

## KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMENİN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Av. M. İhsan DARENDE

Ülkemizde, sanayileşmeye paralel olarak, hatta sanayileşmeden daha hızlı gelişen kentleşme olgusu, konut sorunu da aynı hızla geliştirmiştir. Yurttaşları büyük kentlere yığarak, ucuz iş gücü yaratmaya yönelik politikalar, ciddi bir planlamayla birlikte uygulanmadığından, geniş yığınların konut ihtiyacının çözümü, kendi akışına bırakılmıştır. Bu uygulama, bir yandan gecekondulaşmayı, bir yandan da çarpık kentleşmeyi beraberinde getirmiştir. Devletçe uygulanan konut projeleri, başlangıçta hiç yoktur, şimdilerde ise yetersizdir. Üstelik sadece büyük kentlerde değil, Anadolu’da da, üretim biçimi, tarımdan sanayiye doğru yönelmekte ve buna paralel olarak, küçük kentlerde dahi kırsal alandan kente yoğun şekilde göç yaşanmaktadır. Küçük kentlerde ise devletin toplu konut projeleri uygulanmamaktadır. Böylece konut sorununun çözümü, hiç bir plana bağlanmadan, piyasanın akışına terk edilmiş olmaktadır. Piyasa, bu ihtiyacı çözmek için, apartman tipi yapılaşmaya öncelik tanımış, böylece, yükleniciler eliyle inşaat yapımı başlamıştır. Bu ihtiyaca cevap verecek arsa temini de, istisnalar dışında, piyasaya bırakılmış, yükleniciler, boş arsaları takip edip, bunların malikleriyle, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” (MK’daki tanımıyla, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”) yapmak suretiyle, arsa ihtiyacını gidermiştir. Böylece, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ile bunlardan doğan ihtilaflar, son otuz-kırk yıla damgasını vurmuştur.

Bu ihtilaflardan en yaygın olanı ise kat karşılığı inşaat sözleşmesinden, geriye etkili sonuç doğuracak şekilde dönmenin mümkün olup olmayacağına ilişkindir. Bilindiği gibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, karma nitelikli bir akittir<sup>1</sup>. Karma akdi oluşturan sözleşmeler, “istisna akdi” ile “taşınmaz satış vaadi Sözleşmesi”dir. Âkitlerden arsa sahibi, taşınmazın satışını vaat eden konumundadır; yüklenici ise bu taşınmazı almayı vaat eden. Bu yönden bakıldığında sözleşme, “taşınmaz satış vaadi” niteliği taşımaktadır. Ancak yüklenici, taşınmazın alımı için para ödemek yerine, bu taşınmaz üzerinde bina yapacak ve bu binanın bir kısmını arsa sahibine verecektir. Bu yönden bakıldığında ise sözleşme, istisna akdi niteliği taşımaktadır. Bu karma sözleşmenin geçerliliği, taşınmaz satış vadinin baskın olduğu görüşüyle, resmi şekle bağlanmış<sup>2</sup>, en az noterce düzenleme şeklinde yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme tipi açısından bakıldığında, ani edimli sözleşmelerdendir. Yani taraflar, bu sözleşmeden doğan borçlarını bir kerede ifa eder ve borçtan kurtulur; arsa sahibi tapuyu bir kerede yükleniciye devreder, yüklenici de inşaatı tamamlayıp, bir kerede arsa sahibine teslimle mükelleftir. Bu sözleşmeden, kira sözleşmesi vs.de olduğu gibi, zamana yaygın, tekrar eden birden çok edim borcu doğmaz. Bununla birlikte, bilhassa yüklenicinin inşaatı teslim borcu, uzun zaman alan, zaman içinde yerine getirilebilen bir borçtur. Böyle olunca da, sözleşmenin ifası sırasında, üçüncü şahısların araya girmesi, daha teslim borcu ifa edilmeden önce, bazı kişilerin yükleniciden daire alması gibi olgularla sık sık karşılaşmaktadır. Ayrıca, ifanın zaman içinde yerine getirilmesi fiilen zorunlu bulunduğundan, kısmi ifa durumunda uygulanacak hukuki müesseseler tereddüt yaratmıştır. Özellikle de, yüklenicinin inşaat borcunu ifada, tamamen ya da kısmen temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin, BK 106-108 uyarınca sözleşmeden dönme imkânının olup olmadığı tartışılmıştır. Çünkü dönme halinde taraflar, aldıklarını birbirine geri vermekle yükümlüdür. Oysa inşaatın bir bölümü yapılmış ise bu bölümün sökülmesi çok zarar

gerektirecektir. Arsada bırakılan inşaat ise arsa sahibinin olacaktır. O halde arsa sahibine, sırf, sözleşmenin ani edimli olduğundan yola çıkılarak, geriye etkili olacak şekilde dönme hakkı tanınması doğru mudur? Yoksa arsa sahibine, sözleşmeden dönmek yerine, sürekli edimli akitlerde olduğu gibi, fesih imkânı mı tanınmalıdır? Bilindiği gibi fesih, sürekli edimli sözleşmelerde, akdin, sonuçlarının ileriye etkili olacak şekilde sona erdirilmesi yoludur. Yani fesihte, fesih anına kadar sözleşme geçerliliğini devam ettirmekte, hukuki sonuçlar, fesih anından sonrası için doğmaktadır. Yargıtay, bu sorunu ortalama bir formüle bağlamış; sözleşmeden -geriye etkili olacak şekilde- dönme imkânını kural olarak açık tutmuş; ancak, olayın niteliği ve özelliklerinin haklı gösterdiği hallerde, bilhassa da, inşaatın önemli bir bölümünün yapılmış olması durumunda, akdin, ileriye etkili olarak feshedilebileceğini kabul etmiştir<sup>3</sup>.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi, yani sözleşmenin başlangıçtan itibaren hükümsüz sayılması halinde, inşaattan daire satın almış olan üçüncü şahısların hukuksal durumu ne olacaktır? Öncelikle, üçüncü şahıslar, yükleniciden değil de, arsa sahibinden daire almışlar ve tapuda arsa payını da temellük etmişlerse, herhangi bir sorun yoktur. Çünkü sözleşmeden dönecek olan arsa sahibidir; üçüncü şahsa tapuyu veren de odur ve yükleniciyle yaptığı sözleşmeden dönmesi, ondan daire ve tapu alan üçüncü şahsı etkilemez. Asıl sorun, üçüncü şahsın, yükleniciden daire alması halinde çıkmaktadır. Burada da, eğer arsa sahibi borcunu henüz ifa etmemiş, yani, yükleniciye tapuyu vermemişse sorun yoktur. Çünkü bu durumda üçüncü şahıs, yüklenicinin arsa sahibinden olan alacak hakkını (daireye tekabül eden arsa tapusunu isteme hakkını) temellük etmiştir ve tam iki taraflı (sinallagmatik) bir sözleşmeden doğan alacak hakkını temlik alan kişinin, bu hakkı, sözleşmenin diğer yanına karşı kullanabilmesi için, temlik edenin, diğer âkide olan borcunu ödemiş olması gerekmektedir. Nasıl ki yüklenici, inşaat yapma borcunu ödemedikçe, tapu istemeye hak kazanamayacaksa, onun hakkını temlik alan üçüncü şahıs da aynı konumda olacaktır. Çünkü burada yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği hak da şahsi haktır; bu şahsi hakkı temellük eden üçüncü şahsın ileri sürebileceği hak da.

