkisiz kılınır, herhangi bir hukuki etki doğurmaz⁵³. Dolayısıyla, hakkını kötüye kullanan davacı arsa sahibinin yerel mahkemede açmış olduğu dava reddedilmesi gerekirken, Yargıtay tarafından da bozma kararı verilmesi gerekirken onama karara verilmesi kanaatimizce bu açıdan da yerinde değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması itiraz niteliğinde kabul edildiği için, söz konusu durum davalı yüklenici ve üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesi dahi hakim re'sen dikkate alarak hüküm tesis etmelidir. Ancak önemli ifade etmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılmasını önleyici nitelikte özel bir kanun maddesinin mevcut olduğu durumlarda, bu kanun maddesi dikkate alınarak hakkın kötüye kullanılmasının sonuçları belirlenmelidir. Bir başka ifadeyle, TMK md.2 ultima ratio olarak uygulanmalıdır. Aksi takdirde, bir uyuşmazlıkla karşılaşıldığında otomatik olarak TMK md.2 hükmünü uygulamak hukuki güvenliğe zarar verebilir⁵⁴. Dolayısıyla, TMK md.2'nin genel ve ikincil nitelikte bir hüküm olduğunu da unutmamak gerekir.

Karara konu uyuşmazlığı hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde incelediğimizde ise, hukuk doktrininde hukuki güvenlik kavramına ilişkin çok fazla tanım yapılmadığı görülmektedir⁵⁵. Yapılan tanımlardan birinde, hukuki güvenlik, *"kamu otoriteleriyle ilişkilerinde kişilerin bugün ve geleceğe dönük olarak güven duygusu olarak tanımlanmaktadır"*⁵⁶. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk devletinin teminatını oluşturan ilkelerden bir tanesidir. Hukuki güvenlik ilkesinin hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirlik gibi alt ilkeleri bünyesinde barındırdığı kabul edilmektedir⁵⁷. Bu bağlamda, karara konu uyuşmazlık bakımından, arsa sahibinin yüklenici ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden 24 yıl geçtikten sonra, üçüncü kişiler adına tescil edilen arsa paylarının ve bağımsız bölümlerin kendi adına tescilini sağlaması, hukuki güvenlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Kişilerin devletin tuttuğu tapu siciline güvenerek usulüne uygun şekilde taşınmaz satın almaları durumunda dahi her an taşınmazın elinden alınabileceği ve tapunun iptal edilebileceği riskini ve endişesini taşımalarının hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı da açıktır.

52 Y. HGK., 2004/6-50 E., 2004/38 K., 28.01.2004 Tarihli Karar. *"..Hakkın kötüye kullanımının genel yaptırımı, hukuk düzeninin her hangi bir hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılmasını korumamasıdır (himaye etmemesidir). Bu, bir kimsenin hakkını objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanmakla gerçekleşmesini arzuladığı amacın ya da hukuki sonucun elde edilmesini sağlayacak imkanlardan yoksun bırakılması demektir. Genel mahiyetteki bu yaptırım, hakkını kötüye kullanan kimsenin davacı veya davalı durumunda bulunduğu hallerde önemli sonuçlar doğurur. Çünkü hakkını kötüye kullanan kimseden ilke olarak ileri sürdüğü hak esirgenecektir. Hal ve şartlardan bir hakkın doğruluk, dürüstlük, ahlak ve karşılıklı güven kurallarına uygun olarak kullanılmış olduğunu veya amacından saptırılmış bulunduğunu anlayan hakim, taraflarca bu yolda bir iddiada bulunulmamış olan dahi, bunu kendiliğinden dikkate almalıdır."*

53 AKYOL, Çelişki Yasağı, s.40.

54 DUMAN, Dürüstlük Kuralı, s.265.

55 KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara, 2015., s.16.

56 Ayrıntılı bilgi için bkz, ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara, 2005., s.114.

57 KÖKÜSARI, s.67 vd.

Sonuç

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, karara konu uyuşmazlıkta olduğu gibi uygulamada en sık rastlanan ve çözüme kavuşturulması gereken konulardan bir tanesi, yüklenicinin usulüne uygun bir şekilde ifade bulunmaması sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesiyle beraber yüklenici tarafından üçüncü kişiler adına tescil edilen arsa paylarının ve bağımsız bölümlerin akibetin ne olacağı meselesidir.