Buna karşılık, arsa sahibi tapuyu yükleniciye devretmiş ve yüklenici de üçüncü şahsa, daireye karşılık gelen arsa payını tapu ile vermişse ne olacaktır? Bu soruya Yargıtayın verdiği cevap nettir: “Üçüncü şahsın henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı olayların cereyan tarzından ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığının bilincindedir. Medeni Kanunun 931. (yeni MK 1023) maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamaz<sup>4</sup>”.

Görüldüğü gibi, Yargıtayın yaklaşımı, yükleniciden tapu alan üçüncü şahıslarla, sadece temlik sözleşmesi yapan üçüncü şahıslar arasında hiç bir fark bırakmamaktadır. Her iki gruptakilerin de, hakkını muhafaza edebilmesi, yüklenicinin inşaatı bitirmesine bağlıdır. Böylece Yargıtayın, tapuyu alan üçüncü şahısların hukuksal durumunu da, şahsi hak sahipliği mertebesine indirmediği anlaşılmaktadır. Bu yaklaşım, hukukun temel ilkelerine, kanunun emredici hükümlerine, hakkaniyete ve iktisadi gereklere açıkça aykırıdır:

### **YARGITAYIN YAKLAŞIMI HUKUKA AYKIRIDIR:**

Arsa sahibi ile yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığında, yüklenicinin borcu, arsa sahibinin arsasına inşaat yapmaktan ve bu inşaatın bir bölümünü arsa sahibine vermekten ibarettir. Bu sözleşmeye göre arsa sahibinin borcu ise, arsanın mülkiyetinin bir kısmını, yükleniciye devretmektir. Şurası açıktır ki, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, bir borçlandırıcı işlemdir; tasarruf işlemi değil (bilindiği gibi, borçlandırıcı işlem, tarafları, birbirine karşı herhangi bir hakkı devretme ya da bir işi yapma ya da yapmama borcu altına sokar; tasarruf işlemi ise, herhangi bir hakkın birinden diğerine geçmesini sağlar). Böyle olduğu için de, bu sözleşme sonucunda taraflar, sadece birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri şahsî haklara sahip olur. Bir başka deyişle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsanın yükleniciye verilecek kısmının mülkiyeti, ona geçmez. Mülkiyetin geçmesi, daha sonra bir tasarruf işlemi yapılmasına; arsa sahibinin, tapuda yükleniciye ferağ vermesine bağlıdır. İşte bu tasarruf işlemidir ki, arsanın bir kısmının mülkiyetini, yükleniciye geçirir.

Kural olarak arsanın mülkiyeti, yükleniciye, inşaat bitiminde devredilir. Doğal olarak devir zamanı, tarafların sözleşmeyle serbestçe belirleyebilecekleri bir husustur. Ancak en yaygın uygulama, arsa devrinin, inşaat bitiminde yapılması ya da inşaatın belli bölümlerinin tamamlanmasını izleyerek, tamamlanan kısmıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesidir. Her iki ihtimalde de, arsa sahibi güvence altındadır, çünkü arsa devir borcunu, yüklenici edimini ifa ettikten sonra yerine getirecektir. Bu ihtimallerde, hukuksal durumu zayıf olan yüklenicidir. Çünkü kendi malzemesi ve emeği ile başkasının arsasına inşaat yapmakta, borcunu önceden ifa etmekte, buna karşılık arsanın mülkiyetine ilişkin alacak hakkını, borcun ifasından sonra alabilmektedir. İşte yaygın uygulama bu şekilde olduğu ve bu uygulamada, arsa sahibi güvence altında bulunduğu için, kanun koyucu, yükleniciye de karşılık teminat vermeyi gerekli bulmuştur: MK'nın 895. maddesi uyarınca; "Zanaatkârların ve yüklenicilerin kanunî ipotek hakları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir". Kanun koyucu, görüldüğü gibi, zanaatkâr ve yüklenicinin durumunu dengeleyebilmek için, onlara bir kanuni ipotek hakkı tanımıştır. Aynı şekilde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilmesi de mümkündür: MK'nın 1009. maddesi uyarınca; "**Madde 1009- Arsa payı karşılığı inşaat**, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir./ Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir".

Yasal düzenlemenin böyle olmasının sebebi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, kural olarak arsa devir borcunun, yüklenicinin ediminden sonra yerine getirileceği varsayımdır. Çünkü kanun koyucu, sosyolojik realiteyi incelemiş ve yaygın uygulama biçimine göre gereken önlemi almıştır. Ancak yukarıda açıklandığı gibi, arsa devir borcunun ifa zamanı, taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabildiğinden, bazı yükleniciler, arsa devrinin, sözleşmenin akdini izleyerek hemen yapılmasını istemekte, arsa sahipleri de bu isteğe olumlu cevap vermektedir. Bu ihtimalde, arsa sahibinin riski artmaktadır. Çünkü henüz alacağını almadan önce kendi borcunu yerine getirmekte ve arsa tapusunu yükleniciye devretmektedir. Yani sözleşmenin hemen başında, **arsa sahibi, tasarruf işlemi de gerçekleştirerek, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektedir**. Böylece borcunu peşinen ödemiş, **yükleniciye aynı hak kazandırmış olmaktadır**. Böyle yapmasının sebebi, çoğu kez, daha fazla daire alma isteğidir; yüksek risk, yüksek kazanç. Burada arsa sahibi, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmekle, onun aynı hak sahibi olmasını sağlamaktadır. O halde aynı hak kavramını kısaca incelemekte yarar bulunmaktadır:

## Ayni Hak Kavramı:

Ayni hak kavramının tespiti hususunda, üç grupta toplanabilecek teoriler bulunmaktadır. Birinci grupta yer alanlara göre –ki klasik görüş budur- “ayni hak; bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan haktır”<sup>5</sup>. Bu görüşe göre ayni hak, eşya ile sahibi arasında doğrudan doğruya bir ilişki sayılmaktadır. Bu görüşü eleştirenler, bir şahısla eşya arasında hukuki ilişkiden söz edilemeyeceğini, eşyanın hukuksal bir süje olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek, hukuksal ilişkinin ancak şahıslar arasında kurulabileceğini öne sürmüşler ve ayni hakkı; “bir şey üzerinde, herkese karşı ileri sürülebilen (herkesi borç altına sokan) hak” olarak tanımlamışlardır (şahısçı görüş)<sup>6</sup>. Bu görüş de, bir kişinin mülkiyet hakkı karşısında, aynı milletten ya da yabancı bütün şahısların borcundan bahsetmenin imkânsız olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu görüşün yandaşları, buradaki borcun, sadece, ayni hak sahibi ile temas eden kimselere ait olduğunu ve kapsamının da, mülkiyeti ihlal etmemekten ibaret bulunduğunu savunmuşlardır. Bu iki görüşü birleştiren telifçi teoriler ise ayni hakkı; “bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen hak” olarak tanımlamışlardır<sup>7</sup>.

Kanımca ayni hakkın, sadece eşya ile şahıs arasında kurulan bir ilişki şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Kant’ın dediği gibi, “dünyada tek başına bir insan yaşasaydı, o, hiç bir ayni hakka sahip olamazdı”<sup>8</sup>. Gerçekten de, **insan, tabiatın bir parçası olmasına rağmen, evrensel gelişme yasalarını tespit edebildiği ölçüde, evrensel gelişime müdahale eder, tabiatı değiştirir, dönüştürür**. Böylece azamî refaha ve azamî özgürlüğe kavuşması, tabiatı dönüştürme hususundaki hız ve becerisine bağlıdır. Doğal olarak, bu değişim ve dönüşüm, ancak insanın, hemcinsleri ile iş ve fikir birliği yapmasına, emeğini ve bilgisini paylaşmasına bağlıdır. Bu sebeple de, diğer insanlarla birlikte yaşamak zorundadır. **Diğer insanlarla birlikte yaşama zorunluluğu, elbette, her insanın uyması gereken kurallar ve yükümlülükler yaratacaktır**. Bunların tespiti, ortak aklın görevidir. Ortak akıl adına kurallar ve yükümlülüklerin belirlenmesi görevi, birlikte yaşamı düzenleyen toplumsal örgütün organları tarafından yerine getirilir. **Toplumsal insan, bu yükümlülüklerin karşılığında, yine diğer insanlara karşı kullanabileceği haklara sahip olur**. Amaç, azamî refah ve özgürlüğü sağlamak olduğuna göre, bu amaca yönelik toplumsal örgütlenmenin gerektirdiği yükümlülüğün karşılığı, doğal olarak, amacın elde edilmesiyle oranlı olarak beliren haklardır. Yani **hak ve yükümlülük, bir madalyonun iki yüzü gibidir**. Her hakkın karşılığı bir yükümlülüktür. Bazen bu yükümlülük, belli bir şahsa karşı yerine getirilmesi gereken bir vecibe haline dönüşür; yani somutlaşır. Bu durumdaki yükümlülük borç niteliğini almıştır. Yani borç, yükümlülük kümesinin alt kümesi içinde yer alır ve somut bir yükümlülüğün, belli bir şahsa karşı yerine getirilmesi vecibesi yükler. **Bu sebeple, “hak” kavramının madalyonun diğer yüzünü oluşturan tam karşılığı, “yükümlülük”tür**.

İnsanın tabiatı dönüştürmesi, emeğini ve bilgisini paylaşmasına bağlıdır demiştim. Bu paylaşım zarureti yükümlülük ise bu faaliyetin sonucunda elde edilen dönüşüm, yani ürün üzerinde doğan şey de haktır. İnsanın tabiatı dönüştürerek elde ettiği her şey, somutlaşmış insan emeğidir. Bunun üzerinde kimin ne surette hak sahibi olacağını düzenleyen mekanizma ise hukuktur. Hukuk, hem, emek ve fikir paylaşımının kurallarını belirler, hem de, bu paylaşımın elde edilen ürünün dağılım kurallarını. Eğer bilgi ve emek paylaşımı olmadan, tek başına yürütülebilen bir üretim faaliyeti söz konusu olsaydı, bunun sonucunda elde edilen ürünün aidiyeti hususunda herhangi bir problem de yaşanmazdı. Ancak ürünün bolluğu, üretimin kolektif yapısına bağlıdır. Böyle olunca da, ürünün aidiyeti ve paylaşımı sorunu önem kazanmaktadır. İşte, ortak aklın bu sorunu çözmek için oluşturduğu en güçlü kavram,