Karara konu uyuşmazlıkta, Yerel Mahkeme, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi arsa sahibine oldukça önemli ölçüde bir koruma sağlamış, üçüncü kişilerin menfaatini adeta görmezden gelmiş ve üçüncü kişiler adına yapılan tapu kayıtlarının iptali ve arsa sahibi adına yeniden tesciline karar vermiştir. Karara ilişkin gerekçesinde ise, üçüncü kişilerin arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı onlara bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendilerine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmekte ve arsa sahipleri tarafından arsa paylarının iptal edilebileceği riskini göze aldıklarını, dolayısıyla TMK md.1023'ün korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir. Yukarıda gerekçelerini ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, Mahkeme'nin vermiş olduğu karara katılamamaktayız, şöyle ki; bu tür kararlarda salt TMK md.1023 hükmünü dikkate alarak sonuca ulaşmaya çalışmak doğru bir yol olmaz. Bu tip uyuşmazlıklarda, öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki nitelendirilmesini doğru bir biçimde yapmak ve buna göre arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, dönmenin etkilerini ve bu durumun yüklenici ve üçüncü kişiler için nasıl bir sonuç ortaya koyacağını tespit etmek gerekir. Bu bağlamda, klasik dönme, yasal borç ilişkisi ve yeni dönme teorileri bakımından bir sorun yoktur; çünkü burada üçüncü kişi gerçek malikten hak iktisap etmektedir. Dolayısıyla, üçüncü kişi aleyhine tapu iptali ve tescili davası TMK md.1023 tartışmasına girmeye gerek dahi olmaksızın zaten açılmaz. Aynı etkili dönme teorisinde ise, üçüncü kişinin TMK md. 1023'ün koşullarını gerçekleştirip gerçekleştirmediği somut olayın koşulları dikkate alınarak titizlikle değerlendirilmelidir. Üçüncü kişi TMK md.1023'ün koşullarını gerçekleştirdiyse onun aleyhine tapu iptali ve tescili davası açılmamalıdır.

Bu tespitler dışında hukukumuzda egemen olan tapu sicilinin açıklığı (aleniyeti), tapu siciline güven ve nisbilik ilkeleri de göz ardı edilmemelidir. Ayrıca somut olayın koşulları elverdiği ve konuya ilişkin özel bir kanun maddesi olmadığı sürece genel ve ikincil nitelikte olan TMK md.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması prensibi ve bu prensibin uygulama alanları hakime yol gösterici olmalıdır. Bu bilgiler ışığında, karara konu somut olay bakımından, çelişkili davranış yasağı (uyandırılan güvene aykırılık) ve hukuki güvenlik ilkeleri oldukça önemli bir role sahiptir.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul, 2007. (AKYOL, Çelişki Yasağı)
- AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995.
- ANTALYA, Gökhan, TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul, 2015.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I., İstanbul, 2015.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, İstanbul, 2017. (ANTALYA, İfa)
- ANTALYA, Gökhan, TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, Cilt III, İstanbul, 2018. (ANTALYA/TOPUZ, Cilt III)
- ARIKAN, Mustafa, ERDOĞAN, Kemal, Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, S.34, 2015., s.145-172.
- ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014.
- AVCI, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015.
- AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Konya, 2013.
- AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016.
- BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.
- CANSEL, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara, 1964.
- COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2017.
- COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010.
- DUMAN, İlker, Hasan, İnşaat Hukuku, Ankara, 2016.
- DUMAN, İlker, Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı, Ankara, 2016. (DUMAN, Dürüstlük Kuralı)
- DUMAN, İlker, Hasan, “İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Yargıcın Rolü ve Takdir Yetkisi, Ankara, 2016. (DUMAN, Takdir Yetkisi)
- DURAK, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:1, 2015., s.207-251.
- DURAL, Mustafa, SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara, 2005.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.
- ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007.
- ESENER, Turhan, GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 2015.
- GÜMÜŞ, Mustafa, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2014.
- GÜNAY, Erhan, Yargıtay Kararları Eşliğinde Uygulamalı ve Örnekli Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, Ankara, 2016.
- İNAL, Emrehan, BAYSAL, Başak, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İNAL, Emrehan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, İstanbul, 2017, s.371-394.
- KAYIHAN, Şaban, ÜNLÜTEPE, Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2017.
- KAPANCI, Kadir, Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), İstanbul, 2016.

- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016.
- KIRCA, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXII, Aralık, 2006., 77-109.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İstanbul 2014. (SEROZAN, İfa)
- KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2015.
- KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara, 2015.
- OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, ÖZDEMİR-OKTAY, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014.
- ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989.
- ÖZMEN, Saba, E., ÜREM, Müge, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s.13-32.
- ÖZMEN, Ethem, Saba, KARAMAN, Akçura, Tuba, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:87, Sayı:1, 2013, s.47-75.
- ÖZMEN, Saba, 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararı'nın Eleştirisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl:30, Sayı: 135, s.491-516.
- SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.
- SELİMOĞLU, Yaşar, Engin, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2016.
- SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007.
- SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2016.
- SUNGURBEY, İsmet, "Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapımını Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), YHD., Şubat, 1982, s.173-194.
- ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, 2012.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Eşya Hukuku, Cilt I., İstanbul, 1989. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya Hukuku)
- TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- ÜNAL, Mehmet, BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2015.
- ÜREM, Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme – Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m.473/I), İstanbul, 2017.
- YAKUPPUR, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul, 2016.
- YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.
- YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2016.