ayni haktır; daha doğrusu en geniş kapsamlı ayni hak olan mülkiyettir. Bu öyle bir haktır ki, insanları birlikte yaşamaya mecbur kılan amaç, daha yüksek refah seviyesi, daha sınırsız bir özgürlükse, bunlardan yüksek refah seviyesini temin edecek olan, işte bu ayni haktır. **Bu hak, bireyin, toplumsal işleyişe katkısının, emeğinin, bilgisinin karşılığında elde edilmiştir.** Bunun için kutsaldır ve herkese karşı korunması gerekir. Günümüz toplumsal gelişmişlik seviyesinde, ortak akıl, henüz, bireysel mülkiyetin üzerinde bir kavram yaratıp, adil dağılımı sağlama imkânına sahip olamadığından, hemen her hukuk devletinin anayasasında, mülkiyet hakkı özel olarak koruma altına alınmıştır<sup>9</sup>. Özetle ayni hak, bireysel emek ve bilginin toplumsal üretimin hizmetine sunumu karşılığında, toplumsal üretimden elde edilen payın, diğer bireylerin tümüne karşı korunması sağlayan, bu sebeple de, herkese karşı ileri sürülebilen, bir eşya üzerinde somutlaşmış haktır. Elbette, eşya ile şahıs arasında bir bağ kurar, çünkü toplumsal bölüşümün aracı olarak ihdas edilmiş bir müessesedir. Ancak asıl olarak, eşya üzerinde kurulan hâkimiyetin, herkese karşı ileri sürülebilmesini sağlar ve bu yönüyle, bireyler arasında kurulan bir ilişkidir. Bu hakkın karşılığı, herkesin, bu hakka riayet etme yükümlülüğüdür.

Toplumsal ilişkiler içerisinde bireyler, kazanım ve paylaşımlarını değiş-tokuş etmek durumundadır. Yani her birey, bir yandan bilgi ve emeğini paylaşmak, diğer yandan, ürünü paylaşmak durumundadır. Bu paylaşımı gerçekleştirmek için ortak aklın geliştirdiği araçlardan en önemlisi, değiş-tokuştur. Toplumsal ilişkinin karmaşıklığı içinde, değiş-tokuşun, ürün ve haklar henüz tahakkuk etmeden de gerçekleştirilebilir. Doğal olarak bu durumda, değiş-tokuşun belli tarafları vardır ve bir de konusunu oluşturan hak ya da ürün mevcuttur. İşte, hak ya da ürün değiş-tokuş edilmezden önce, bu değiş-tokuş üzerinde tarafların anlaşmasıyla doğan hak, şahsi haktır. Şahsi hak, sadece belirlenmiş taraflar arasında hüküm ifade eder; bunun için de sadece birbirlerine karşı ileri sürülebilir. Yani ayni haktan farklı olarak, şahsi hak, herkese karşı değil, sadece bu ilişkinin diğer tarafında yer alan birey ya da bireylere karşı ileri sürülebilir. Somutlaşmış insan emeği henüz tahakkuk etmediğinden, ayni hak kadar kuvvetli bir koruma altında değildir. Bunun için, ayni hak mutlak, şahsî hak nispi niteliklidir<sup>10</sup>.

Bu açıklamadan sonra, inceleme konumuzu tartışmaya geri dönelim. Arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmekle yükümlüdür. Bu arsa sahibi için borçtur; yüklenici için ise, arsanın mülkiyetini isteme hususunda ve sadece arsa sahibine karşı ileri sürebileceği bir şahsi hak doğmuştur. Arsa sahibinin bu borcu ödemesi, tapuda ferağ vermesine bağlıdır. Ferağ, tasarruf işlemi mahiyetindedir ve her tasarruf işlemi gibi, tasarrufta bulunanın ayni hakkını sona erdirir ve tasarruftan yararlananın ayni hakka sahip olmasıyla sonuçlanır. Ferağ ne zaman verilmiş olursa olsun, arsa sahibinin ayni hakkını sona erdirir ve yüklenicinin ayni hakka sahip olmasını sağlar. Tekrar belirtelim ki, bu bir tasarruf işlemidir. Ferağ verildiğinde, yüklenici borcunu ifa etmiş olsa da, olmasa da, arsa sahibinin mülkiyet hakkı sona erer ve yüklenicinin mülkiyet hakkı doğar. Bu andan, yani, tapuda ferağ verildikten sonra, arsa sahibinin, herkese karşı dermeyeran edebileceği bir hakkı kalmamıştır; herkese ileri sürülebilecek olan ayni hak, artık yükleniciye geçmiştir.

Mülkiyet kendisine geçtikten sonra, yüklenici inşaat yapma borcunu ifa etmez de bu temerrüdün sonunda arsa sahibi, BK 106-108 uyarınca akitten dönme hakkını kullanırsa ne olacaktır? Cevap açıktır: BK 108 uyarınca; “akitten rücu eden alacaklı, vaidolunan şeyi vermektan imtina ve tediye eylediği şeyi **istirdat edebilir**”. Akitten rücu halinde, rücu edenin hakkı, verdiğini istirdada yöneliktir; yani şahsi haktır. Akitten dönme, mülkiyetin kendiliğinden geri dönmesini sağlamaz. Mülkiyetin geri dönmesi için, menkullerde teslim, taşınmazlarda ise tescil şarttır. O halde akitten dönen kişi, verdiğini geri

alma hususunda, sadece akdin diğ er tarafına karşı ileri sürebileceğ i bir şahsi hakka sahiptir. Kat karşılığ ı inşaat sözleşmesinden dö nen arsa sahibi de, eğ er mülkiyeti daha önce yükleniciye geçirmiş se, bunun kendisine geri verilmesini isteme hususunda bir şahsi hakka sahiptir. Israrla belirtelim ki, bu bir şahsi haktır. Şahsi hakkın temel özelliğ i ise sadece muhatabına karşı ileri sürülebilmesidir; aynı haklar gibi herkese karşı dermeyanı mümkün değ ildir. Şahsi haklar bu özelliğ e sahip olduğ u için, kanun koyucu, bilhassa taşınmazlar üzerinde hak değ işikliğ i gerektiren şahsi hakları kuvvetlendirmek istemiş ve tapu kütüğüne şerh verilebilmesi imkânı sağlamış tır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, arsa payı karşılığ ı inşaat sözleşmesi, vefa, şufa ve iştirah hakkı tesisine ilişkin sözleşmeler, tapu kütüğüne şerh verdirilebilir. Şerhin etkisi, bu hak kullanıldığ ı zaman taşınmazın maliki her kim ise, hakkın ona karşı ileri sürülebilmesini sağlamaktır. Bu sözleşmeler sadece şahsi hak sağladığ ı halde, şerh vermek suretiyle şahsi hak kuvvetlendirilmekte ve sonraki maliklere karşı da kullanılabilir.

İşte asıl sorun da burada yaşanmaktadır. **Akitten dönme halinde tanınan istirdat hakkı, şahsi hak mahiyetinde olup, sadece akdin diğ er tarafına karşı ileri sürülebilir.** Bu hakkın, üçüncü şahıslara karşı dermeyanı mümkün değ ildir. Dolayısıyla yüklenici, arsanın mülkiyetini arsa sahibinden devraldıktan sonra, bu aynı hakkını üçüncü şahıslara devretmiş ise akitten dö nen arsa sahibinin, yükleniciye karşı ileri sürebileceğ i istirdat hakkını, üçüncü şahıslara karşı dermeyanı mümkün değ ildir. Üstelik bunun için, **üçüncü şahısların, MK 1023’de düzenlenen iyi niyetli kazanım hükmüne dayanmaları da gerekmemektedir.** Gerçekten de, bu husustaki yasal düzenleme şu şekildedir:

“**Madde 1021-** Kurulması kanunen tescile tâbi aynî haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz.

**Madde 1022-** Aynî haklar, kütüğe tescil ile doğ ar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. /.../ Bir hakkın içeriğ i, tescilin sınırları içinde, dayandığ ı belgelere göre veya diğ er herhangi bir yolla belirlenir.

**Madde 1023-** Tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.

**Madde 1024-** Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz./ Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur./ Böyle bir tescil yüzünden aynî hakkı zedelenen kimse, tescilin yolsuz olduğ unu iyi niyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğ rudan doğ ruya ileri sürebilir”.

Bu hükümlerden açıkça anlaşıldığ ı üzere, tapuya yapılan tescil yolsuz olsa bile, bu yolsuzluğ u bilmeyen ve bilecek durumda da olmayan üçüncü şahısların, bu tescile güvenerek elde ettiğ i aynı haklar korunur. Burada korunan hak, tescilin yolsuz olduğ unun bilinmemesinden ve tapu siciline güvenden kaynaklanmaktadır. **Oysa kat karşılığ ı inşaat sözleşmesi gereğ i de olsa, arsa sahibi tapuda ferağ verdiğ inde, mülkiyet yükleniciye geçmektedir (MK 1022). Bu yolsuz bir tescil değ ildir.** Yüklenici mülkiyeti, geçerli ve bağlayıcı bir akde dayalı olarak kazanmıştır. Bu ferağ a esas teşkil eden akit, geçerli bir hukuksal işlemdir ve ferağ bir hukuki sebebe dayanmaktadır. Ferağ verildiğ i sırada, kat karşılığ ı inşaat sözleşmesinin geçerli olduğ unda kuşku ve tartışma yoktur. Ferağ sırasında, yüklenicinin bu sözleşmeden doğ an borcu ifa edip etmeyeceğ inin hiç bir önemi yoktur. Taraflar, arsa tapusunu devretme borcunun, yüklenicinin inşaatı teslim borcundan önce ifasını kararlaştırmışlardır. Bu sözleşmeye göre devir de yapılmıştır. Kısaca, **ferağ ın dayandığ ı**

**sözleşme, ferağ sırasında geçerlidir, bağlayıcıdır, ferağın açık ve geçerli bir sebebi bulunmaktadır.** Böyle olunca, bu tescilin yolsuz olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü yolsuz tescil, bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescildir (MK 1024). **Sonradan yüklenicinin temerrüde düşmesi ve arsa sahibinin akitten dönmesi, tescili yolsuz hale getirmez (BK 152/son).** Hele başlangıçtan itibaren yolsuz bir tescilden bahsetmek hiç mümkün değildir. Yukarıda açıklandığı gibi, akitten dönen arsa sahibinin, taşınmazın istirdadını isteme hakkı mevcutsa da, bu, şahsi bir haktır ve sadece yükleniciye karşı ileri sürülebilir. Akitten dönme, mülkiyeti kendiliğinden arsa sahibine geçirmeyeceğinden, tescilin yolsuz hale geldiğinden söz etmek de mümkün değildir. Sadece, başlangıçta geçerli olan sebebin, sonradan ortadan kalkması durumu mevcuttur ve bu, tipik bir sebepsiz zenginleşme örneğidir. **Kısaca akitten dönme, sadece mülkiyetin istirdadını isteme hakkı verir; istihkakını değil.**

### **İyi niyet ve dürüstlük kuralı:**

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir karışıklık, bu konuya da damgasını vurmuştur: Sübjektif hüsnüniyet; yani iyi niyet ile objektif hüsnüniyet, yani dürüstlük kuralı, sıklıkla karıştırılmaktadır. 4721 sayılı MK'da bunlar hakkındaki düzenleme şu şekildedir:

*“I. Dürüst davranma/ Madde 2 - Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır./ Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*

*II. İyi niyet/ Madde 3- Kanunun iyi niyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır./ Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz”.*

Görüldüğü gibi iyi niyet, kural olarak bir hakkın kazanımında aranan psikolojik durumdur. Bilhassa inceleme konumuz bakımından, tasarruf yetkisi olmayan bir şahıstan bir hak iktisap etmek isteyen bir şahıs için iyi niyet, bu hakkın kazanılmasını sağlayan bir unsurdur: Eğer iktisap etmek isteyen, muhatabının tasarruf yetkisi olmadığını bilmiyor ve bilecek durumda da değilse, karşısındakinin mal üzerinde tasarruf yetkisi olmamasına rağmen, kazanımını koruyacaktır. Buradaki iyi niyet, muhatabın aslen sahibi olmadığı bir mal üzerindeki tasarrufu geçerli hale getirmektedir. Oysa dürüstlük kuralı, hakkın kazanımından çok, kullanımında karşımıza çıkmaktadır. Herkes, kanunen sahip olduğu bir hakkı kullanırken dürüst davranmak; sırf başkasına zarar vermek maksadıyla kullanmaktan kaçınmak zorundadır. MK 2, hukuk düzeninin, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumayacağını bildirmektedir. Burada kriter şudur: **Herhangi bir hakkını kullanan şahıs, bununla, kendisine yarar sağlamaktan çok, başkasına zarar vermeyi istiyorsa, hakkı kötüye kullanmaktadır.** Klasik örnek, hatırlanacaktır, komşusunun manzarasını kesmek maksadıyla, arsasına çok yüksek bir duvar inşa eden hak sahibi, bununla kendisini korumak değil, komşusunun manzarasını kapatmak istediği için, hakkını kötüye kullanmaktadır. Mülkiyet hakkı, ona duvar yapma yetkisi tanıdığı halde, böyle bir duvar yapamaz.

Dürüstlük kuralının bir hakkın kazanımındaki etkisi, iyi niyet gibi değildir; daha çok hak kazanma ehliyetiyle ilgilidir. Şöyle ki, tasarruf yetkisi bulunan bir şahıstan bir hak iktisap eden şahıs, bunun üzerinde bir başkasının şahsi hakkı bulunduğunu bilirse ne olacaktır? Bilindiği üzere, şahsi haklar, sadece akdî muhataba karşı ileri sürülebilir; üçüncü şahıslara dermeyeran edilemez. Üstelik bir başkasına tanınmış olan şahsi hak, o şahsa, sadece bu hakkın geçirilmesini ya da malın kullanılmasını isteme imkânı verir; yani, hakkı geçirmez.

**O halde, bir mal üzerinde bir şahıs yararına tanınan bir şahsi hak, bu malın malikinin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz.** Malik, sadece, bu malı şahsi hak sahibine devretmek ya da kullandırmak borcu altına girmiş olur, bu borcu yerine getiremezse, tazminat yükümlülüğü mevcuttur. Bir başka şahıs, bu mal üzerinde üçüncü şahsın şahsi hakkı bulunduğunu bilmesine rağmen, aynı hak kazanmışsa, kural olarak bundan etkilenmeyecektir. Çünkü malikin tasarruf yetkisi mevcuttur ve üçüncü şahıs, şahsi hakkını sadece malike karşı kullanabilir. O halde malikin tasarruf işlemi geçerlidir; başkasının şahsi hakkı bulunması, bu tasarrufu geçersiz hale getirmez. Ancak hakkı iktisap eden, iktisap etme hususundaki hak ve ehliyetini kötüye kullanıyorsa, yani, kendisi yarar sağlamak için çok, üçüncü şahsın şahsi hakkını kullanmasına engel olma maksadı taşıyorsa, MK 2 uyarınca, bu kazanımı elde edemeyecektir; çünkü hukuk düzeni, hiç bir hakkın kötüye kullanılmasını korumaz.

İşte bir hak iktisabı ile ilgili olarak, iki müessesenin benzer sonuçlar doğurduğu bu durum, bu müesseselerin karıştırılmasına yol açmaktadır. Hâlbuki iki durum arasında önemli bir fark mevcuttur: **İyi niyetin korunduğu hallerde, devreden tasarruf yetkisi yoktur, buna karşılık devralan, bu durumu bilmemektedir; bilecek durumda da değildir.** Böyle olduğu için, aslında tasarruf yetkisi bulunmamasına rağmen, iktisap korunmakta, aynı hakkın, iyi niyetli şahsa geçtiği kabul edilmektedir. Oysa **dürüstlük kuralında, devreden tasarruf yetkisi mevcuttur. Daha önce başkasına yararına ihdas ettiği şahsi hak, onun tasarruf yetkisini kaldırmış değildir.** Dolayısıyla tasarruf, devralan, bunun üzerinde başkasının şahsi hakkı bulunduğunu bilse de, bilmesede geçerlidir. Sadece, sırf, bu şahsi hakkın kullanılmasını engelleme amacıyla iktisapta bulunmuş ise hakkı kötüye kullanmıştır ve iktisap geçerliliğini yitirir.

İnceleme konumuza dönelim: Arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, henüz inşaat yapılmadan önce arsa payını yükleniciye devretmiştir. Bu andan itibaren mülkiyet yükleniciye geçmiş olup, tasarruf yetkisi de artık yüklenicidedir. Bundan sonra yüklenicinin tapu üzerinde yapacağı tüm tasarruflar geçerlidir. Çünkü hem maliktir, hem de tasarruf yetkisi mevcuttur. Buna karşılık yüklenici inşaat borcunu ifade temerrüde düşer de, arsa sahibi, sözleşmeden BK 106-108 uyarınca geriye etkili olarak dönerse, yükleniciye verdiklerini geri alma hakkına sahiptir. Ancak bu hak, şahsi mahiyettedir ve sadece yükleniciye karşı ileri sürülebilir. Burada yükleniciyle arsa sahibi arasındaki işlemi, bozucu şarta bağlı bir işlem olarak kabul edebiliriz. Çünkü arsa sahibi tasarruf işlemi yaparak, arsa payının tapusunu yükleniciye vermektedir ama ileride bozucu şartın tahakkuku halinde, sözleşme geçerliliğini yitirecektir. Bozucu şart, yüklenicinin temerrüde düşmesi ve arsa sahibinin dönme hakkını kullanmasıyla tahakkuk edecektir. Ancak buradaki şart, bozucu mahiyet taşıdığından, yani geciktirici şart olmadığından, BK'nın 152. maddesine tâbidir. Bu hükme göre; "İnfisahı, meşkur bir hadisenin tahakkukuna talik edilen akit, şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade etmez./ **Kaideten, infisah makabline şamil olmaz**". Yani bozucu şart, kural olarak geçmiş etkilemez. Oysa geciktirici şart, BK'nın 149 vd maddelerinde düzenlenmiştir ve 150/3. maddeye göre; "şartın tahakkukundan evvel yapılan temlik her tasarruf, şartın hükümlerini ihlal ettiği nispette batıl olur". Kısaca, **geciktirici (taliki) şart söz konusu olduğunda, iktisap edenin tasarruf yetkisi, şart tahakkuk edene kadar kısıtlanmıştır; dolayısıyla, şartın tahakkukundan evvel yapılan tasarruflar geçersizdir. Oysa bozucu şartta, sözleşme başlangıçta geçerlidir; iktisap edenin tasarruf yetkisi mevcuttur, sadece şartın tahakkukundan sonra, akit geçerliliğini kaybeder.** Ancak bu geçmişe yürümeyeceği için, akit yürürlükteyken yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliği devam eder.

İşte incelediğimiz konu da tam olarak bu düzenlemeye uygundur. Arsa sahibi, mülkiyeti yükleniciye geçirmiştir. İleride akitten dönerse, tapuyu geri alma hakkı



mevcuttur ama bu aynı değil, şahsi hak niteliğindedir. Bu sebeple, şerh verilerek kuvvetlendirilmemişse, üçüncü şahıslara karşı dermeyanı mümkün değildir. Üçüncü şahıslar, yükleniciden tapuyu aldıkları tarihte, yüklenici hem malik, hem de tasarruf hakkı sahibidir.

Çünkü bozucu şartta, BK 150’de öngörüldüğü cinsten, tasarruf yetkisini sınırlandıran bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla tapuyu alan üçüncü şahısların hukuksal durumunun, MK 3’de öngörülen iyi niyetle veya bunun özel düzenleme biçimi olan MK 1025’le bir ilgisi yoktur. Çünkü MK 3 ve 1025’de öngörülen iyi niyet, subjektif mahiyettedir ve tasarruf yetkisi olmayan şahıslardan iktisap edilen hakları korumaya yarar. İnceleme konumuzda, yüklenicinin tasarruf yetkisini kısıtlayan bir hukuksal durum bulunmaması sebebiyle, üçüncü şahsın, subjektif iyi niyetinin bulunup bulunmamasının hiç bir önemi yoktur<sup>11</sup>. Üçüncü şahıs, bu taşınmaz üzerinde, arsa sahibinin, istirdat hususunda bir şahsi hakka sahip olduğunu bilse dahi durum değişmez. Çünkü şahsî haklar, sadece muhatabına karşı ileri sürülebilir. Üstelik üçüncü şahıs yükleniciden tapuyu alırken, inşaatın bitip bitmeyeceği, bitmez ise akitten geri etkili olarak dönülüp dönülmeyeceği belirli değildir. Hatta bu hususta ihtilaf dahi bulunmamaktadır. Dolayısıyla onun dürüstlük kuralına aykırı davrandığından söz etmek de mümkün değildir. Ancak, yüklenici temerrüde düştükten ve arsa sahibinin dönme hakkı tahakkuk ettikten sonra, sırf bu hakkın kullanılmasını engellemek maksadıyla tapuyu alan üçüncü şahsın iktisabı korunmayacaktır. Çünkü burada, objektif anlamda hüsnüniyetli değildir; hakkını kötüye kullanmıştır. Amacı kendi yararını sağlamaktan çok, arsa sahibinin hakkını kullanmasını engellemektir. Özetle, **tapuya malik olan yükleniciden hak iktisap eden üçüncü şahısların hukuksal durumu, MK’nın 2. veya 1025. değil; 3. maddesiyle ilgilidir. Tasarruf sırasında yüklenici mülkiyet hakkına ve tasarruf yetkisine sahip olduğundan, üçüncü şahısların, arsa sahibinin dönme hakkı olduğunu bilip bilmemesi hiç önemli değildir.** Çünkü başkasına ait şahsi hakkın varlığının bilinmesi, MK 3 anlamında kötüye kullanma bulunmadıkça, yetkili malikten aynı hak iktisabına engel değildir. Kötüye kullanmadan söz edebilmek içinse, amacın, kendisine yarardan çok, arsa sahibine zarar vermeye, ona, dönme hakkını kullandırtmamaya yönelik olması gerekmektedir.

Yargıtay, yerleşmiş uygulamada, MK 3’e değil, 2’ye göre değerlendirme yapmakta, yapımı süren binadan daire alan şahsın, arsa sahibinin dönme hakkı olduğunu bilerek hareket ettiğini ya da bilmesi gerektiğini ileri sürmekte, bu bilginin de, üçüncü şahsın iktisabını engellediğini kabul etmektedir. Oysa tekrar açıklayalım ki, yüklenici, mülkiyet hakkına ve tasarruf yetkisine sahip olup, üçüncü şahısların iktisabı, olmayan, yolsuz bulunan bir hakkın kazanımı mahiyetinde değildir. Arsa sahibinin dönme halinde istirdat hakkı ise şahsî haktır ve bunun, subjektif anlamda iyi niyetli olsun olmasın, aynı hakkı kazanmış olan üçüncü şahıslara ileri sürülmesi mümkün değildir; meğerki üçüncü şahıslar, sırf, arsa sahibinin dönme hakkını engellemek maksadıyla hareket etmiş olsun, yani objektif hüsnüniyet kurallarını çiğnemiş bulunsun.

### **YARGITAYIN YAKLAŞIMI HAKKANİYETE AYKIRIDIR:**

Yargıtayın bu konudaki yaklaşımı, hakkaniyete de aykırıdır. Şöyle ki; yukarıda açıklandığı üzere, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin çok büyük bir bölümü, arsa tapusunu devretme borcu, inşaat tamamlandıktan sonra yerine getirilecek şekilde düzenlenmektedir. Bu sebeple kanun koyucu, yüklenici ve zanaatkârların hakkını kanuni ipotekle güvence altına almaya çalışmıştır. Yaygın uygulama bu şekildedeyken, arsa sahibi, uygulamadan ayrılmış, daha inşaat başlamadan önce, tapuyu yükleniciye devrederek, onu hem malik, hem de tasarruf hakkı sahibi yapmıştır. Büyük bir ihtimalle de bunu, daha fazla daire alabilme maksadıyla kabul etmiş, yüksek kâr için, riski göze almıştır. Üstelik üçüncü şahıs,

“nasıl olsa tapuya sahip oldum” düşüncesiyle, yani riskin çok az olduğu kanısıyla, yükleniciden başkaca bir garanti istememiştir. Gerçekten de, eğer yüklenici tapuyu verebilecek durumda olmasaydı, üçüncü şahıs belki daireyi almaktan vazgeçecek, belki de yükleniciden garanti isteyecekti. Bu durumda, güçlü hukuksal durumunu kendi eliyle yükleniciye teslim eden, sadece şahsi hak sahibi olması gereken yükleniciye, aynı hakkı da aktaran arsa sahibine karşı, yükleniciden tapuyu almanın rahatlığı ve güveni ile alışveriş yapan, bu güvenle garanti istemeyen üçüncü şahsı korumak, hakkaniyete de uygun olacaktır. Oysa Yargıtay, aynı hak kavramını tamamen bir kenara bırakarak, elindeki güvenceyi yükleniciye devretmiş arsa sahibini mutlak olarak korumakta, üçüncü şahısları, sadece arsa sahibinin dönme hakkını bilmeleri gerektiği gerekçesiyle mağdur etmektedir. Üstelik bu üçüncü şahısların çok büyük bir kısmı, hayat boyu çalışarak elde ettiği küçük birikimi, başını sokabileceği bir daire alma umuduyla harcamış durumdadır. Elinde kalan arsa payının da alınması, tüm hayatının mahvına sebep olacaktır. Bu yönüyle de, hakkaniyete uygun çözüm, elindeki imkânı yükleniciye devreden arsa sahibine karşı, ondan daire alan üçüncü şahsı korumaktır.

### **YARGITAYIN YAKLAŞIMI İKTİSADİ GEREKLERE DE AYKIRIDIR:**

İktisat bilimi, toplumu ileri taşıyan faaliyetlerin üretken nitelik taşıdığını ortaya koymuş, refah seviyesini artırmak için üretim artışını şart koşmuştur. Her ne kadar toprak rantı da, iktisaden kabul edilmiş bir müessese ise de, üretime doğrudan katkısı olmayan rantiyeye karşı, üreticinin korunması iktisadi bir gerekliliktir. Ülkemizde konut ihtiyacının çözümü, büyük ölçüde piyasaya bırakılmıştır. Büyük iktisadi birikim isteyen bu faaliyetin finansmanı, çok kez, yüklenicinin daha inşaat halindeyken daire satışı suretiyle gerçekleşebilmektedir. Aynı hak sahibi yükleniciden aldığı tapunun bile garanti sağlamadığını gören üçüncü şahısların bu müesseseden kaçması, inşaat sektörünü zarara uğratabilecektir. Bu yönüyle de, üçüncü şahısların arsa sahibine karşı korunması gerekirdi.

Sonuç olarak, Yargıtayın, hukuka, hakkaniyete ve iktisadî gereklere aykırı bu içtihadı değiştirmesi, bilhassa aynı hak kavramı ile objektif ve sübjektif hüsnüniyet olgularının doğru anlaşılıp, doğru uygulanması açısından çok yararlı olacaktır. En kısa zamanda, bu husustaki içtihadın değişeceğini ummaktayım.

---

<sup>1</sup> Prof. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1 Sayfa: 68

<sup>2</sup> 15 HD'nin 17.03.2003 tarih ve 267/1342 sayılı kararından; “Tapuda pay devri taahhüdü içerdiği için arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerli olabilmesi resmi şekilde yapılmalarına bağlıdır. Şekle uyulmadan imzalanan sözleşmelerin sonradan geçerlilik kazanması için ya tapuda pay devrinin yapılmış olması ya da ifanın tamamlanmış olması gerekir”.

<sup>3</sup> 25.01.1984 t. ve 83-3/1 sayılı İBK'dan; “(1) İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. 2 ) Olayın niteliği ve özelliğinin hakkı gösterdiği durumlarda Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur”.

<sup>4</sup> HGK'nın 23.05.2001 tarih ve 1-422/434 sayılı kararı, aynı mahiyette; HGK'nın 25.10.2000 1-1280/1554 sayılı kararından; “Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı ( halefi ) olacağından selefının haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer./ Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekâletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten

sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekâleten davalıya temlik etmiştir./ Ne var ki; söz konusu kişinin, gerçekten iyi niyetli olması sözleşme yaptığı yüklenicinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düştüğünü bilmemesi gerekir. Nitekim bu görüşten hareketle kötü niyet iddiasının defi değil, itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı, gerek 08/10/1991 tarih, 1990/4 esas, 1991/13 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir./ Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz”.

<sup>5</sup> Prof. M. Kemal Oğuzman- Prof. Özer Şeliçi, Eşya Hukuku, 5. Bası, Sayfa: 2

<sup>6</sup> Prof. M. Kemal Oğuzman- Prof. Özer Şeliçi, Eşya Hukuku, 5. Bası, Sayfa: 3

<sup>7</sup> Prof. M. Kemal Oğuzman- Prof. Özer Şeliçi, Eşya Hukuku, 5. Bası, Sayfa: 4

<sup>8</sup> Prof. Selahattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku, Cilt: 1. Sayfa: 6

<sup>9</sup> Anayasamızın 35. maddesi; “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir”.

<sup>10</sup> Prof. Selahattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku, Cilt: 1. Sayfa: 12

<sup>11</sup> HGK'nın 19.04.2000 tarih ve 1-735/789 sayılı kararından; “Gerek Medeni Kanunun değinilen maddesi gerekse bu maddeyi tamamlayan 932 ve 933. maddelerinin açık hükümlerine göre aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığını bilmesi aynı hak sahibini kötü niyetli kılmaz. Kazandığı mülkiyet hakkına etkili olamaz. Değinilen bu husus kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınacağına ilişkin ana kuralın doğal bir sonucudur./.../O halde, kişisel hak tapu siciline şerh verilmek suretiyle Medeni Kanunun 928. maddesi uyarınca herkese karşı ileri sürülebilir bir hale gelmedikçe veya davalılar tarafından kişisel hakka dayanılarak dava açılmasını önlemek amacıyla aslında hiçbir devir işlemi yapmak niyetleri olmadığı halde görünüşteki bir işlemle, el ve işbirliği içerisinde muvazaalı bir temlik işlemi gerçekleştirildiği iddia ve ispat edilmediği sürece, kişisel hak sahibinin kötü niyetten bahisle açtığı iptal ve tescil davasına değer verilemez”.